

Un análisis conceptual del precedente judicial

Sandra GÓMORA JUÁREZ



UN ANÁLISIS CONCEPTUAL
DEL PRECEDENTE JUDICIAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 319

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Isidro Saucedo
Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Roberto Zavaleta Cornejo
Apoyo editorial

Ana Julieta García Vega
Formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

UN ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2018

Primera edición: 23 de marzo de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-0162-5

CONTENIDO

Agradecimientos	XI
Prólogo	XIII
Juan VEGA GÓMEZ	
Introducción	1

CAPÍTULO PRIMERO

ACERCA DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL: ACLARACIONES METODOLÓGICAS.	7
I. Delimitación metodológica	7
II. Sobre el análisis conceptual.	22
III. Ensayo sobre las condiciones necesarias y suficientes ..	26
IV. Las condiciones necesarias del concepto de precedente..	31

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS REGLAS AUTORITATIVAS DE ORIGEN JURISDICCIONAL EN EL CONCEPTO DE PRECEDENTE.	39
I. Tipos de autoridad y razones para la acción	41
II. La concepción de la autoridad y sus tesis centrales ...	50
III. En torno a las reglas autoritativas	59
1. El origen jurisdiccional de las reglas y las estructuras jerárquicas	73
2. El precedente como regla autoritativa jurisdiccional ¿vinculante?	85

CAPÍTULO TERCERO

SOBRE LA PROPIEDAD DE EJEMPLARIDAD EN LAS REGLAS DE PRECEDENTE Y SU PROYECCIÓN	91
I. Reglas comunicadas mediante el ejemplo	91
II. Buenos y malos ejemplos	93
III. Sobre la propiedad de ejemplaridad y el recurso a la analogía	99
IV. El ejemplo dotado de autoridad.....	110
V. La regla de precedente como ejemplo autoritativo para la autoridad	119
VI. La proyección del precedente.....	132

CAPÍTULO CUARTO

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN EL CONCEPTO DE PRE- CEDENTE	139
I. En torno a la igualdad	140
II. ¿Qué es la interpretación?	145
III. La intención autoritativa en la interpretación judicial...	149
IV. La interpretación judicial: el precedente entre creatividad y restricción	153
Restricciones a la interpretación innovadora.....	157
V. Sobre la necesidad e inevitabilidad de la interpretación ..	159
VI. Las prácticas de distinguir y desautorizar	172

CAPÍTULO QUINTO

COHERENCIA Y PROGRESIVIDAD EN EL CONCEPTO DE PRECEDENTE	179
I. Teorías de la coherencia y su aplicación al derecho...	180

II. Coherencia general y coherencia jurisdiccional	184
Coherencia jurisdiccional local	190
III. La doble condición necesaria y otros criterios para decidir	192
IV. Coherencia y progresividad en contexto	197
V. La doble condición: conceptos de grado	209
 De la jurisprudencia mexicana desde el enfoque conceptual	217
Algunos casos dudosos del concepto de precedente	225
Conclusiones	237
Bibliografía	239

A mi esposo

AGRADECIMIENTOS

A César, por ser mi luz, mi apoyo, mi aliado, por estar siempre, por ayudarme e impulsarme de mil maneras distintas, por su paciencia, por su amor y su disposición a ceder su tiempo en incontables ocasiones por el bien de este proyecto.

A mi familia, por enseñarme a trabajar, a persistir, a luchar y a alcanzar, por ser ejemplo de perseverancia y fortaleza, por ser incansables.

A Juan Vega Gómez, por guiar y cuestionar mi trabajo como tutor principal, por ser un excelente maestro, una maravillosa persona y un gran amigo. Gracias por enseñarme tanto, por exigirme, por creer.

A Susana Dávalos Torres por haber trabajado conmigo como parte del comité y acompañarme desde el principio a cada paso, por regalarme valiosas horas de su tiempo durante varios años y hacerlo además de forma entusiasta.

A Pedro Salazar Ugarte, por el apoyo, el consejo y la confianza depositada en mí al darme la oportunidad de desarrollar este y otros proyectos académicos durante su gestión como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

A mis colegas y amigos Edgar Aguilera García, Perla Barrales Alcalá, Edith Cuautle Rodríguez, Enrique Rodríguez Trujano, quienes han empleado, en diversas ocasiones, su tiempo para leerme, comentarme, criticarme, sugerirme e intercambiar en torno a los temas que aquí discuto y de cuyas observaciones me he beneficiado.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y al Instituto de Investigaciones Jurídicas por recibirme y regalarme tanto.

PRÓLOGO

Celebro la publicación de este libro de Sandra Gómora Juárez, investigación que conozco desde su etapa doctoral en el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM. Esta publicación me da un enorme gusto por motivos personales y académicos, primero resaltaré los académicos:

Se trata de una obra importante para el derecho en general y el derecho en México porque no huye de discusiones conceptuales complicadas, pero tan necesarias en la investigación jurídica contemporánea en nuestro país a pesar de la tendencia actual de centrar el debate en lo empírico, sobre todo en lo que concierne al Poder Judicial; lo cual, sin duda, debe tener un papel importante en nuestros estudios acerca del derecho, pero sin olvidar esa investigación primaria y básica del estudio de conceptos y/o propuestas normativas del deber ser del derecho, las cuales conjuntamente, y aunados a las otras investigaciones, deben enriquecer las posibles soluciones a problemas jurídicos, o bien aclarar problemas importantes como labor previa a cualquier solución.

Este trabajo de Sandra Gómora se enmarca en ese estudio de las herramientas conceptuales con las que trabaja el derecho: *el precedente*, y nos intenta convencer de que la mejor forma de entenderlo es a través de otros conceptos claves en el derecho, por ejemplo la autoridad y sus reglas, la interpretación, la coherencia y progresividad. Aunado a este trabajo conceptual indispensable, considero que otra aportación loable de este estudio es su capítulo primero, donde realiza aclaraciones metodológicas acerca de lo que implica realizar análisis conceptual, faltaba también esta discusión en el ámbito de la filosofía del derecho en nuestro país para dejar claro qué pretendemos hacer al hacer este tipo de afirmaciones.

Por otra parte, resalto el gusto personal que me da prologar este libro. Reitero, conozco este trabajo desde su etapa doctoral como tutor principal de la tesis y los méritos que he mencionado no deben entenderse como un ejercicio de autocomplacencia al haber participado en la dirección de esta investigación. En buena medida Sandra Gómora trabajó por su cuenta y se formó ideas propias; mi única función fue la de debatir y criticar algunas afirmaciones que hizo y orientar la investigación. Esta publicación, pues, es de una destacada alumna del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM y actual investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Una alumna, hoy investigadora, que cuenta con un futuro prometedor y que seguramente nos seguirá proporcionando investigaciones de alta calidad como ésta, ideas dignas de ser debatidas en la academia mexicana e internacional.

Juan VEGA GÓMEZ
Ciudad Universitaria, Ciudad de México, octubre 2017

INTRODUCCIÓN

Esta investigación gira en torno al concepto de precedente, al que podemos aproximarnos atendiendo a la idea preliminar de que se trata de ciertas resoluciones judiciales que son investidas con autoridad, y cuya función, entre otras, es orientar las decisiones actuales de los tribunales. Partiendo de esta idea preliminar, propongo un estudio filosófico acerca del concepto de precedente que revele de la manera más fiel posible esta institución jurídica tal como la entendemos y la practicamos.

Mi interés por el precedente ha sido permanente desde hace bastante tiempo; de hecho, este libro es un producto de mi investigación doctoral, que ha sido revisada, modificada y experimentado adecuaciones a lo largo del tiempo, durante el cual he advertido que el empleo del precedente en los tribunales para la resolución de conflictos jurídicos plantea una serie de interrogantes y desafíos para el derecho que he entendido como problemas relacionados, al menos parcialmente, con una inadecuada comprensión del concepto de precedente.

Los problemas y complejidades que surgen como producto de esta inadecuada comprensión del concepto de precedente no se resuelven con reglamentaciones técnicas, como podría indicar un primer impulso. Me parece que el problema es mucho más profundo, y se ubica al nivel de nuestro concepto y cómo lo entendemos. Estas complejidades requieren cuestionar qué es el precedente y analizar sus implicaciones, ya que a pesar de ser una institución central en la práctica jurídica no hay uniformidad conceptual, y algunos problemas de aplicación pueden tener su origen desde este punto.

Hay una importante lista de valiosos esfuerzos académicos previos que han abonado a esta discusión, misma que, no obstan-

te, sigue vigente generando distinciones relevantes, identificando elementos que eran oscuros, describiendo prácticas en sistemas jurídicos locales y avanzando en la discusión de elementos que parecen tener una relación con el precedente. La longeva discusión en torno al precedente es una prueba de la riqueza y continua necesidad de comprender mejor esa práctica que ha cobrado más fuerza en la última década en México.

Estos esfuerzos académicos son de una gran variedad¹ y van desde trabajos académicos de derecho comparado, de corte histórico o sociológico, analíticos o normativos acerca de algún sistema jurídico que explican, entre otras cosas, algunos elementos constitutivos del precedente de manera individual; la forma de operar del precedente en algún sistema jurídico; su desarrollo histórico y variaciones legislativas a lo largo del tiempo; las influencias que reciben los jueces al sentar reglas, las influencias de esas reglas en la sociedad, las ventajas y desventajas de su aplicación (económicas, en percepción, en acceso a la justicia, por ejemplo); la forma de operar del precedente en distintos países del mundo y el contraste o similitud entre ellos, por señalar algunos.

Este trabajo se circunscribe al plano de la teoría jurídica descriptiva y ofrece una explicación del concepto de precedente vertical que parte del concepto de regla autoritativa como el enfoque que, desde mi perspectiva, explica de mejor manera esta práctica. Este desarrollo aplica el aparato teórico y conceptual de Joseph Raz acerca de la tesis de la autoridad para explicar la naturaleza del precedente judicial contemplando a los propios órganos jurisdiccionales como destinatarios de las reglas autoritativas, así como las interacciones que se generan entre ellos en los diferentes contextos de creación y aplicación de precedentes judiciales.

¹ Una revisión de estos esfuerzos académicos como exploración de la posibilidad de un análisis conceptual como el que aquí se propone se encuentra en Gómora Juárez, Sandra, “La posibilidad conceptual y el argumento histórico en torno al estudio del precedente”, *Precedente*, vol. 11, julio-diciembre de 2017.

INTRODUCCIÓN

3

En ese sentido, en el marco de tales contextos de ocurrencia cotidiana, se explica el uso de las reglas de precedente como razones para la acción y la forma en la que operan dentro de los propios órganos jurisdiccionales. La noción de regla autoritativa permea el desarrollo de este libro y articula una propuesta teórica que comprende sus interacciones con otros elementos que juzgo necesarios, mismos que en conjunto explican y constituyen el concepto de precedente.

Este libro se ocupa de explicar la naturaleza del precedente, la cual revela los distintos aspectos que lo constituyen, como un primer paso en el análisis antes de iniciar cualquier otro tipo de empresa. Una teoría acerca de la naturaleza del precedente pretende dilucidar su concepto, que no es otra cosa sino la explicación de su significado.

El objetivo de esta investigación es explicar el concepto² de precedente, que puede verse, desde un espectro más amplio, como la primera de dos posibles etapas en su estudio, ya que es preciso agotar esta primera etapa para estar en posibilidad de comprender nuestra propia práctica con sus dimensiones e implicaciones, con lo cual tendremos los elementos para evaluar sus aciertos y desaciertos, a fin de modificarla, perfeccionarla y reducir al mínimo su tendencia a producir resultados adversos en el marco de los sistemas jurídicos.

La explicación del concepto de algo consiste en exponer algunas de las propiedades necesarias y esenciales de aquello sobre lo que versa, en este caso, consiste en exponer algunas de las propiedades necesarias y esenciales del precedente. Una buena explicación debe consistir en “proposiciones verdaderas que satisfacen los intereses y enigmas que lo componen y que son comprendidos así por las personas a quienes (explícita o implícitamente) se dirige”.³

² Raz, Joseph, “Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 7.

³ *Ibidem*, p. 8.

Como se advertirá a lo largo de este trabajo, a través de la explicación del concepto de precedente podemos reconocer los distintos problemas que su práctica presenta, como las condiciones para conceder autoridad a un resultado jurisdiccional con el fin de anularlo, las implicaciones, efectos y alcance de un precedente, los límites a su obligatoriedad, la pertinencia de reevaluar, desconocer o anular un precedente y bajo qué condiciones hacerlo, entre otras cuestiones.

Este libro ofrece una explicación del concepto de precedente a partir de las condiciones o propiedades mínimas necesarias que lo integran, la cual considero es la mejor forma de entenderlo; es decir, la explicación más adecuada atendiendo a la forma en la que lo entienden los usuarios de la práctica. Cada capítulo desarrolla una explicación de las propiedades necesarias del precedente mediante el estudio del concepto, mostrando las relaciones mutuas entre ellas, sus implicaciones y las consecuencias de ello.

Para alcanzar el objetivo de esta investigación, la obra se compone de cinco capítulos, el primero de los cuales plantea las líneas generales de la metodología en la teoría del derecho, así como algunos presupuestos y distinciones metodológicas que suscribo en la construcción de la teoría, que son de gran importancia para comprender los capítulos subsecuentes. Este primer capítulo sitúa el ámbito, alcances y límites de la investigación al ofrecer los rasgos metodológicos del tipo de análisis que planteo a lo largo del libro.

El segundo capítulo explica la tesis de la autoridad legítima de Joseph Raz, y deriva de este marco teórico la noción de regla, que muestra ciertas características reveladoras; toda ella, información central acerca del concepto de precedente. La explicación del precedente como regla autoritativa se va delimitando para los fines aquí propuestos, al situarla en el contexto de estructuras judiciales jerárquicas desde el cual se identifican sus implicaciones y alcances.

El tercer capítulo retoma el análisis realizado en capítulo previo acerca de las reglas judiciales autoritativas, y lleva la discusión

INTRODUCCIÓN

5

a la forma de comunicación de las reglas de precedente, la cual involucra su propiedad de ejemplaridad, su relación con la analogía, así como las interacciones de estas reglas con los diversos órganos jurisdiccionales. Se plantea la distinción entre reglas autoritativas de origen jurisdiccional con calidad ejemplar de otras reglas autoritativas que no tienen dicha calidad. Este capítulo explica las correlaciones entre regla autoritativa como razón para la acción en contexto, la función de ejemplaridad y proyección del precedente.

En el capítulo cuarto se desarrolla la interpretación judicial como otra condición necesaria del concepto de precedente y se ocupa de cómo hemos de entenderla, el papel de la noción de autoridad en la interpretación, el ejercicio creativo, sus restricciones y las prácticas interpretativas derivadas de la aplicación de reglas de precedente. Las nociones previamente desarrolladas se retoman para mostrar el papel de cada una en la interpretación judicial, al explicar la necesidad de la interpretación judicial para la creación de reglas de precedente.

La interpretación judicial da pie al capítulo quinto, que sugiere que todo precedente judicial mantiene un objetivo permanente, que consiste en acomodar exitosamente la coherencia y la progresividad en sus contenidos. Este capítulo desarrolla la forma en la que han de entenderse estos dos elementos en el concepto de precedente, articulando las propiedades necesarias analizadas en capítulos previos para redondear la explicación del concepto.

La obra en conjunto desarrolla argumentos para sostener las propiedades necesarias del concepto de precedente aplicando la tesis de la autoridad del derecho, además de analizar, en el marco de dichas propiedades, los problemas que se generan con esta práctica. La tesis de la autoridad del derecho es una de las teorías jurídicas contemporáneas más influyentes, cuyos elementos estructuran el eje de análisis de la práctica del precedente judicial debido a su poder explicativo.

CAPÍTULO PRIMERO

ACERCA DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL: ACLARACIONES METODOLÓGICAS

I. DELIMITACIÓN METODOLÓGICA

Es un lugar poco común que las obras de filosofía del derecho expliciten su marco metodológico al abordar un problema de investigación, porque quizá presuponen que el lector advertirá las líneas metodológicas que guían su exposición. Prefiero salir de esa tendencia general, por lo que en este capítulo elaboro el planteamiento metodológico que guía el contenido del libro, con el objetivo de delimitar desde el comienzo los alcances de este trabajo y disipar dudas acerca de lo que no encontrará el lector en las páginas siguientes.

Deseo comenzar el planteamiento diciendo que con las investigaciones filosóficas, el hombre pretende describir y explicarse a sí mismo el universo en el que vive, pero sus objetos de estudio no versan principalmente sobre los problemas de la experiencia, “sino más bien sobre las formas en las cuales dicha experiencia es concebida y las categorías permanentes o semi-permanentes en términos de las cuales la experiencia es concebida y clasificada”.⁴

Partiendo de la premisa anterior, ubicamos nuestro objeto de estudio en el plano conceptual. Pero es importante esclarecer las líneas en las que esta noción debe ser entendida; así, pues, tenemos que preguntarnos qué es un concepto. Un concepto se utiliza para representar una idea o un objeto (que puede ser abstracto), y sirve como mediador entre el pensamiento y el lenguaje,

⁴ Berlin, Isaiah, *Concepts and Categories, Philosophical Essays*, Hardy, Henry (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 9 y 10.

por una parte, y como referente, por otra.⁵ La explicación del concepto nos ayuda a obtener un entendimiento común sobre algún fenómeno,⁶ que es una condición previa para discutir aspectos como la bondad, la adecuación, la utilidad o la funcionalidad de algo. De ahí la relevancia de realizar este estudio, pues antes de iniciar cualquier otra empresa acerca de las instituciones jurídicas requerimos “fijar un punto de partida común para la investigación y la discusión”.⁷

Las afirmaciones previas son relevantes en al menos dos sentidos. Primero, porque determinan el enfoque que asume la presente investigación, mostrando que se trata de una que participa de la jurisprudencia analítica, en tanto considera que el precedente posee ciertas propiedades esenciales. Segundo, porque desde este momento, se advierten —aunque implícitamente y de manera general— las ambiciones y la metodología que emplea el análisis del precedente que propongo.

⁵ Margolis, Eric y Laurence, Stephen, “Concepts”, en Zalta, Edward N. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño de 2008, disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/concepts/>

⁶ Es posible que las controversias en torno a la descripción adecuada o definición de un “objeto” no sean realmente disputas, pues los participantes se están refiriendo a objetos distintos. Por tal motivo, es necesario convenir desde un inicio en el fenómeno que tratamos de definir. Convenir sobre el objeto se complica tratándose de objetos abstractos que no podemos observar ni tocar físicamente, a diferencia de una silla, por ejemplo. Confróntese con la reflexión sobre el “sofá” en Soper, Philip, “Legal Theory and the Problem of Definition”, *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 50, núm. 3, verano de 1983, p. 1185. Wagona Makoba hace una reflexión similar, en el contexto de la comparación entre sistemas jurídicos occidentales y no occidentales, y sostiene que es posible acercarse a un consenso al ponerse de acuerdo sobre lo que se estudia (independientemente del obstáculo del lenguaje o los términos empleados), teniendo presentes los derechos y obligaciones que conlleva cada transacción o relación humana en cualquier sistema social. Makoba, J. Wagona, “On the Use and Application of Legal Concepts in the Study of Non-Western Societies”, *International Journal of the Sociology of Law*, Londres, vol. 20, núm. 3, septiembre de 1992, p. 220.

⁷ Bix, Brian H., *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, 3a. ed., trad. de Imer B. Flores, Rodrigo Ortiz Totoricagüena y Juan Vega Gómez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 24.

Recordemos, pues, para continuar con nuestra labor, que la jurisprudencia analítica es un enfoque particular de la filosofía del derecho que enfatiza el análisis racional de los conceptos a partir de condiciones necesarias y suficientes para explicar y comprender partes de nuestro mundo, en oposición a enfoques teóricos empíricos u orientados a criticar o reformar el derecho.⁸

Su propósito es, entonces, explicar la naturaleza del derecho y sus instituciones, al buscar, identificar y explicar las características que hacen al derecho, por ejemplo, lo que es, mismas que exhiben su concepto contemporáneo en cualquier lugar. Así, la teoría jurídica analítica, para ser exitosa, debe consistir en “proposiciones que *a)* son necesariamente verdaderas y *b)* explican adecuadamente la naturaleza del derecho”.⁹

Hemos de tener presente, sin embargo, que en filosofía del derecho existen diferentes tipos de teorías jurídicas que persiguen objetivos diversos y, por lo tanto, responden a diferentes preguntas.¹⁰ Una primera clasificación general sugiere que los tipos de teorías pueden ser clasificadas como conceptuales y no conceptuales. Las teorías no conceptuales, tanto en las ciencias naturales como en las ciencias sociales, buscan identificar regularidades (causas y efectos) en los objetos de estudio para establecer patrones causales, con la peculiaridad de que en las ciencias sociales la selección de datos relevantes resulta ser un asunto debatido.¹¹

⁸ Bix, Brian H., “Jurisprudencia analítica”, *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 145.

⁹ Otra forma de decirlo es explicar la naturaleza del derecho de manera abstracta o general, en lugar de explicar la naturaleza del derecho en sistemas jurídicos concretos. Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. de Juan Vega Gómez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 21, 22.

¹⁰ Cada teoría se enfocará en ciertos hechos relevantes acerca de un fenómeno para tratar de proporcionar una explicación adecuada sobre un fenómeno. Bix, *Filosofía del derecho...*, cit., pp. 3-7.

¹¹ Bix, Brian, *Jurisprudence Theory and Context*, 2a. ed., Durham North Carolina, Carolina Academic Press, 1999, p. 13. La relación de las afirmaciones conceptuales con los datos empíricos y la observación es muy compleja.

Con todo, algunos teóricos, como Brian Bix, consideran que las teorías jurídicas sólo pueden ocuparse de explicar partes parciales de nuestra realidad, por lo que la descripción de las prácticas o instituciones que nuestros conceptos nombran no debe soslayarse, sino que puede *complementarse* con teorías no conceptuales que provengan, incluso, de otras disciplinas, como la antropología, la sociología o la historia.¹² No obstante, son distintos los propósitos y preguntas que uno y otro tipo de investigación plantea.

Es cierto que subsiste una buena cantidad de preguntas sobre metodología en la teoría del derecho, que son de gran interés para las teorías jurídicas,¹³ que no tienen una respuesta definitiva y acerca de las cuales se sostienen actualmente intensos debates; no obstante —dados los objetivos de este trabajo—, tales debates no serán abordados aquí, y he de dejarlos a un lado para concentrarme sólo en las partes metodológicas que conducirán esta investigación. De este modo, asumo una postura metodológica que se considera plausible y productiva para las instituciones sociales que ha producido y sigue generando conocimiento en la filosofía del derecho, aplicada por diferentes teóricos contemporáneos.¹⁴

Pues bien, una teoría conceptual o el así denominado “análisis conceptual”, se propone principalmente, aportar una nueva claridad acerca de las instituciones o hechos conocidos de la sociedad —no descubrir nuevos hechos—,¹⁵ labor que realiza al

¹² Bix, Brian, “Ideals, Practices, and Concepts in Legal Theory”, paper presented at the conference on Neutrality and Theory of Law, University of Girona, Girona, Spain, May 20-22, 2010, p. 22.

¹³ Una visión general de las diferentes posturas metodológicas en la construcción de las teorías jurídicas se encuentra en Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro *et al.*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 174; Dickson, Julie, “Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey”, *Legal Theory*, Cambridge, 2004, vol. 10, núm. 3, pp. 117-156.

¹⁴ Himma, Kenneth, “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, en Ross, Harrison (ed.), *Law and Philosophy. Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 1. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=952910>

¹⁵ Bix, *Filosofía del derecho...*, cit., p. 19.

sentar los límites de las categorías, definiendo los objetos a partir de condiciones necesarias y suficientes, las cuales se reflejan en el concepto.¹⁶

De este modo, la cosa o fenómeno que se estudie debe poder reunir las condiciones establecidas por el análisis conceptual para estar en posibilidad de recibir la etiqueta¹⁷ de la categoría social que se estudia. Las categorías se utilizan para ordenar algún aspecto de la vida de las sociedades; en este caso, la categoría que se estudia es reconocida con la etiqueta de “precedente” y ordena cierto aspecto de la vida jurídica de las sociedades.

Como participantes de la práctica cuyo concepto deseamos explicar, poseemos intuiciones acerca de los elementos que la componen y de la forma en la que opera; el análisis conceptual se propone sistematizar tales juicios preteoréticos acerca del concepto mismo para proporcionar una explicación sustantiva del objeto de estudio y determinar lo que es.¹⁸

En ese sentido, un objeto debe satisfacer una serie de criterios para ser denominado “X”; cualquier objeto que satisfaga esos criterios debe ser llamado “X”, y cualquiera que no lo haga no debe ser llamado “X”.¹⁹ Las “condiciones necesarias y suficientes” son términos básicos de análisis en este enfoque teórico, que permiten comprender el objeto de estudio y establecer cuán-

¹⁶ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷ Término utilizado por Brian Bix, *ibidem*, pp. 15 y 16.

¹⁸ Marmor, Andrei and Sarch, Alexander, “The Nature of Law”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño de 2015, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/>.

¹⁹ Moore, Michael S., “Law as a Functional Kind”, en George, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory, Contemporary Essays*, United States of America, Oxford University Press, 1992, p. 204. El autor niega que nuestros conceptos determinen el uso de ciertos términos, y sostiene en cambio que el significado de derecho, por ejemplo, está determinado por la naturaleza del objeto referido por “derecho” y no por algún concepto de derecho que se fije por necesidad analítica o convención lingüística. En su opinión, sólo las cosas que no existen pueden fijar su naturaleza mediante conceptos; por ejemplo, el pegaso, mientras que las cosas que existen tienen una naturaleza que le otorga significado a sus respectivos términos, p. 205.

do es que estamos ante su presencia, auxiliándose de enunciados del tipo “si-entonces. Si A es una condición necesaria para B, entonces B no puede ser el caso a menos que A sea el caso”.²⁰

La teoría analítica del derecho pretende esclarecer la naturaleza de las instituciones jurídicas ofreciendo una explicación que nos muestre algo significativo acerca de determinada categoría. La teoría debe poder reflejar la forma en que se percibe y practica la categoría en estudio —digamos, el precedente— por las personas involucradas en ella. Pero hay más que sólo descripción, ya que debe ofrecer una reconstrucción racional que articule clara y explícitamente lo que los participantes reconocen de manera implícita en su práctica.²¹

Una buena teoría toma en consideración para la elaboración de sus proposiciones las ideas, opiniones y percepciones de quienes crean, aplican y viven de acuerdo con la institución jurídica en estudio. En tal sentido, el punto de vista interno es la cualidad que permite explicar lo que algo es, en virtud de ser el punto de vista de aquellos quienes aplican el concepto y a quienes se aplica la institución jurídica a que hace referencia dicho concepto.

Si bien es cierto que algunos teóricos dudan de la posibilidad y viabilidad del análisis conceptual para explicar y ayudar a comprender fenómenos u objetos de naturaleza social, considero que del mismo modo que es posible identificar las propiedades necesarias y/o suficientes de las categorías o tipos naturales, es posible también identificar las propiedades necesarias y suficientes de las categorías o construcciones sociales, siempre y cuando se tenga especial cuidado en considerar la percepción de las personas que las emplean.²²

²⁰ “Condiciones necesarias y suficientes”, Bix, *Diccionario de teoría jurídica*, *cit.*, p. 47.

²¹ La naturaleza del objeto de estudio está orientada por las prácticas institucionales y lingüísticas que compartimos colectivamente. Bix, *Teoría del derecho...*, *cit.*, pp. 168 y 169; Himma, “Reconsidering a Dogma...”, *cit.*, pp. 5 y 7.

²² Esta noción permite que las teorías sean adecuadas, ya que las prácticas e instituciones sociales están guiadas por propósitos. Bix, *Teoría del derecho...*, *cit.*, p. 182.

Frederick Schauer, por ejemplo, sostiene que si es posible identificar las condiciones necesarias de conceptos de construcción social como el dinero o un libro —digamos, la capacidad de ser intercambiable es una propiedad necesaria del concepto de dinero; tener páginas puede ser una propiedad necesaria del concepto de libro—, entonces no hay razón para creer que otros conceptos como el derecho, por ejemplo, no puedan ser analizados en términos de sus propiedades necesarias y suficientes.²³

Aunque toda teoría jurídica está involucrada de alguna manera con lo que Julie Dickson ha denominado “evaluación puramente metateórica”—un tipo de evaluación que permite identificar de qué información ha de ocuparse el teórico y la manera de organizarla adecuadamente para la explicación del concepto— en aras de satisfacer virtudes que las teorías deben poseer como simplicidad, claridad, consistencia y exhaustividad, lo cierto es que la evaluación metateórica no es distintiva ni ofrece ningún compromiso metodológico hacia alguna postura teórica concreta, solamente se encarga de hacer óptima la comunicación del mensaje de la teoría, pues se ocupa de la naturaleza de las teorías en general, de su construcción y no de la naturaleza de la información que éstas manejan.²⁴

Además de este tipo de evaluación, debemos identificar el tipo de evaluación que de hecho emplean las diferentes teorías jurídicas como parte de su metodología particular, pues —de acuerdo con Dickson— es muy probable que la evaluación puramente metateórica sea insuficiente para explicar la naturaleza de ciertos conceptos que las personas utilizan para entenderse a sí mismos y su mundo social.²⁵

²³ Schauer, Frederick, “Necessity, Importance, and the Nature of Law”, paper prepared for the conference on Neutrality and Theory of Law, *cit.*, p. 9.

²⁴ Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, p. 125; Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, *cit.*, pp. 41-44.

²⁵ Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, p. 137.

Aquí me referiré a las teorías jurídicas conceptuales que pueden tener uno de tres objetivos generales:

(1) pueden ser un intento de captar o explicar el uso lingüístico; (2) pueden ser un intento para descubrir el “significado” de un concepto, el cual se encuentra escondido en nuestras prácticas e intuiciones relacionadas con el uso; o bien (3) pueden imponer criterios morales o cualitativos que deben cumplirse antes de que se deba aplicar la etiqueta...²⁶

La mayoría de las teorías conceptuales suelen ser del segundo y tercer tipos.

Por una parte, las teorías conceptuales del tipo (3) antes mencionado suelen tener ambiciones normativo-evaluativas o justificativas. Pueden caracterizarse a grandes rasgos como aquellas teorías que consideran que la actividad de explicar adecuadamente el derecho está inevitablemente ligada a la comprensión moral de cómo debe ser y al proporcionar esa explicación en términos del objetivo o propósito que debe cumplir, se le entiende desde su mejor perspectiva moral, como el mejor ejemplo de la categoría a la que pertenece. Además, algunas de estas teorías se pronuncian por la imposibilidad de construir teorías generales; sostienen en cambio que las teorías jurídicas productivas sólo pueden desarrollarse acerca de órdenes jurídicos particulares.

Las teorías jurídicas de esta naturaleza pueden explicarse como parte de dos grandes grupos: *a)* las que sostienen que las teorías en ciencias sociales difieren de las teorías en ciencias naturales porque las prácticas sociales son establecidas y mantenidas por un propósito, y *b)* las que consideran las prácticas sociales a partir de su formación perfecta o más acabada, como un ideal. Aun así, las críticas a estas teorías sostienen la poca plausibilidad de las mismas por la arbitrariedad que representa atribuir una función única a una práctica o institución, y porque nunca se han

²⁶ Bix, *Teoría del derecho...*, cit., p. 34.

visto instituciones perfectas en nuestro mundo, de ahí, se dice, la poca relevancia de explicar algo a partir de su ideal.²⁷

Por otra parte, los trabajos involucrados con análisis conceptual del tipo (2) generalmente se han identificado también como teorías jurídicas descriptivas, en oposición a las teorías jurídicas normativo-evaluativas o justificativas. Esta distinción entre teorías es generalmente asociada a la clásica oposición entre teorías jurídicas que se proponen explicar el derecho y las instituciones jurídicas *como son* o *como deben ser*, libres de valoración o empleando evaluación moral, respectivamente.²⁸ Ambas afirmaciones llevan implícitos los diferentes cometidos que se plantean, así como una metodología particular.

Así, por ejemplo, Chiassoni sugiere que un análisis filosófico del precedente podría ocuparse —en el plano normativo— de buscar la justificación de la práctica del precedente proponiendo cómo establecer, usar, interpretar, seguir, aplicar o expandir precedentes judiciales en el contexto de un sistema de precedentes real o imaginario.²⁹ En tanto que —en el plano descriptivo— el análisis busca comprender mejor las instituciones, doctrinas y prácticas del precedente judicial, lo cual puede lograrse trabajando en un bagaje conceptual más preciso como resultado de

²⁷ Bix, “Ideals, Practices, and Concepts...”, *cit.*, p. 17.

²⁸ Con todo, esta distinción es un tanto inadecuada, pues no muestra toda la riqueza ni las variedades que ambos enfoques presentan, como el hecho de que la teoría descriptiva puede implicar algún tipo de evaluación en alguna de sus variantes.

²⁹ Un ejemplo de teoría del precedente de este tipo es el trabajo de Thomas Bustamante, que ofrece una “teoría genuinamente *normativa* de los precedentes judiciales... que pretende proporcionar parámetros metodológicos para establecer, con cierto grado de objetividad, «cómo hacer cosas con precedentes judiciales»...”. Esta teoría (normativa o argumentativa) busca institucionalizar parámetros, reglas y procedimientos de argumentación que sirvan en la práctica de seguir precedentes judiciales, pero también para juzgar y evaluar la corrección de la aplicación de precedentes. Bustamante, Thomas, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, trad. de Juan Carlos Panez Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano, Lima, Editora y Distribuidora Ediciones Legales E. I. R. L., 2016, pp. 5-11.

una reconstrucción racional dentro de los límites conceptuales impuestos por la propia práctica.³⁰

Tal como se ha ido mostrando, ésta es una investigación acerca de la naturaleza o concepto del precedente utilizando el enfoque descriptivo; por lo tanto, es necesario hacer explícitas las ambiciones, los objetivos y alcances que, metodológicamente hablando, busca satisfacer, y esto lo haré explicando en primer lugar la metodología general que el análisis conceptual conlleva, para después hacer las precisiones específicas acerca del análisis conceptual del precedente.

Una teoría conceptual descriptiva es un esfuerzo para proporcionar una explicación general acerca de una institución, lo cual significa que este tipo de teorías asumen que es posible tener un entendimiento común acerca de una institución jurídica —digamos del precedente— dondequiera que éste exista, dado que exhibirá invariablemente ciertas características que revelan su naturaleza y el modo en que opera. La propiedad de ser general implica entonces que el precedente muestra ciertas características constantes en diferentes sistemas jurídicos y no en alguno particular de manera exclusiva, lo que hace posible compartir el concepto.³¹

Este tipo de teoría se denomina “descriptiva”,³² porque al proporcionar la explicación de la institución de la que se ocupa,

³⁰ Chiassoni, Pierluigi, “The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction”, en Bustamante, Thomas y Bernal Pulido, Carlos (eds.), *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*, vol. III, número suplementario 133, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, Nomos, 2012, pp. 13-17.

³¹ Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 17-46. Particularmente véase el capítulo 2: “Can There be a Theory of Law?”

³² Aunque el término “descriptivo” es considerado poco afortunado por Julie Dickson, debido a que puede conducir a un entendimiento equivocado de la labor de la teoría al ubicarlo como una mera enunciación de propiedades, lo que sin duda es inexacto. Desde su perspectiva y la de algunos otros teóricos,

no se involucra en juicios morales o directos de la forma “X es bueno o malo”, sino más bien intenta proporcionar explicaciones moralmente neutrales y no tiene pretensiones justificativas acerca de la institución o característica que intenta explicar.³³

H. L. A. Hart es uno de los teóricos más representativos de la teoría conceptual descriptiva, al desarrollar la conocida obra *El concepto de derecho* y suscribir este tipo de teoría. En este trabajo se explica por qué es la teoría a la vez general y descriptiva:

Es *general* en el sentido que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas (en este sentido de aspecto “normativo”). Esta institución, no obstante muchas variaciones en diferentes culturas y en diferente tiempo, ha tomado la misma forma y estructura, aunque la han rodeado muchos malentendidos y mitos oscurecedores que requieren ser explicitados... Mi explicación es *descriptiva* en que es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: no busca justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas y estructuras que aparecen en mi descripción moral del derecho, aunque un claro entendimiento de éstos, pienso, es un preliminar importante para cualquier crítica moral útil del derecho.³⁴

Una de las características más relevantes de la teoría *hartiana* fue precisamente dilucidar que una teoría jurídica adecuada utiliza, de hecho, juicios evaluativos acerca de las característi-

las teorías descriptivas no excluyen por completo la evaluación, sino sólo la evaluación moral. Sostienen que es posible identificar los aspectos relevantes o importantes de una práctica sin necesidad de recurrir a argumentos morales, proceder que implica una evaluación, pero no una de tipo moral, la cual es denominada por Julie Dickson como “evaluación indirecta”. Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, p. 137.

³³ *Ibidem*, p. 119.

³⁴ Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, en Bulloch, Penélope A. y Raz, Joseph (eds.), trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 11 y 12.

cas importantes del derecho, incluso sobre la importancia de las creencias morales que las personas mantienen acerca del derecho para dar una buena explicación del mismo, los que de ninguna manera implican involucrarse en labores justificativas ni evaluativas morales.³⁵

Al explicar las categorías que utilizamos para entendernos entre nosotros y comprender nuestro entorno, algunas teorías descriptivas —como la que desarrollo— utilizan en su construcción, juicios de evaluación indirectos, no morales, que van más allá de los juicios evaluativos metateóricos. La evaluación indirecta, como la denomina Dickson, se utiliza para determinar qué propiedades de la institución son importantes o significativas de explicar para entender su naturaleza, sobre la base de que si determinada propiedad es invariablemente exhibida y tiene relevancia para las personas sujetas a ella,³⁶ entonces estas propiedades muestran de manera distintiva cómo funciona la institución estudiada.³⁷

Para hacerlo aún más claro con Julie Dickson:

³⁵ Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, pp. 121 y 123. Joseph Raz comparte una concepción similar al sostener que los argumentos evaluativos son utilizados en las teorías del derecho, aunque dichos argumentos evaluativos no son necesariamente morales. Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 226.

³⁶ En este enfoque hay una especial referencia al “punto de vista interno” en el derecho. Para poder afirmar que se compone de proposiciones necesariamente verdaderas, toda buena teoría debe tomar en cuenta e incorporar en su construcción, de manera muy sensible, las opiniones, creencias y actitudes que las personas que crean, aplican y se sujetan a la institución tienen acerca de cierta institución. Algunas instituciones presentan la peculiaridad de que las personas son conscientes de su concepto, lo conocen y utilizan, pues es parte del bagaje conceptual con el que entendemos nuestro mundo social; por lo tanto, las teorías jurídicas, al evaluar las características sobresalientes de la institución, deben tomar en cuenta las estimaciones de importancia, creencias, actitudes y comportamientos de las personas que los emplean. Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, *cit.*, pp. 52-55.

³⁷ Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, p. 126.

Las teorías en la filosofía del derecho no tienen simplemente que mencionar verdades, sino además tienen que sostener verdades que iluminen aquello que resulte ser lo más importante y más característico de los fenómenos que se están investigando. Aún más, al hacer esto, estas teorías tienen que ser lo suficientemente sensibles a la perspectiva que tienen aquellos que se encuentran bajo su dominio.³⁸

Es de utilidad considerar que las proposiciones evaluativas indirectas sostienen afirmaciones del tipo “*X* es una característica importante de *Y*”, que permiten saber que *Y* exhibe siempre cierta característica que además es relevante y, por tanto, es digna de ser explicada, en oposición a las proposiciones evaluativas directas, que sostienen afirmaciones del tipo “*X* es bueno”, que permite saber el mérito moral de determinada característica.

De manera paralela es posible que las personas que crean, administran y están sujetas al derecho mantengan ciertas creencias (morales, por ejemplo) en torno a sus características importantes, las consideren de importancia práctica o les generen importantes preguntas evaluativas acerca de lo bueno o malo de ellas y la institución que las posee. Lo anterior indica el papel central que dichas instituciones tienen para nuestro propio entendimiento y refuerzan la afirmación de que dichas características sobre cómo funcionan las instituciones son importantes para explicar nuestro concepto.³⁹

Una cuestión distinta es justificar por qué alguna característica de la institución es buena o mala en sí misma; por qué debemos seguirla o la bondad o utilidad de su aplicación. Sin embargo, como podemos ver, esos no son los objetivos de la teoría descriptiva conceptual de evaluación indirecta que me interesa.

A pesar de que considera el punto de vista interno de los sujetos a quienes se aplica la institución, la teoría descriptiva no necesita justificar ni evaluar moral ni políticamente la institución

³⁸ Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, *cit.*, p. 32.

³⁹ Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, p. 126.

para identificar las características importantes de la misma.⁴⁰ Sin embargo, tomar en cuenta el punto de vista interno, no implica compartir las opiniones de los participantes ni tomar una postura acerca de la corrección de las mismas; de que algo sea importante, no se sigue que ese algo sea o no sea también moralmente meritorio.⁴¹

Por supuesto, las ambiciones de la teoría conceptual descriptiva no eliminan ni excluyen la posibilidad de llevar a cabo una evaluación moral y de justificación de las instituciones; simplemente señalan que esta última empresa sólo puede emprenderse (si así se quiere) una vez que se ha agotado la fase descriptiva. Otra forma de decirlo es que para evaluar alguna institución necesitamos comprender plenamente la institución de la que estamos hablando; de este modo, el paso de evaluar moralmente o justificar algo es un paso posterior al de la comprensión de ese algo.⁴²

Así, es preciso entender “qué tipo de cosa pretende ser algo antes de que fijemos los parámetros con base en los cuales debe ser juzgado”.⁴³ La comprensión de la naturaleza de las instituciones sociales es la primera y vital labor que debe emprenderse en torno a ellas para estar así en posibilidad de efectuar evaluaciones directas acerca de las mismas.

Lo anterior muestra que las teorías jurídicas descriptivas hacen mucho más que ofrecer una lista de información inconexa, pues de hecho se ocupan de “sistematizar, clarificar y evaluar esa información a partir de la importancia y relevancia que tiene para los que participan de ella, a fin de incorporar dicha infor-

⁴⁰ Hay otros teóricos que coinciden en esta afirmación: Jules Coleman, Andrei Marmor y Wil Waluchow, por ejemplo. Sin embargo, la forma en la que cada uno la entiende varía en relación con la postura de Julie Dickson, que ahora presento, y que considero adecuada para explicar la naturaleza del precedente.

⁴¹ Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, *cit.*, p. 67.

⁴² Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, p. 127.

⁴³ Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, *cit.*, pp. 175-183.

mación en una teoría coherente y persuasiva acerca de la naturaleza del objeto de estudio".⁴⁴

Como se dijo, las instituciones y prácticas sociales son un objeto de estudio complejo, conceptualmente hablando, debido a su naturaleza mutable y a que los límites de esas categorías no son evidentes, y, por ello, suelen ser disputados. No obstante lo anterior, se puede decir que el éxito de una teoría conceptual puede evaluarse con base en su capacidad para cumplir con los propósitos que se plantee y explicar adecuadamente lo que se ha propuesto. En la perspectiva conceptual no se habla de corrección, sino más bien de adecuación o conveniencia de la teoría al explicar con claridad sus razones dentro de los límites propuestos.⁴⁵

Adicionalmente y además de diferenciarse por el objetivo general que persigan, las teorías jurídicas conceptuales pueden diferenciarse según la alternativa que elijan en la construcción de sus teorías. Es muy común encontrarse con teorías que tratan sobre el mismo tema; no obstante esta coincidencia, las teorías plantean —como se ha explicado— diferentes propósitos y la otra diferencia sustancial entre ellas radica en los distintos aspectos que estudian sobre el mismo fenómeno o el enfoque diverso con el que lo estudian.⁴⁶

En la construcción de teorías jurídicas conceptuales hay tres alternativas: *a) la que sustenta la posibilidad de una teoría general al estudiar los diferentes sistemas sociales (y por tanto sus instituciones) en términos de la función que cumplen dentro de sus propias comunidades;*⁴⁷ *b) la que sostiene la necesidad de crear*

⁴⁴ Dickson, "Methodology in Jurisprudence...", *cit.*, p. 132.

⁴⁵ Bix, *Filosofía del derecho...*, *cit.*, pp. 19 y 25.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 3-11.

⁴⁷ Michael Moore asume esta postura, y refiriéndose a su enfoque sobre la naturaleza del derecho sostiene que "A diferencia de los tipos nominales, los artículos que componen un tipo funcional, tienen una naturaleza que comparten que es más rica que la «naturaleza» de compartir simplemente un nombre común en algún lenguaje. A diferencia de los tipos naturales, la naturaleza que tales artículos comparten es una función y no una estructura". *Cfr.* con el ejem-

teorías jurídicas particulares acerca de un solo sistema jurídico, y *c)* la que considera posible y viable la construcción tanto de teorías generales del derecho como de teorías particulares.⁴⁸

II. SOBRE EL ANÁLISIS CONCEPTUAL

Por *concepto*, hemos de entender la unidad básica de análisis que utilizamos y percibimos como la parte “estable” de nuestro conocimiento compartido, que está diseñado para entender nuestro entorno y los fenómenos sociales que nos rodean.⁴⁹

La forma que tenemos de “conocer” y describir nuestro entorno, incluyendo nuestras propias prácticas, es a través de conceptos, los cuales podemos analizar y explicar en términos más profundos —al identificar sus implicaciones y presupuestos— de lo que puede obtenerse a nivel empírico con un simple registro de regularidades o patrones constantes de nuestras prácticas. Por eso, estudiamos la forma en la que concebimos nuestras prácticas y no la práctica en sí misma, ya que, en principio, sólo podemos conocer y discutir acerca de las cosas a través de los conceptos que de ellos nos formamos.

Los conceptos son los ingredientes mentales (representaciones) que se necesitan para pensar acerca de las cosas; de esta forma, requerimos poseer y aprender conceptos para estar en posibilidades de pensar y acaso discutir acerca de la cosa u objeto de

plo de la máquina cortacésped desarrollado en la página previa. Moore, “Law as a Functional Kind”, *cit.*, p. 208.

⁴⁸ Bix, *Jurisprudence...*, *cit.*, p. 11. Las teorías particulares del derecho consideran como “irrelevantes” los resultados que puedan obtenerse de una teoría general.

⁴⁹ Himma, “Reconsidering a Dogma...”, *cit.*, p. 5. Nuestro concepto no puede incluir en sus elementos necesarios más de lo que la práctica reconoce, porque estaríamos inventando y no describiendo el concepto; en contrapartida, la práctica sí puede registrar elementos no registrados como necesarios en nuestro concepto. En este sentido, no podemos hablar de que nuestras prácticas estén bien o mal, sino de un concepto exitoso o inadecuado para explicarla.

la cual versan,⁵⁰ dado que —metafóricamente— son mediadores entre las palabras y los aspectos de nuestro mundo.⁵¹

Concretamente, este trabajo se inscribe en el tipo de análisis conceptual que considera posible explicar la naturaleza⁵² de algunos objetos de estudio —el precedente en este caso— a través del análisis del concepto que explica dicho objeto.⁵³ En otras palabras, este tipo de análisis sostiene que al explicar el concepto de un objeto determinado, estamos explicando la naturaleza de ese objeto.⁵⁴

⁵⁰ *Idem*. En tal sentido, Michael Giudice considera, incluso, que la naturaleza del derecho en un sentido metafísico es inaccesible para nosotros, que como seres humanos, somos incapaces de pensar acerca del derecho salvo a través de algún concepto. Giudice, Michael, “Conceptual Analysis and its Critics”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 6, 2012, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 25. Este tipo de análisis es compatible con el “análisis conceptual modesto” planteado por Frank Jackson, el cual pretende proporcionar una explicación de las cosas en virtud de nuestras prácticas lingüísticas y marcos conceptuales, esto es, en términos menos fundamentales dada una explicación del mundo en términos más fundamentales. Jackson, Frank, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Nueva York, Clarendon Press-Oxford, 1998, p. 45. Consultado el 17 de junio de 2013 y disponible en: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198250614.001.0001/acprof-9780198250616>; Himma, “Reconsidering a Dogma...”, *cit.*, p. 4.

⁵¹ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 18.

⁵² La “naturaleza” de algo significa que ese objeto tiene propiedades esenciales que lo hacen ser lo que es cuando y donde sea que exista; eso significa que tales propiedades son universales y generales en tanto que son las propiedades que el objeto no fallará en tener en cualquier lugar; revelar esto significa revelar la naturaleza del objeto, y se logra al explicar su concepto. Cuando se hace referencia a lo largo de este trabajo a la naturaleza del precedente, ésta debe ser entendida exclusivamente en los términos conceptuales planteados, y por consecuencia, queda establecido que este trabajo no tiene relación con cuestiones de carácter metafísico. *Ibidem*, p. 25.

⁵³ Sobra decir que este enfoque metodológico está presente en un sector importante de la filosofía del derecho y sigue generando importantes aportaciones a la disciplina. Véanse, por ejemplo, los trabajos de H. L. A. Hart, Joseph Raz, Julie Dickson y Michael Giudice.

⁵⁴ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 24.

De acuerdo con la teoría clásica, el análisis del concepto debe explicar las condiciones que han de satisfacer los ejemplares del objeto de estudio; esto es, explicarnos qué características lo hacen ser eso que es, tarea que puede lograrse, por ejemplo, proporcionando las condiciones necesarias que revelen la naturaleza del objeto bajo estudio.⁵⁵ El análisis del concepto implica efectuar el ejercicio de descomponer el concepto en los elementos que lo integran para revelar su estructura y características centrales.⁵⁶

Dado que, en buena medida, las prácticas sociales determinan el contenido de algunos de nuestros conceptos, podemos decir que tenemos un concepto cuando esas prácticas son compartidas por una comunidad respecto de cómo, cuándo y para qué usar un determinado término.⁵⁷

Así, el análisis comienza válidamente con la explicación del propio concepto, al reflexionar acerca de sus elementos y hacerlo explícito, en tanto somos partícipes de la comunidad que lo emplea, la cual se va volviendo más general en tanto cubra exitosamente todos los posibles ejemplos del objeto que designa el concepto, en cualquier lugar y momento, superando así su origen particular.⁵⁸

Así pues, tanto el planteamiento previo como las propiedades del precedente que explicaré indican el ámbito de este estudio, que se circunscribe al ámbito de la necesidad conceptual modes-

⁵⁵ “Concepts”, en *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, ISSN 2161-0002, disponible en: <http://www.iep.utm.edu/concepts/>, 20 de junio de 2017.

⁵⁶ Himma, “Reconsidering a Dogma...”, *cit.*, p. 4.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁸ Giudice, “Conceptual Analysis and its Critics”, *cit.*, p. 24; la explicación de la naturaleza del derecho —señala Joseph Raz— puede abarcar incluso, sociedades que no posean el concepto, *Between Authority and Interpretation...* *cit.*, p. 38. A semejanza del concepto de derecho, considero que podemos explicar la naturaleza del precedente a través del análisis de su concepto, porque se trata de un concepto que surge como resultado del desarrollo de las prácticas legales dentro de los sistemas de derecho (principalmente de derecho occidental) cuya existencia es patente en diferentes sistemas jurídicos en todo el mundo.

ta⁵⁹ —también llamada por E. J. Lewis como “necesidad lógica en sentido estricto”—; esto es, hablar de aquello que es cierto en virtud de las leyes de la lógica y de las definiciones de términos no lógicos o del contenido de nuestros conceptos.⁶⁰

Un ejemplo de este tipo de necesidad se aprecia en el enunciado siguiente: con el principio lógico de no contradicción, se diría que “No puede ser el caso que ambos juicios sean verdaderos, que Canela sea una yegua y que Canela no sea un caballo hembra” debido a que tal enunciado sólo representa un ejemplo de esta ley lógica, al extraer la definición de “yegua” que es un término no lógico y parte de nuestros conceptos.

Por ejemplo, podríamos decir que las páginas son una propiedad necesaria de los libros —lo cual es cierto— sin la cual no podríamos describirlo, pero podemos advertir que la propiedad de “tener páginas” no es una propiedad exclusiva de los libros, pues las páginas también pueden concebirse como una propiedad esencial de los periódicos o las revistas. Eso significa que dicha propiedad no es distintiva del libro y que hay aún elementos adicionales que distinguen al libro, digamos por ejemplo, el lomo o la portada; por lo anterior, sabemos que es posible identificar un conjunto de propiedades mínimas que hacen que algún obje-

⁵⁹ Así denominada por Kenneth Himma en “Reconsidering a Dogma...”, *cit.*

⁶⁰ La necesidad conceptual se distingue de la “necesidad puramente lógica”, que sostiene aquello que es cierto en virtud de las leyes de la lógica solamente; por ejemplo: el principio lógico de no contradicción señala que “dos juicios contradictorios entre sí no pueden ser verdaderos los dos”. Por otra parte, la necesidad conceptual también se distingue de la “necesidad lógica en sentido amplio” denominada por algunos como “necesidad metafísica”, la cual, en términos de E. J. Lowe, se refiere a aquellas cosas que existen, no en virtud de las leyes de la lógica ni de nuestras definiciones o conceptos, sino más allá de ellas; por ejemplo: “Agua es H_2O ”, enunciado que, según los términos del autor, es cierto en todos los mundos lógicamente posibles. Lowe, E. J., *The Possibility of Metaphysics. Substance, Identity and Time*, Nueva York, Clarendon Press, 1998, pp. 14-15; Di Castro Stringher, Elisabetta (coord.), *Conocimientos fundamentales de filosofía*, vol. I, México, UNAM-McGraw-Hill, 2006, consultado el 24 de agosto de 2013, disponible en: <http://www.conocimientosfundamentales.unam.mx/vol1/filosofia/m01/index01.html>.

to sea lo que es y no otra cosa, las cuales pueden tener el carácter de necesarias.

Si la naturaleza de algunos objetos de estudio comprende características que le dan identidad a los objetos que el concepto nombra, y la identidad de un objeto se revela al cuestionarse acerca de las propiedades que ese objeto no puede fallar en exhibir para que los ejemplares del mismo sean así identificados, entonces es posible afirmar que la naturaleza de algunos objetos es susceptible de explicarse conceptualmente a través de sus propiedades esenciales, necesarias, suficientes o importantes.

III. ENSAYO SOBRE LAS CONDICIONES NECESARIAS Y SUFICIENTES

Pero ¿qué debemos entender por propiedades esenciales, necesarias, suficientes e importantes? Si bien se trata de conceptos amplios en sí mismos y sumamente debatidos,⁶¹ es posible asumir una postura que permita identificarlas y distinguirlas entre sí debido al papel de cada una en la comprensión de los conceptos. En dicho sentido, proporcionaré una breve y modesta explicación del modo en que hemos de entender tales conceptos, la cual es una explicación que sigue las líneas generales empleadas en jurisprudencia analítica para tales conceptos.⁶²

Asumo que podemos tener el dominio de un concepto al conocer y comprender todas las propiedades esenciales del objeto de estudio que son necesarias si es que realmente tenemos ese concepto;⁶³ todas y cada una de esas propiedades dan cuenta de

⁶¹ Brennan, Andrew, “Necessary and Sufficient Conditions”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, invierno de 2012, disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/necessary-sufficient/>, consultado el 9 de mayo de 2013.

⁶² Al respecto, tengo en mente los trabajos de Brian Bix, Julie Dickson, Ken Himma, Frank Jackson y Joseph Raz.

⁶³ Raz, “Two Views of the Nature of the Theory of Law...”, *cit.*, p. 10; véase también del mismo autor *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 20-

la esencia de ese concepto como algo permanente en él, mismas que muestran los ejemplares del mismo; por ello, denominamos *propiedades esenciales* a las de este tipo.

De esas propiedades esenciales, posiblemente sólo algunas sean *necesarias* para comprender la naturaleza del precedente.⁶⁴ Para comprender el concepto, se requiere tener la posesión de aquellas propiedades necesarias del concepto sin las cuales no existiría el objeto de estudio; así, la condición de necesidad en un concepto denota una cualidad tan poderosa del mismo que implica que el objeto de estudio no existiría en ausencia de ella, por lo que dicha propiedad está ineludiblemente ligada a la naturaleza del objeto.

Dado que no todas las propiedades esenciales que exhibe el objeto de estudio son relevantes para explicar su naturaleza, es posible que no haya nada interesante⁶⁵ que decir sobre algunas de ellas; por esto, no hay ningún interés especial en obtener todas y cada una de las propiedades que pudieran integrar una posible lista finita de propiedades esenciales.

Nótese que doy por sentado que la comprensión del concepto implica la capacidad de aplicarlo; por esto es que quien lo hace adecuadamente lo comprende (al menos de manera intuitiva tiene la noción de las propiedades necesarias del mismo aunque no sea capaz de explicarlo) y es capaz de identificar ejemplos del mismo cuando se le presentan.⁶⁶ Recordemos que el tipo de

21 y 24-25; en general el capítulo 2: “Can There be a Theory of Law?” resulta especialmente esclarecedor.

⁶⁴ Raz, “Two Views of the Nature of the Theory of Law...”, *cit.*, p. 10.

⁶⁵ Al respecto, Scott Shapiro ha explicado que los filósofos no están interesados en explicar todas las propiedades de un objeto sino sólo aquellas que necesariamente posee, así, es necesariamente cierto que el número 7 no está casado con el número 3, pero dicha propiedad no es interesante ni relevante para la explicación de la naturaleza del número 7. Shapiro, Scott, *Legality*, Cambridge, Belknap Press, 2011, p. 9.

⁶⁶ Raz, “Two Views of the Nature of the Theory of Law...”, *cit.*, p. 9. Si bien es posible que aun cuando se comprenda el concepto, se cometan errores en su aplicación, en términos generales, suponemos que la comprensión de un

explicación en la que estamos interesados va más allá de la noción superficial o parcial que una persona ordinaria podría tener sobre el concepto.⁶⁷

La explicación que intento proporcionar es mucho más profunda y está relacionada con una buena comprensión del precedente, atendiendo a lo que los usuarios del concepto se refieren cuando lo utilizan, tal, que los involucrados con la institución aceptarían.⁶⁸ Por supuesto, con “usuarios del concepto” me refiero a todos aquellos involucrados directamente con la práctica jurídica: principalmente, funcionarios judiciales y abogados —que son quienes están en posibilidad real de explicar aquello que ellos mismos emplean como precedente— debido a que el objeto de estudio es una institución jurídica que no es de aplicación directa del ciudadano común, por esa razón, los usuarios competentes del concepto son todos aquellos que efectivamente aplican el concepto en su uso cotidiano y que están vinculados con la práctica jurídica.

Específicamente, me parece que cuando nos referimos al dominio pleno de un concepto, estamos hablando de un alto grado de comprensión de nuestros conceptos: un conocimiento com-

concepto, conlleva a la aplicación adecuada del mismo o, al menos, no hay razón para dudarlo. Esto no necesariamente sucede a la inversa, ya que es posible que quien aplique el concepto no lo comprenda realmente.

⁶⁷ Nicos Stavropoulos considera que el análisis conceptual de este tipo es una versión específica del análisis conocido como “folk theory”. Stavropoulos, Nicos, “Hart’s Semantics”, *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, en Coleman, Jules (ed.), Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 71. Concerniente al análisis conceptual de “folk theory” véase Jackson, *cit.*, p. 31. No comparto plenamente esta percepción, pues considero que en relación con el precedente no puede hablarse de una comprensión ordinaria del concepto, ya que se trata de un concepto con cierto grado de especialización y no uno de uso ordinario fuera del ámbito jurídico. En todo caso, el conocimiento y comprensión parcial, no especializado de un ciudadano regular ofrecería solamente una idea incompleta del precedente y, por lo tanto, inadecuada para explicar su naturaleza.

⁶⁸ Véase el planteamiento al respecto en Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 2-6.

pleto de las cosas, el cual difícilmente puede lograrse dadas nuestras propias limitaciones humanas, por lo que debemos pensarlo como el nivel más alto de conocimiento acerca de la naturaleza de nuestras prácticas, que de lograrse, sin duda mostraría todas las propiedades de determinado objeto de estudio.

De la posible lista finita de propiedades esenciales que podríamos identificar, algunas pueden ser necesarias, unas más, pueden ser importantes o suficientes y otras quizá, pueden ser simultáneamente necesarias y suficientes, dependiendo del concepto de que se trate.⁶⁹ Así, pueden existir propiedades esenciales que resulten no necesarias para la comprensión de un objeto de estudio, que incluso podemos desconocer y, sin embargo, ser importantes para explicar de manera completa la naturaleza de determinado concepto (el dominio total del concepto). O bien puede suceder que exista una o varias propiedades suficientes que den cuenta de la esencia del objeto de manera contundente, sin tener carácter de necesarias.

En tal sentido, las propiedades *importantes* son aquellas que ayudan a explicar de forma más acabada y comprensiva la naturaleza de determinado objeto; esto significa que si bien pueden omitirse para fines de aplicación, lo cierto es que permiten el dominio más acabado que puede obtenerse del concepto. Pensemos en los animales mamíferos, ciertamente, tener una bolsa marsupial⁷⁰ no es una propiedad necesaria para entender el concepto “mamífero” (como podría serlo la propiedad vertebrado) al no ser central para su explicación —dado que hay mamíferos que no la

⁶⁹ Tengamos presente también que existen propiedades que pueden ser suficientes sin ser necesarias, o bien, propiedades necesarias que no resultan suficientes.

⁷⁰ Bolsa característica de las hembras de los marsupiales, que funciona a modo de cámara incubadora. Está formada por una duplicación de la piel y asentada sobre la pared ventral exterior. En ella se encuentran las glándulas mamarias y allí completan las crías el periodo de gestación. *Diccionario de la lengua española* en línea <http://buscon.rae.es/drae/> consultado el 15 de junio de 2013.

tienen—, pero sin duda es una propiedad importante para conseguir el dominio más acabado del concepto.

Cuando pensamos en nuestro concepto de ave, consideramos varias características, como las siguientes: animal vertebrado, ovíparo, de respiración pulmonar y sangre de temperatura constante, pico cárneo, cuerpo cubierto de plumas, con dos patas y dos alas (aptas por lo común para el vuelo).⁷¹ Sin embargo, aunque indudablemente la propiedad de volar es parte de la esencia de ave y ayuda a explicar su naturaleza —dado que muchos de los ejemplares de la especie lo hacen— lo cierto es que volar no es una propiedad necesaria del concepto ave, ya que existen aves que no vuelan (la avestruz, el kiwi, el ñandú, el casuario, el emú o el pingüino). Esto significa que volar no es una condición necesaria del concepto de ave pero sí es una condición que ayuda a explicar de manera más acabada la naturaleza de las aves; en este sentido, volar es una condición importante del concepto ave.⁷²

Por su parte, cuando hablo de propiedades *suficientes*, me estoy refiriendo primordialmente a aquella (s) condición (es) esencial (es) de algunos conceptos que da (n) cuenta de la naturaleza de determinado objeto de estudio de manera tan contundente que con ella (s) basta (n) para su explicación, bien puede suceder que exista una o un conjunto de condiciones suficientes. Cuando se trata de un conjunto, podemos hablar de varias condiciones necesarias, que unidas son suficientes para explicar el concepto.

De una posible lista finita de propiedades esenciales identificables en algunos conceptos, aquellas propiedades esenciales que tienen además el carácter de necesarias, que posibilitan la comprensión plena de los mismos, constituyen en conjunto las propiedades suficientes del concepto. De modo que las propiedades suficientes de algo pueden ser el conjunto claramente determinado de todas y cada una de sus propiedades necesarias, con las cuales se puede

⁷¹ *Diccionario de la lengua española* en línea <http://dle.rae.es/?id=4X8WU1M|4XANV8J> consultado el 10 de julio de 2017.

⁷² Ejemplo tomado de Schauer, Frederick, “Necessity, Importance, and the Nature of Law”, *cit.*, pp. 8 y 9.

obtener la comprensión del mismo. Pensemos, por ejemplo, que posiblemente el conjunto de las condiciones necesarias siguientes sean suficientes para comprender la naturaleza o concepto libro: portada, página legal, páginas, índice y colofón.

Es posible, como dijimos, que exista una condición necesaria que sea a la vez suficiente para la comprensión del objeto de estudio, por ejemplo: la ausencia de placenta en un mamífero es condición necesaria y suficiente para comprender que se trata de un marsupial (concepto de); la reproducción a través del depósito de huevos es condición necesaria y suficiente para el concepto de ovíparo.

O bien, puede suceder que identifiquemos alguna condición suficiente no necesaria del concepto. Pensemos, por ejemplo, que cortarse las venas (si se ejecuta exitosamente) es una condición suficiente pero no necesaria para cometer suicidio, ya que se puede tomar otra acción para lograrlo; ser canguro es una condición suficiente para la posesión de una bolsa marsupial, aunque no es una condición necesaria, ya que los coalas y las zarigüeyas también poseen una bolsa marsupial; tomar un avión es una condición suficiente pero no necesaria para llegar a Europa,⁷³ o bien, ingerir un litro de tequila es suficiente, pero no necesario, para alcoholizarse, pues habría bebidas alternativas.

IV. LAS CONDICIONES NECESARIAS DEL CONCEPTO DE PRECEDENTE

Puede anticiparse que sostengo la tesis de que tenemos un concepto de precedente y de que podemos explicar su naturaleza a partir de sus condiciones o propiedades necesarias, que son identificables en todos aquellos sistemas jurídicos que disponen de dicha institución. Si bien no es una de mis pretensiones afirmar que todo sistema jurídico tiene precedentes o el concepto, sí lo es

⁷³ Debo este ejemplo a Juan Vega.

que aquellos sistemas que lo tienen exhiben las mismas propiedades necesarias de manera constante.

A partir del desarrollo metodológico previo, resultan más claras las ambiciones de este trabajo. El precedente es una institución social, en tanto es una creación humana que sirve para ordenar un aspecto de nuestra vida social y desempeña un papel relevante para las personas que están sujetas a él: los que lo crean, los que lo aplican y los que lo usan o invocan.

Sostengo la tesis de que hay ciertas propiedades necesarias del precedente en todo lugar en donde se encuentra, mismas que si bien pueden no ser exclusivas de esta institución, son indispensables para su comprensión y explicación a través del concepto, pues permiten que indudablemente lo identifiquemos como tal cada vez que se localizan, al menos, dichas propiedades necesarias.⁷⁴

En tal sentido, es plausible explicar la naturaleza del precedente utilizando un enfoque teórico conceptual y descriptivo de evaluación indirecta. Con este enfoque es posible dilucidar cuáles son las propiedades importantes de la categoría conceptual “precedente” que deben explicarse para comprender su significado, esencia o concepto de manera moralmente neutral y sin involucrar compromisos justificativos acerca de la misma.

La manera en la que funciona el precedente dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos hace viable identificar cuáles de las propiedades que muestra invariablemente le hacen ser lo que es y no otra cosa, así como tener el efecto que tiene en la vida de los sujetos a su influencia, con independencia de si esa pretensión de autoridad está o no justificada o si es bueno o malo sujetarse a él.

Este trabajo es un estudio conceptual que desarrolla una teoría general sobre el precedente, examinándolo como una cate-

⁷⁴ Se refieren en conjunto a las condiciones de identidad del concepto, que incluye las condiciones mínimas de posesión del concepto, su comprensión y uso correcto. Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., pp. 21 y 22.

goría de la vida jurídica de las sociedades; es decir, como una categoría que exhibe ciertas condiciones necesarias en todos los sistemas jurídicos en los que existe, y que, por tanto, considera que su concepto puede explicar dichas condiciones o propiedades. Si esto es así, entonces, la naturaleza del precedente implica que, como categoría jurídica de la vida de diversas sociedades, su concepto no está limitado por localismos, regionalismos o nacionalismos.

El tipo de teoría conceptual que se propone es descriptiva de evaluación indirecta, porque emplea en su construcción juicios de evaluación, con la peculiaridad de que tales juicios no versan acerca de los méritos morales del precedente, sino que más bien versan acerca de la importancia de determinadas propiedades del precedente.

El hecho de que lingüísticamente, la institución que estudiamos sea conocida como “precedente” en los sistemas jurídicos del *common law* o como “jurisprudencia” en los sistemas jurídicos de derecho continental o legislado, es irrelevante para este estudio conceptual, ya que la naturaleza del precedente va más allá de contingencias lingüísticas⁷⁵ o de cualquier otro tipo: la naturaleza está determinada por las propiedades necesarias, y no por las propiedades contingentes de ese algo.

Por tanto, considero que hay un concepto de precedente que, de hecho, es utilizado —aunque sea de manera inconsciente— en diferentes sistemas jurídicos para hacer referencia a las resoluciones previas dotadas de autoridad emitidas por los tribunales, y toda vez que desempeña funciones similares en todos ellos y se considera de significativa importancia para las personas sujetas a él en los distintos lugares en que se presenta, es posible llegar a dilucidar el concepto de precedente entendido como categoría jurídica presente en diversas sociedades o, en otras palabras, su naturaleza.

⁷⁵ Distintas manifestaciones verbales pueden expresar el mismo concepto. “Concepts”, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, ISSN 2161-0002, disponible en: <http://www.iep.utm.edu/concepts/>, 10 de julio de 2017.

Una vez que he delimitado y explicado las pretensiones metodológicas de esta obra, ofrezco una descripción de las que considero son las propiedades necesarias del concepto de precedente, mismas que me propongo esclarecer, al ser las que —desde mi perspectiva— reflejan de mejor manera la forma en que entendemos y utilizamos el concepto de precedente.

Ahora bien, tengamos presente que, conceptualmente, hay una distinción entre el precedente vertical y el precedente horizontal,⁷⁶ debido a que existen razones distintas para seguir precedentes tratándose de uno u otro tipo. En principio, parece que algunas de las razones que aplican al precedente vertical serían extensivas al horizontal,⁷⁷ pero no necesariamente ocurre esto en sentido inverso. De modo que la reflexión de este trabajo se dedica al precedente vertical, por ser el modelo central de precedente.

Atendiendo a los elementos metodológicos planteados, estoy en posibilidad de referirme a aquellas propiedades necesarias del precedente que explican su naturaleza y responden a nuestras prácticas, las cuales son necesarias para comprender el concepto. Así, del análisis teórico y de la observación del funcionamiento de la institución, considero que hablamos del concepto de precedente cuando se presentan al menos las siguientes propiedades necesarias que explican la naturaleza del mismo, las cuales tendrían que estar presentes para acceder al dominio más acabado del mismo.⁷⁸

⁷⁶ Se denomina “precedente horizontal” a la práctica judicial según la cual un tribunal sigue y aplica sus propios precedentes o aquellos emitidos por tribunales de la misma jerarquía, en tanto que el “precedente vertical” tiene lugar dentro de una jerarquía judicial.

⁷⁷ Para un estudio detallado acerca del precedente horizontal, véase Alexander, Larry y Sherwin, Emily, “Los jueces como creadores de reglas”, trad. de Sandra Gómora Juárez, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 127-167.

⁷⁸ Debe considerarse que no estoy afirmando nada acerca de proporcionar las propiedades esenciales del concepto de precedente, que sean suficientes para obtener el dominio completo del mismo, sino simplemente que las menciona-

Condiciones necesarias:

1. Es una regla prescriptiva de origen jurisdiccional con calidad autoritativa o, al menos, vinculante.
2. Tiene la pretensión de regular, mediante el ejemplo, la conducta futura de sus destinatarios.
3. Surge necesariamente, como producto de la interpretación novedosa que hace un juez de posición jerárquicamente superior del derecho positivo vigente de un sistema jurídico, en contextos acotados por reglas jurídicas aplicables y hechos particulares.
4. Sirve como un eslabón que, a través de la coherencia, armoniza el pasado jurídico existente con el futuro novedoso del derecho.

Mi intuición es que las propiedades antes enunciadas son propiedades necesarias del concepto de precedente.⁷⁹ El libro en conjunto se ocupa de proporcionar una explicación adecuada de las propiedades que considero necesarias del concepto de precedente, sin perjuicio de que futuros análisis pudieran revelar alguna propiedad adicional. Recordemos que es posible tener alguna noción acerca de los conceptos de las cosas e instituciones con las que convivimos, así como aplicarlos adecuadamente sin tener el dominio total de sus características esenciales y su naturaleza.⁸⁰

das son parte de las propiedades esenciales del concepto necesarias para entenderlo y aplicarlo.

⁷⁹ Sobre la posibilidad de recurrir a nuestras intuiciones acerca de posibles casos como parte de la actividad general de elucidar nuestros conceptos al determinar cómo los sujetos clasifican las posibilidades, véase Jackson, *op. cit.*, pp. 33-37; Himma, “Reconsidering a Dogma...”, *cit.*, pp. 4-6.

⁸⁰ Es muy probable que no seamos conscientes de todas las propiedades inherentes a nuestros conceptos cuando los usamos cotidianamente, sin que por ello debamos concluir que no las hay. Las aquí elucidadas, considero, son las propiedades esenciales del concepto de precedente. Véase, Raz, “Two Views of the Nature of the Theory of Law...”, *cit.*, pp. 6-11.

En la filosofía analítica del derecho, la investigación acerca de la naturaleza del derecho es un tema de larga tradición. A pesar de que antes de H. L. A. Hart parecía banal preguntarse acerca de verdades generales sobre el derecho, su obra *El concepto de derecho*, proporcionó una teoría general de contenido sustantivo tan influyente que ha servido como referente a partir de su publicación.

El esquema del derecho de Hart sigue siendo influyente, caracterizado como un conjunto de reglas sociales que se dividen en *reglas primarias*, que establecen obligaciones y *reglas secundarias*, cuya finalidad es reconocer las reglas que forman parte del sistema jurídico (regla de reconocimiento), conferir facultades para modificar o introducir nuevas reglas (reglas de cambio) o bien, conferir facultades para aplicar las reglas (reglas de adjudicación).⁸¹

Leslie Green señaló que Joseph Raz ha elaborado una de las modificaciones más importantes a la teoría del derecho de Hart, al establecer que el lenguaje normativo del derecho proporciona razones para actuar de un tipo especial, derivadas de su naturaleza autoritativa. Al ser una de las teorías jurídicas contemporáneas más relevantes y atendiendo a las características de la institución objeto de estudio, considero que la tesis de la autoridad proporciona el enfoque teórico adecuado para abordar el análisis del precedente.

El enfoque que adopto en este trabajo se sustenta en la teoría de la autoridad del derecho de Joseph Raz, de modo que para ser comprendida plenamente, la explicación conceptual que propongo debe ser pensada desde la perspectiva de la autoridad que emite las reglas de precedente, debido a que toda autoridad —incluida la jurisdiccional— se concibe a sí misma como intermediaria entre el problema y las soluciones posibles, al ejercer permanentemente

⁸¹ Green, Leslie, “Filosofía del derecho general: ensayo del 25 aniversario”, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 3, 2009.

temente el papel de emitir indicaciones. Al asumir la perspectiva de la autoridad que emite reglas u órdenes, se puede comprender el papel de las reglas en el razonamiento práctico de las personas, en el sentido más adecuado.

En contraposición, trasladar el punto de vista de la explicación desde la autoridad a los destinatarios cambiaría la naturaleza de este estudio, de uno conceptual a otro de corte empírico, situado fuera del alcance de este trabajo; o bien, sin dejar de ser un trabajo descriptivo, sería imposible e infructuoso para nuestros fines describir las opiniones que tiene cada particular acerca de la autoridad o de cada indicación de la autoridad.

Por otra parte, es importante tener en mente que el enfoque de la autoridad es el adecuado para entender la naturaleza del precedente a través de su concepto, ya que existe una conexión entre el enfoque adoptado y la fuerza de la regla de precedente, derivada precisamente de la autoridad de la regla, que como tal posee la cualidad de proporcionar razones para la acción que generan su cumplimiento y la convierten en una regla cuyo cumplimiento está justificado. Involucrar el punto de vista del destinatario de la regla en cada caso tornaría subjetivo el concepto —que es general— y nos llevaría a concentrar demasiado la atención en situaciones particulares o contingentes; tal indagación no arrojaría información relevante para este estudio, por lo tanto, no es interesante.

Dicho lo anterior, me ocuparé del concepto de autoridad del precedente que se deriva de una teoría más amplia sobre la autoridad del derecho elaborada por Joseph Raz, que considero una teoría que explica adecuadamente el papel de la autoridad del derecho, así como de las reglas en el razonamiento práctico de las personas sujetas a ella. La concepción de la autoridad es entonces el punto de partida y la base teórica que estructura las condiciones necesarias del precedente a través de la explicación de nuestro concepto.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS REGLAS AUTORITATIVAS DE ORIGEN JURISDICCIONAL EN EL CONCEPTO DE PRECEDENTE

Una noción comúnmente aceptada describe al precedente como una resolución judicial que tiene cierta autoridad dentro del sistema jurídico de origen, cuya función principal es orientar las decisiones actuales de los tribunales. Partiendo de esta noción general y de la práctica misma, he identificado las condiciones o propiedades necesarias de nuestro concepto de precedente, las cuales analizaré a continuación. Una primera condición apunta al carácter de “regla” y a su calidad autoritativa.

Según planteé en el primer capítulo de este libro, la primera condición necesaria del concepto de precedente refiere una regla prescriptiva de origen jurisdiccional con calidad autoritativa o, al menos, vinculante. A ese primer elemento voy a referirme ahora, ya que cada una de las condiciones necesarias se compone a su vez de un conjunto de conceptos que se despliegan e interrelacionan entre sí de manera particular.

Decir que una regla es “autoritativa” es atribuir a dicha regla una calidad específica; concretamente, la calidad de poseer autoridad. Si bien nos referimos a una característica que se predica de la regla, la noción misma de autoridad tiene un papel central en la explicación del concepto de precedente, y permea el resto de las propiedades necesarias; por esta razón, comenzaré el análisis de la primera condición necesaria atendiendo en primer lugar a la noción de autoridad.

Con esta advertencia en mente, hemos de tener presente que el vocablo “autoridad” es utilizado de diversas formas y se le atribuyen varias connotaciones en esferas distintas, dependiendo del

contexto en el que lo usemos; así, empleamos el concepto de autoridad en diferentes ámbitos: social, moral, político, entre otros. Cuando nos guiamos por las indicaciones de nuestro mecánico que indican ciertas acciones para proteger el funcionamiento del automóvil, o lo empleamos cuando seguimos el tratamiento indicado por nuestro médico que nos dice qué enfermedad padecemos y qué debemos hacer para remediarlo.

El vocablo “autoridad” puede utilizarse válidamente para referirse, entre otros aspectos: *a)* al prestigio o crédito que se le reconoce a una persona u órgano por su competencia o calidad en un ámbito; *b)* a la distinción que se tiene hacia una persona por algún vínculo afectivo o calidad moral, o bien, *c)* a la potestad o facultad para ordenar o mandar sobre otros.

Al respecto, debe decirse que más allá del reconocimiento de autoridad en los sentidos aludidos, la atribución que hacemos de autoridad legítima a una persona u organismo en cualquier ámbito, sólo puede ser comprendida adecuadamente cuando sus indicaciones se consideran razones para la acción, junto con la cualidad particular de que tales indicaciones muestran, al mismo tiempo, una justificación independiente de contenido, pues es la forma en que éstas (las indicaciones de la autoridad) se distinguen de otras razones.

Si bien los sentidos referidos que se atribuyen a una autoridad en general no son excluyentes entre sí, lo cierto es que *a), b)* o *c)* de manera independiente, no revelan plenamente el vínculo que existe entre la autoridad y el sujeto a ésta, pues sólo están presentes en algunos casos,⁸² de modo que la forma más ade-

⁸² A ese respecto, debe decirse que el reconocimiento de autoridad en el sentido *a)* o *b)* no implica, necesariamente que tenga autoridad directa sobre mí, ya que atender el consejo o instrucciones de esas autoridades depende por completo de mis metas personales, digamos: *a)* desear tener éxito en un determinado ámbito, o bien *b)* desear actuar de acuerdo con el criterio del líder por sus atributos personales. Véase Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1986, pp. 32-35 y 63- 65. También disponible en: www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198248075.001.0001/acprof-9780198248071-chapter-3.

cuada en que debe entenderse a la autoridad —en general, así como la del derecho y sus reglas, en particular— es como un tipo especial de razones para la acción que sean simultáneamente, independientes de contenido, nociones que involucran implícitamente los sentidos *a), b) y c)*, como se explicará a detalle más adelante.

I. TIPOS DE AUTORIDAD Y RAZONES PARA LA ACCIÓN

Abordo la siguiente explicación de la teoría de la autoridad del derecho considerando que Joseph Raz distingue entre dos tipos centrales de autoridades: la *autoridad de facto* y la *autoridad legítima*. En términos generales advertimos que una persona es una autoridad o tiene autoridad cuando al menos algunas de sus declaraciones tienen la intención de regular la conducta de otros.

La autoridad de facto pretende tener autoridad legítima sobre sus gobernados, aunque no necesariamente lo logra, pero impone efectivamente su voluntad sobre las personas, lo cual puede deberse a que la mayor parte de los gobernados le reconoce legitimidad.⁸³ Las autoridades de facto no sólo pretenden tener el derecho a regular sino que establecen y mantienen efectivamente su dominio y autoridad, logrando la conformidad de los sujetos a ella; este tipo de autoridades pretenden tener esa autoridad, y al mismo tiempo admiten, junto con sus súbditos, que los mismos están obligados a obedecer.⁸⁴ Dicha autoridad de facto puede ser considerada legítima en la medida en la que su pretensión de ser autoridad legítima esté justificada (al proporcionar razones excluyentes para la acción), lo cual puede discernirse atendiendo al reconocimiento de las personas sujetas a ella.

Toda autoridad, sea legítima o de facto, en términos generales se clasifica en autoridad teórica o práctica. Estoy especial-

⁸³ Raz, *La ética en el ámbito público*, *cit.*, p. 228.

⁸⁴ Raz, *The Morality of Freedom*, *cit.*, pp. 25-28 y 46.

mente interesada en la autoridad legítima para fines explicativos, que a su vez se divide en *autoridad teórica* y *autoridad práctica*, y puede manifestarse como una, otra o ambas.⁸⁵

La autoridad legítima práctica es aquella autoridad que además de asumirse como tal, proporciona a sus súbditos razones para la acción.⁸⁶ Por ejemplo, las indicaciones financieras sugeridas por mi hermano —financiero de carrera— son suficientes para que yo invierta mi dinero, pues para mí, él es una autoridad legítima práctica en materia financiera. La característica especial de las órdenes dotadas de autoridad es su carácter decisivo o concluyente, lo cual implica que la orden dotada de autoridad legítima tiene la capacidad de remplazar cualquier consideración que verse sobre el mismo tema.

Por el perfil antes delineado de los tipos de autoridad, debe tenerse en cuenta que cualquier autoridad que se precie de ser legítima (para que sus determinaciones puedan remplazar a cualquier otra razón) necesariamente debe tener la capacidad de hacer efectivas sus determinaciones y ser capaz de resolver los problemas de coordinación que se le presenten. En otras palabras, toda autoridad legítima es al mismo tiempo una autoridad de facto; sin embargo, no toda autoridad de facto es una autoridad legítima, ya que ésta es mucho más que el mero ejercicio efectivo del poder y la pretensión abierta de mandar.⁸⁷

En ese sentido, el derecho pretende ser una autoridad legítima práctica (se sitúa en el terreno de la acción) y tiene una pretensión de regular la vida de sus súbditos.⁸⁸ Es importante notar que una cosa es la forma en la que cualquier autoridad (política o no) se concibe a sí misma y se muestra ante sus súbditos, y otra

⁸⁵ Raz, *La ética en el ámbito público*, cit., p. 229.

⁸⁶ O bien, razones para la creencia, si se trata de una autoridad legítima teórica.

⁸⁷ Raz, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 56 y 65.

⁸⁸ Giudice, Michael, “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, *IVR Encyclopedie*, 2009, pp. 2 y 3, disponible en: http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz%27s_Legal_Philosophy, consultado el 9 de noviembre de 2011.

cosa es la forma en la que los sujetos a esa autoridad la percibimos. Así, una persona u órgano estatal siempre tendrá la pretensión de ser autoridad para regular algún aspecto de la vida de sus súbditos, como parte del papel general de supervisión que tiene asignado y es la forma en la que podemos identificarla, aunque nosotros no siempre estemos dispuestos a reconocer que las autoridades públicas tienen la autoridad que ellos pretenden.⁸⁹

Para aclarar el punto, Joseph Raz propone el ejemplo del papel del árbitro en un conflicto entre particulares: cuando un problema se somete a la decisión de un árbitro, las partes deciden someterse voluntariamente a adoptar la solución que él proponga por las razones que él elija, en lugar de seguir su propio juicio. Lo anterior, en virtud de que han decidido de antemano que la solución que él elija será la adecuada: le reconocen autoridad, y eso es lo que se supone deben hacer; el laudo se basará en las razones aportadas por los litigantes, mismas que se aplican a las partes (razones dependientes). El árbitro hará un balance de tales razones, las resumirá y el resultado o solución que determine (razón elegida), reflejará y remplazará las razones de las partes; de este modo, en adelante la indicación del árbitro (razón excluyente) remplazará las razones de los súbditos de las que depende.⁹⁰

El hecho de actuar conforme a la decisión del árbitro y no conforme a nuestras propias razones o, dicho de otro modo, tomar la regla de la autoridad como una razón para actuar conforme, que remplaza las razones en las que basó, es la forma adecuada de entender la autoridad legítima. Lo anterior no significa, de ninguna manera, que estemos impedidos de pensar distinto o de criticar a la autoridad por dejar de lado razones que creamos importantes, pues es posible que vivamos momentos de deliberación previos, pero lo relevante aquí son las razones para la acción, no para la creencia.⁹¹

⁸⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 4 y 5.

⁹⁰ Raz, *La ética en el ámbito público*, cit., pp. 229 y 230. Véase también Raz, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 39-42.

⁹¹ Raz, *The Morality of Freedom*, cit., p. 42.

En otras palabras, somos libres de pensar que determinada regla no es la mejor regla o tener dudas sobre qué acción tomar en los momentos previos a tomar la decisión de atender las indicaciones de la autoridad, pero una vez tomada la decisión significa que considero la razón elegida por la autoridad como una buena razón para actuar.⁹²

La caracterización anterior es un bosquejo amplio de la forma en la que funcionan las reglas jurídicas autoritativas en el razonamiento práctico, pero hacen falta algunas precisiones. Las razones sirven para guiar la conducta, de ese modo las personas han de guiarse por las razones —entendidas como hechos— que aplican al caso. Así, entre las razones para la acción, se debe distinguir entre razones para la acción de primer orden y razones para la acción de segundo orden, y tener en cuenta que los conflictos entre razones de primer orden se resuelven con base en la fuerza de las razones en conflicto, pero no sucede así en los conflictos entre razones de primer y segundo orden.⁹³

Regularmente, decidimos tomando en consideración las razones que aplican a la situación que enfrentamos,⁹⁴ por ejemplo, razones prudenciales o morales; tales razones se conocen como *razones de primer orden*, por ser a las que ordinariamente recurrimos al tomar decisiones. Las *razones de segundo orden* son razones acerca

⁹² En circunstancias ideales, las reglas establecidas por los jueces serían invariablemente las mejores reglas en cada caso; sin embargo, no siempre los jueces pueden actuar bajo circunstancias ideales y somos conscientes de que los jueces no sientan reglas “ideales” que den respuesta a las demandas de todos, pues están limitados de varias formas, deben considerar distintos elementos en cada caso y además emplean distintos criterios, mismos que tendrán un peso diverso en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de autoridades legítimas para nosotros, admitimos que sus indicaciones son acertadas al dictar reglas suficientemente buenas que cumplen la función que fueron llamadas a realizar.

⁹³ Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 19 y 40.

⁹⁴ Gardner, John y Timothy Macklem, “Reasons”, en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 468.

de las razones de primer orden; se trata de razones con un peso especial (que, en algunos casos, existen gracias a las normas e instituciones sociales), que gobiernan las mismas situaciones a las que se aplican las razones de primer orden (razones dependientes), pero tienen la cualidad de remplazarlas; por ello, las normas jurídicas son un tipo de razones de segundo orden institucionalmente aceptadas.⁹⁵

Cuando se nos presenta un conflicto acerca del curso de acción que hemos de tomar, la forma normal y racional de conducirse indica que resolvemos los conflictos de decisión de acuerdo con el balance de razones que aplican en el caso concreto; esto es, cuando nos encontramos ante un problema de decisión, procedemos a evaluar el peso relativo que se atribuye a cada una de las razones en conflicto y decidimos en consecuencia,⁹⁶ donde

⁹⁵ Giudice, “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, *cit.*, p. 2. Con “institucionalmente aceptadas” me refiero a que son aceptadas en un contexto en el que existe un sistema jurídico: *a)* que contiene normas que establece órganos aplicadores, *b)* que las disposiciones jurídicas pertenezcan a tal sistema sólo si los órganos aplicadores tienen el deber de aplicarlas, y *c)* están sujetos a límites. Estos elementos denotan que un sistema normativo está institucionalizado, pero además, es jurídico, si éste es necesariamente el sistema institucionalizado más importante que pueda existir en la sociedad. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982, pp. 149 y 150.

⁹⁶ Una postura antagónica en torno a la teoría de la elección racional —en el ámbito económico— es proporcionada por Tversky y Kahneman, quienes a través de un estudio empírico y probabilístico muestran cómo las reglas básicas de la teoría son comúnmente violadas por los agentes en la toma de decisiones, haciendo depender la decisión en cómo es presentado el marco de decisión en cada caso. Aunque los autores explican que es incompleto, el estudio revela que los postulados de la tesis de la elección racional son normalmente satisfechos en situaciones claras y transparentes, y normalmente violados en situaciones no claras. Sugieren finalmente que —independientemente de que en economía la presunción de racionalidad tiene una posición privilegiada como si se tratara de una verdad evidente, más allá de cuestionamientos— la racionalidad de la elección en cada caso particular es un asunto empírico que debe ser determinado por observación y no por suposición. Tversky, Amos y Kahneman, Daniel, “Rational Choice and the Framing of Decisions”, *Journal of Business*, vol. 59, núm. 4, 1986.

la razón de mayor peso derrota a las demás.⁹⁷ Sin embargo, no todos los conflictos de decisión se resuelven mediante este modelo básico.

De acuerdo con la explicación anterior, en algunos casos existen razones que nos indican no actuar con base en el balance de razones de primer orden; esto es, según el modelo intuitivo de solución de conflictos. Dichas razones se denominan *razones excluyentes*, y no son razones en contra de la deliberación, sino razones que regulan las razones por las cuales actuamos.⁹⁸

Imaginemos el siguiente caso: Luz está decidida a bajar de peso y cuidar su salud, por lo cual se inscribe a un club deportivo en el que se desarrollan actividades físicas supervisadas, que consisten en circuitos de ejercicios en máquinas de resistencia hidráulica combinados con ejercicios cardiovasculares, las cuales prometen los resultados que ella busca.

Al evaluar el entrenamiento a desarrollar y para decidir qué debe hacer, Luz considera sus razones dependientes y observa que si la vida sedentaria que llevaba le ocasionaba varias enfermedades y malestares físicos, lo mejor para ella —ahora que decidió ejercitarse— es esforzarse al máximo, que lo mejor es cambiar su estilo de vida y ejercitarse toda la semana durante dos horas, al menos. No obstante el análisis de Luz, su entrenadora le explica que el sistema de ejercicios que va a emprender está diseñado por especialistas de la salud para efectuarse de tres a cuatro veces por semana, por lo que forzar el cuerpo más de lo recomendado puede resultar contraproducente para la salud y para los objetivos de Luz.

La explicación de la entrenadora hace reflexionar a Luz acerca de su plan de entrenamiento, ya que si bien ella se había formado una idea de la mejor forma de entrenarse, lo cierto es

⁹⁷ Raz, Joseph, *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 129. Raz lo denomina “modelo intuitivo de solución de conflictos”, cuyo principio básico indica que siempre es el caso que, teniendo en cuenta todos los elementos, uno debe actuar de acuerdo al balance de razones.

⁹⁸ Gardner, “Reasons”, *op. cit.*, p. 462.

que la entrenadora es una autoridad en la materia de “acondicionamiento físico”, porque tiene la preparación requerida, conoce el circuito y tiene los elementos para indicar las estrategias adecuadas para lograr sus objetivos, o al menos está en una mejor posición que Luz para recomendar el mejor curso de acción en la materia, y por eso sus indicaciones tienen un peso especial. Siendo así, la indicación de la entrenadora —de no ejercitarse más de cuatro veces por semana— es una razón de segundo orden, que es excluyente, porque es una razón que proporciona la autoridad y previene al sujeto de actuar con base en las razones de primer orden (ejercitarse arduamente todos los días durante dos horas) y en cambio, las remplaza.

En el ejemplo anterior vemos cómo el razonamiento de Luz, siguiendo su intuición y examinando sus razones dependientes (también conocidas como “razones de primer orden”) le sugería un curso de acción; sin embargo, el hecho de que la entrenadora le haya dado una indicación acerca de la mejor forma de conseguir sus objetivos —razón adicional y distinta a las razones personales de primer orden— es una razón para ignorar su propio balance de razones dependientes y, en cambio, seguir la indicación de la entrenadora; es decir, remplazar sus razones dependientes con la razón excluyente que le dio la entrenadora. En este caso, la razón excluyente no suprime el razonamiento de Luz, sino que lo remplaza.

Ahora bien, puede ocurrir lo que le sucedió a Luz y acontecer que las razones de primer orden del agente le indican un curso de acción y las razones de segundo orden le indican otro; o bien, puede suceder que las razones de primer orden del agente coincidan con el curso de acción indicado por las razones de segundo orden, en cuyo caso se ejecutará la misma acción, sólo que por la razón aportada por la autoridad.

Examinemos también el siguiente ejemplo: supongamos que tengo un vehículo automotor y que dado mi alto nivel de compromiso con el medio ambiente, planeo llevar mi auto a verificar para asegurarme de que sus emisiones contaminantes se mantienen

gan bajas. El balance de mis razones de primer orden me lleva a considerar que es valioso cuidar el medio ambiente, que la verificación periódica de mi vehículo contribuye a mantener la buena calidad del aire y es congruente con mis creencias ambientalistas, aunque también me lleva a considerar que requiero contar con cierta cantidad de dinero para realizarlo y que debo invertir además varias horas del día para llevar el auto a verificar.

Como ciudadana, el gobierno de la Ciudad de México es una autoridad legítima, por lo que, no obstante mis razones dependientes, en mi caso aplica una razón excluyente: las normas jurídicas relativas de la Ciudad de México, que considero como una razón para no actuar con base en mi propio balance de razones. Esta razón excluyente establece la obligación a los propietarios o poseedores de vehículos automotores de someter sus unidades a la verificación de emisiones contaminantes en los centros de verificación autorizados por la Secretaría del Medio Ambiente.

Dicha razón de segundo orden es también excluyente, pues excluye la posibilidad de que yo actúe según el balance de mis razones de primer orden y simplemente las remplaza, por lo cual haré lo que de cualquier forma me parecía adecuado en el caso; esto es, verificar mi automóvil, sólo que lo haré por una razón distinta: que las leyes ambientales así lo establecen.⁹⁹

⁹⁹ Consideremos también un ejemplo adicional de Joseph Raz, que pone de relieve el papel de las razones excluyentes: Ana busca una buena opción para invertir su dinero y recibe una buena oferta para invertir de parte de un amigo, pero debe decidir el asunto esa misma tarde. Ana debe evaluar una gran cantidad de información para hacerse una idea clara de la propuesta, pero se siente muy agotada y ha tenido un día problemático en el trabajo, de modo que decide rechazar la oferta porque hay factores que pueden nublar su decisión y en su estado no puede confiar en su propio juicio. Raz, *Practical Reasoning*, cit., p. 130.

Con dicha conducta, Ana muestra que acepta y practica una razón de segundo orden (digamos una norma personal), consistente en que no debe tomar decisiones de inversión (o de gran trascendencia) cuando está cansada, sin importar qué tan buena o mala pueda parecer la oferta. La razón de segundo orden de Ana —para no tomar decisiones de inversión cuando está cansada— excluye o remplaza la posibilidad de recurrir a razones de primer orden para

A semejanza del ejemplo anterior, las normas jurídicas pretenden funcionar como razones excluyentes en el razonamiento práctico, pues pretenden alterar nuestros comportamientos y acciones de una manera especial.¹⁰⁰ De acuerdo con Joseph Raz, si la creación de reglas modifica las razones que las personas tienen para actuar (razones de primer orden), entonces las reglas jurídicas son en sí mismas razones para la acción (de segundo orden), aunque a mayor precisión diríamos que no son las reglas en sí mismas, sino el hecho de que existen esas reglas lo que constituye una razón excluyente.¹⁰¹

Así, una *razón excluyente* se define como una razón para no actuar con base en el balance de razones, una razón para no considerar las razones que intervendrían en el balance de razones de primer orden y para no actuar a partir de ellas. Es importante tener presente que las razones excluyentes sólo eliminan la motivación de guiarse por las razones de primer orden (razones dependien-

actuar; por ejemplo, los méritos de la inversión o el efecto que tendría en su situación financiera. Giudice, "Joseph Raz's Legal Philosophy", *cit.*, p. 2.

El caso anterior muestra que Ana rechazó la oferta de inversión, pero no por haber efectuado el balance de razones acerca de los méritos propios de la oferta, sino porque tenía una razón para no actuar con base en los méritos de la misma, una razón adicional y distinta a las que intervendrían en el balance. El ejemplo referido muestra un tipo de razón que no está contemplada por el modelo intuitivo de solución de conflictos, pero principalmente muestra que Ana considera su estado mental y anímico como una razón para ignorar otras razones para la acción y no proceder al balance de las mismas. En otras palabras, ella tiene una razón para no actuar de acuerdo con el balance de razones; es decir, tiene una razón excluyente. Raz, *Practical Reasoning*, *cit.*, p. 131.

¹⁰⁰ El papel de las decisiones en el comportamiento de una persona ayudan al esclarecimiento de esta tesis, pues funcionan de manera similar a las reglas. Usualmente, las decisiones se toman cuando hay suficientes razones para hacerlo, pero cuando se ha tomado la decisión, ésta se convierte en una razón excluyente para no considerar más razones y actuar con base en tal decisión. Así también influyen las reglas en el comportamiento, pues la existencia de una regla constituye una razón para no entrar al balance de razones respecto del comportamiento exigido por la regla.

¹⁰¹ Raz, *Practical Reasoning*, *cit.*, p. 143.

tes), mas no cancelan ni eliminan el actuar en correspondencia con ellas.¹⁰²

Cuando una persona decide seguir la regla de una autoridad legítima, tiene una razón excluyente para comportarse de acuerdo con la regla de esa autoridad; la decisión de esa persona de seguir las indicaciones de la autoridad es su razón excluyente, pues tener una regla es como haber tomado una decisión acerca de qué hacer por adelantado. Para aquellos quienes las siguen y aplican, las reglas son consideradas razones de primer orden para realizar la acción prevista por la norma, y como una razón de segundo orden para no actuar con base en el balance de razones.¹⁰³

II. LA CONCEPCIÓN DE LA AUTORIDAD Y SUS TESIS CENTRALES

En el derecho, las normas jurídicas —que rigen diferentes situaciones de hecho— son entendidas como *razones de segundo orden*; es decir, como razones que remplazan las razones normales y propias que los sujetos del derecho tienen para actuar (razones de primer orden). El derecho, haciendo un balance de las razones de los súbditos, ha establecido cuál es la razón para actuar en las situaciones por él reguladas. La razón elegida por la autoridad —que es una razón de primer orden que adquiere el carácter de “segundo orden” una vez elegida por la autoridad— pretende ser una *razón excluyente*, porque remplaza o excluye algunas otras razones de primer orden. En este sentido, cada vez que los súbditos deban decidir, deberán actuar con base en *razones de segundo orden* (normas jurídicas) en lugar de deliberar sobre el curso de acción correcto en cada situación.¹⁰⁴

¹⁰² Vega Gómez, Juan, “El positivismo excluyente de Raz”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, p. 713.

¹⁰³ Raz, *Practical Reasoning*, *cit.*, pp. 140 y 141.

¹⁰⁴ *Ibidem*, *cit.*, p. 141; Giudice, “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, *cit.*, p. 2.

Como se ha explicado, la deliberación y balance de razones de las personas acerca del mejor curso de acción en cada caso se presentan en un escenario en el que no existen razones de segundo orden, como el derecho; en un escenario semejante, intervienen las razones de primer orden para decidir el mejor curso de acción. Así, por ejemplo, balanceando mis razones de primer orden, debo tomar la decisión acerca del medio de transporte que he de emplear para trasladarme al trabajo: por un lado, la bicicleta me permite ejercitarme al tiempo que me traslado, mientras que, por otro, el Metro me permite llegar más rápido, aunque no puedo ejercitarme. En tal escenario, no existe una regla jurídica que me proporcione una respuesta al respecto, ni otra razón de segundo orden que me prevenga de hacer mi propio balance, de modo que la decisión será guiada por la razón de mayor peso.

A diferencia del ejemplo anterior, la normalidad dicta que cuando existe un sistema jurídico con un derecho establecido cuya autoridad es legítima, entonces la deliberación es efectuada por la autoridad, y nuestro balance es remplazado por la elección de la autoridad, la cual intenta reflejar el balance adecuado de razones dependientes a través de las normas jurídicas que son parte del sistema. En otras palabras, la deliberación personal es remplazada por *razones de segundo orden* institucionalmente aceptadas, también denominadas *razones excluyentes* —resultado de la deliberación que efectúa la autoridad—. Las normas jurídicas así concebidas están justificadas en tanto reflejan el enfoque adecuado de las *razones de primer orden* que se aplican a los gobernados.

Podrá advertirse que el andamiaje conceptual que se ha proporcionado es muy importante y necesario para la comprensión de la explicación que proporcionaré en las siguientes páginas. Hemos de tener en mente que una de las condiciones necesarias del concepto de precedente que identifico es precisamente la que señala que es una regla autoritativa en el sentido legítimo; por esto es central para la explicación conocer los elementos que identifican a una autoridad legítima y entender adecuadamente la dimensión del concepto que se estudia.

En tal sentido, la tesis de la autoridad sostiene que la autoridad legítima reúne las siguientes tres tesis centrales:¹⁰⁵

1. La tesis de la dependencia. Establece que todas las instrucciones dotadas de autoridad deben basarse en razones que se apliquen a sus destinatarios (*razones dependientes*).
2. La tesis normal de justificación. Sostiene que los súbditos están justificados en actuar siguiendo las razones que el derecho proporciona, pues es más probable que actúen sobre el balance adecuado de *razones de primer orden* si atienden las reglas de derecho que si efectúan el balance por sí mismos.
3. La tesis de la exclusividad.¹⁰⁶ El hecho de que una autoridad exija el cumplimiento de una acción debe remplazar a las demás razones relevantes (*razón excluyente*, en adelante RE). Esto es, las normas jurídicas reflejan y remplazan a las *razones dependientes*.

La “tesis de la dependencia” indica que todas las instrucciones de la autoridad deben basarse en razones que ya se aplicaban a sus destinatarios de forma independiente y que son relevantes para su acción en las circunstancias previstas por la regla, posiblemente no en todas, pero sí en alguna (s).¹⁰⁷ De este modo, las personas no tienen que hacer el balance de razones cada vez que se enfrentan a una situación, sino que basta con seguir la instrucción de la autoridad que ya ha hecho el balance de esas razones por ellos y, dado que tales razones les aplican y han aceptado a la au-

¹⁰⁵ Raz, *La ética en el ámbito público*, cit., pp. 229 y 231; Giudice, “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, cit., p. 3.

¹⁰⁶ Juan Vega Gómez denomina esta tesis “tesis de la prevención”, por considerar que esa denominación es más cercana a la función que desempeñan las normas en el razonamiento, pues lo que hacen es prevenir el peso de algunas razones que sustentan la acción exigida por la norma. Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, cit., p. 725.

¹⁰⁷ Raz, *Practical Reasoning*, cit., p. 140; Raz, *The Morality of Freedom*, cit., p. 47.

toridad, no pueden revisar ni cuestionar sus indicaciones en cada ocasión, porque entonces esa no sería realmente una autoridad.

Cuando se habla de la “tesis normal de justificación”, el mensaje que se transmite es que la persona sujeta a una autoridad, probablemente cumplirá mejor con las razones que le aplican si acepta las indicaciones de la autoridad como vinculantes y trata de seguir las, en lugar de atender directamente y por su cuenta las razones (dependientes) que le aplican.¹⁰⁸

Seguir las indicaciones de la autoridad se justifica, porque al reconocer a una autoridad como legítima, aceptamos (como en muchos otros casos) que está en mejor posición de decirnos qué se debe hacer, cuál razón es la adecuada para actuar. Por supuesto, una autoridad es legítima solamente y en el grado en que sirve a sus súbditos,¹⁰⁹ de este modo, y por las razones antes expuestas, esta explicación resulta viable, dado que en varios aspectos de la vida cotidiana pasamos el poder de decisión a otras personas.¹¹⁰

Entonces ¿por qué se dice que los súbditos normalmente están justificados en seguir las reglas? La tesis sostiene que se actuará con base en el balance adecuado de razones si se sigue la regla porque existen objetivos compartidos que como sociedad perseguimos, los cuales son de interés para todos como parte de esa sociedad; eso significa que delegar las decisiones comunes en una autoridad que decida por nosotros y aceptar sus indicaciones, actuando en consecuencia, facilitará los acuerdos y la coordinación.

Para que la autoridad pueda lograr esa coordinación en la sociedad es necesario que los súbditos traten las instrucciones de la autoridad como razones excluyentes para dejar de lado su juicio y no actuar sobre la base del balance personal de razones (que

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 53.

¹⁰⁹ Shapiro, Scott J., “Authority”, en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, cit., p. 402.

¹¹⁰ Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, cit., p. 721.

se traduciría en un cúmulo de balances personales diferenciados), sino sobre la base de las instrucciones de la autoridad.¹¹¹

En gran medida, la prevalencia, florecimiento y estabilidad de las sociedades se debe a una eficiente coordinación entre los miembros de esa sociedad para la prestación de servicios y la satisfacción de necesidades, que en última instancia son algunas de las razones principales por las que existen sociedades. Cuando pensamos en este hecho, es más fácil notar que muchas de las acciones que requerimos sean desempeñadas por las autoridades en un sistema jurídico son actividades de coordinación, soluciones que requerimos para llevar a cabo nuestras actividades cotidianas sin contratiempos.

Pensemos en una actividad cotidiana en la sociedad, digamos, el tránsito de la Ciudad de México, que es muy pesado a determinadas horas y en ciertos ejes viales. Sin duda el tránsito de vehículos es una actividad cotidiana en la sociedad, de modo que asignar a la autoridad la labor de hacer el tránsito eficiente a través de medidas que los miembros de la sociedad podamos cumplir y de las que todos nos beneficiemos, facilita la coordinación en la sociedad. En este sentido, la medida autoritativa del gobierno de la Ciudad de México consistente en cambiar la dirección en la circulación del Eje vial 6 Sur Ángel Urraza, de 6:00 de la mañana a 9:00, de lunes a viernes, responde precisamente a una necesidad de eficiencia para la conducción del tránsito vehicular durante las horas de mayor congestionamiento vehicular en la ciudad.

Este tipo de medidas son abundantes en el desempeño de las autoridades, debido a que la necesidad de coordinación en la sociedad es permanente y demanda cotidianamente atención de las autoridades a problemas que requieren una solución en cualquier sentido; su principal función es posibilitar que la sociedad siga funcionando al permitir el desarrollo de nuestras actividades

¹¹¹ Raz, *Razón práctica y normas*, cit., p. 73.

cotidianas. Así, un gran número de intervenciones de la autoridad están relacionadas con problemas de coordinación.

Las dos tesis abordadas previamente, la “tesis normal de justificación” y la “tesis de la dependencia”, forman en conjunto lo que se conoce como la “concepción de la autoridad como servicio”, tesis que quiere transmitir la idea del papel limitado que tienen las autoridades legítimas, al basar sus directivas en razones dependientes. El papel de las autoridades legítimas¹¹² es servir al gobernado brindando un servicio de mediación, al elegir de entre las razones que se nos aplican, las razones adecuadas para actuar a través de sus reglas —o bien al mediar entre las propias consideraciones y las decisiones—. En este sentido, al estar mejor posicionada que cualquier miembro de la sociedad para implementar medidas que contribuyan a los objetivos comunes que perseguimos, es la autoridad quien juzga lo que las personas deben hacer.¹¹³

El papel mediador de la autoridad legítima proporciona, entre otros beneficios, la posibilidad de evaluar y formarse una idea de los problemas con anticipación a que éstos se presenten, beneficiarse de los resultados de comprometerse a seguir la regla por adelantado, así como lograr acuerdos ante la pluralidad cultural a pesar de las diferencias al lograr que todos se sometan a estándares mínimos y generalizados de conducta.¹¹⁴

El papel de la autoridad no se cumpliría si los gobernados no se guiaran por sus instrucciones, pero tal aceptación se presenta porque la instrucción de la autoridad está justificada al brindar mayor certeza en la decisión adecuada y al basarse en razones que les aplican directamente a los gobernados. Así, cuando la autoridad toma en cuenta las razones que nos aplican, legitima su actuar, y si regularmente acierta, las consideramos obligatorias,

¹¹² Scott Shapiro señala que las autoridades son legítimas cuando satisfacen las necesidades de medicación que tienen los sujetos que requieren de sus servicios mediadores. Shapiro, “Authority”, *cit.*, p. 403.

¹¹³ Raz, *La ética en el ámbito público*, *cit.*, p. 232.

¹¹⁴ Raz, *The Morality of Freedom*, *cit.*, pp. 57 y 58.

ya que es más probable que alcancemos nuestros objetivos comunes si todos seguimos sus indicaciones que si cada uno actúa con base en el balance personal de razones. Por eso tiene sentido la afirmación de que “las reglas permiten acuerdos al estar frente a desacuerdos”.¹¹⁵

Si bien la concepción de la autoridad legítima no se encuentra fácilmente en la práctica, explicar su forma óptima ayuda a nuestro entendimiento, porque es así como toda autoridad se concibe a sí misma, independientemente de que en realidad lo sea, sin mencionar que la forma más acabada es siempre el parámetro con el cual se evalúa su desempeño. Las determinaciones de la autoridad son vinculantes, sea que reflejen o no las razones dependientes que las sustentan; de otro modo no tendría sentido tener autoridades ni sería posible que sus reglas remplazaran otras razones, incluso cuando no son acertadas. El punto de que las determinaciones de la autoridad deben reflejar las razones dependientes significa que esas razones se aplican a los súbditos de alguna manera, pero no significa que éstas van a favorecer siempre sus intereses particulares.¹¹⁶

Es importante notar que, incluso, podemos no estar de acuerdo con la autoridad en la razón elegida, pero si hemos decidido seguirla y se cumplen los objetivos, normalmente seguimos sus indicaciones aun cuando pensemos que la directiva está equivocada.¹¹⁷ Esta observación muestra que cuando se siguen las instrucciones de la autoridad legítima, no estamos sometiendo nuestro juicio al de alguien más ni abdicando nuestra responsabilidad

¹¹⁵ Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, *cit.*, pp. 721-723.

¹¹⁶ Raz, *The Morality of Freedom*, *cit.*, pp. 47 y 48.

¹¹⁷ Raz, *Practical Reasoning*, *cit.*, p. 140; Raz, *The Morality of Freedom*, *cit.*, p. 47. Considerar que un caso fue erróneamente decidido implica que “las razones relevantes, legalmente admisibles en el caso, no sustentan —todos los elementos considerados— la conclusión alcanzada por el tribunal”; Lamond, Grant, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, p. 14, disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>, consultado el 20 de septiembre de 2013.

moral, sino renunciando —por elección— a la posibilidad de actuar conforme a él o, en otras palabras, estamos sustituyendo nuestro juicio al juicio de la autoridad,¹¹⁸ lo cual puede verse como una obediencia racional¹¹⁹ a la autoridad legítima,¹²⁰ y la forma correcta de descargar nuestras propias responsabilidades.

Ahora bien, la tercera tesis, denominada “tesis de la exclusividad”, sostiene que la existencia de normas jurídicas o mandatos de la autoridad hacen una diferencia práctica en nuestro razonamiento, y su objetivo es prevenir que entre en juego el balance de razones de primer orden cuando la regla requiera una conducta. Esto significa que las reglas son excluyentes porque su mera existencia remplaza el balance de cualesquiera otras razones que los sujetos de la regla pudieran tener para actuar o no en consecuencia. En otras palabras, el hecho de que la autoridad requiera una acción es una razón para ejecutarla; no es una razón que se agrega a otras que ya tenemos, sino que las remplaza.

Al respecto, ha de notarse que, como advierte John Gardner, “el único efecto de ser anulado, como de ser excluido, es eliminar la racionalidad de actuar por esas razones”;¹²¹ en dicho sentido, cuando hay una razón excluyente, el peso de las razones dependientes se traslada a la norma y a las razones que la justifican —las cuales no tienen que ver con la conducta exigida por la norma—.¹²²

Así, el reconocimiento de la existencia de una regla que rige una determinada situación evita que evaluemos los méritos de actuar o no considerando las razones que intervienen en el caso, porque hemos adoptado de antemano una regla al respecto, hemos decidido adherirnos a las elecciones de la autoridad que consideramos legítima y estamos comprometidos a cumplir sus

¹¹⁸ Raz, *Razón práctica y normas*, *cit.*, p. 72.

¹¹⁹ “Racionalidad” es la capacidad maestra de actuar por razones. Gardner, “Reasons”, *op. cit.*, p. 462.

¹²⁰ Shapiro, “Authority”, *cit.*, p. 406 y 407.

¹²¹ Gardner, “Reasons”, *cit.*, p. 464.

¹²² Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, *cit.*, p. 725.

indicaciones; por tanto, tenemos nuestra razón para la acción: las reglas de la autoridad con las que podemos guiarlos.¹²³

Por ejemplo, todos tenemos razones de primer orden relacionadas con nuestra seguridad y la de otros para coordinar nuestra conducta siguiendo las reglas de tránsito; sin embargo, una vez que se ha expedido una regla jurídica que regule esa práctica no necesitamos recurrir más a razones prudenciales de seguridad (primer orden) para determinar de qué lado del camino conducir o si es conveniente detenerse en un cruce de caminos, pues las reglas jurídicas que establecen conducir del lado derecho o detenerse cuando hay semáforo en rojo sirven como razones excluyentes que nos previenen de recurrir al balance de nuestras propias razones de primer orden.¹²⁴

Ejemplos cotidianos como éste hacen evidente que las reglas jurídicas autoritativas pueden ayudar a resolver problemas de coordinación, y normalmente se emiten con este propósito o, bien, en algunos casos, pueden ayudar a generar, mantener y/o crear una convención beneficiosa¹²⁵ a través de un prospecto de regla para propiciar que los individuos actúen cuando antes no lo hacían. Pensemos, por ejemplo, en la regla que ordena que el eje vial “X” se vuelva reversible de 6 a 9 a. m., de lunes a viernes; a fuerza de practicar y aprender la acción que indica la regla, es posible que con el transcurso del tiempo dicha regla pueda generar una convención.

Toda vez que la mayoría de las normas jurídicas son, simultáneamente, razones excluyentes y razones de primer orden, su mera existencia no sólo es una razón para no actuar con base en nuestro propio balance de razones, sino también para llevar a cabo la acción requerida por la norma cuando se presentan las condiciones de aplicación, pues ésta se basa en razones dependientes. Por tanto, para lo sujetos de las normas jurídicas, éstas son una

¹²³ Raz, *Practical Reasoning*, cit., p. 140.

¹²⁴ Giudice, “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, cit., p. 2.

¹²⁵ Raz, *Practical Reasoning*, cit., p. 140; Raz, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 49 y 50.

combinación de razones de primer orden para la acción y razones excluyentes.¹²⁶

III. EN TORNO A LAS REGLAS AUTORITATIVAS

Las secciones previas nos han situado en el marco teórico y conceptual en el que se inserta esta discusión; ahora pasaré a la discusión de tales elementos en el análisis conceptual del precedente. En este sentido, retomaré la primera condición o propiedad necesaria del concepto de precedente para explicar las partes que la integran y la forma en que se relaciona con otros conceptos; recordemos: *es una regla prescriptiva de origen jurisdiccional con calidad autoritativa o, al menos, vinculante*.

Empiezamos por entender por qué el precedente es una regla prescriptiva. Las reglas ocupan un lugar preeminente en la vida del ser humano; una importante cantidad de actividades humanas requieren de reglas para su ejecución: guiar, conducir, controlar, modificar, mantener o limitar la conducta; las reglas están presentes en todos los campos del conocimiento y de la vida; algunos piensan incluso que “las reglas tienen una omnipresencia e importancia como fenómeno social”.

La afirmación anterior tiene sentido cuando observamos algunas de las actividades cotidianas en las que participamos, y que invariablemente están gobernadas por reglas —siguiendo a Twining y Miers—; por ejemplo: usar el lenguaje, practicar juegos, demandar a alguien, contraer matrimonio, razonar matemáticamente, tomar decisiones en un comité, comprar y vender una casa, dictar sentencia e incluso pelear una guerra.¹²⁷

¹²⁶ Raz, *Practical Reasoning*, cit., pp. 141 y 142; Raz, *Razón práctica y normas*, cit., pp. 87 y 92.

¹²⁷ Como miembros de grupos sociales, perseguimos ciertos propósitos y debemos satisfacer ciertas necesidades, para lo cual es indispensable que algunas actividades se lleven a cabo. Karl Llewellyn distinguió cinco actividades y funciones esenciales que cumplen las reglas en los grupos sociales: 1) canalizar

Ahora bien, existe una distinción general entre reglas prescriptivas y reglas descriptivas. Las reglas descriptivas son empleadas para establecer regularidades empíricas (o matemáticas), o bien generalizaciones del tipo: “como regla, los Alpes están cubiertos de nieve en mayo”, las cuales no se utilizan para cambiar o canalizar el comportamiento, sino para describir o explicar el mundo más que para alterarlo.¹²⁸ Por ejemplo, es una regla que el agua y el aceite se separan, es una regla que las hojas de los árboles caen en el otoño.

Las reglas prescriptivas tienen un contenido semántico-normativo y se usan para guiar, controlar o cambiar el comportamiento de los agentes con capacidad para tomar decisiones. Así, las reglas prescriptivas disponen lo que se debe o no hacer, lo que se puede o no hacer en ciertas circunstancias; esto es, regulan la conducta y aplican presión sobre el mundo,¹²⁹ en oposición a las

el comportamiento y expectativas de los miembros del grupo para evitar controversias al interior; 2) resolver las controversias o mantenerlas en un nivel tolerable cuando éstas surjan; 3) adaptar los comportamientos a las circunstancias y cambios del grupo; 4) regular la toma de decisiones y administración del poder; 5) desarrollar las técnicas, habilidades e instrumentos necesarios para cubrir satisfactoriamente las primeras cuatro necesidades. Twining, William y Miers, David, *How to do Things with Rules. A Primer of Interpretation*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1976, p. 57.

¹²⁸ Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 1 y 2.

¹²⁹ Siguiendo a Frederick Schauer, las reglas prescriptivas se subdividen en instrucciones o reglas obligatorias (de mandato). Cabe advertir que, a diferencia de las reglas de mandato, que son vinculantes, las instrucciones son reglas opcionales, en alguna medida, pues proporcionan directrices específicas para tener éxito en alguna tarea o empresa específica, son opcionales porque sólo están dirigidas a aquellos que desean efectuar la tarea específica, y también porque si consideramos que en un caso concreto la instrucción no será exitosa, podemos ignorarla y seguir nuestro propio juicio. *Ibidem*, pp. 3 y 4.

Un ejemplo claro de instrucciones se presenta en el caso de las personas que desean tramitar por vez primera o renovar su pasaporte en México. Quienes desean efectuar esta tarea deben seguir las instrucciones establecidas para ello, entre las que se incluyen: sacar una cita por Internet, reunir los documentos

reglas descriptivas, que se limitan a referir regularidades fácticas en el comportamiento. Una regla es general porque regula conductas específicas en determinadas situaciones; esto es, regula de manera permanente tipos de comportamientos en tipos de circunstancias concretas (las órdenes que regulan un evento único no son reglas).¹³⁰

En ese orden, cuando hablo en este trabajo de una regla me estoy refiriendo a una prescripción¹³¹ de carácter general que tiene por objeto normar o regular la conducta en un determinado tipo de situación.¹³² La regla típica prescribe que, dadas las circunstancias X , las personas de la clase Z deben, no deben o pueden comportarse de la forma Y .¹³³ Estas reglas pretenden cambiar conductas, o bien prevenir o evitar un cambio de conducta;

requeridos, pagar una cantidad mediante un formato específico para tal efecto, asistir a la cita para entregar los documentos completos y canjear el pasaporte viejo o solicitar el nuevo. Estas instrucciones sólo son consideradas por aquellos a quienes les interesa obtener un pasaporte y por nadie más, lo que las convierte, en cierto sentido, en opcionales.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 2 y 3; Twining, *op. cit.*, p. 48.

¹³¹ Siguiendo a Von Wright, decimos que las prescripciones se caracterizan por emanar de la voluntad de alguien en la posición de autoridad a otro (s) agente (s), alguien en la posición de sujetos denominados sujetos normativos, con objeto de que éstos se comporten y procedan de una manera determinada. Von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción: una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, p. 27.

¹³² Con independencia de las diferentes clasificaciones posibles, en este trabajo daré el tratamiento antes indicado a las reglas, y recurriré ocasionalmente a la palabra “norma”, según el contexto. Así, por ejemplo, Joseph Raz se refiere a normas de mandato en el sentido que yo doy a las reglas prescriptivas; advierte que en diferentes contextos, “regla” se usa de varias formas: para referir alguna regularidad, para referir proposiciones normativas acerca de lo que debe hacerse, instrucciones o reglas constitutivas, Raz, *Practical Reasoning*, *cit.*, pp. 138-143, y *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 204-206. Por su parte, Von Wright ofrece una clasificación de normas en reglas, prescripciones y directrices. Von Wright, *op. cit.*, pp. 21-35; Frederick Schauer también señala una clasificación en reglas descriptivas y prescriptivas, estando estas últimas divididas en instrucciones, mandatos y reglas constitutivas, por ejemplo, Schauer, *Playing by the Rules...*, *cit.*, pp. 1-10.

¹³³ Twining, *op. cit.*, p. 48.

esto es, desinhibir las inclinaciones de las personas para actuar de manera inconsistente con la regla.¹³⁴

Ahora bien, hay dos dimensiones del precedente en cuanto regla: la primera dimensión (dimensión personal) atiende y se dirige a los sujetos de aplicación de la regla cuyo contenido sustantivo desarrolla, mientras que la segunda dimensión (dimensión institucional) se dirige a los órganos de aplicación. La propiedad de regla que atiende a esa primera dimensión del precedente obliga a los destinatarios en el plano sustantivo, de contenidos, mientras que la dimensión relacionada con los órganos judiciales atiende a la obligación de aplicación de la regla en el contexto concreto cuando es requerido.

En un sentido lógico, las reglas prescriptivas (o las normas que son prescripciones según Von Wright; normas de mandato en Raz) tienen seis componentes característicos: 1) la autoridad, 2) el sujeto, 3) la ocasión —que son componentes específicos de las prescripciones—, 4) el carácter, 5) el contenido, y 6) la condición de aplicación, siendo estos últimos tres componentes compartidos con —y comunes a— otros tipos de normas.¹³⁵

La “autoridad” es el agente que, desde su posición de mandato, emite la prescripción dirigida a los “sujetos”, que son todas aquellas personas a quienes va dirigida la norma, con la intención de que éstos se comporten de una forma determinada, en la “ocasión” estipulada por la autoridad. Dicha regla prescriptiva posee un núcleo normativo (compartido con otro tipo de normas) que se compone del “carácter” que tiene la norma, mismo que está determinado por el operador deónitico de la prescripción —obligatorio, prohibido, permitido—,¹³⁶ que es el vínculo entre el sujeto y el acto normativo, así como entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, según fije un deber, un per-

¹³⁴ Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 2 y 3.

¹³⁵ Von Wright, *op. cit.*, p. 87.

¹³⁶ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 76.

miso, una prohibición, o bien una atribución o competencia;¹³⁷ se compone también por el “contenido”, que es la cosa prescrita por la norma, la acción que se exige de los sujetos, así como por la “condición de aplicación”, que es aquella situación (es) que debe (n) satisfacerse para la aplicación de la regla.¹³⁸

¹³⁷ Si bien la competencia no es parte de las modalidades deonticas tradicionales y no hay un consenso generalizado al respecto, podemos decir que las reglas jurídicas que conceden atribuciones también están contempladas dentro de las reglas prescriptivas de obligación, pues independientemente de la estructura gramatical de la norma, la estructura lógica indica que toda norma jurídica trae aparejado un deber —incluso las llamadas normas secundarias en términos de Hart, que versan sobre las normas primarias y órganos de creación y aplicación—; es decir, toda norma jurídica posee un carácter prescriptivo en tanto está relacionada con consecuencias jurídicas, pues todo precepto jurídico genera derechos u obligaciones. El caso de las normas jurídicas de competencia no es tan evidente; cuando una potestad es conferida a un funcionario dentro del sistema jurídico, lo que sucede es que dicha norma implica la modalidad deontica de obligación, pues una vez actualizado el supuesto de hecho, el funcionario debe cumplir con la facultad que le ha sido conferida, el sistema jurídico no deja el ejercicio de las atribuciones a elección personal; por lo tanto, no se configura la modalidad deontica de “puede” en este tipo de normas jurídicas. Carla Huerta señala que tienen carácter prescriptivo “aun las incorrectamente denominadas «definiciones jurídicas» ya que la función de este tipo de normas es enlazar los conceptos jurídicos con consecuencias jurídicas e incluso con una sanción/acto-coactivo”. *Ibidem*, pp. 21-23; Huerta Ochoa, Carla, “La discusión sobre el carácter deontico de las normas de competencia: obligación o permiso”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 243-275.

¹³⁸ Von Wright, *op. cit.*, pp. 87-98; Raz, *Practical Reasoning*, *cit.*, p. 140; Raz, *Razón práctica y normas*, *cit.*, p. 56. Este mismo esquema es explicado por Frederick Schauer en los siguientes términos: las reglas prescriptivas se componen de dos partes fundamentales: el *predicado fáctico* que se refiere a las condiciones de hecho que deben presentarse para provocar la aplicación de la regla y el *consecuente*, que es la parte de la regla que prescribe lo que sucede cuando las condiciones establecidas en el predicado fáctico se presentan; por ejemplo: “si una persona tiene 18 años cumplidos, entonces puede tramitar su credencial para votar con fotografía”, o “si excedes el límite de velocidad establecido, recibirás una multa”. Así, a diferencia de una orden, la regla generaliza su predicado fáctico para hacerla aplicable a todos los miembros de una clase. Schauer, *Playing by the Rules...*, *cit.*, pp. 19 y 23.

El derecho se compone, en gran medida, de reglas prescriptivas cuyo contenido está vinculado con las modalidades deónticas principales de prohibición, obligación y permisión. Este tipo de reglas prescriptivas o de mandato son una unidad de análisis relevante, porque cualquier otra función que se le pueda atribuir a la autoridad puede explicarse por referencia a la posibilidad de emitir reglas prescriptivas,¹³⁹ “las reglas son la inevitable columna vertebral de cualquier estructura de autoridad”.¹⁴⁰ Por esta razón, las reglas prescriptivas son el tipo de normas en las que estamos interesados, pues el precedente, como he sostenido, necesariamente es una regla prescriptiva.

A diferencia de otro tipo de reglas, las reglas jurídicas autoritativas prescriptivas (de mandato) traen aparejada una consecuencia y son obligatorias o, al menos, vinculantes, pues no presentan la posibilidad de elegir seguirlas o ignorarlas, al ejercer una fuerza normativa cuya existencia es una razón para la acción, pues el hecho de que haya una regla que regule el caso concreto es una razón para actuar de conformidad con ella, y aún más, dichas reglas tienen la cualidad de ser vinculantes.¹⁴¹

Las reglas de tránsito son un ejemplo de reglas vinculantes: la regla que establece que debemos conducir por el carril derecho de la autopista no permite que sus destinatarios consideren y actúen de acuerdo con lo que les parece más interesante al conducir; establece simplemente lo que uno debe hacer al respecto, y dado que esa regla tiene la capacidad de ser efectivamente exigida, su cumplimiento no es opcional.

No debemos olvidar, sin embargo, que ninguna regla es immutable y absoluta; antes bien, todas las reglas son vulnerables a eventos o hechos futuros que harán insuficiente la medida que previamente había sido satisfactoria y necesaria la modificación de sus condiciones de aplicación. Lo anterior atiende a varias

¹³⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, cit., p. 44.

¹⁴⁰ Raz, *Between Authority and Interpretation...* cit., p. 219.

¹⁴¹ Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., p. 5.

razones, entre ellas la falibilidad humana, nuestro conocimiento incompleto e imperfecto del futuro, al mundo cambiante,¹⁴² etcétera, de modo que es posible e incluso probable que las reglas que hoy son útiles y suficientes para coordinarnos en determinada área de la vida mañana no lo sean, y deban sufrir ajustes o modificaciones en diversos aspectos a fin de hacerlas útiles y suficientes nuevamente.

En tal sentido, el precedente judicial tiene el carácter de una regla prescriptiva de contenido sustantivo —dirigido a los sujetos de aplicación— que prescribe una conducta como obligatoria, prohibida o permitida para sus destinatarias, es decir, conductas no opcionales, cuyo cumplimiento o incumplimiento está relacionado con las consecuencias jurídicas asociadas a este tipo de reglas. El tribunal autoritativo emite, en el marco de una disputa judicial, una regla prescriptiva que es exigible.

Ahora bien, cuando actuamos porque así lo requiere una norma jurídica autoritativa, estamos tratando a esa regla como la razón para la acción, y justificamos nuestras acciones en términos de esa regla; es por eso que decimos que esas reglas jurídicas son, en sí mismas, razones para la acción.¹⁴³ Dado que todas las razones que consideramos tienen algún peso en nuestro propio balance, debe haber un parámetro adicional o alguna forma para distinguir las reglas autoritativas (entre ellas, las normas jurídicas) de las demás razones, e identificar cuándo se está en presencia de una regla de este tipo.

Pues bien, las razones para la acción que son reglas autoritativas (emitidas por una autoridad legítima) difieren de otras razones ordinarias y muestran características propias.¹⁴⁴

Una primera característica de las reglas autoritativas que son razones radica en que no muestran directamente que las acciones que requieren son deseables o valiosas; esto se conoce como

¹⁴² *Ibidem*, p. 35.

¹⁴³ Como antes vimos, las reglas descriptivas no son razones para la acción.

¹⁴⁴ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., pp. 205-207.

“opacidad”. Al no mostrar esa relación directa, se abre una “brecha normativa”; es decir, una ausencia de vínculo entre el carácter normativo y evaluativo; esto es, entre ser una razón válida para hacer o no hacer de la norma y lo deseable de la acción que requiere.¹⁴⁵

Una tercera característica de las razones para la acción que son reglas autoritativas es que su “justificación es independiente de contenido”. Para que exista una justificación de este tipo debe haber razones para que el agente se comporte de cierta forma, distintas a lo valioso de la acción en cuestión, lo cual significa que la justificación de la regla no depende principalmente de lo bueno o deseable de las acciones requeridas por la regla, sino de una razón más general; por esto es que pueden existir reglas deficientes igualmente vinculantes.¹⁴⁶

Hart explicó que dicha cualidad de las reglas radica en el hecho de que una autoridad puede emitir diferentes tipos de órdenes o indicaciones a diferentes personas; sin embargo, todas ellas tendrán siempre la intención de ser asumidas como una razón para hacer lo que la regla prescribe —esto es, autoritativas—, destacando que la regla pretende servir como una razón para la acción, independientemente de la naturaleza o carácter de las acciones a realizar; esto es, con independencia de su contenido.¹⁴⁷

En contrapartida, las reglas ordinarias (no autoritativas) muestran una relación directa entre las razones que se tienen para seguir esas reglas y las acciones que esas reglas requieren de los sujetos a ellas; es decir, la justificación para seguir una determinada regla radica precisamente en que las acciones que requiere son deseables o valiosas, esto es, las reglas ordinarias revelan un vínculo directo entre el aspecto normativo y evaluativo de la regla.

Pensemos en la regla de un grupo de atletas de correr diariamente treinta minutos; las razones que justifican la regla son

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 208-212.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 210-2012.

¹⁴⁷ Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 1982, p. 254.

las mismas que motivan la acción objeto de la rutina: mantenerse en forma, liberar el estrés y bajar de peso.¹⁴⁸ O bien, pensemos en una razón prudencial, por ejemplo, en la regla personal de no pasear por el barrio peligroso de la ciudad a altas horas de la noche; en este caso, la razón que justifica la regla es prudencial, porque el barrio referido es una conocida zona insegura de la ciudad, más aún de noche, además de tener altos índices de delincuencia. En este ejemplo se advierte una relación directa entre las razones que justifican la regla y lo deseable de la acción dictada por la regla.

A diferencia de las reglas ordinarias no autoritativas, una regla emitida por la autoridad es una razón para actuar aun cuando no muestre de forma directa que las acciones que requiere son valiosas. En este sentido, una regla autoritativa es distinta de otras razones para actuar, porque la justificación de la regla no es en sí misma una justificación para efectuar la acción que la regla autoritativa establece, lo cual se conoce como “falta de transitividad”.¹⁴⁹

Una razón normal justifica directamente la acción de la cual es una razón —por ejemplo, la regla moral de ceder el asiento a las personas mayores es una razón normal que justifica directamente la acción de ceder el asiento—, en tanto que las reglas emitidas por una autoridad no justifican directa, sino indirectamente las acciones de las cuales son una razón.

Pensemos en la regla jurídica de pagar impuestos; en este caso, las razones que justifican la regla de pagar impuestos no son las mismas razones que justifican la acción que estipula la regla: pagar impuestos. De este modo, aunque la existencia de la regla que lo establece es una razón para pagar impuestos, no nos dice por qué es bueno pagar impuestos. Es en este sentido que son reglas de justificación independiente de contenido porque su cumplimiento no está relacionado o no depende de la conveniencia o atractivo de las acciones requeridas por la regla.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 210 y 211.

¹⁴⁹ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 214.

Consideremos ahora el siguiente ejemplo no jurídico: la razón general que justifica la existencia de una asamblea de condóminos es que la asamblea evaluará y decidirá mejor cotidianamente los asuntos del condominio que importan a todos los condóminos, de lo que cualquiera de los condóminos por su propia cuenta podría. En ese sentido, la siguiente regla establecida por la asamblea: “el condómino que desee usar el *roof garden* debe pagar 800 pesos”, tiene una justificación distinta que la propia regla no muestra por sí misma; es decir, la regla no nos exhibe la conveniencia de que los condóminos paguen por usar el *roof garden*;¹⁵⁰ sin embargo, lo que me mueve a cumplir la regla es mi compromiso y voluntad de seguir las decisiones de la asamblea, observando el paso previo en el razonamiento; esto es, la razón general que justifica la existencia de la asamblea de condóminos.

En este ejemplo, la asamblea de condóminos es una autoridad en el condominio. Las reglas autoritativas emitidas por la asamblea no muestran la conveniencia de las acciones que requieren, porque su validez y fuerza como razón para la acción no dependen de la bondad o conveniencia de la acción requerida por la regla; su fuerza más bien depende de que las personas están comprometidas a cumplir con la regla que la autoridad establezca (una razón más general), dado que su labor es precisamente examinar lo que es más conveniente para los sujetos a ella y proporcionarles las respuestas correctas.¹⁵¹

Como resultado de las características que muestran las reglas autoritativas, entre ellas las normas jurídicas, es posible identificar una regla con base en el siguiente parámetro: una regla autoritativa puede hacer una diferencia en nuestro razonamiento práctico porque proporciona razones para la acción, adicionales y diferentes a las razones de primer orden que sus-

¹⁵⁰ Aunque sin duda hay una razón que justifica esa regla (por ejemplo: la necesidad de dar mantenimiento y limpieza al *roof garden*) no es mi trabajo volver a revisar las razones de esa regla, lo cual ya fue trabajo de la autoridad, en este caso, la asamblea.

¹⁵¹ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 215.

tentan la acción requerida por la regla, razones que no tendríamos de no ser por la regla.¹⁵²

Esta circunstancia se conoce como la “tesis de la autonomía”, pues las reglas proporcionan razones adicionales para actuar, consistentes, por ejemplo, en los beneficios colectivos que proporciona actuar conforme a las normas jurídicas, razones que no están vinculadas directamente con la acción requerida por la regla.¹⁵³ De modo que la regla no elimina las razones de primer orden que tenemos para actuar, sino que asegura el actuar en correspondencia con ellas de manera indirecta (por razones distintas).¹⁵⁴

La regla de precedente muestra las características antes señaladas. Si bien la estructura gramatical no siempre es explícita, su estructura lógica revela sus componentes esenciales como regla prescriptiva: la autoridad, el sujeto, la ocasión, el carácter, el contenido y la condición de aplicación, elementos que atañen tanto a la dimensión personal como institucional de la regla de precedente. En la creación de estas reglas, el órgano judicial autorizado emite una orden dirigida a todo sujeto que se ubique en ocasión de una exigencia planteada en sede judicial, indicando a su vez la acción que el sujeto debe, tiene prohibido o puede llevar a cabo cuando se actualiza la condición de aplicación, la cual ocurre al presentarse situaciones de hecho parcialmente reguladas en el caso base motivo de sentencia judicial.

Aún más: las reglas de precedente son opacas, no muestran por qué aquello que establecen es deseable, lo cual deriva en la brecha normativa, es decir, no hay relación directa entre la acción requerida y lo bueno de ella. Finalmente, las reglas de precedente —que son autoritativas— tienen una justificación independiente de contenido, pues su existencia se justifica en razones de fondo más generales distintas a las razones que justifican la

¹⁵² *Ibidem*, p. 214.

¹⁵³ Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, *cit.*, pp. 716 y 717.

¹⁵⁴ Es posible, sin embargo, que algunas personas a quienes está dirigida la regla no la tomen como una razón excluyente. Hart, *Essays on Bentham...*, *cit.*, p. 255.

acción establecida por la regla. Vale decir que la calidad autoritativa de la regla de precedente impacta tanto en la dimensión personal como en la dimensión institucional de la propia regla.

Así, por ejemplo, si una persona *X* en México quiere demandar alimentos al ex cónyuge, al decidir su curso de acción en juicio, tiene una razón excluyente para la acción; esto es, tiene una regla autoritativa que muestra las características de opacidad, brecha normativa, justificación independiente de contenido y falta de transitividad a la que debe ajustarse.

La regla de precedente denominada “ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES. QUIEN LOS DEMANDA DEBE PROBAR LA NECESIDAD DE RECIBIRLOS”,¹⁵⁵ previene a la persona *X* de entrar al balance

¹⁵⁵ Jurisprudencia, clave 159946, Décima Época, Tribunal Colegiado de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, octubre de 2012, t. 4, p. 2053. “Anteriormente era regla considerar que la mujer casada tenía la presunción de necesitar alimentos, dado que la redacción del Código Civil para el Estado así lo preveía, pero en la actualidad la carga de demostrar la necesidad alimentaria tratándose de cualquiera de los cónyuges actuando como acreedores corresponde a quien la alega. Ello es así, pues los artículos 100, 101 y 233 del referido Código sustantivo vigentes, disponen que los cónyuges contribuirán al sostenimiento del hogar y a su alimentación, que sólo quien esté imposibilitado para trabajar y carezca de bienes no estará obligado a ello; que sus derechos y obligaciones serán siempre iguales; que existe derecho preferente entre cónyuges en materia de alimentos y que éstos están obligados a darse esa asistencia mutuamente. Ahora bien, de la interpretación relacionada de esos preceptos se reconoce y destaca la igualdad de los cónyuges ante la ley; por ende, cuando cualquiera de ellos demanda alimentos al otro, al momento de fijar en la sentencia la pensión alimenticia definitiva no debe considerarse que goce de la apuntada presunción. Por el contrario, quien sea parte actora tiene la carga de demostrar la necesidad de recibirlos en términos del numeral 228 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz. Por tal motivo, el estudio de la acción alimentaria no puede descansar en la presunción de que la parte acreedora necesita alimentos, pues la interpretación actual de la ley civil conduce al trato igualitario de los cónyuges, toma en cuenta lo progresista de la legislación y la tendencia general a la equidad de género. Por tanto, no basta estar en la hipótesis de tener derecho a recibir los alimentos, toda vez que cuando esa pretensión se demanda en juicio debe concatenarse con la obligación adjetiva o procesal de demostrar los extremos de la acción, y es al cónyuge actor a quien se impone el deber de probar la necesidad de recibir la pensión alimenticia”.

razones de primer orden acerca de si debe o no aportar pruebas sobre su necesidad de recibir alimentos, ya que ese es un trabajo moral que la autoridad ya ha efectuado. Entonces, dado que *X* ha decidido adherirse a las elecciones de la autoridad y está comprometido a cumplir sus indicaciones, tiene una razón para actuar en consecuencia y aportar las pruebas que se le requieren.

Obsérvese que las razones que llevan a *X* a cumplir con la regla de precedente son distintas y adicionales a las razones que sustentan la acción requerida por la regla (*tesis de justificación independiente de contenido*); en otras palabras, las razones que llevan a *X* a cumplir con la regla son distintas a las razones que justifican “probar la necesidad de recibir alimentos” —si bien algunas reglas de precedente pueden proporcionar alguna explicación sobre las acciones requeridas, lo relevante es que su justificación no depende de las acciones que pudieran requerirse en cualquier sentido—.

Así, *X* cumple la regla de precedente por razones distintas y adicionales a la acción misma requerida por la regla; una de esas razones distintas y adicionales bien puede ser la seguridad jurídica o el beneficio colectivo de la coordinación que brinda el seguir las indicaciones de la autoridad judicial, para incrementar la probabilidad de ser favorecida en el resultado o por la posibilidad de lograr acuerdos a través de procedimientos unificados. En última instancia, se cumple con las indicaciones de la autoridad por los beneficios más generales que se obtienen de actuar conforme a lo que ésta requiere.

Cuando se presenta el escenario antes reseñado, esto es, cuando una regla proporciona razones distintas a las que proporciona la acción requerida por la regla, entonces la regla hace una diferencia práctica en nuestro razonamiento: “tesis de la diferencia práctica”. De tal suerte que la validez de una regla se justifica, no principalmente por las razones que sustentan la acción requerida por la regla, sino por las razones excluyentes que proporciona.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Raz, *Razón práctica y normas*, *cit.*, pp. 57 y 58; Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, *cit.*, p. 716.

Debe, sin embargo, hacerse una precisión. El hecho de que *X*, actora en el juicio que promueve alimentos, justifique su actuar en una regla de precedente, tiene implícita la tesis de la autoridad que se comprueba con el hecho de elegir actuar de acuerdo con lo que exige la regla, en lugar de actuar siguiendo su propio juicio: dicho actuar revela que la regla de precedente es una razón excluyente para *X* en el contexto de la acción judicial intentada.

Evidentemente, *X* se encuentra en el supuesto que establece la norma y desea promover una acción que el derecho local le ofrece (dimensión sustantiva de la regla de precedente), lo cual la coloca en el rango de alcance de la regla de precedente —dadas las circunstancias de su caso—. En términos del derecho positivo vigente, *X* sabe que la forma de acceder al derecho a recibir alimentos que cree tener, es acudiendo a los tribunales para que evalúen la procedencia y, en su caso, le aseguren el pleno ejercicio de ese derecho. Tal esquema o combinación de acontecimientos, si se prefiere, ponen los elementos contextuales necesarios para que la regla de precedente sea una RE para *X*.

A diferencia de otras reglas jurídicas autoritativas, el papel excluyente de las reglas de precedente sólo se actualiza cuando la persona somete una disputa ante el tribunal y se satisfacen los hechos que sitúan su caso en el rango de alcance de una regla de precedente;¹⁵⁷ en cualquier caso, el punto a destacar es el carácter contextual de la exclusividad de la regla de precedente.

Es evidente que la regla de precedente que establece la obligación de probar la necesidad de recibir alimentos no tiene carácter excluyente para una persona profesionista soltera —pues para que le incumba, tal persona tendría que haber estado casada y desear exigir el derecho en comento— de la forma en que lo tiene la regla que establece la obligación de pagar impuestos, que es una regla general de aplicación directa al particular. Como

¹⁵⁷ O bien, cuando la persona tiene algún asunto ante la autoridad administrativa —en el caso de los sistemas jurídicos cuyas reglas de precedente tienen un alcance amplio— que igualmente, sitúe su caso en el rango de alcance de una regla de precedente.

particular, una regla de precedente autoritativa es contextual, ya que sólo me incumbe si mi caso queda comprendido dentro del rango de aplicación del precedente y su aplicación necesariamente pasa por la autoridad.

1. *El origen jurisdiccional de las reglas y las estructuras jerárquicas*

Ahora bien, que la regla de precedente sea de origen jurisdiccional tiene ciertas implicaciones y consecuencias. La regla prescriptiva¹⁵⁸ de la que hablamos, tiene un origen específico, pues una condición necesaria para que una regla pueda ser considerada como regla de precedente es haber surgido de un proceso jurisdiccional, conducido por un tribunal autorizado.¹⁵⁹ Esto significa que la regla de precedente surge derivada de la labor coti-

¹⁵⁸ Considero que la mejor forma de entender el precedente es como una regla autoritativa con sus respectivas implicaciones, aunque existen explicaciones alternativas que asignan al precedente la misma importancia que cualquier otra razón en el balance de razones, o bien, la calidad de principio. En mi opinión, la regla contempla las dimensiones consideradas en los otros enfoques sin comprometer el carácter autoritativo central en la comprensión del precedente. Alexander y Sherwin discuten en torno a la fuerza y alcance de los precedentes horizontales empleando cuatro modelos explicativos: el modelo natural, el modelo de reglas, el modelo de resultados y el modelo de principios. De acuerdo con su propia explicación, parece que la postura aquí suscrita es cercana al modelo de reglas, aunque ambas explicaciones se distancian en puntos concretos, como la posibilidad de admitir técnicas interpretativas, como la distinción o anulación de reglas de precedente. Alexander y Sherwin, *op. cit.*

Una clasificación alternativa en torno a la fuerza del precedente como reconstrucción racional a partir del examen de la práctica en diversos países sugiere que hay cuatro tipos de precedente según su fuerza, que en líneas generales son: 1) de obligatoriedad formal; 2) no formalmente obligatorio, pero con alguna fuerza; 3) no formalmente obligatorio y sin fuerza, pero que proporciona soporte adicional; 4) meramente ilustrativo o algún valor semejante. Pečenik, Aleksander, “The Binding Force of Precedent”, en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Abingdon, Oxford, United Kingdom, 1991, Routledge, pp. 463 y ss.

¹⁵⁹ Recordemos que este análisis se refiere exclusivamente al precedente vertical.

diana que desempeñan los tribunales al impartir justicia, misma que se desarrolla dentro de la estructura judicial establecida en un sistema jurídico.

Según la práctica y constitución de las reglas de precedente, observamos que estas reglas no existen por sí mismas, sino que están contenidas en otro tipo de figuras jurídicas: las resoluciones judiciales, aunque de manera habitual se suele llamar “precedente” a la resolución sin mayor examen al respecto. Es cierto que la regla de precedente en estricto sentido se encuentra contenida en una resolución judicial, lo que a simple vista no es distintivo del precedente, ya que los tribunales dictan diversos tipos de resoluciones judiciales.

Debe, pues, considerarse que de entre todas, sólo el tipo de resoluciones judiciales que resuelven el problema de fondo de un litigio de forma definitiva son susceptibles de contener reglas de precedente y, por lo tanto, solamente el tipo de resoluciones judiciales recién descritas pueden gozar de la autoridad necesaria para tener efectos generales (y no toda la resolución, sino sólo algunas de sus secciones) para las partes involucradas en el proceso judicial y, en su caso, para terceros: autoridades y particulares que no participan en el juicio.

Surgen entonces dos interrogantes: 1) ¿a qué sección de las sentencias llamamos autoritativas?, dado que no tiene esa calidad cada palabra que registra el órgano jurisdiccional en su sentencia, y 2) ¿cómo surgen los precedentes? Abordaré la primera pregunta, que no puede responderse de manera directa sin referirnos a lo que la doctrina ha identificado como el núcleo de la regla de precedente, esto es, la *ratio decidendi*.

Se ha dicho que la resolución emitida por el órgano jurisdiccional que aporta la solución interpretativa no es toda ella vinculante, sino la *ratio decidendi* de esa decisión. Dado que se emplean ciertas resoluciones previas como ejemplos para decidir, presumimos que hay una parte especialmente relevante de las resoluciones judiciales, digamos una regla o principio identifiable. El problema es, como señaló MacCormick, explicar qué es y cómo

encontrarla, por lo cual debemos proceder con cautela teniendo en consideración que no hay acuerdo generalizado al respecto.¹⁶⁰

Chiassoni ha identificado al menos once caracterizaciones diferentes de la *ratio decidendi* en la literatura sobre precedentes judiciales que ponen énfasis en algún aspecto relacionado con su naturaleza: forma de expresión, relevancia de la intención del juez, relevancia objetiva de la *ratio* o su posición en el sistema. Según el énfasis en el elemento elegido es el tipo de concepción que se tiene acerca de la *ratio decidendi*: normativa o argumentativa.¹⁶¹

No obstante esta esquematización del asunto, sostiene Chiassoni que tanto la concepción normativa como la concepción argumentativa de la *ratio decidendi* son compatibles entre sí, ya que la norma general que el juez aplica para decidir un caso es una razón (razón normativa) que justifica la decisión y es, simultáneamente, una premisa (premisa normativa) del razonamiento cuya conclusión es la decisión judicial.¹⁶²

En ese orden de ideas, si bien no hay acuerdo acerca de lo que es la *ratio decidendi* y es difícil atribuirle un significado exacto, podemos optar por la explicación predominante y menos compleja empleada entre los usuarios del concepto de precedente que parece referirse a las proposiciones de derecho emitidas por los órganos jurisdiccionales para respaldar sus decisiones.

Un concepto semejante de *ratio decidendi* combina exitosamente sus dimensiones normativa y argumentativa; se trata de

una norma general (regla, principio, resolución) que se *expresa*, sea por una oración en el texto de una decisión de precedente o *implícitamente* en ésta. Es la *ratio decidendi* de un caso en relación con un problema específico a resolver, si y sólo si: (a) es la premisa normativa general de una inferencia *modus ponens* a partir de la cual, jun-

¹⁶⁰ MacCormick, *Legal Reasoning...*, cit., p. 82; Marshall, Geoffrey, “What is Binding in a Precedent”, en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, cit., p. 507; Abramowics, Michael B., “Defining Dicta”, *Stanford Law Review*, núm. 57, vol. 953, 2005, p. 7.

¹⁶¹ Chiassoni, “The Philosophy of Precedent...”, cit., pp. 17-19.

¹⁶² *Ibidem*, p. 19.

to con otras premisas, se pueda derivar la decisión judicial; (b) el juez que decidió el caso pretendió que fuera (b1) la prescripción jurídica suprema para la correcta solución del caso, y (b2) provista con valor de precedente para decisiones subsecuentes.¹⁶³

Ahora bien, volviendo a la pregunta ¿cómo surgen los precedentes? he de decir que las reglas de precedente surgen de una forma muy peculiar, lo que está relacionado con su propia naturaleza. La existencia del precedente es una consecuencia que se deriva de un procedimiento judicial planteado ante un órgano jurisdiccional; esto significa, en otras palabras, que para que exista un precedente es necesario que se accione un procedimiento judicial que propicie su surgimiento.

No es iniciativa del órgano judicial crear por sí mismo o de propia voluntad una regla con efectos generales —dicho comportamiento está fuera de las facultades de los órganos jurisdiccionales y no responde a la forma en la que normalmente funcionan estos órganos— como lo haría una legislatura en el caso de creación de leyes, en el que, por cierto, no es necesaria la acción e intervención directa de particulares para que se accione el sistema de creación de leyes.¹⁶⁴ La creación de reglas de precedente, en cambio, requiere de la participación activa de sujetos distintos a los órganos jurisdiccionales para que planteen ante estos órganos sus controversias y demandas.

La creación de reglas de precedente puede caracterizarse, entonces, como una respuesta a una solicitud, es decir, como la consecuencia indirecta de la labor principal de los órganos jurisdiccionales: resolver controversias. Una vez que una controversia

¹⁶³ *Ibidem*, p. 22.

¹⁶⁴ Si bien es cierto que en algunos sistemas jurídicos los particulares participan de manera activa en el proceso de creación de leyes, ésta es mínima o acotada a ciertos temas, ya que por lo general no hay una intervención directa de los particulares, pues la labor de creación de leyes recae en un órgano colegiado y representativo que tiene encomendada esa labor como una función y obligación institucional que no requiere que los particulares la promuevan para que suceda.

es planteada ante el tribunal, es su función resolverla de acuerdo con la legislación vigente, si la hay, o de acuerdo con los principios generales del sistema jurídico, haciendo explícitos en su resolución aquellos puntos del orden jurídico —necesarios para la solución del problema concreto— que antes de la controversia no lo eran.

En una línea similar de pensamiento, David Dyzenhaus sostiene que los tribunales de los sistemas jurídicos modernos no sólo tienen como función resolver disputas, sino que también anuncian reglas para regular casos futuros, funciones que difieren, según el nivel de la jerarquía judicial. En este sentido, la función de crear reglas permite a los tribunales desarrollar, cambiar o modificar el derecho con la intención de indicar cómo habrán de decidirse futuras disputas.¹⁶⁵

Para citar un ejemplo de esta actividad, podemos referirnos a una tesis aislada emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN o la Corte, en adelante)—considerando que en el sistema jurídico mexicano la tesis aislada es la que sienta las bases de una futura jurisprudencia por reiteración—, que si bien no cubre todos los aspectos que habremos de referir como propiedades del precedente (conceptualmente, equivalente a nuestra jurisprudencia),¹⁶⁶ muestra con bastante claridad el doble proceso que desarrolla un tribunal autoritativo al resolver un asunto que se somete a su consideración: resolver un caso particular y ofrecer una respuesta-solución con miras a que sea seguida en el futuro por otros tribunales.

¹⁶⁵ Dyzenhaus, David, “Reasoned Decisions and Legal Theory”, en Edlin, Douglas E. (ed.), *Common Law Theory*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, pp. 146 y 147.

¹⁶⁶ En este caso, la propiedad contingente de la reiteración genera una distinción local entre tesis aislada (o precedente en el contexto mexicano) y jurisprudencia que por regulaciones técnicas exige tal requisito adicional, aunque recordemos que las propiedades contingentes pueden presentarse o no sin afectar la naturaleza del objeto de estudio.

El caso al que me refiero fue discutido en el amparo directo en revisión 2806/2012, y consistió en lo siguiente: el señor APH es fundador, y en aquel momento presidente del consejo de administración del periódico “S”, que es un medio de comunicación con circulación en el estado de Puebla. El 21 de agosto de 2003, en el diario “S” fue publicada en la columna “Los Conjurados”, una nota de ÉRA, titulada “El cerdo hablando de lodo”, en la cual emitió diversos comentarios en torno a varios integrantes del periódico “I”, que es otro medio de comunicación con circulación en la ciudad de Puebla. En la nota se hacían referencias concernientes tanto al señor ENQ, en su calidad de director general del periódico “I”, así como al señor MAM, quien fungía como presidente administrativo del medio de comunicación.

La nota “El cerdo hablando de lodo”, fue publicada nuevamente, casi seis años después, en el periódico “S”, durante los días 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11 y 12, todos de agosto de 2009, junto con una nota titulada “¿Quién es MAM el Quintacolumnista?”.

En razón de lo anterior, el 14 de agosto de 2009 en la columna “Contracara”, perteneciente al diario “I”, el señor ENQ publicó una nota titulada “El ridículo periodístico del siglo”, que contenía expresiones —como “Columnas viejas, libros pagados, escritores pagados y columnistas maricones... o ser lambiscón, inútil y puñal”— que a juicio del señor APH le ocasionaron un daño moral, lo cual a la postre suscitó un amparo directo en revisión del que se desprendió la siguiente tesis aislada.¹⁶⁷

Derivado del análisis de este caso, la SCJN sentó un criterio interpretativo en la tesis aislada 1a. CXLIV/2013 (10a.),¹⁶⁸ en

¹⁶⁷ Reseña efectuada del engrose al amparo directo en revisión 2836/2012. Consultada el 13 de noviembre de 2013 en la página de Internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: <https://goo.gl/ZC1HbF>.

¹⁶⁸ “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES OFENSIVAS U OPROBIO-SAS SON AQUELLAS QUE CONLLEVAN UN MENOSPRECIO PERSONAL O UNA VEJACIÓN INJUSTIFICADA. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que las expresiones que están excluidas de protección constitucional son aquellas absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean: (i) ofensivas u oprobiosas, según el contexto; e (ii) impertinentes

la cual se desarrolla la idea de que las expresiones ofensivas u oprobiosas no deben confundirse con críticas que se realicen con calificativos o afirmaciones fuertes, pues la libertad de expresión resulta más valiosa ante expresiones que puedan molestar o disgustar, así como las condiciones que configuran la ofensa. Así, se hizo explícito aquello que no lo era en el derecho positivo vigente aplicable al caso, en relación con la libertad de expresión.

En ese sentido, la consecuencia directa de la función de los tribunales en un sistema jurídico es la resolución de controversias jurisdiccionales, al proporcionar una solución institucional y definitiva al problema planteado por las partes litigantes, con fundamento en el orden jurídico vigente, cuyos efectos jurídicos les atañen sólo a las partes involucradas.

Una consecuencia indirecta de la función de los tribunales es que esa solución institucional definitiva, que es resultado de su función principal dentro del sistema jurídico —si goza de cierto *status* y ciertos requisitos—, se convierte en una regla que es in-

para expresar opiniones o informaciones según tengan o no relación con lo manifestado. Así, en torno al primer requisito en commento, esta Primera Sala ya ha establecido que si bien la Constitución no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, tampoco veda expresiones que puedan resultar inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias. En consecuencia, las expresiones ofensivas u oprobiosas no deben confundirse con críticas que se realicen con calificativos o afirmaciones fuertes, pues la libertad de expresión resulta más valiosa ante expresiones que puedan molestar o disgustar. Así las cosas, y tomando en consideración esta permisibilidad constitucional en torno a manifestaciones fuertes o molestas, se arriba a la conclusión de que las expresiones se pueden calificar como ofensivas u oprobiosas, por conllevar un menoscenso personal o una vejación injustificada, en virtud de realizar inferencias crueles que inciten una respuesta en el mismo sentido, al contener un desprecio personal”.

Registro: 2,003,641, tesis aislada, constitucional, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, t. 1. Tesis: 1a. CXLIV/2013 (10a.), p. 557. Amparo directo en revisión 2806/2012. Enrique Núñez Quiroz. 6 de marzo de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quienes reservaron su derecho a formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

corporada al sistema jurídico, con todas las consecuencias que esto acarrea: *a)* generalidad, sus estipulaciones alcanzan a terceros funcionarios y particulares, *b)* obligatoriedad: deberá ser aplicada por futuros tribunales para resolver asuntos de fondo similar, y también seguida o considerada por terceros particulares o funcionarios para tomar decisiones acerca de su curso de acción a seguir cuando enfrenten problemas similares.

Hasta ahora he hablado de tribunales en plural, pero es momento de hacer algunas precisiones al respecto, ya que en el concepto de precedente está implícita la idea de que los tribunales son parte de una estructura judicial dentro de la cual son determinados tribunales los que tienen la facultad de establecer reglas que han de ser observadas por otros tribunales de similar jerarquía e inferiores, lo que responde a razones específicas, que a continuación abordaré.

En términos generales, en una jerarquía, el poder de decisión está distribuido y es administrado de acuerdo con las atribuciones y alcance que cada nivel tiene asignado; si hay tres niveles en una jerarquía en el que A es superior a B y C, la normalidad indica que B no tiene que observar las indicaciones de C para decidir, y puede o no observar a otros B's para decidir; pero definitivamente tiene que observar las indicaciones de A para decidir. La lógica de las jerarquías permite cierta libertad a un órgano en relación con los órganos homólogos o inferiores, pero impone limitaciones y responsabilidades en relación con los órganos superiores; de este modo, hay áreas temáticas concretas en las que los órganos tienen poder de decisión limitada o están sujetos a fiscalización de sus superiores y, por lo tanto, no tienen poder de decisión final.

Este tipo de estructuras se acogen a un formato escalonado de administración del poder para asegurar su adecuada existencia y subsistencia. No sería viable que todos los órganos dentro de una estructura jerárquica actuaran y decidieran ilimitadamente sobre los mismos asuntos, pues aquello no sería más una jerarquía, sin mencionar que difícilmente podría tener la forma de una orga-

nización funcional. En una jerarquía los niveles inferiores están obligados por los niveles superiores, nunca a la inversa, y los niveles homólogos gozan de respeto, pero no de autoridad entre sí.

Este formato tiene varios propósitos, entre los más evidentes: imprimir un orden que permite la organización de labores y el funcionamiento de la estructura; asegurar el cumplimiento de los fines y objetivos de la organización; identificar claramente y revisar el funcionamiento adecuado de los diferentes órganos de la jerarquía dado el nivel que ocupa, para en su caso fincar responsabilidades o tomar medidas correctivas sobre órganos concretos en aras de los objetivos organizacionales, y homologar la actuación de los órganos de la estructura en congruencia con los objetivos institucionales.

Las estructuras judiciales tienen un formato jerárquico similar. El tribunal *Z* que emite la resolución es el que ocupa una posición superior al tribunal *X*—posición privilegiada en la estructura jerárquica a la que ambos tribunales pertenecen—, lo que permite que su actuación judicial adquiera carácter de superioridad para todo aquel tribunal que se encuentre en un nivel inferior.¹⁶⁹ De esta forma, gracias a la jerarquía, es posible delimitar e identificar qué tribunales y qué sentencias son las indicadas para sentar reglas de precedente con alcance a futuro.

Lo que posibilita —entre otros elementos— que una sentencia se convierta en un ejemplo autoritativo, es precisamente la calidad de autoridad que posee el tribunal que la emitió en relación con los demás tribunales que ocupan una posición inferior en la estructura jerárquica. La existencia de una jerarquía judicial tiene también su propia lógica interna y responde a la necesidad de los sistemas jurídicos modernos de resolver las controversias que se generen a su interior mediante una organización estable y congruente.

¹⁶⁹ Grant Lamond hace una referencia semejante respecto de las estructuras judiciales inglesa y estadounidense. Lamond, *op. cit.*, p. 4.

En un sistema jurídico moderno, los tribunales en los diferentes niveles de la jerarquía tienen competencias establecidas para resolver controversias, pero generalmente proporcionan a las partes la posibilidad de recurrir una resolución adversa. La posibilidad de recurso ante un tribunal superior puede tener varias instancias como derecho de las partes que se someten a la decisión del órgano institucional para la solución de una controversia, pero en algún momento esa posibilidad se agota, y es el tribunal señalado en la jerarquía como el último nivel superior el que —como última instancia— revisa la actuación del inferior o inferiores y emite una solución definitiva; es decir, no es susceptible de ser recurrida y, por la misma razón, goza de carácter autoritativo y de un mayor alcance dado su estatus.

De acuerdo con la estructura jerárquica de los tribunales, las únicas resoluciones que tienen carácter definitivo en una estructura judicial son las de los órganos superiores de última instancia; por eso es natural que sean dichas resoluciones las que puedan funcionar como ejemplos dotados de autoridad, pues se trata de resoluciones que no pueden ser recurridas ni alteradas.¹⁷⁰ Si el carácter autoritativo está limitado a los tribunales superiores, se asegura que sólo una solución establecida prevalezca, por eso sólo ellas pueden dar estabilidad al sistema, pues no corren el riesgo de ser modificadas por un tribunal posterior.

Además, el hecho de que el tribunal superior tenga poder decisorio final le permite a la máxima autoridad en la jerarquía judicial definir la respuesta-solución institucional de los litigios, en congruencia con los objetivos que la misma persigue, proporcionando así una regla fija que puede ser observada por los tribunales inferiores, funcionarios y particulares en casos concretos.

No debemos perder de vista que sólo algunas reglas están llamadas a servir como ejemplos para tribunales del mismo rango o inferiores; esto significa que tienen la cualidad no sólo de

¹⁷⁰ Guest sostiene una opinión semejante. Guest, A. G. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 156.

regular el caso concreto de cuya solución surge, sino también los demás casos futuros que reúnan condiciones similares de aplicación; esto es, que tienen un alcance mayor.¹⁷¹ Mientras tanto, otras reglas, también de origen jurisdiccional, están destinadas a regular únicamente el caso concreto al que son aplicadas; esto está vinculado con el alcance de la regla en cuestión.

La reflexión disipa implícitamente la cuestión de si la calidad autoritativa de la regla es la que le proporciona el alcance, pues se evidencia que todas las reglas de origen jurisdiccional pretenden ser autoritativas; sin embargo, el alcance de esa propiedad sobre casos futuros está reservada para algunos tribunales de rango superior, cuyas decisiones podrán servir como ejemplo a futuro. La posibilidad de emitir una regla autoritativa “ejemplo” (con alcance futuro) está relacionada con la estructura jerárquica de los tribunales de un sistema jurídico, en las que suele reservarse dicha misión para los tribunales finales del sistema, que deciden en última instancia las controversias jurídicas.

Cuando un problema jurídico ha llegado a la última instancia, significa que su solución va a adoptar una forma definitiva que no podrá ser alterada posteriormente, pero además pone la muestra para futuros tribunales acerca de cómo resolver determinadas controversias cuya solución prevalecía indeterminada en alguna medida.¹⁷² La práctica en su conjunto busca brindar seguridad jurídica a los participantes de la práctica, consistencia en la actuación jurisdiccional cuando se ejercita regularmente y genera estabilidad al interior del sistema jurídico.

¹⁷¹ Una explicación semejante de este escenario sostiene que el caso actual resuelve una disputa particular, pero el tribunal crea una regla para lidiar con ese tipo de disputas en general y la aplica al caso presente; es en este sentido que las reglas de precedente guardan alguna semejanza con la legislación, en el sentido de que las reglas creadas aplican a casos posteriores cuyos hechos satisfacen las condiciones de aplicación. Lamond, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷² La función central del razonamiento a partir de reglas de precedente no es incrementar el conocimiento de la verdad, sino mostrar lo que los jueces tienen que hacer y justificar lo que han decidido hacer: funcionan, principalmente, como un estándar de conducta para los jueces. Guest, A. G., *op. cit.*, p. 151.

Recordemos que cualquier autoridad tiene pretensiones autoritativas; así, todo tribunal judicial tiene pretensiones autoritativas, de modo que —por razones de coordinación— es preciso disponer de un sistema tal que mantenga el orden y la coherencia al interior del sistema judicial cuando se emiten reglas autoritativas judiciales y para determinar sus alcances.

El carácter autoritativo de la regla de precedente está dado por la satisfacción de las tres tesis de la autoridad legítima: la tesis de la dependencia, la tesis de la justificación normal y la tesis de la exclusividad; sin embargo, no toda sentencia judicial es emitida con la intención de que la (s) regla (s) en ella contenida (s) regule (n) tanto el caso presente como casos futuros. Siendo así, es preciso observar que el elemento que determina qué sentencias —junto con las reglas que desarrolla y contiene— tendrán mayor alcance, es decir, el alcance más allá del caso concreto que resuelve, es la jerarquía.

La jerarquía es una condición necesaria del concepto de precedente, no como generadora de “autoridad legítima”, sino como mecanismo de coordinación y aplicación de reglas autoritativas de precedente. En ausencia de un sistema —como lo es la jerarquía— para determinar qué tribunales y, en consecuencia, qué sentencias tienen la posibilidad de sentar reglas a futuro, no habría forma de saber a qué reglas autoritativas atenernos, dado que toda sentencia emitida por un tribunal contiene al menos una regla.

Así, si todo tribunal pretende que sus sentencias sean autoritativas, y de hecho generalmente lo son, ¿cómo sabemos qué sentencias —de todas las sentencias autoritativas que emite cada tribunal que integra la rama judicial— son las que han de regir tanto el caso del que surge como casos futuros? La jerarquía resuelve esta cuestión, al proporcionar el sistema que permite identificar qué tribunales están posibilitados para sentar reglas autoritativas con mayor alcance, más allá del caso que resuelven.

2. *El precedente como regla autoritativa jurisdiccional ¿vinculante?*

Una de las inquietudes que surgen en este punto de la discusión, al analizar la primera propiedad necesaria del concepto y sus elementos,¹⁷³ tiene que ver con la pregunta: ¿en qué medida el concepto de autoridad implica o no la cualidad de ser “vinculante”? Esta pregunta es importante, ya que la respuesta proporcionada nos permitirá distinguir entre lo vinculante y lo dotado de autoridad, así como a establecer su relación. En el caso del concepto de precedente, ayudará a distinguir además ambas propiedades, dado que concurren en la misma institución.

Como hemos visto, el concepto de autoridad empleado está especialmente referido a la autoridad legítima, que es el tipo óptimo de autoridad. Cuando estamos ante una autoridad legítima, concurren necesariamente la tesis de la dependencia, la tesis normal de justificación y la tesis de la exclusividad; sin embargo, no todas las autoridades son legítimas, y por esa razón no todas las indicaciones autoritativas son legítimas.

Dado que en la práctica todas las autoridades (incluso las legítimas) son siempre autoridades de facto, es importante tener presente lo que implica ser una autoridad legítima, pues así es como toda autoridad de facto se concibe a sí misma. Decir que toda autoridad es una autoridad de facto tiene implícita la afirmación de que sus determinaciones son siempre vinculantes, y no podría ser de otro modo, pues la única forma de ser una autoridad de facto es teniendo el poder y la capacidad de hacer cumplir sus determinaciones.

No obstante, las autoridades a veces son legítimas, y otras tantas son de facto; muchas veces aciertan en las razones dependientes que son aplicables a sus súbditos y otras no, pues siempre está presente la posibilidad de errar, y habida cuenta de que así sucede, lo más congruente es asumir a la nuestra como una au-

¹⁷³ “Es una regla prescriptiva de origen jurisdiccional que pretende ser autoritativa y es, al menos, vinculante”.

toridad de facto. De cualquier modo, esta asunción no implica renunciar a la posibilidad de tener una autoridad legítima, pues sucede que la misma autoridad acierta en muchas de sus determinaciones, incluso en su mayoría.

La cualidad de la regla de precedente (como determinación de la autoridad) de ser, al menos, vinculante, independientemente del tipo de autoridad de que se hable, pone de manifiesto su permanente intención de servir como razón excluyente; en este sentido, la diferencia entre una y otra radica en la forma en que dicha cualidad es asumida por los destinatarios. Las determinaciones de la autoridad legítima, al satisfacer las tres tesis, son aceptadas y llevadas a cabo voluntariamente por sus destinatarios, tomándolas automáticamente como obligatorias para sí y por sí mismos por esa razón; esto quiere decir que cuando se trata de autoridad legítima, sus determinaciones son cumplidas, por lo cual el carácter vinculante de las determinaciones de la autoridad desempeña un papel pasivo.

Ocurre lo opuesto cuando hablamos de las determinaciones de la autoridad de facto; las indicaciones de la autoridad de facto no reúnen las tres tesis de la autoridad legítima; por tanto, los súbditos no tienen razones suficientes para tratar y seguir sus indicaciones como autoritativas, y es entonces cuando los súbditos siguen la indicación —no porque lo dice la autoridad, sino por otras razones—.

En este caso, el carácter vinculante de las determinaciones de la autoridad de facto desempeña un papel activo, al hacer posible que, aun cuando los destinatarios no sienten obligación de cumplirla y no consideran justificada la determinación de la autoridad, se vean obligados a cumplirla debido al elemento vinculante. Esto quiere decir que las determinaciones vinculantes de la autoridad de facto tienen la capacidad de hacerse exigibles aun ante la falta de voluntad del agente implicado o su oposición —o al menos eso revela el funcionamiento regular de las normas jurídicas en la mayoría de los casos—.

Es posible que la autoridad de facto sepa que no siempre acierta en las reglas que emite —sus determinaciones no siempre reflejan adecuadamente las razones dependientes de sus súbditos—; por esa razón, el elemento vinculante es, en su caso, necesario para asegurar que las reglas se cumplan, aun sin ser las mejores en algunos casos. Por esto, aunque todas las reglas jurídicas autoritativas son vinculantes, no todas las reglas jurídicas vinculantes son autoritativas —en sentido legítimo— ni generan un sentido de obligación en los particulares.

En dicho sentido, es claro que las reglas de origen jurisdiccional, como cualquier otra regla jurídica, tienen la pretensión de ser autoritativas legítimas, aunque no siempre lo son. Por esto, las reglas jurisdiccionales que satisfacen adecuadamente la tesis de la dependencia son tratadas voluntariamente como autoritativas y se admiten automáticamente como obligatorias por sus destinatarios, ya que se ajustan en alguna medida a sus expectativas.

Sin embargo, existen también reglas de origen jurisdiccional, que aunque pretenden ser autoritativas, en realidad no atienden o no aciertan adecuadamente en las razones que se aplican a sus destinatarios; en consecuencia, esas reglas no son autoritativas (en el sentido legítimo) para ellos. Es en estos casos cuando el carácter vinculante de las reglas de precedente juega un papel activo, pues constituye la forma de suplir la falta de alguna de las tesis de legitimidad y asegurar su cumplimiento efectivo, aun cuando se le considere inadecuada y no autoritativa.

La ocurrencia de esta circunstancia es posible, no sólo teniendo en cuenta a los particulares como destinatarios contextuales de la regla de precedente, sino también a los propios tribunales que integran la jerarquía judicial. En este sentido, es posible que la apreciación de la falta de autoridad legítima de alguna regla de precedente sea advertida por alguno de los tribunales sujetos a las reglas emitidas por una autoridad jurisdiccional superior, tal como ocurrió en el sistema jurídico mexicano —en el que probablemente ocurre con más frecuencia de lo que imaginamos—.

La Sala Regional Toluca del Poder Judicial de la Federación decidió por mayoría y con base en la jurisprudencia 5/2011 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación¹⁷⁴ (dado su carácter obligatorio), determinar la improcedencia del juicio bajo estudio por no haber agotado la parte actora los medios de impugnación locales y reencauzar el juicio para conocimiento del Tribunal Electoral del Estado de México.

No obstante lo anterior, para una de las magistradas integrante de la Sala que emitió un voto particular,¹⁷⁵ la regla de precedente citada en el caso no era ya una regla autoritativa,¹⁷⁶ al considerar que contenía un criterio superado constitucionalmente —desde la óptica de la reforma que en materia de derechos humanos experimentó la Constitución Política—, por lo que, en su opinión, no se justificaba seguir considerando aplicables los criterios judiciales que no están en consonancia con esa reforma.

Como se aprecia en este ejemplo, desde la perspectiva de una magistrada sujeta a la regla de precedente, ésta había perdido su carácter autoritativo debido a que las circunstancias actuales la habían dejado obsoleta. Eso significa que las razones de primer orden que el órgano jurisdiccional autoritativo (SUP, en este caso) tomó en consideración y balanceó para emitir la regla de precedente, ya no son adecuadas; esto es, ya no atienden adecuadamente a las razones que se aplican a sus destinatarios.

¹⁷⁴ “INTEGRACIÓN DE ÓRGANOS LOCALES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ELECTORALES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS PARA CONOCER DE ESOS CONFLICTOS”. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 4, núm. 8, 2011, pp. 18 y 19. Consultable en <https://goo.gl/8kPFks>.

¹⁷⁵ El voto particular a que hago referencia puede consultarse en la sentencia recaída al expediente ST-JDC-38/2013, en el vínculo <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/ST/2013/JDC/ST-JDC-00038-2013-Acuerdo1.htm>.

¹⁷⁶ Para esta magistrada, la regla de precedente sólo tuvo carácter vinculante, pero no autoritativo.

En tal sentido, si bien se trata de una regla autoritativa, no lo fue en el sentido legítimo, justamente por no satisfacer la tesis de la dependencia. Sin embargo, su aplicación se hizo efectiva por el carácter vinculante que persiste en las indicaciones autoritativas *de facto*.

En este primer análisis se han estudiado los elementos que conforman la primera propiedad necesaria del concepto de precedente, así como sus implicaciones en el uso cotidiano, lo cual comienza a esbozar el concepto mismo de precedente y permite vislumbrar los elementos que en este análisis conceptual quedan por analizar.

CAPÍTULO TERCERO

SOBRE LA PROPIEDAD DE EJEMPLARIDAD EN LAS REGLAS DE PRECEDENTE Y SU PROYECCIÓN

Cada una de las propiedades necesarias del concepto de precedente guardan interrelación e implicación mutuas que requiere explicación y esclarecimiento que iré desarrollando a lo largo de este trabajo, según el orden que me parece más adecuado en la explicación, en razón de que las condiciones abordadas van implicando a las anteriores.

Reflexionaré ahora acerca de la segunda condición necesaria del concepto de precedente: “Tiene por objeto regular, mediante el ejemplo, la conducta futura de sus destinatarios”.¹⁷⁷ La primera observación al respecto es que al predicar de una regla autoritativa que es comunicada mediante el ejemplo, estamos distinguiendo esa regla de las demás reglas; es decir, dentro del sistema jurídico todas las reglas comparten una misma pretensión: el ser autoritativas, pero sólo algunas de ellas tienen además la misión de mostrarle a otros tribunales la forma en que se han de resolver casos similares.

I. REGLAS COMUNICADAS MEDIANTE EL EJEMPLO

Herbert Hart distinguió en *El concepto de derecho* entre dos recursos (como él los llamó) para comunicar pautas generales de conducta con antelación a las situaciones en que han de ser aplicadas: la

¹⁷⁷ Una versión previa de este planteamiento fue publicada en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 12, 2018.

legislación y el precedente. La legislación es una forma de comunicación de reglas mediante el lenguaje general, mientras que el precedente es una forma de comunicación de reglas mediante el ejemplo.¹⁷⁸

Lo anterior significa que para desempeñarse como pauta de conducta, la regla tiene que existir antes de que se presente la situación de hecho; éste es un elemento muy característico de la legislación, ya que su aplicación es posible debido a que generalmente se aplica a las situaciones que surgen con posterioridad a su entrada en vigor;¹⁷⁹ esto implica que la regla ha sido comunicada previamente mediante algún tipo de lenguaje explícito; por ejemplo, el lenguaje escrito, lo que hace posible y necesario recurrir a ella.

Ciertamente, el rasgo más característico del precedente radica en que, en un primer momento, la regla novedosa surge con posterioridad al hecho; es decir, gracias al planteamiento judicial de una situación conflictiva novedosa para el sistema jurídico para la que no existe una respuesta, a la que los tribunales tuvieron que dar solución, la cual, emanada del órgano jurisdiccional indicado, adquirió calidad autoritativa y fuerza vinculante.

De esta forma, la regla de precedente así establecida proporciona una respuesta al caso que le dio origen y del que surge por vez primera, así como proporciona una respuesta anticipada a casos futuros semejantes que comparten rasgos relevantes. En este sentido —una vez establecida—, la regla de precedente se aplica a futuro y comparte este rasgo con la legislación, porque

¹⁷⁸ Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 155 y 157.

¹⁷⁹ La excepción a esta normalidad es la retroactividad de las normas, que permite en casos específicos que ciertas reglas tengan eficacia sobre actos sucedidos previamente a su expedición. Huerta Ochoa, Carla, “Retroactividad en la Constitución”, *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 583, 584 y 587; Huerta Ochoa, Carla, “Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 267-304.

surte también efectos a futuro; esto es, porque se estableció como regla autoritativa con anticipación al surgimiento de casos.

Las reglas de precedente sirven como ejemplo a subsecuentes tribunales para resolver asuntos de fondo similar, y también como ejemplo a terceros para tomar decisiones acerca de su curso de acción cuando enfrenten problemas similares. Aunque el medio material para conocer el precedente es el lenguaje escrito, el contenido esencial de la regla que se pretende comunicar se transmite a través del ejemplo, de lo que ciertos tribunales hacen en ciertos casos. El establecimiento de reglas a través del lenguaje escrito con anterioridad a su aplicación es propio de la legislación, mientras que el comportamiento de los tribunales en su labor jurisdiccional y la transmisión de reglas mediante el ejemplo es propio del precedente.

Si aceptamos la afirmación de que el precedente es una forma de comunicación de reglas con calidad autoritativa a través del ejemplo, debemos ser conscientes de que dicha afirmación tiene implícitas varias preguntas que es necesario desentrañar para comprender plenamente lo que eso significa para nosotros ordinaria y jurídicamente.

Evidentemente, como cualquier ejemplo, las reglas de precedente llevan aparejada la carga de ser conocidas con anticipación al momento de recurrir a ellas, pues de otra forma los sujetos a ella no estarían en condiciones de invocarlas, aplicarlas o ajustar su conducta al ejemplo. De esta manera, la publicidad acompaña al ejemplo y posibilita su exigibilidad.

II. BUENOS Y MALOS EJEMPLOS

Pensemos en preguntas como ¿qué es un ejemplo?, ¿cuándo sucede que algo (digamos, una resolución judicial) es considerada como un buen ejemplo?, ¿qué es un ejemplo dotado de autoridad y qué es lo que le da autoridad a un ejemplo?, ¿por qué seguimos ejemplos dotados de autoridad y por qué los propios tribunales

los siguen?, ¿quién o quiénes son los destinatarios del ejemplo dotado de autoridad?, ¿qué partes de la resolución judicial concretamente pueden servir como ejemplos autoritativos?

Las preguntas planteadas encierran en conjunto parte del contenido de la práctica que analizamos. Es muy probable que estas preguntas estén íntimamente relacionadas entre sí y que las respuestas que proporcionemos se impliquen, lo cual se hará evidente a lo largo de este trabajo.

Comencemos por preguntarnos qué es un ejemplo. Comúnmente se entiende por “ejemplo” el hecho, acontecimiento o conducta pasada, que ya tuvo lugar, la cual posee algún valor intrínseco o relevancia tal que lo hace digno de ser permanentemente considerado una muestra de lo que se debe hacer o de lo que se debe evitar.

Ante la práctica de recurrir a ejemplos en la vida cotidiana, se hace necesario distinguir entre tipos de ejemplos, ya que cualquier hecho, acontecimiento o conducta puede ser un buen o mal ejemplo, según se utilice adecuada o inadecuadamente en un determinado contexto; de ahí que no todo hecho, acontecimiento o conducta puede servir como un buen ejemplo. Debemos preguntarnos entonces cuándo sucede algo que es considerado un buen ejemplo

Antes de continuar, conviene hacer una aclaración que elimine de antemano cualquier confusión en torno a los “buenos o malos ejemplos”. La denominación de “buen ejemplo, mal ejemplo” es un tanto ambigua, y por ello son variados los usos y connotaciones que se le atribuyen. Por ello es preciso aclarar que en este trabajo cuando hablo de buenos o malos ejemplos, lo hago en términos de adecuación para indicar el grado de éxito que tiene el ejemplo al ser aplicado al caso en cuestión, y no en el sentido moral del término.

Al usar dicho adjetivo, no estoy hablando de ejemplos que intrínsecamente entrañen bondad o maldad en sus contenidos, dichas valoraciones morales están fuera de la discusión que aquí se propone. En este contexto, un “buen” ejemplo es simplemente

un ejemplo que resulta exitoso para explicar los propósitos que se plantea, en contraposición a un “mal ejemplo”, que no es adecuado ni exitoso para explicar lo que se propone.

En dicho sentido, hay algunos matices que cabe considerar: cualquier hecho, acontecimiento o conducta puede ser tomado como ejemplo, pero una cosa es el hecho en sí mismo y otra es la referencia que se hace del mismo hecho. Cualquier hecho puede ser calificado de distintas maneras, y de él se pueden predicar muchas cosas, moralmente hablando; pero ello no resulta relevante para este trabajo. Así, debemos distinguir entre el hecho y la referencia que se hace del hecho.

En este trabajo, cuando hablo de un ejemplo bueno o malo estoy circunscribiendo nuestra atención a la “referencia” del hecho (y no a la valoración del contenido material del mismo); dicha referencia puede ser adecuada o exitosa, tomando en cuenta los fines que persigue; es decir, lo que pretende mostrar con la referencia del hecho; en este sentido, diríamos “*X* es un buen ejemplo”, que debe entenderse como “la referencia que hacemos de que *X* es adecuada y exitosa para demostrar lo que nos proponemos”.

Esto se aclara cuando pensamos en un enunciado ordinario como el siguiente: un “porsche” es un buen ejemplo de un automóvil deportivo; en cambio, un “tsuru” es un mal ejemplo de un automóvil deportivo. En la misma línea, podemos afirmar que Daniel Arizmendi López (mejor conocido en México como “el mocha-orejas”) es un buen ejemplo de un secuestrador; en otras palabras, el ejemplo ilustra exitosamente una práctica moralmente mala.

Así, podemos tener un buen ejemplo de una práctica moralmente mala; o podemos tener un mal ejemplo de una conducta moralmente buena, incluso podemos tener un ejemplo hipotético bueno o malo; podemos tener un ejemplo *a contrario sensu*, como muestra de lo que no es deseable, o bien haciendo referencia explícita al contenido material del hecho o conducta. No obstante la variedad de usos que puede darse al ejemplo, en este contexto,

habremos de tener presente que la referencia que aquí se hace del buen o mal ejemplo está limitada a la descripción antes proporcionada.

Situarnos en el contexto puede servir como una guía para comprender esta propiedad. Pues bien, el precedente es en sí mismo una institución jurídica y, como tal, pertenece a un espacio y ámbito concreto de la vida social que, si bien es cierto, casi cualquier cosa tiene un aspecto jurídico, el precedente sólo hace su aparición cuando las personas planean o proyectan alguna acción a futuro cuyas implicaciones jurídicas hacen necesario evaluar las ventajas y desventajas de diferentes cursos de acción.

Al hablar acerca de ubicar el contexto me refiero a que es necesario situar las cosas en sus respectivos ámbitos y espacios de aplicación; en tal sentido, sería absurdo pensar que una regla de derecho del tipo del precedente pueda tener algo valioso que se pueda imitar por parte de un pastelero en su actividad cotidiana: la pastelería. No obstante, esa misma actividad tiene aspectos jurídicos, aspectos que sí podrían encontrar un modelo a seguir en el precedente:¹⁸⁰ pensemos en las transacciones civiles o mercantiles que el pastelero realiza cotidianamente con diferentes proveedores y clientes, transacciones que eventualmente podrían generar alguna controversia que deba ser llevada a los tribunales.

Siguiendo la línea de nuestra explicación, contextualizar nos permite saber que no todos los acontecimientos o conductas pasadas pueden servir como buenos ejemplos a seguir o emplear en cualquier ámbito de la vida social¹⁸¹ —así como el precedente judicial, en específico, no es un ejemplo que utilicemos en la vida

¹⁸⁰ En el ámbito académico, es una práctica seria e incluso una conducta esperada, recurrir a los conocimientos precedentes sobre el tema que se indaga, ya que todo nuevo conocimiento parte de uno previo, para acrecentarlo o bien para refutarlo; por eso, dicha conducta es reconocida en la academia que reconoce el carácter científico de las aportaciones que se generen bajo ciertos parámetros.

¹⁸¹ Frederick Schauer señala que fuera del derecho hay incontables ejemplos de que lo que se hizo en el pasado proporciona una razón para hacerlo del mismo modo de nuevo y que el precedente es parte de la vida en general, así como

cotidiana fuera del ámbito jurídico— ya que para servir como buenos ejemplos, los acontecimientos o conductas tienen que ser aplicables a las circunstancias de su destinatario.

De forma similar, en el ámbito judicial, y como resultado de su principal función, los tribunales de un sistema judicial resuelven las controversias que las partes en conflicto les plantean para su resolución como los órganos que institucionalmente están encargados de ello.¹⁸² Además de este hecho, parece una tendencia general en los distintos sistemas jurídicos que en la ejecución de su función principal presten atención a la forma en la que se han resuelto controversias similares, previamente a las que ellos se enfrentan en otros tribunales.

La práctica de los tribunales de recurrir a pautas comunicadas mediante el ejemplo (resoluciones anteriores propias o ajenas) está ampliamente difundida y se observa tanto en los sistemas jurídicos en donde dicha práctica está institucionalizada como en aquellos en los que no hay una obligación legal de llevarla a cabo.

Más allá de este fenómeno se encuentra el hecho de que en la elección de seguir un determinado ejemplo parecen intervenir algunas consideraciones del tribunal como órgano judicial que es parte de un sistema jurídico, como la adecuación (si se trata de un buen ejemplo) y el origen de dicho ejemplo; es decir, el tribunal que lo emitió. Esto quiere decir que la elección de los tribunales de seguir un determinado ejemplo no es una elección aleatoria o subjetiva, sino motivada, razonada y evaluada a partir de diferentes elementos, principalmente dos muy importantes en la decisión: la adecuación y el origen del ejemplo.

que este tipo de razonamiento no es exclusivo del derecho. “Precedent”, *Stanford Law Review*, vol. 39, núm. 571, febrero de 1987, p. 2.

¹⁸² Aunque es una práctica especialmente marcada en el ámbito judicial, Lamond señala que en los escenarios institucionales los agentes facultados para tomar decisiones suelen sujetarse a lo que se ha hecho en el pasado, independientemente de si consideran que la decisión original fue correcta. Lamond, *op. cit.*, p. 2.

Esta idea se ilustra bien en el muy conocido ejemplo de Hart sobre la enseñanza mediante el ejemplo: “Antes de ir a la iglesia un padre dice a su hijo: «Todos los hombres y niños varones deben descubrirse al entrar a la iglesia». Otro padre, descubriendo-se al entrar a la iglesia, dice a su hijo: «Mira, esto es lo que debe hacerse en estas ocasiones»”.¹⁸³ Posiblemente el niño cuenta con una idea general acerca de lo que se debe y no se debe hacer en ciertos lugares, pero parece que la principal motivación de su conducta es el ejemplo de su padre; en el lugar en el que el niño se encuentra y en su vida cotidiana está expuesto a muchas otras conductas de personas que podría imitar, ejemplos que podría seguir, pero ninguno de ellos tiene la fuerza e importancia que tiene el ejemplo del padre al hijo.

La fuerza e importancia que tiene la conducta del padre sobre el hijo se debe, al menos en parte, a que el padre representa para el hijo una autoridad (posiblemente, una de gran importancia), que está fuertemente relacionada con una estructura jerárquica implícita en la familia, en la que los padres se sitúan en una posición superior.¹⁸⁴ Esto significa que algunos ejemplos pueden influir de manera importante para la toma de un determinado curso de acción, pero no cualquier ejemplo, sino un tipo específico, lo que nos remite directamente a la idea de la propiedad de ejemplaridad en el del concepto de precedente y el ejemplo dotado de autoridad.

¹⁸³ Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 155 y 156.

¹⁸⁴ Es posible que en los casos no jurídicos existan otros elementos de igual importancia a considerar, además de la jerarquía existente entre el que despliega una conducta y el que la sigue; pensemos en la experiencia, el conocimiento o la confianza. En contraste, los casos jurídicos parecen conceder centralidad a la estructura jerárquica de las instituciones, porque éstas forman parte del sistema en su conjunto y responden a un modelo institucional determinado, independientemente de la persona que desempeñe las funciones u ocupe los cargos. Si bien, no descarto la existencia de otros elementos que pueden intervenir en la decisión; no poseen la centralidad de la jerarquía, y todo elemento subjetivo adicional que pudiera advertirse corresponde a una investigación distinta, más allá de los límites de este trabajo, cuyos objetivos son diversos.

A semejanza del niño en la iglesia, los tribunales actúan según el ejemplo que les presenta el actuar de otros tribunales que han resuelto previamente en casos similares. No es que en ese actuar se haya emitido una regla que explícitamente disponga a los tribunales suscribirla y aplicarla, sino que la actuación del tribunal autorizado respecto de los contenidos sustantivos que suscribió tienen calidad ejemplar para otros. Veamos en qué consiste.

III. SOBRE LA PROPIEDAD DE EJEMPLARIDAD Y EL RECURSO A LA ANALOGÍA

Partimos de la idea de que cuando surge una nueva regla de precedente, tiene entre sus objetivos aclarar y determinar con suficiente especificidad lo que la norma jurídica general aplicable dejaba indeterminado; esto significa que en el futuro será más fácil y claro para jueces subsecuentes determinar su aplicación concreta.

Así, cuando se presentan escenarios de disputas parcialmente reguladas; esto es, cuando no hay una norma jurídica claramente aplicable, o habiendo normas jurídicas parcialmente aplicables pero no brindan una respuesta concreta al problema planteado (puede ser una regla de precedente), se recurre a herramientas adicionales como la analogía, en el proceso de balancear las razones dependientes aplicables.

El razonamiento por analogía o analógico es un tipo de razonamiento muy común en la labor judicial; forma parte de la práctica judicial y se emplea cuando se interpreta en el contexto de disputas parcialmente reguladas que suponen diversos problemas que no tienen una solución directa en el orden jurídico normativo.¹⁸⁵ En el razonamiento por analogía, el juez recurre a

¹⁸⁵ Se busca en el sistema jurídico una base que respalde la solución que se propone, con una fuerza persuasiva inferior que si se tratara de una norma jurídica obligatoria; sin embargo, su racionalidad radica en mostrar que la solución propuesta es “consistente” con el cuerpo jurídico normativo vigente como

sentencias previas que contienen reglas que pueden o no ser autoritativas¹⁸⁶ para él, pero que son, en cambio, buenos ejemplos previos con características semejantes o distintas en un sentido relevante que brindan una guía para resolver el caso presente.

La analogía se sitúa entonces en los escenarios de disputas parcialmente reguladas; es decir, en los escenarios en los que existe la posibilidad y/o necesidad de crear una regla de precedente para un problema que carece de respuesta directa, y el tribunal autoritativo la utiliza como un recurso —entre otros— en el proceso de balancear razones dependientes e interpretar para arribar a la regla de precedente adecuada. Por supuesto, la analogía no es una herramienta exclusiva de los tribunales autoritativos, sino que también es empleada por tribunales ordinarios; no obstante, mi interés está en su relación con el concepto de precedente.

Al respecto, debe decirse una obviedad: ningún caso es idéntico entre sí, ni los hechos identificados en cada uno son idénticos; eso es imposible; sin embargo, para encontrar la analogía se toman en cuenta los aspectos relevantes para la decisión, por lo que la falta de identidad exacta entre los hechos no es obstáculo en el proceso de encontrar semejanzas o diferencias relevantes que permitan extraer un principio o estándar útil que guíe u oriente la decisión del juez, permitiéndole utilizar ese principio como una de las razones dependientes que considerará en el balance, basándose en el razonamiento acumulado de tribunales previos.

una extrapolación de dicho cuerpo. La consistencia aquí es equivalente a la coherencia que se explica más adelante en este libro. MacCormick, Neil, *Legal Reasoning, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 120.

¹⁸⁶ Las reglas de precedente a las que se recurre por analogía no necesariamente son autoritativas ni estrictamente aplicables al caso, sino sólo buenos ejemplos que sirven para el caso en cuestión en algún aspecto relevante, ya que el caso de las reglas de precedente son de clara aplicación deductiva y no requieren analogía. En contraste con esta opinión, Cass Sunstein opina que un precedente puede servir como una regla: cuando gobierna plenamente casos idénticos o como una analogía cuando se distingue en al menos un aspecto del caso presente, pero que sugiere un principio o política general relevante al caso presente. Sunstein, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1998, p. 71.

Ahora bien, hemos dicho anteriormente que los tribunales pueden recurrir a buenos ejemplos previos¹⁸⁷ que presenten semejanzas o diferencias relevantes con el caso que se resuelve para guiarse en su resolución, ejemplos que no necesariamente son reglas de precedente.¹⁸⁸ Para determinar la aplicación por analogía de una solución previamente dictada, el juez subsecuente habrá de comparar el caso presente con algunos casos pasados que son revisados para determinar si el caso pasado controla, se distingue o puede ser extendido al caso presente. El caso pasado, puede contener una opinión, una regla, un estándar o hechos que serán evaluados en cuanto a similitudes y diferencias para producir una regla o principio aplicable.¹⁸⁹

Cuando emplea este tipo de razonamiento, el juez hace una revisión general de las sentencias pasadas que se han dictado, buscando semejanzas y diferencias con el caso que resuelve, y extrae un principio que refleje las semejanzas y diferencias importantes entre ambos que le sirva de base para su propia decisión.¹⁹⁰ Esto revela que el resultado de esta indagatoria y análisis arrojará un principio orientador, que será balanceado junto con otras razones dependientes en el caso; la mera posibilidad de balancear es el indicativo de que la sentencia encontrada no contiene una regla de precedente que, como hemos visto, es excluyente y no requiere el balance, aunque sí puede ofrecer los insumos para sentar la regla posteriormente.

En tal sentido, es posible también que cuando el tribunal autoritativo interprete una norma jurídica que regula parcialmente una disputa, acuda y tome en consideración —mediante razonamiento analógico— las razones que fundamentaron decisiones

¹⁸⁷ Emily Sherwin también hace la referencia a “ejemplos” previos en un sentido similar al que yo utilizo. Sherwin, Emily, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 66, núm. 5, otoño de 1999, p. 1188.

¹⁸⁸ Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, p. 203.

¹⁸⁹ Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, *cit.*, p. 32.

¹⁹⁰ Sherwin, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *cit.*, p. 1180.

pasadas semejantes o cercanas a la problemática que resuelve y que al mismo tiempo encuentre adecuadas para el caso particular. Por ejemplo, la semejanza entre casos se encuentra en los argumentos consecuencialistas que justificaron una regla judicial adoptada previamente y que podrían justificar también una regla similar en el caso presente; no obstante, la analogía no obliga a la adopción concreta de una decisión.¹⁹¹

Pensemos en una regla que resolvió el caso concreto *A*, cuyos hechos identificados por el tribunal fueron *B*, *C* y *D*. Cualquier tribunal posterior que desee recurrir a esa solución sabe los propósitos y fines que se protegieron en ese caso y puede determinar si los hechos presentes son similares en un sentido relevante como para adoptar la misma solución. En este caso, es posible que el caso presente *P* muestre los hechos *B* y *C* solamente, o bien los hechos *B*, *C* y *E*; en ambos casos, se confía en la semejanza entre los hechos que el tribunal considera relevantes para su resultado.

La regla original del caso *A* sentó la regla *X* con los hechos *B*, *C* y *D*.

Una regla posterior en el caso *P* sentó la regla *X* con los hechos *B* y *C*.

Una regla posterior en el caso *Q* sentó la regla *X* con los hechos *B*, *C* y *E*.

La analogía entre ambos casos con el original puede radicar en la similitud respecto de algunos aspectos importantes solamente, y sirve para justificar una solución específica del tribunal en ejercicio de su discreción, proporcionándole a su solución mayor sustento, al considerar que fue la mejor regla a la que pudo haber arribado en el caso concreto. La relevancia de las similitudes puede determinarse atendiendo a los propósitos y racionalidad de la regla original, llegando así a la conclusión de que si una regla previa promueve ciertos propósitos y protege ciertos

¹⁹¹ MacCormick, *Legal Reasoning...*, cit., p. 186.

valores, entonces la razón ahí sostenida es suficientemente buena para justificar otra regla, con una similitud derivada.¹⁹²

En el razonamiento judicial, acudir a la analogía es recurrir, principalmente, a un buen ejemplo previo; se trata, pues, de razonar mediante ejemplos cuya fuerza es distinta a la del precedente, al tratarse de un elemento que lo compone y que ha de tomarse en consideración junto con otros elementos en el razonamiento al lado de los grados de adecuación según qué tan exitosa es para justificar un resultado. El concepto de precedente tiene como propiedad la calidad de ejemplaridad de sus reglas en su dimensión de “creación”, mientras que la dimensión de “aplicación” de estas reglas se identifica con la analogía.

En tal sentido, analogía y calidad de ejemplaridad son conceptos íntimamente relacionados en el concepto de precedente, pues se trata de una sola propiedad que se materializa de una forma u otra según estemos hablando del momento de creación del precedente o del momento de su uso y aplicación. En virtud de lo anterior, se entenderá ligeramente distinto según estemos hablando de uno u otro momento.

Notese que en los casos *P* y *Q* antes referidos, recurrir a la regla establecida en el caso original *A* tiene que ver principalmente con la idoneidad de los contenidos de la regla, que es un parámetro de identificación en el proceso de razonamiento por analogía. Esto quiere decir que el caso *A* del que estamos hablando no es necesariamente uno que contenga reglas de precedente; de ahí

¹⁹² Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, pp. 203 y 205. En términos de Lamond, la justificación más contundente de este tipo de razonamiento radica en la posibilidad de replicar las soluciones, lo cual favorece la coherencia. Lamond, *op. cit.*, p. 23. Esta postura es muy similar a la sostenida por Raz y Dickson (véase la sección dedicada a la coherencia y progresividad en este trabajo). Sin embargo, no existe consenso entre los teóricos acerca de si hay una justificación estrechamente lógica que sustente esta práctica, entre ellos, Cass R. Sunstein, Larry Alexander, Emily Sherwin y Scott Brewer, este último autor ofrece una explicación de este tipo en “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, *Harvard Law Review*, vol. 109, núm. 5, 1996.

que se identifique el hecho de que el razonamiento analógico está asociado al razonamiento judicial en general, aunque se vincula de manera particular con el concepto de precedente.

Mientras que la analogía es solamente una de las formas de interpretar en el derecho a través de buscar las semejanzas sustantivas entre casos, la calidad de ejemplaridad del precedente trasciende a este ejercicio, y debe advertirse que esta calidad concurre en el precedente junto con otros elementos que explican conjuntamente su naturaleza.

Las reglas de precedente regulan mediante el ejemplo la conducta futura, ya que el tribunal futuro habrá de buscar en la experiencia judicial previa acumulada, elementos de solución, lo cual ocurre gracias al razonamiento analógico. Así, la analogía opera como una especie de “filtro de búsqueda” a través del cual los jueces pueden recuperar los ejemplos previos relevantes para el caso que resuelven. En dicho sentido, el razonamiento por analogía es simplemente un razonamiento a partir de buenos ejemplos, pero un precedente es más que solamente un buen ejemplo, ya que puede incluso no ser el mejor ejemplo, pero reúne otras cualidades necesarias.

Pensar en dos dimensiones según el momento de aplicación facilita la comprensión de esta propiedad. Así, tenemos el momento de creación del precedente, emanado del tribunal autoritativo, y el momento de aplicación o uso posterior del precedente, relacionado con otros tribunales. En el momento de creación del precedente, el recurso a la analogía es uno de los elementos que se combina con otros tantos que estamos estudiando a fin de allegarse de insumos, balancear las razones y configurar la regla de precedente; mientras que en el momento de aplicación, la analogía es un criterio de búsqueda para identificar buenos ejemplos entre los que pueden figurar reglas de precedente; no obstante, la decisión de aplicar estas reglas responde a otras razones.

En otras palabras, el razonamiento analógico es una forma de razonar en sede judicial, pero debemos distinguir entre el uso

de este razonamiento del juez autorizado para sentar una regla de precedente, en cuyo caso la analogía y las razones encontradas en buenos ejemplos previos es solamente uno de los elementos a considerar en el balance de razones que intervienen al sentar la regla de precedente. Por otra parte, está el uso de este razonamiento como juez ordinario (no autorizado) al que se recurre para resolver según la experiencia previa siguiendo un buen ejemplo (simple analogía) en casos semejantes o aplicar un buen ejemplo dotado de autoridad (precedente). Para determinar la aplicación de reglas de precedente, la analogía por sí misma no es suficiente, pues convergen otros elementos que hemos ya analizado previamente, digamos, la calidad de regla prescriptiva y autoritativa de origen jurisdiccional y posición jerárquica.

Evidentemente, al recurrir a la analogía el juez ordinario está en busca de aplicaciones exitosas de buenas razones de segundo orden o de explicaciones cercanas en algún aspecto relevante que le permitan suscribir y trasladar a su caso esas razones. En todo caso, esta dualidad: creación-calidad de ejemplaridad, aplicación-analogía explica una propiedad necesaria del concepto de precedente que muestra estas dimensiones a través de las cuales se entiende.

Ahora bien, la práctica del razonamiento analógico favorece la perspectiva de diversos operadores jurídicos que toman decisiones con base en un cuerpo nutrido y diverso de materiales jurídicos que conserva en su interior diversas posturas, por lo que es razonable que dicho escenario genere un amplio espacio para el desacuerdo.¹⁹³ No obstante, se puede considerar que las decisiones que emplean analogía ofrecen a su favor un elemento de permisibilidad en el marco del sistema jurídico de que se trate.¹⁹⁴

¹⁹³ Lamond, *op. cit.*, pp. 19 y 23.

¹⁹⁴ MacCormick otorga un lugar más preeminente a los argumentos por analogía o principio como proveedores de soporte jurídico para las decisiones novedosas como una “condición necesaria” de su permisibilidad. No elaboraré sobre este punto, pero cabe decir que en el marco de la explicación normativo-descriptiva que ofrece el autor, los argumentos de analogía o principio están

En esa línea, Cass Sunstein considera que la analogía es uno de los métodos más importantes para resolver disputas sin la necesidad de obtener acuerdos acerca de los principios más profundos en que se basan esos acuerdos y señala que esta posibilidad es adecuada especialmente para la función judicial. En una sociedad heterogénea, las personas pueden converger en resultados particulares sin la necesidad de entrar a resolver los problemas de mayor profundidad sobre lo que es correcto o bueno, pues se trata de decidir qué hacer, aun cuando las personas difieran en su forma de pensar.¹⁹⁵

Este tipo de acuerdo es parcial, y sostiene que las personas pueden concordar en una opinión, en una razón o en que una regla tiene sentido sin estar completamente de acuerdo acerca de los fundamentos de esa creencia o en la teoría más general que la sustenta. Sunstein denomina este tipo de acuerdos como “acuerdos teorizados incompletamente” y los considera especialmente aplicables en el ámbito judicial con las analogías y las reglas.¹⁹⁶

Así, recurrir a la analogía afianza los propósitos ya protegidos por reglas jurídicas previas en casos concretos y promueve la coherencia de esos propósitos en partes específicas del derecho; es decir, la coherencia local, en tanto se sujet a una regla ya establecida, al apoyar sus resultados, según se verá en el capítulo quinto.¹⁹⁷

Esta postura, sin embargo, no es uniformemente compartida entre los teóricos, pues hay quienes lo consideran un razonamiento inferior al razonamiento moral ordinario del juez. Tal es la postura de Larry Alexander, quien sostiene que el razonamiento analógico comienza al recurrir a las decisiones de otros en lugar de a las intuiciones propias —y dado que todos los jueces son falibles— corremos el riesgo de reproducir decisiones equivoca-

vinculados con la coherencia de principio global del sistema jurídico, que es distinta de la coherencia aquí suscrita. MacCormick, *Legal Reasoning...*, cit., p. 187.

¹⁹⁵ Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, cit., pp. 6, 8 y 9.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

¹⁹⁷ Raz, *The Authority of Law...*, cit., p. 206.

das y, de ese modo, la analogía simplemente afianza los errores del pasado. En este sentido, para Alexander, las únicas formas legítimas de razonamiento son el razonamiento moral directo y el razonamiento deductivo con reglas autoritativas. El razonamiento analógico simplemente no existe; es una fantasía, que si existiera estaría deformado en su totalidad desde su origen.¹⁹⁸

Critica también la posibilidad de que con el razonamiento analógico un tribunal pueda extraer libremente razones no sólo de la *ratio decidendi*¹⁹⁹ de una sentencia previa, sino también de las razones proporcionadas como *obiter dicta*,²⁰⁰ lo cual puede hacer *a*) que la decisión que de ahí surja sea a su vez revisable por un futuro tribunal si se trata de una sentencia ordinaria, y *b*) permite que el tribunal que busca en el pasado utilice cualquier razón que considere adecuada en la sentencia, no precisamente las expresadas como *ratio decidendi* por el tribunal original.²⁰¹

¹⁹⁸ Alexander, Larry, “Bad Beginnings”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 145, núm. 1, 1996, p. 57.

¹⁹⁹ Entendida generalmente como la proposición de derecho emitida por los órganos jurisdiccionales para respaldar sus decisiones. También como una “proposición expresa o implícitamente emitida por un juez que es suficiente para resolver un asunto de derecho sometido a debate por los argumentos de las partes en un caso, al ser éste un asunto sobre el cual era necesaria una resolución para la justificación (o una de sus justificaciones alternativas) de la decisión en el caso”. Marshall, Geoffrey, “What is Binding in a Precedent”, en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Abingdon, Oxford, United Kingdom, Routledge, p. 512; MacCormick, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 86.

²⁰⁰ Entendida generalmente como los razonamientos o comentarios acerca de algún punto planteado pero no decidido en el caso, los comentarios con base en hechos hipotéticos, los comentarios sobre un punto no abordado en el caso presente, o bien comentarios generales sobre el derecho o la práctica, generalmente realizados en apelación. Marshall, *op. cit.*, p. 515. Una alternativa las refiere como todas aquellas proposiciones u opiniones (correctas o incorrectas) vertidas en la sentencia que van más allá y no están relacionadas de modo directo con la resolución del caso. Abramowicz, Michael B., “Defining Dicta”, *Stanford Law Review*, núm. 57, vol. 953, 2005, p. 104.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 59, al criticar la tesis de Cass Sunstein sobre los acuerdos teorizados incompletamente.

Me parece que la crítica relacionada con la falibilidad carece del peso suficiente para anular las virtudes procesales que se pueden atribuir al razonamiento analógico, porque la posibilidad de errar y equivocarse al tomar decisiones es una posibilidad que está siempre presente y que debemos aceptar como parte de la naturaleza humana de los jueces; en todo caso, es un problema que afecta a cualquier juez, y tanto el juez precedente como el actual corren el riesgo de equivocarse aunque no empleen la analogía.

No obstante esa posibilidad, me parece que Alexander da por sentado que el juez actual recurre ciegamente a la *ratio decidiendi* o al *obiter dicta* de la decisión previa sólo por ser semejante, sin tomar en consideración si es o no acertada, y eso es una noción imprecisa que presenta al juez como un sujeto irracional.²⁰² En cualquier caso, y cuanto más tratándose de casos parcialmente regulados, el juez actual efectúa un balance de razones, de modo que no procede en automático a emplear las extraídas mediante analogía sin evaluarlas, lo cual asegura que las razones dependientes que considere sean adecuadas al caso.

El hecho de que determinada regla o principio extraído por analogía sea revisable por tribunales posteriores es parte de la propia naturaleza de la dinámica judicial, no parece que represente un problema para la estabilidad de las doctrinas judiciales o genere inseguridad jurídica, ya que en tanto no se trate de una regla de precedente, cada tribunal tiene no sólo la posibilidad, sino el deber de buscar, estudiar y, en su caso, adaptar los elementos necesarios para elaborar la respuesta que sea más adecuada, y en esa medida está posibilitado para revisar las razones que encuentre por analogía antes de determinar su aplicación concreta.

²⁰² Esta explicación sería admisible quizá al asumir que el nuestro es un sistema de precedente formal muy estricto de fuerza obligatoria que exige su aplicación sin excepción alguna; no obstante, el uso del precedente en los sistemas jurídicos cuya formalización está contemplada parecen permitir el desvío de la *ratio* original bajo ciertas condiciones y en algunos supuestos. Véase Chiassoni, *op. cit.*, pp. 27-33. Para una tipología alternativa de la fuerza del precedente, véase Peczenik, *op. cit.*, pp. 461-479.

Por otra parte, no me parece un problema que el juez actual pueda echar mano tanto de la *ratio decidendi* como del *obiter dicta* planteados en decisiones pasadas al allegarse de elementos para su propia decisión, pues ahí radica la virtud del conocimiento compartido, que se va adecuando y perfeccionando gradualmente. Si de manera eventual, alguna razón tomada como *obiter dicta* en el caso previo cobrara relevancia, tendría cierto valor el hecho de que el juez actual la considerara y/o retomara como guía para la solución del caso presente.

Sin embargo, nada de eso significa que tenga más peso que las otras razones dependientes que entran a balance: la sola consideración de los elementos extraídos por analogía permite que se consideren en el balance de razones, mas no tienen fuerza excluyente ni concluyente en dicho balance; esa es quizás la razón más importante por la que no prospera la crítica de la “extracción libre de razones por analogía”.

Además de los beneficios que la analogía muestra, Sherwin identifica algunas ventajas procedimentales e institucionales derivadas de la práctica judicial de explicar las nuevas decisiones en términos de casos pasados: 1) el proceso de estudiar y comparar decisiones pasadas produce una buena cantidad de información saludable para la toma de decisiones; 2) las reglas y principios extraídos por razonamiento analógico representan los esfuerzos y colaboración de un buen número de jueces a lo largo del tiempo; 3) el razonamiento analógico ayuda a corregir las desviaciones que podrían desincentivar a los jueces a confiar en decisiones previas; 4) ejerce una fuerza conservadora en el derecho y permanencia al mantener un desarrollo gradual del derecho, limita el rango de error y contribuye a la aceptación pública del derecho como estándar de conducta; 5) se trata de un razonamiento predecible aun cuando evoluciona para incluir nuevos casos.²⁰³

²⁰³ Sherwin, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *cit.*, pp. 1180 y 1187. Sunstein coincide con Sherwin, véase *Legal Reasoning and Political Conflict*, *cit.*, pp. 76 y 77.

Finalmente, debemos tomar en consideración que la analogía se entrelaza con la coherencia, dado que, de alguna manera, este comportamiento de estudiar los resultados no autoritativos pasados y considerar las reglas o principios de ahí extraídos concede una cierta importancia a la experiencia judicial acumulada; es decir, intenta mantener un vínculo con el pasado jurídico-normativo existente y arribar a una respuesta, tomando en consideración los ejemplos previos, en la medida en la que son adecuados para el caso en cuestión.

Esta actitud hacia la analogía en el proceso creativo de interpretación es congruente con la coherencia²⁰⁴ necesaria del propio concepto de precedente y hace posible que los buenos ejemplos de sentencias pasadas sean tomados en consideración y, eventualmente, trasciendan el caso particular de origen para convertirse —a través del tribunal autoritativo que interpreta— en una regla de precedente.

IV. EL EJEMPLO DOTADO DE AUTORIDAD

Acentuando el carácter distintivo del precedente, en casi todas las sociedades se observa la práctica de resolver las controversias jurídicas atendiendo a la forma en que el problema fue antes resuelto, confiando en la experiencia previa y atendiendo al carácter de ejemplaridad de las reglas a través de la analogía. Es importante notar, sin embargo, que esta práctica, sumamente extendida, de actuar mediante el ejemplo, se lleva a cabo de manera selectiva.

Siguiendo esa línea, los tribunales de los diferentes sistemas jurídicos resuelven las controversias que son sometidas a su conocimiento aplicando las reglas jurídicas establecidas con anterioridad en ese sistema, así como las soluciones que en sentencias previas, tribunales autorizados establecieron para casos similares,

²⁰⁴ Tanto la interpretación como la coherencia serán objeto de estudio por separado como elementos distintos del concepto de precedente.

tratando las reglas autoritativas dictadas por éstos como ejemplos a seguir, estuviera o no establecida formalmente la obligación de seguir precedentes.

Tengamos en cuenta que por tratarse de una resolución adecuada, dígase “buen ejemplo”, es una característica necesaria, pero no es la única que posee una resolución judicial para ser considerada como ejemplo a seguir. De esa forma, cabe preguntarnos qué otro elemento, entonces, distingue a un buen ejemplo de sentencia judicial, qué es lo que hace que la regla contenida en una resolución y no en otra sea tratada como ejemplo autoritativo para un determinado tribunal.

La reflexión anterior nos conduce a centrar la atención sólo en los casos en los que un tribunal tiene la obligación de seguir un buen ejemplo predominante. En tales casos, el hecho de “tener la obligación” implica, como se ha visto, que existe una regla que es autoritativa para sus destinatarios, que sirve como razón para la acción y remplaza otras razones. Es así como en tal contexto convergen las calidades autoritativa de ejemplaridad y jerarquía judicial de la regla contenida en la resolución judicial.²⁰⁵ Ninguno de estos elementos por sí mismo explica plenamente la segunda condición necesaria del concepto de precedente judicial, sino la combinación e interacción que se presenta entre ellos.

Es claro que para que una regla judicial se distinga de otras reglas judiciales —posiblemente igualmente valiosas— es necesario que muestre un elemento adicional que la haga preferible sobre otras. Esto significa que la regla judicial es un buen ejemplo, cuyo contenido es adecuado para su aplicación en otros casos semejantes; pero esta característica no es suficiente, y no revela cómo se distingue de otros posibles buenos ejemplos.

Como la descripción anterior muestra, no es solamente el contenido ejemplar de la propia regla judicial el que le proporciona la calidad autoritativa, no es la resolución por sí misma la

²⁰⁵ En adelante, regla judicial.

que nace con autoridad como tampoco es la resolución la que ocupa una posición dentro de la estructura jerárquica y que en consecuencia “obliga”. Si la cualidad autoritativa de la que hablamos se debe no sólo al propio contenido de la regla judicial, entonces el único lugar de donde dicha cualidad puede provenir es del órgano que emite la resolución.²⁰⁶

Hemos hablado de la calidad de ejemplaridad y los buenos ejemplos en el razonamiento judicial, de modo que requerimos concentrarnos ahora en la propiedad autoritativa de la regla que es, simultáneamente, un buen ejemplo.

Así pues, ¿qué es un ejemplo dotado de autoridad? Como antes vimos, ordinariamente las indicaciones de una autoridad tienen una importancia distintiva en nuestras vidas, mostramos una deferencia especial hacia ellas en comparación con las indicaciones de cualquier otra fuente. A semejanza del caso del padre en la iglesia, los tribunales siguen ejemplos —aunque no cualquiera ni todos los ejemplos— si bien no en todos los casos y únicamente lo hacen en determinadas circunstancias (en algunos sistemas jurídicos incluso eligen seguirlos).

Esclarecer el asunto de los ejemplos dotados de autoridad es una condición necesaria para la comprensión plena del concepto de precedente. A pesar de que en la práctica cotidiana los tribunales pueden encontrar buenos ejemplos a seguir en las resoluciones de cualquier otro tribunal, no cualquier tribunal emi-

²⁰⁶ Como en el ejemplo de Hart, parece que lo que el niño imita no es solamente la conducta valiosa del padre; de ser así, el niño dispondría de los buenos ejemplos de otras personas; sin embargo, a pesar de tener disponibles varios buenos ejemplos, el ejemplo del padre tiene un elemento adicional que le distingue, con la fuerza para descartar a los demás y que dada la estructura en la que se presenta, goza de una deferencia natural: su origen. Claro es que el padre puede proporcionar buenos y malos ejemplos al hijo, pero la función natural asociada a esa figura es la de proporcionar buenos ejemplos, aunque ocasionalmente se equivoque y, en ocasiones, haya padres que no comprendan su función y no actúen en consecuencia.

te resoluciones cuyas reglas judiciales revistan autoridad para el tribunal de que estemos hablando.

Esto implica que el tribunal *X* puede considerar la resolución del tribunal *Y* adecuada para el caso que ahora se encuentra resolviendo y, por lo tanto, aplicar por elección la regla establecida por *Y* para resolver el caso que le ocupa, aunque *Y* es su homólogo y no representa ningún tipo de autoridad para él. En este escenario, *X* pudo libremente seguir o no el ejemplo de *Y* o cualquier otro tribunal semejante para resolver; no obstante, *X* no tuvo más razón para seguir el ejemplo de *Y* que la adecuación de la solución de *Y* a su caso; es decir, el hecho de que se trataba de un buen ejemplo.²⁰⁷

La sentencia recaída al juicio identificado con la clave ST-JDC-97/2008²⁰⁸ es una muestra de cuando un tribunal decide seguir un buen ejemplo. En ese caso, el actor impugnó la resolución de la Comisión Nacional de Garantías del Partido de la

²⁰⁷ Esta situación se aprecia en la cada vez más popular práctica de algunos tribunales de revisar y recurrir a las resoluciones de algunos tribunales de jurisdicciones extranjeras (la así llamada “fertilización jurisprudencial”) que han enfrentado y resuelto en el pasado controversias similares a los que ellos se enfrentan en el presente, para documentarse, orientar su criterio o seguir su ejemplo al tomar una decisión. En este caso, revisar o considerar resoluciones de tribunales extranjeros es una conducta absolutamente optativa. En algunas ocasiones, los tribunales que recurren a sentencias extranjeras lo hacen en relación con fallos emitidos por órganos de igual o similar jerarquía, es decir, homólogos; en estos casos llama la atención que no existe de por medio una relación institucional ni jerárquica entre tribunales, por lo que hay otros factores que explican la persuasión que tales resoluciones pueden llegar a tener en otras jurisdicciones. Por una parte, es posible que la persuasión que ejercen ciertos tribunales y sus fallos, en sistemas jurídicos extranjeros, tenga que ver con el órgano que la emite, o bien con la resolución en sí misma. En cualquier caso, algunos advierten en esta práctica la posibilidad de otras formas de explicar el precedente; no obstante, no debemos perder de vista que la elección de sujetarse a alguna resolución extranjera conserva el carácter optativo para el tribunal receptor, de modo que no podríamos decir que se trata de un precedente en estricto sentido.

²⁰⁸ Sentencia consultable en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/ST/2008/JDC/ST-JDC-00097-2008.htm>

Revolución Democrática que determinó la inelegibilidad de la planilla a la que pertenecía.²⁰⁹

Al respecto, la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (SRT) —al dar respuesta a la petición de la Comisión Nacional (órgano partidista) acerca de rechazar la demanda del actor por considerar que se presentó fuera del plazo legal para ello— refutó la interpretación formal que de las notificaciones efectuó ésta, considerándolo un formalismo excesivo que menoscaba el derecho fundamental de acceso a la justicia, sustentando dicho argumento en una tesis jurisprudencial sostenida por el Tribunal Constitucional español, a propósito de lo que dicho tribunal denominó “formalismo enervante”.²¹⁰

En este caso, la SRT encontró en una sentencia extranjera un buen ejemplo a seguir que no tiene carácter autoritativo ni posición alguna en la jerarquía judicial local. La descripción previa es simplemente la descripción de un tribunal siguiendo un “buen ejemplo”, mas no es la descripción de un tribunal siguiendo un ejemplo dotado de autoridad (es decir, una regla de precedente).²¹¹

²⁰⁹ Nieto Castillo, Santiago y Espíndola Morales, Luis, *El juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. Competencia de Sala Regional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, p. 276.

²¹⁰ Dicha jurisprudencia sostiene, entre otras cosas, que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizado por la Constitución es un componente esencial de orden público, y que en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este aspecto”. Sentencia consultada el 12 de julio de 2017, disponible en: <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/ST/2008/JDC/ST-JDC-00097-2008.htm>.

²¹¹ Neil Duxbury ofrece una muestra clara del punto al señalar que un tribunal de apelación podría encontrar persuasivo el razonamiento de un tribunal inferior, pero no estará vinculado a seguir la decisión del tribunal inferior, y bien podría separarse de esa decisión si el razonamiento del tribunal inferior es sopesado con otras consideraciones. Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 152.

La explicación de lo que los tribunales hacen al encontrarse ante un ejemplo dotado de autoridad, o más precisamente, ante una regla autoritativa comunicada mediante el ejemplo, es un tanto diferente.²¹² Cuando el tribunal *X* debe resolver una controversia en la que prevalecen determinadas circunstancias y el tribunal *X* tiene la obligación de seguir el ejemplo de un determinado tribunal *Z*, entonces el tribunal *X* se encuentra siguiendo un ejemplo dotado de autoridad. Es cierto que, siempre que lo desee, un tribunal *X* puede tomar las resoluciones de otros tribunales como ejemplos, pero un precedente reúne en sí mismo la calidad de ser simultáneamente ejemplo y regla autoritativa para el tribunal en cuestión y para todos los tribunales semejantes e inferiores en la jerarquía judicial.

La regla de precedente sirve como un ejemplo dotado de autoridad y, como tal, tener una posición especial para los tribunales en relación con otros ejemplos al tener autoridad práctica²¹³ (proporciona razones para actuar) y reunir al mismo tiempo las características de una regla autoritativa:²¹⁴ *a*) la tesis de la dependencia; *b*) la tesis normal de justificación, y *c*) la tesis de la exclusividad.

Esto quiere decir que el precedente no es solamente un buen ejemplo, sino también una regla dotada de autoridad, porque proporciona una respuesta a un problema específico, basándose en las razones dependientes (RD) pertinentes; por ello, los sujetos a ella están justificados al obedecerla, pues es más probable que acierten en su actuar si la siguen, además, su compromiso de obedecerla los previene de efectuar un balance de razones:

²¹² Estos escenarios son ilustrados en términos semejantes por Schauer, “Precedent”, *cit.*, p. 4.

²¹³ Lamond, *op. cit.*, p. 3. Si bien Lamond difiere acerca del tratamiento que mejor explica la naturaleza del precedente, coincide en afirmar la autoridad práctica del precedente además de poner énfasis en lo que el tribunal hizo por encima de lo que dijo.

²¹⁴ Entendida como un criterio general y permanente que pretende guiar la conducta. Véase “regla”, en Bix, *Diccionario de teoría jurídica*, *cit.*, p. 238.

la regla de precedente es su razón para actuar. En este sentido, seguir la regla de precedente es la forma adecuada de actuación judicial, independientemente de si es el mejor ejemplo (justificación independiente de contenido) de entre los buenos ejemplos disponibles.

Tales elementos se ven reflejados en la actuación de tribunales judiciales que siguen el ejemplo que se les propone con la regla autoritativa emitida por el órgano autorizado para ello en la jerarquía judicial; tal es el caso de la SRT al resolver el juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano, identificado con la clave ST-JDC-69/2009.²¹⁵

En el asunto conocido como “Caso Colima”, el actor impugnó la determinación del cabildo que determinó omitir la discusión acerca de la solicitud de licencia del actor para separarse definitivamente del cargo de presidente municipal a fin de contender para el cargo de diputado federal por el principio de mayoría relativa.²¹⁶ En este asunto, la SRT justificó su actuar²¹⁷—de admitir el juicio y declararlo procedente— en la jurisprudencia 36/2002 de la Sala Superior del Poder Judicial de la Federación, al colocar los hechos del caso en una situación de analogía respecto de aquellos contenidos en el ejemplo proporcionado por la regla de precedente, evitando así evaluar los méritos en éste y otros casos respecto de los supuestos y requisitos para la procedencia de los asuntos.

La SRT sabe que al seguir la regla de precedente actuará con base en el balance adecuado de razones —en torno a la procedencia que de hecho ya efectuó el órgano judicial superior—;

²¹⁵ Sentencia disponible en: <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/ST/2009/JDC/ST-JDC-00069-2009.htm>

²¹⁶ Nieto Castillo, *op. cit.*, pp. 260 y 261.

²¹⁷ El razonamiento en la aplicación de reglas autoritativas es el mismo, en relación con la jurisprudencia 5/2008 de rubro “PETICIÓN. EL DERECHO IMPONE A TODO ÓRGANO O FUNCIONARIO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EL DEBER DE RESPUESTA A LOS MILITANTES”, según aparece en la sentencia respectiva.

por ello elige actuar de acuerdo con lo que exige la regla de precedente. La conciencia de seguir una regla autoritativa tiene implícito el conocimiento de que la autoridad a la que la SRT está sujeta consideró las razones dependientes aplicables al caso y eligió la mejor razón para actuar cuando emitió la jurisprudencia (precedente, en los términos conceptuales de este trabajo), cuya respuesta es ahora para los tribunales inferiores una respuesta institucional.

Las reflexiones previas muestran que no es solamente el contenido de la resolución del tribunal *z* lo que hace de ella un ejemplo autoritativo para otros tribunales.²¹⁸ En un sentido general, podemos afirmar que no todas las reglas autoritativas son ejemplos para semejantes ni todos los buenos ejemplos son reglas autoritativas. En un sentido particular —hablando de precedente—, no todas las reglas autoritativas tienen el alcance para fungir como ejemplos de otros tribunales semejantes e inferiores; así, aunque cualquier sentencia puede ser usada como ejemplo, no cualquier sentencia es una regla autoritativa (para tribunales semejantes e inferiores) con alcance más allá del caso que resolvió.

Ahora bien, es claro que los hechos de un caso pasado no serán iguales a los hechos de otro caso actual; pero la aplicación del precedente no demanda una identidad absoluta —de ser así, no podría existir—; en cambio, la forma de determinar cuándo

²¹⁸ En la vida cotidiana, parecería casi obvio pensar que un ejemplo dotado de autoridad, uno que debemos seguir forzosamente, tiene que ser el mejor ejemplo. Del mismo modo, podemos pensar de manera válida que un ejemplo autoritativo (para los tribunales) tendría que ser necesariamente el mejor ejemplo pero no es así. Con el tiempo, las resoluciones de los tribunales que siguen un precedente se van agregando a una larga cadena de resoluciones similares que junto con las circunstancias cambiantes de cada caso pueden ir modificando la regla hasta que ésta deje de ser incluso, una “buena regla”, o incluso es posible que un criterio errado de inicio siente una regla. En tal caso, es posible que la regla deje de ser una buena regla o nunca haya sido la mejor regla para los casos a los que se aplica, pero aun así sigue siendo un ejemplo autoritativo que debe seguirse. Es posible, incluso, que existan diferentes grados de adecuación de un ejemplo autoritativo, lo que determine qué tan buen ejemplo es una resolución.

aplica un precedente requiere esclarecer las semejanzas relevantes del caso actual con el precedente a través de algún criterio que permita identificar aquellas que son importantes de las que podemos ignorar.²¹⁹

De forma paralela, se han sostenido también otros argumentos influyentes que intentan explicar por qué han de seguirse los precedentes, incluso cuando no se consideran adecuados, basados en consideraciones de consistencia, expectativas, susceptibilidad de reproducción y la necesidad de creación del derecho.²²⁰ Tal explicación, considero, no es excluyente ni distinta a la que proporciono relativa a la autoridad; antes bien, dichos argumentos derivan y se pueden explicar a través de la autoridad, y son, por lo tanto, secundarios al argumento que proporciona la tesis de la autoridad.

La consistencia de los tribunales radica en tratar casos iguales (en aspectos relevantes) de la misma forma, lo que en ocasiones se explica también en términos de igualdad.²²¹ Cuando se entiende al precedente como una regla autoritativa, la consistencia surge como una consecuencia natural de su aplicación, pues una regla es aplicada —en principio— de la misma forma, lo que asegura un comportamiento consistente de los tribunales que no podría asegurarse ni explicarse desde otra perspectiva.

Otro argumento de la práctica de seguir precedentes se sustenta en la idea de que el tribunal favorece la creación de expectativas que sugieren resolverá de esa forma en el futuro, lo que posibilita a las personas, planear sus vidas tomando en cuenta tales decisiones;²²² esto es significativo especialmente en sistemas jurídicos en los que dicha práctica está institucionalizada, aunque siempre está abierta la posibilidad de modificar la regla.

Un sistema de reglas de precedente autoritativas es congruente con la generación de expectativas porque se atiende cen-

²¹⁹ Schauer, “Precedent”, *cit.*, p. 5.

²²⁰ Lamond, *op. cit.*, p. 15.

²²¹ *Idem.*

²²² *Ibidem*, p. 16.

tralmente a las indicaciones de la autoridad, y al ser éstas consistentes, es razonable esperar que las personas sujetas a dicha autoridad las sigan. Si los tribunales no trataran al precedente de esta forma, no sería posible que las personas generaran las expectativas de las que aquí se habla.

Una vez que se ha tomado una decisión autoritativa, dada su adopción institucional, ésta es susceptible de ser replicada por otros tribunales del sistema jurídico;²²³ no obstante, es importante notar que si bien cualquier resolución previa puede ser reproducida como buen ejemplo, sólo las resoluciones autoritativas perdurarán y se afianzarán con el tiempo, y sólo éstas serán consistentemente replicadas: de nueva cuenta, esta situación se deriva de la calidad autoritativa de la regla de precedente.

El argumento de que es deseable dar a los tribunales el poder de crear derecho para actualizarlo, mejorarlo y complementarlo,²²⁴ se explica igualmente a través de la autoridad y la tesis de la justificación normal, pues se está justificado a seguir las reglas de la autoridad en tanto que es más probable que en su calidad de autoridad elija las razones más adecuadas para guiarnos que si cada uno trata de decidirlo por su cuenta; así, la constante creación del derecho y la conciencia de esa posibilidad es posible gracias a la noción y al papel de la autoridad en el derecho.

V. LA REGLA DE PRECEDENTE COMO EJEMPLO AUTORITATIVO PARA LA AUTORIDAD

Hasta ahora, las tesis antes explicadas y los elementos aportados, en conjunto, permiten entender el papel de la autoridad y de las directivas autoritativas en el razonamiento práctico de las personas sujetas a ella; sin embargo, el estudio previo se ha referido a un tipo de destinatario: los gobernados. La segunda propiedad

²²³ *Ibidem*, p. 17.

²²⁴ *Ibidem*, p. 18.

necesaria del concepto de precedente apunta a explicar cómo se regula mediante el ejemplo la conducta de sus destinatarios. En los siguientes párrafos intentaré mostrar —desde la teoría de la autoridad— cómo funcionan las directivas autoritativas también entre las propias autoridades, en este caso, tribunales y otros funcionarios (que son los otros destinatarios de la regla de precedente), lo cual requiere de un análisis diferenciado.

A partir de los conceptos e ideas antes explicados relativos a la tesis de la autoridad y acerca de las propiedades necesarias del precedente podemos profundizar en el estudio de la regla de precedente entre autoridades, con la intención de obtener una comprensión de la misma, de la manera más fiel posible a la forma en que es entendida por aquellas autoridades que lo aplican.

Ayudémonos del siguiente ejemplo a efecto de contrastar el enfoque del particular con el de la propia autoridad judicial. Supongamos que el tribunal ordinario *A* emitió sentencia en el caso *X*, y que el actor en dicho proceso judicial no comprendió plenamente los términos de la misma, así que se debate acerca de qué hacer al respecto. De forma ordinaria, el actor recurriría a un balance de razones de primer orden; pero en el caso dispone de razones de segundo orden aplicables; esto significa que existen reglas jurídicas procesales aplicables que remplazan las posibles razones dependientes.

Para determinar qué curso de acción tomar respecto de la sentencia dudosa, el actor recurre a las razones excluyentes aplicables, que contemplan tanto la legislación como los precedentes. Así, resulta que la legislación no proporciona una respuesta a la necesidad del actor, pues no contempla la figura de aclaración de sentencia, pero no obstante el silencio de la legislación, hay un precedente que proporciona una respuesta al cuestionamiento.

La existencia de un precedente que cubre la situación de hecho del actor, es una razón excluyente para actuar en consecuencia, ya que le proporciona la respuesta correcta por adelantado, pues seguramente cumplirá mejor con sus RD si atiende lo que dice la regla en lugar de seguir su propio criterio, además de que le

previene de reevaluar constantemente sus acciones. En este caso, el precedente existente indica al actor que puede promover una aclaración de sentencia aunque la legislación aplicable no contempla expresamente dicho instrumento procesal.

Ahora bien, volvamos al ejemplo previamente utilizado de aclaración de sentencia, sólo que en esta ocasión enfoquemos el problema desde la óptica del tribunal ordinario, para el que dicho precedente es una regla autoritativa que ha sido comunicada mediante el ejemplo.

Supongamos nuevamente que el tribunal ordinario *A* emitió sentencia en el caso *X* y que el actor en dicho proceso judicial no comprendió de manera plena los términos de la misma, así que promueve un escrito en el que solicita al tribunal ordinario *A* aclarar ciertas partes de la sentencia. Al respecto, es importante mencionar que la legislación procesal aplicable en la jurisdicción de *A* no contempla la figura de aclaración de sentencia.

En circunstancias normales, ante la ausencia de un precedente que regule el hecho concreto, el tribunal ordinario *A* tendría que efectuar el balance de razones jurídicas aplicables al caso, considerando posiblemente algunas como las siguientes: que la solicitud planteada por el actor no está contemplada por la legislación procesal vigente; que toda promoción efectuada por las partes debe recibir una respuesta de la autoridad; que la autoridad jurisdiccional no debe ir más allá de los límites establecidos para su actuación en la ley; que no efectuar dicha aclaración podría considerarse denegación de justicia, etcétera.

La existencia de un precedente en la materia, sin embargo, proporciona al tribunal ordinario *A* una razón —de segundo orden— para no actuar de acuerdo con el balance ordinario de razones; así, dicha regla de precedente media entre el tribunal *A* y la respuesta correcta. En este caso, existe un precedente sobre el tema específico que enfrenta el tribunal ordinario *A*, que versa como sigue:

ACLARACIÓN DE SENTENCIA. FORMA PARTE DEL SISTEMA PROCESAL ELECTORAL AUNQUE NO SE DISPONGA EXPRESAMENTE.²²⁵ La aclaración de sentencia es un instrumento constitucional y procesal connatural de los sistemas jurídicos de impartición de justicia, que debe estimarse inmersa en ellos, aun en los casos en que su regulación no se aprecie en forma expresa en la legislación electoral de que se trate. Para arribar a la anterior conclusión, se toma en cuenta que el objeto de la jurisdicción, cuyas bases se encuentran en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es resolver en forma pacífica y por la vía jurídica, los litigios que se presentan mediante resoluciones que determinan imperativamente cuál de los intereses opuestos se encuentra tutelado por el derecho, y proveer eventualmente a la ejecución de las decisiones. Para que esto surta la totalidad de sus efectos, resulta indispensable la claridad, precisión y explícitez de los fallos, de manera que proporcionen plena certidumbre de los términos de la decisión y del contenido y límite de los derechos declarados en ella, porque en el caso contrario, éstos pueden atentar contra la finalidad perseguida, al dejar latente la posibilidad de posiciones encontradas de las partes, ahora sobre el sentido de la resolución, y provocar así un nuevo litigio sobre lo resuelto respecto a otro litigio. Para remediar estas situaciones se ha considerado que sería excesivo, gravoso y contrario a los fines de la justicia, exigir la interposición y prosecución de algún recurso o medio de defensa, ante el mismo tribunal o ante otro, con

²²⁵ La sentencia referida cumplió el sentido, la reiteración y la votación requerida en materia electoral para concederle calidad obligatoria en el contexto jurídico mexicano. Jurisprudencia 11/2005. *Compilación 1997-2012, Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, vol. I, pp. 98-100.

Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-010/2001. Partido Revolucionario Institucional. 26 de febrero de 2001. Unanimidad de votos.

Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-727/2004 y acumulados. Incidente de aclaración de sentencia. Carlos Hermenegildo Ramírez García y otros. 10 de diciembre de 2004. Unanimidad de votos.

Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-385/2004. Aclaración de sentencia. Partido Revolucionario Institucional. 28 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos.

nueva instrucción y otra resolución, para conseguir precisión en lo que fue objeto de un proceso, cuando de una manera sencilla el propio órgano jurisdiccional puede superar el error o deficiencia, si se percata o se le pone en conocimiento, dentro del tiempo inmediato que fijen las leyes aplicables, o en el que razonablemente se conserva en la memoria actualizado el conocimiento del asunto y de las circunstancias que concurrieron en la toma de la decisión, cuando aún tiene el juzgador a su alcance y disposición las actuaciones correspondientes, así como los demás elementos que lo puedan auxiliar para la aclaración, a fin de hacer efectivos los principios constitucionales relativos a que la justicia debe impartirse de manera pronta y completa. En consecuencia, a falta del citado instrumento en la legislación positiva, el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, válidamente permite la aplicación de esta institución procesal, por ser un principio general del derecho, y por tanto considera existente la obligación del órgano jurisdiccional de resolver una cuestión jurídica insoslayable. Conforme a lo dicho, y de acuerdo a la tendencia en el derecho positivo mexicano, los aspectos esenciales de la aclaración de sentencia son: a) su objeto es resolver la contradicción, ambigüedad, oscuridad, deficiencia, omisión o errores simples o de redacción de la sentencia; b) sólo puede hacerse por el tribunal que dictó la resolución; c) sólo cabe respecto de cuestiones discutidas en el litigio y tomadas en cuenta al emitirse el acto de voluntad de la decisión; d) mediante la aclaración no se puede modificar lo resuelto en el fondo del asunto; e) la aclaración forma parte de la sentencia; f) sólo es admisible dentro de un breve lapso, a partir de la emisión del fallo; y, g) puede hacerse de oficio o a petición de parte. La única excepción, se daría en el supuesto de que estuviera rechazada o prohibida expresamente por el sistema de derecho positivo aplicable al caso.

El precedente de “Aclaración de sentencia” con que cuenta el tribunal ordinario *A* es una razón excluyente para no entrar al balance de razones que en otras circunstancias tendría que abordar, y le permite tomar la decisión correcta atendiendo a la razón excluyente que aplica al caso; asimismo, le evita al tribu-

nal ordinario *A* tener que reevaluar la situación cada vez que se le presente una solicitud semejante, pues está actuando con base en el ejemplo previo.

Siguiendo esa misma línea, para estar en condiciones de distinguir acerca de las razones que tienen los jueces para resolver en uno u otro sentido, debemos primero situar el contexto de esa autoridad respecto del caso que resuelve. En este sentido, para conocer la materia prima con la que trabaja un juez ordinario —e incluso cuando este juez recurre a las RD o cuando de hecho tiene RE— es necesario identificar el escenario en el que se encuentra, ya que de ello dependerá el tipo de razones que éste emplee en su razonamiento.

Así, los escenarios centrales que debemos distinguir son dos:

1) Aquel escenario que se presenta cuando *el derecho está determinado*.

Recordemos que la tesis de la autoridad del derecho explica que la forma ordinaria de resolver conflictos entre razones de primer orden es a través del balance de esas razones. Los cursos de acción en los que intervienen razones de primer orden y razones de segundo orden se deciden porque las razones de segundo orden remplazan las razones de primer orden, al elegir alguna (s) de ellas.

Tal como ocurre en el ejemplo de “Aclaración de sentencia”, cuando el tribunal ordinario ha de resolver un caso, su misión es trabajar con razones excluyentes de segundo orden, en la medida en la que éstas regulen el caso que resuelve. Cuando hay razones de segundo orden, significa que el tribunal ha verificado que existen normas jurídicas que regulan directamente el tema controvertido en el caso que se resuelve y, por lo tanto, remplazan a las demás razones aplicables de primer orden, en lo que al tema se refiere.

De este modo, cuando un juez se encuentra ante un escenario en el que el derecho está determinado, su labor consiste en asignar la respuesta adecuada que éste proporciona a la situación que se plantea. Sea por legislación o por precedente, existe en el

material jurídico existente una respuesta clara y directa al problema, de tal suerte que la norma jurídica aplicable (reúne las tres tesis) tiene autoridad legítima y se aplica al caso; esto significa que funciona como una razón de segundo orden para este juez, al proporcionarle la solución por adelantado, y con ello permitirle excluir el balance de otras posibles razones de primer orden.²²⁶

Ante la ausencia de la regla de precedente, un tribunal ordinario se vería en la necesidad de analizar cada vez que se le presentara un caso, los méritos particulares del mismo a través de sus razones de primer orden. No obstante, eso es precisamente lo que la existencia del precedente facilita: evita que el tribunal ordinario revalúe de manera constante los méritos de cada caso similar (con base en razones de primer y segundo orden), pues parte de su trabajo es fungir como una respuesta adelantada a cuestionamientos específicos.

Al hablar de un tribunal que resuelve una controversia, estamos dando por sentado que dicho tribunal es una autoridad dentro del sistema jurídico aun cuando se trate de un tribunal ordinario;²²⁷ que las sentencias de dicho tribunal son autoritativas y tener carácter de razón excluyente para las partes involucradas en juicio, al menos; que dada la labor que tienen asignada, los tribunales trabajan ordinariamente en este primer escenario con razones de segundo orden para arribar a una solución.

²²⁶ Una explicación semejante, en un contexto más amplio, es proporcionada por MacCormick, quien sostiene que la argumentación jurídica siempre procede sobre la base de un argumento de autoridad; ésta deja de lado cualquier tipo de razonamiento “todos los elementos considerados”; es decir, que considera las razones de primer orden del caso, pues cuando se apela al derecho, no son considerados todos los elementos, y en su lugar se cumple con lo que exige la norma jurídica. MacCormick, Neil, “Argumentation and Interpretation in Law”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 6, núm. 1, marzo de 1993, pp. 18 y 19.

²²⁷ Al referirme a un tribunal ordinario, lo hago pensando en cualquier tribunal que no tiene una posición de instancia final en la jerarquía judicial y cuyas sentencias tienen alcance limitado.

En contrapartida, está un segundo escenario que puede enfrentar el juez:

2) Aquel que se presenta cuando *el derecho está parcialmente determinado o indeterminado*; esto es, que habiendo alguna (s) disposición (es) general (es) aplicable (s) al caso concreto, ésta es demasiado amplia, general o incompleta, de tal forma que no proporciona una respuesta clara y suficientemente determinada al problema jurídico que se plantea. O bien, cuando el derecho emplea en su formulación conceptos vagos —que no permiten identificar cuál sería la afirmación adecuada respecto de su aplicación— occasionando que no haya forma de saber las dimensiones y límites reales de su contenido y alcance, sino hasta después de la determinación hecha por el juez.

La posibilidad de encontrarse con casos en los que el derecho sea parcialmente determinado es constante, aunque si bien es cierto, no se presenta respecto de todo el material jurídico normativo, sino sólo en algunas partes; por ejemplo, cuando se emplean expresiones vagas como “peligro razonable”, “trato adecuado”, “debido cuidado”, “reproducción sustancial de una obra”, etcétera.

De cualquier forma —independientemente de la severidad de la indeterminación que exista—, en el escenario 2, esto es, cuando *el derecho está parcialmente determinado o indeterminado*, el juez inevitablemente debe recurrir a razones dependientes. Surge entonces la pregunta ¿cómo es esto, si justo acabamos de decir que “ordinariamente” el juez trabaja con razones excluyentes y no con razones dependientes?

Pues bien, en ocasiones el “derecho está parcialmente determinado o indeterminado”, lo cual significa que existen normas jurídicas —legislación y/o precedentes autoritativos— que si bien regulan el objeto de la disputa jurídica, que tratan sobre el núcleo de la disputa o sobre temas o aspectos periféricos a ella, resultan demasiado amplias para aplicarlas directamente; o son tan generales que en realidad no proporcionan guía en algún sentido; o incluso son incompletas, de tal forma que no

contemplan ciertos aspectos específicos de una cuestión regulada en forma jurídica, que resultan novedosos, y por ello nunca antes fueron cuestionados ni incorporados al derecho. O simplemente que su redacción es oscura al incorporar términos afectados de vaguedad.

En este segundo escenario, decir que el derecho está parcialmente determinado —regulación deficiente, redactada en términos demasiado amplios, de manera muy general, incompleta o sobrada— equivale a decir que no proporciona una respuesta concreta al problema planteado, por lo cual, si no existe una respuesta por adelantado que solucione el problema, entonces el juez no tiene razones excluyentes para decidir, e inevitablemente debe volver al balance y análisis de razones aplicables de primer orden.

Puede suceder que aun cuando el derecho regule algún aspecto de la situación de hecho que se plantea en litigio, dicha regulación sea insuficiente, en el sentido de que el material jurídico existente no proporciona una respuesta concreta al problema que se plantea al juez que resuelve. Cuando esto sucede, no es posible hablar de que el juez como autoridad tenga verdaderamente una RE para decidir, toda vez que una RE es una razón para la acción con el peso suficiente para excluir otras razones dependientes aplicables al caso.

Para hablar de una RE, la regla aplicable tendría, en principio, que proporcionar una solución adecuada basada en las RD del caso, haber sido elegida y aplicada previamente por la autoridad judicial autoritativa para convertirse en RE que respondiera al problema, lo cual no sucede.

Consideremos el siguiente ejemplo: en la sentencia 5855 de 2011,²²⁸ el Tribunal Supremo español se enfrentó a un caso en el que el derecho estaba parcialmente regulado cuando se sometió

²²⁸ Sentencia consultable en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6138614&links=%221491/2008%22%20%22625/2011%22&optimize=20111007&publicinterface=true>, consultada el 30 de julio de 2014.

a su consideración un recurso de casación en contra de la sentencia de apelación 1491/2008 dictada por la Audiencia Provincial de Álava que declaraba el divorcio entre Pura y Maximino.

En el caso se consideraba que a causa de un accidente, Pura quedó en estado de coma vegetativo desde el año 2000 sin haber recibido los cuidados y deberes de ayuda por parte del esposo, como estipula el matrimonio, de modo que los padres de Pura —habiendo sido nombrados sus tutores legales— interpusieron una demanda de divorcio en representación de la hija, acción que les fue concedida en apelación. Contra esa resolución, el esposo interpuso un recurso de casación.

Se trata de un problema complejo que no tenía una respuesta en la legislación española, ya que si bien se contemplaba que el tutor es representante del incapaz, no había una base legal explícita que le permitiera o prohibiera ejercer las acciones personalísimas —como el matrimonio o divorcio— a nombre de la incapaz. Así, el tribunal debía determinar si la audiencia actuó conforme a derecho respecto de si los tutores estaban legitimados para ejercer la acción de divorcio, considerando el derecho de la incapaz a una tutela judicial efectiva y el principio de igualdad entre los cónyuges.

El ejemplo planteado muestra con claridad que en algunos casos, si bien se tenía material jurídico normativo que regulaba la situación de los incapaces, lo cierto es que la complejidad de las relaciones humanas puede plantear y planteó un conflicto novedoso para el cual no se tenía una respuesta anticipada. Ante la ausencia de una respuesta anticipada, el tribunal tiene que recurrir tanto al material normativo aplicable como a los hechos particulares del caso, además de la interpretación jurídica. En efecto, la ausencia de una respuesta anticipada al problema significa que no hay forma de tratar el material jurídico normativo como razones de segundo orden definitivas, por lo que se debe efectuar el balance de razones dependientes para llegar a la solución.

En el caso, el Tribunal Supremo tuvo que considerar y balancear razones de primer orden como las siguientes: *a)* si efectiva-

mente la legislación concedía a los representantes legales de la incapaz legitimación para ejercer la acción de divorcio; *b*) que la libertad de seguir o no casado es un derecho fundamental; *c*) que el divorcio no requiere alegación de causa; *d*) que la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, incluidas la separación y el divorcio; *e*) el tratamiento del divorcio en legislación extranjera; *f*) que las acciones de los representantes deben ejercerse en beneficio del tutelado y obedecer a los intereses del incapaz, entre otras.

Finalmente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación sobre la sentencia, confirmándola en sus términos, al admitir que, efectivamente, era del interés de la incapaz aprobar la acción de divorcio ejercida por los tutores en estos casos. Vemos entonces que en este escenario, el tribunal no tuvo realmente una RE que le evitara recurrir al balance de razones dependientes, por lo cual tuvo que recurrir a éste para determinar la respuesta al caso que se estudiaba —teniendo en mente la posibilidad de futuros casos semejantes—, y así sucede cuando se trata de una autoridad judicial jerárquicamente reconocida y autorizada para tales efectos.

Cabe señalar que cuando se trata de una autoridad judicial no autorizada, dicha autoridad debe igualmente dar una solución al problema, aunque no tenga la respuesta concreta en el material jurídico normativo, ya que es su obligación como autoridad; sin embargo, su solución únicamente tendrá efectos entre las partes, y es probable que sea recurrida y llevada a una instancia superior en donde pueda adquirir definitividad —como ocurrió en el ejemplo referido— y ser resuelta autoritativamente para el caso planteado y otros casos futuros.

Es importante advertir que la tesis de la autoridad es aplicable no sólo al interior de la rama judicial, sino también entre otras autoridades. Decíamos que dentro de una estructura judicial, ciertos tribunales de mayor jerarquía tienen reservada la función de sentar reglas autoritativas que sirvan de ejemplo para

el comportamiento futuro de tribunales inferiores, o incluso tienen determinado el alcance de sus reglas para los tribunales del mismo rango. Si bien todo tribunal es una autoridad en relación con los particulares, siguiendo la línea de distribución del trabajo y competencias de una jerarquía judicial, es posible advertir qué tribunales son una autoridad para los demás tribunales dentro del orden judicial y, por tanto, a qué tribunales y sentencias autoritativas están sujetos en su actuar.

Aunque toda autoridad judicial tiene pretensiones autoritativas, no toda autoridad judicial está habilitada para que las reglas establecidas en sus sentencias tengan el alcance para obligar a otros tribunales jerárquicamente inferiores. Así, cada tribunal conoce el alcance de sus propias sentencias, de modo que cuando un tribunal de primera instancia dicta sentencia lo hace con la intención de resolver el caso concreto y de que sea tratada autoritativamente por las partes en el juicio.

Cuando un tribunal de mayor jerarquía de naturaleza final —digamos un tribunal superior o un tribunal de apelación— dicta sentencia en el caso que se le presenta, lo hace con conocimiento de que la regla que en ella establece está llamada a resolver no sólo el problema planteado en la disputa que resuelve, sino también a servir como ejemplo autoritativo para tribunales inferiores cuando deban resolver problemas similares.²²⁹

En dicha línea de entendimiento, lo que sucede cuando un problema jurídico parcialmente regulado llega al conocimiento de la autoridad judicial habilitada, es en términos generales, lo siguiente: una vez realizado el análisis del problema jurídico planteado a su conocimiento, el tribunal procede a revisar minuciosamente el material jurídico existente para determinar qué normas jurídicas son las que regulan el problema, en las cuales fundamentará su sentencia.

²²⁹ Me refiero únicamente a otros tribunales, dejando intencionalmente de lado a las autoridades no judiciales (digamos del ramo Ejecutivo y Legislativo), dado que la posibilidad de que las reglas de precedente obliguen *erga omnes* a otros órganos del Estado, además de a los propios órganos judiciales, es una cuestión contingente, no necesaria.

Hecho lo anterior, advierte que las normas jurídicas que regulan parcialmente el problema que se estudia son incompletas, sobradas, generales o amplias, de forma tal que no proporcionan una respuesta auténtica al problema; es decir, requieren que la autoridad judicial recurra al balance de razones dependientes para tomar la decisión, en el cual ineludiblemente interviene la interpretación. Es así que dada la insuficiencia de las normas jurídicas existentes en el caso concreto (sea legislación o precedentes), no pueden ser tratadas como RE, de modo que en el balance de razones que efectuará la autoridad judicial las normas jurídicas serán tratadas como razones de primer orden y balanceadas junto con otras razones aplicables a la luz de la interpretación más adecuada.

Siendo así, en adelante, cuando un tribunal ordinario que es parte de una estructura jerárquica dentro de su propio sistema jurídico deba resolver un caso similar, el tribunal ordinario ya no tiene que llevar a cabo el balance de razones de segundo orden, no lo necesita, pues dicho balance ya ha sido efectuado con anterioridad por un tribunal autorizado. Lo que ahora le corresponde hacer es seguir el ejemplo autoritativo; esto es, aplicar el precedente, que —en el contexto referido— funciona como razón excluyente entre las normas jurídicas aplicables.²³⁰

Es pertinente, pues, la observación de que el precedente no elimina las razones que sustentan las normas jurídicas aplicables parcialmente determinadas, sino que remplaza las reglas jurídicas generales de cuya interpretación procede, al ser resultado de una interpretación efectuada en torno a aspectos específicos de dichas reglas aplicables a la luz del problema planteado.

Un análisis más detallado muestra dos elementos detrás de esta afirmación: 1) que la regla de precedente fue emitida por un tribunal que a su vez es una autoridad para el tribunal ordinario, y 2) que la regla de precedente es resultado de un balance

²³⁰ Esta idea será desarrollada con mayor detalle más adelante, en la sección de interpretación.

de razones de primer orden, pues recordemos que en el caso, el material jurídico aplicable no tiene capacidad excluyente. En este sentido, una vez identificada la regla aplicable, se efectuó una interpretación a la luz de los méritos del caso, todo lo cual dio como resultado una regla distinta a las reglas jurídicas existentes hasta el momento, esta vez de segundo orden y vinculada directamente con las particularidades planteadas por las partes.

VI. LA PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

Ahora bien, esta condición de regular la conducta futura de sus destinatarios, a la que me he referido como la segunda condición necesaria del concepto de precedente, bien puede ser identificada como la “proyección del precedente”, y se explica de la siguiente manera.

Si atendemos a los objetivos que primordialmente tiene atribuidos un ejemplo dotado de autoridad o, en otras palabras, el precedente, advertimos que no es casualidad que cada resolución emitida por los órganos jurisdiccionales esté dirigida a asegurar objetivos básicos del sistema jurídico, pero más aún, no es coincidencia que cada decisión judicial se emita considerando el impacto que la misma tendrá dentro del sistema jurídico y las posibles consecuencias que su aplicación generará.

En otras palabras, es imposible que al emitir un fallo, el juez autorizado ignore los efectos que el mismo desencadenará, porque todo juez autorizado es consciente de que al ingresar al sistema jurídico, su sentencia autoritativa engrosará el tejido normativo que permite la coordinación de los diferentes actores de la sociedad.

Esto implica que su regla de precedente continuará o establecerá una nueva línea de razonamiento jurídico que armoniza con el resto de las normas jurídicas que ya son parte del sistema jurídico —primordialmente con las normas fundamentales del

mismo—, así como avanzar soluciones no contempladas en tales normas.²³¹

En el marco de las estructuras judiciales modernas que cuentan con esta institución jurídica, no es posible pensar a la regla de precedente como una regla ordinaria, debido a que hay más riqueza en la práctica de lo que el concepto de regla implica. En tal sentido, si bien las reglas sirven para regular la conducta, lo cierto es que la naturaleza del precedente no se explica propiamente como una directriz que regula la actuación judicial, sino en cuanto regla con calidad de ejemplaridad cuyo contenido tiene alcance más allá del caso concreto.

Esta condición se entiende algo mejor cuando nos situamos en el momento en el que se sientan reglas de precedente por primera vez, ya que es entonces cuando surge una interesantísima interrogante que debe abordarse como una característica propia de estas reglas. Dicha interrogante gira en torno a la proyección del precedente y cuestiona esencialmente si el ejemplo dotado de autoridad actúa del presente hacia el futuro, o bien actúa del presente hacia el pasado; la pregunta concreta sería la siguiente: ¿el ejemplo dotado de autoridad se establece hacia el futuro o a la inversa?

Mi apreciación es que la regla de precedente, emanada del órgano con autoridad final, se establece considerando invariabilmente su proyección; esto es, la intención implícita de proporcionar una respuesta a disputas jurídicas futuras. Su foco de atención se ubica no sólo en el caso presente, sino también mirando hacia casos futuros.²³² Al tratarse de una regla autoritativa emanada de un órgano judicial autorizado, desde el momento de

²³¹ Postema, Gerald, “Melody and Law’s Mindfulness of Time”, *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 2, junio de 2004, p. 221.

²³² Me refiero únicamente a reglas de precedente, ya que toda sentencia que no provenga de un órgano judicial autorizado está dirigido a solucionar exclusivamente la disputa judicial que fue sometida a su consideración; esto es, el caso presente, por lo que las únicas sentencias que son susceptibles de tener mayor alcance y proyectarse hacia el futuro son las reglas de precedente.

su emisión será un ejemplo dotado de autoridad para todos los casos futuros en los que tenga aplicación, por lo que el juez conoce de antemano la carga que trae aparejada su sentencia.

No ocurre lo mismo con las reglas autoritativas emanadas de órganos judiciales no autorizados, pues éstos —al igual que los órganos autorizados— están conscientes en todo momento del alcance limitado de su sentencia, así como del impacto y las posibles consecuencias que la misma tendrá dentro del sistema jurídico, las cuales están restringidas únicamente al caso que resuelve.

Siendo así, para que sea posible asegurar la estabilidad del sistema jurídico de que se habla, a través de la función jurisdiccional, es indispensable que los órganos jurisdiccionales de carácter terminal con autoridad establezcan, a través de sus resoluciones, las respuestas institucionales definitivas a problemas parcialmente regulados o no regulados en el material jurídico normativo. Esas respuestas institucionales definitivas son concebidas como tales desde su origen, dada la trascendencia que como reglas autoritativas tendrán en el sistema jurídico.

Tal proyección es una condición necesaria del concepto de precedente, pues no habría manera de que el juez del presente se comprometiera a seguir el ejemplo autoritativo y aplicar su contenido sustantivo si ignorara esta condición que caracteriza y distingue a ciertas reglas jurisdiccionales autoritativas. La posibilidad misma de que una regla autoritativa de origen jurisdiccional sea aplicada como ejemplo autoritativo de la misma forma que en el pasado, se explica no porque así lo disponga el contenido sustantivo de la regla, sino por la calidad de ejemplaridad y proyección que caracteriza al precedente, que se refiere justamente al mayor alcance que esta calidad le brinda.

Una explicación alternativa a este planteamiento sugiere que cuando a la autoridad judicial situada en el presente se le presenta un litigio a resolver, busca en el pasado una sentencia que sirva de ejemplo (análoga) para resolver la problemática que se le plantea. Pues bien, si se analiza con detenimiento la explicación anterior, no es, de ninguna manera, diversa del planteamiento

principal, antes bien, nos encontramos ante dos perspectivas del mismo asunto, o más precisamente, ante el enfoque que tienen dos autoridades distintas acerca de la misma situación: el de la autoridad que emite el ejemplo autoritativo y el de la autoridad que sigue el ejemplo.

Este fenómeno es observado por Postema, quien advierte que

lo que un tribunal espera que futuros tribunales (y ciudadanos y abogados que aconsejan ciudadanos) harán y, particularmente, cómo razonarán es un componente importante, si no es que siempre decisivo en la deliberación del tribunal del presente, quizás tan importante como el razonamiento y decisión de tribunales previos acerca de las deliberaciones de futuros tribunales.²³³

He afirmado que hablamos en realidad de dos enfoques acerca de la misma situación; no obstante, cabe hacer algunas precisiones. Cuando hablamos del juez que sigue el ejemplo, se nos presentan dos escenarios posibles: *a)* el del juez que recurre a resoluciones pasadas para fortalecer y sustentar la sentencia que desea emitir actualmente, que “busca” una resolución análoga en fallos pasados. Tal escenario nos muestra un ejemplo no autoritativo, que aunque se invoca del presente hacia el pasado, no entraña carácter autoritativo ni vinculante; esto es, el juez está en libertad de elegir o no, de entre las resoluciones pasadas, aquella que se ajuste mejor a la situación que se le presenta actualmente, aunque bien cabe señalar que es una práctica judicial común.

O bien, está el escenario *b)*, el del juez que conoce la existencia de una serie de resoluciones autoritativas emitidas con anterioridad y que está obligado a seguir en el momento en que se le presente alguna problemática a resolver cuya respuesta esté contenida en alguno de los ejemplos que son autoritativos, o al menos, vinculantes para él, establecidos en el pasado. Tal escenario nos muestra un ejemplo autoritativo que se invoca en el presente hacia el pasado, en el que el juez tiene una obligación de acata-

²³³ Postema, *op. cit.*, p. 217.

miento, y no es opcional seguir el ejemplo para el caso específico, sea por la fuerza autoritativa propia del precedente que motiva a hacerlo, o bien por el elemento vinculante asociado al mismo. En todo caso, el juez en comentario es consciente de la proyección y alcance del precedente que suscribe.

Si se observa detenidamente, ninguno de los escenarios expuestos es incompatible con la afirmación principal de que el precedente tiene proyección hacia el futuro. La distinción entre la afirmación principal (regla con proyección futura) y las explicaciones alternativas (búsqueda de la regla hacia el pasado) sobre el enfoque adecuado para entender el precedente en este respecto, radica simplemente en la posición desde la que se observe el ejemplo, la posición de la autoridad emisora del precedente o la de la autoridad que aplica el precedente o algún ejemplo no autoritativo.

La aplicación del precedente atiende tanto a su uso en las decisiones actuales; pero también su creación atiende a la proyección —como la he llamado— hacia el futuro, lo que demanda tratar ciertas decisiones autoritativas actuales como los precedentes de aquellos encargados de tomar decisiones en el futuro, ya que “hoy no es solamente el ayer del mañana; sino también el mañana del ayer”. Esta forma de razonar conlleva la responsabilidad espacial de comprometerse con el futuro antes de llegar a él.²³⁴

Finalmente, hemos de tener en mente que la propiedad de “proyección” de la regla de precedente, entendida como la intención de regular la conducta futura de sus destinatarios, sólo se encuentra y es atribuible a los casos difíciles. Así, los casos fáciles son casos que llamaré *casos regulados*, que encuentran solución directa y concreta en el material jurídico-normativo existente, por lo cual no requieren del juez más que una operación deductiva de aplicación. Por otra parte, los casos difíciles, que llamaré *casos parcialmente regulados*, requieren, invariablemente, de un ejercicio

²³⁴ Schauer, “Precedent”, *cit.*, pp. 2 y 3.

de interpretación por parte del juez para determinar la respuesta correcta al problema planteado, ya que se trata de casos que no encuentran una respuesta concreta en el material jurídico normativo existente.²³⁵

Las sentencias recaídas a los casos regulados tienen como único objetivo resolver la disputa específica que se plantea en ese caso, y habiendo para ellos una respuesta concreta en las normas jurídicas (sea legislación o precedente) su labor concluye con la identificación y aplicación de esa respuesta normativa. En cambio, en los casos difíciles o parcialmente regulados, el tribunal autorizado tiene que emplear la interpretación para generar la respuesta y solución del problema jurídico planteado; dicha solución es una regla autoritativa nueva —que no existía con anterioridad al caso difícil— y, como tal, esa regla está llamada a dar solución tanto al caso concreto como a casos futuros.

Esa regla autoritativa nueva —habiendo surgido del órgano judicial jerárquicamente autorizado— desde el momento de su emisión, tiene la pretensión de regular el caso presente y cualquier caso futuro que encuadre en sus términos, pues forma ya parte del derecho de un sistema jurídico determinado, que habrá de ser aplicado invariablemente a todos las disputas que sean por ella resueltas. Así, un caso fácil que no requiere de interpretación carece de proyección.

²³⁵ En la siguiente sección explicaré más detalladamente el tema de la interpretación como condición necesaria del concepto de precedente.

CAPÍTULO CUARTO

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN EL CONCEPTO DE PRECEDENTE

El razonamiento jurídico nada tiene de especial o diferente en relación con otros tipos de razonamiento, como el razonamiento moral; se trata de un razonamiento normativo, porque tiene que ver con normas, razones para la acción, derechos, deberes y su aplicación a situaciones específicas o generales,²³⁶ y de hecho, el uso de argumentos que involucran precedentes y analogías es característico del razonamiento jurídico;²³⁷ cuando dicho razonamiento es efectuado por los tribunales, tiene además una pretensión autoritativa.

El razonamiento jurídico es una constante en la labor de los tribunales, pero hay una cuestión de fondo que ayuda a situar y a dimensionar el papel de la interpretación en el derecho, y ésta es que los sistemas jurídicos tratan de satisfacer o conciliar dos necesidades básicas que se presentan en su interior: por un lado, la necesidad de proporcionar reglas claras que puedan ser aplicadas de manera directa, sin necesidad de nuevas guías, y por otro, la necesidad de proporcionar reglas que puedan ser planteadas en términos generales, reglas abiertas que puedan ser especificadas al momento de su aplicación mediante una elección oficial informada.²³⁸

²³⁶ Raz, Joseph, “On the Autonomy of Legal Reasoning”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 6, núm. 1, marzo de 1993, p. 1.

²³⁷ Lamond, *op. cit.*, p. 2.

²³⁸ Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 162 y 168.

La interpretación es una condición necesaria del concepto de precedente, debido a que la regla de precedente surge necesariamente como producto de la interpretación novedosa que hace un juez autorizado. La combinación de las propiedades necesarias que conforman el concepto de precedente y la forma en la que opera revelan una peculiaridad propia de esta práctica: la igualdad, que tiene que ver con la forma en la que se aplica a los casos concretos. Como ahora se verá, el tratamiento igualitario es una consecuencia de las reglas jurídicas, consecuencia que está implícita en la operación propia del precedente dada su naturaleza.

I. EN TORNO A LA IGUALDAD

Cabe preguntarnos, cuál es el papel que juega la igualdad en nuestro concepto de precedente. ¿Existe alguna relación entre el carácter de regla y la igualdad? Pues bien, una primera pista al respecto está dada por la propia naturaleza de las reglas jurídicas, que tienen implícito el germen de la justicia. El germen de la justicia se refleja en la generalidad de las reglas jurídicas, en tanto se refieren a una generalidad de casos y están dirigidas a una generalidad de personas situadas en el mismo supuesto de hecho. Precisamente, en ese tratamiento general a casos semejantes se presume una conexión con la justicia a través de la igualdad.²³⁹

Así es que en el núcleo mismo de nuestra idea de justicia está el principio básico de que los hombres tienen derecho a una posición de igualdad²⁴⁰ entre ellos. Dicho principio de igualdad es la base de la vida social y, por la misma razón, debe ser respetado

²³⁹ Vega Gómez, Juan, “The Hart-Fuller Debate”, *Philosophy Compass*, vol. 9, núm. 1, 2014, p. 51. Consultado el 10 de mayo de 2014 y disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/phc3.12096/abstract>

²⁴⁰ Para Ronald Dworkin, esta relación entre personas que denominamos igualdad es, en naturaleza, un principio; esto es, un estándar que se observa por su exigencia implícita de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 72.

para distribuir cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad y ser restituido cuando se ha quebrantado.²⁴¹

De este modo, la justicia, cuyo principio básico se enuncia con la frase “tratar los casos semejantes de la misma manera”, mantiene un *equilibrio o proporción* en la interacción social.²⁴² Así, de acuerdo con Hart, la justicia se compone de dos elementos: uno constante y otro variable. El elemento constante consiste precisamente en tratar de la misma manera los casos semejantes, mientras que el elemento variable consiste en el criterio que va a establecer cuáles son las semejanzas y/o diferencias relevantes a considerar en cada aplicación de la justicia, con base en la cual hemos de juzgar si algo es o no “justo”.²⁴³

De esta forma, lo “justo” será algo distinto dependiendo del propósito²⁴⁴ que se tenga en mente al aplicar la denominación y según el criterio que se utilice, ya que sin el elemento variable —que puede ser entendido como el parámetro de valoración— la máxima contenida en la idea de justicia sería una frase vacía.²⁴⁵

Ahora bien, cuando las personas están sometidas a un orden jurídico, tienen la convicción moral de tener derecho a que los demás miembros se abstengan, al menos, de conductas dañinas.²⁴⁶ En general, el orden jurídico proporciona una estructura

²⁴¹ Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 198.

²⁴² *Idem*. De ahí que Hart acepte que la idea moral de justicia tiene una relación estrecha con el derecho. *Ibidem*, p. 195. Para una discusión profunda sobre estas relaciones, véase Vega, “The Hart-Fuller Debate”, *cit.*

²⁴³ Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 199.

²⁴⁴ Es por esto que Hart sostiene que las dos conexiones necesarias entre el derecho y la moral son compatibles con un sistema jurídico pernicioso, según lo reveló el caso conocido como “The Grudge Informer Case”. Vega, “The Hart-Fuller Debate”, *cit.*, pp. 51 y 52. Para una revisión completa del caso, véase “The Problem of the Grudge Informer”, en Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, pp. 187-195.

²⁴⁵ Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 199.

²⁴⁶ Para Dworkin, todo gobierno legítimo muestra igual preocupación por el destino de todos los ciudadanos sobre quienes proclama su dominio y de quienes exige lealtad, siendo la igual importancia de los mismos, la virtud so-

de derechos y obligaciones recíprocos entre los miembros de la sociedad como la base moral de todo grupo social²⁴⁷ y que genera, precisamente, una “igualdad moral” entre los individuos para contrarrestar las desigualdades naturales. Así, la igualdad entre los hombres posibilita un sistema de concesiones y abstenciones mutuas, que reside en el centro mismo del sistema jurídico.²⁴⁸

De lo anterior podemos colegir que el derecho muestra el germen de la justicia; es decir, un elemento mínimo de justicia que consiste en “tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera”.²⁴⁹ Este mínimo de justicia, presente en los Estados modernos, se refleja en el cumplimiento y satisfacción de ciertos principios procedimentales dentro del derecho.

Lon Fuller mantuvo una postura similar, al sostener que el derecho tiene una “moralidad interna” de naturaleza afirmativa, que se refleja en el orden inherente del derecho, al cual hemos llamado “Estado de derecho”, y que demanda acciones.²⁵⁰ Para Fuller, este orden (moralidad interna del derecho) se obtiene cuando se satisfacen ciertos principios procedimentales, como: 1) la generalidad de las leyes; 2) la promulgación y publicación de las leyes; 3) limitación de leyes retroactivas; 4) claridad en las leyes; 5) ausencia de contradicciones en las leyes; 6) eliminar las leyes que requieren lo imposible; 7) coherencia del derecho a través del tiempo, y 8) constancia entre la acción oficial y la regla declarada.²⁵¹

berana de la comunidad política. Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 1.

²⁴⁷ Al respecto, Hart señaló que cualquier orden social que deseé prevalecer debe mostrar, al menos, varios principios básicos para hacer posible la supervivencia y la coordinación de los hombres. Dichos principios básicos se basan en verdades elementales acerca de los hombres universalmente reconocidas y denominadas el “contenido mínimo del derecho natural”. Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 238-241.

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 205 y 241.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 198.

²⁵⁰ Fuller, *op. cit.*, p. 42.

²⁵¹ *Ibidem*, pp. 46-91; Vega, “The Hart-Fuller Debate”, *cit.*, p. 51.

Como puede advertirse, al igual que Hart, Fuller señala a la generalidad como un elemento de moralidad en el derecho que, como se ha visto, genera igualdad “formal o procedimental”, que es el mínimo de justicia que contiene el derecho.²⁵² En este sentido, podemos comprender que en los Estados modernos el germen de la justicia se encuentra en el cumplimiento y la satisfacción de ciertos procedimientos.

Recordemos que los tribunales que integran la rama judicial del Estado tienen asignado un rol cada vez más importante y central en el desarrollo y estabilidad del propio sistema jurídico, que consiste en la creación judicial de derecho —a través del precedente— a fin de dotar de contenido a los preceptos constitucionales abiertos, pero también completar y actualizar las normas del sistema jurídico, pues sólo la adecuada configuración jurisprudencial de los mismos permite garantizarlos eficazmente.²⁵³

Así, el germen de la justicia se hace también evidente en la aplicación del derecho a casos particulares, en tanto que la máxima de “tratar los casos semejantes de la misma manera” rige la forma de administrar justicia para la rama judicial del Estado; pero aún más, nuestro concepto de precedente implica esta idea básica de justicia al tratar los casos semejantes de la misma manera y los diferentes de manera diferente.

²⁵² En tal sentido, cuando dos personas tienen la misma condición, en al menos un aspecto normativamente relevante, deben ser igualmente tratados con relación a ese aspecto; a este parámetro de actuación se le conoce como “igualdad formal”. Por el principio de igualdad formal en el derecho, todos los ciudadanos de una sociedad deben tener iguales derechos y deberes generales, los cuales deben estar fundamentados en leyes generales que se apliquen a todos. Gosepath, Stefan, “Equality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, pp. 4 y 10. Consultado el 19 de mayo de 2014, en <http://plato.stanford.edu/search/searcher.py?query=equality>.

²⁵³ Magaloni Kerpel, Ana Laura e Ibarra Olgín, Ana María, “La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a una defensa adecuada”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 19, julio-diciembre de 2008, p. 114.

De modo que este germen de la justicia está presente no sólo en el derecho, sino también en su aplicación a casos concretos, específicamente en el precedente —que consiste en la práctica de los tribunales de resolver las controversias judiciales a través del ejemplo de tribunales autoritativos que han resuelto controversias semejantes previamente—. Cuando se conserva esa máxima y el equilibrio que de ella emana en sede judicial, se reproduce y mantiene ese contenido mínimo de justicia que tanto Hart como Fuller han identificado como parte del derecho.

Al reflexionar acerca de las que he denominado las “condiciones necesarias” del precedente, advertimos que el propio concepto contiene implícita la noción de justicia que se ha referido, ya que en buena medida, a pesar de surgir como una norma jurídica individualizada al caso concreto, lo cierto es que la autoridad emisora ha previsto su proyección y considerado el impacto de esta solución para los posibles casos futuros. De modo que la regla de precedente, de inicio particularizada, es proyectada para ser aplicable a todos los casos en los que concurran condiciones similares de aplicación; es decir, promueve la aplicación igualitaria de la regla.

Ahora bien, además de la conexión genérica que he señalado, hay dos sentidos relevantes en los que la igualdad guarda relación con el precedente. En un primer sentido, la igualdad —como germe de la justicia— está implícita en la generalidad de las leyes, funcionando muchas veces como parámetro de actuación dentro del sistema jurídico para las instituciones de los Estados modernos y cuya persecución orienta sus actividades. No obstante, hay un segundo sentido en el que la igualdad guarda relación con el precedente.

En el segundo sentido que deseo referir —quizá, por derivación del primer sentido referido— la igualdad puede ser pensada como uno de muchos y diferentes posibles fines que los tribunales pueden incorporar al derecho en el ejercicio de la interpretación, ya que la práctica del precedente, como parte del sistema jurídico en conjunto, está guiada e impregnada del mismo principio.

En la misma vía de entendimiento, cuando un tribunal recurre al ejercicio de la interpretación, además de buscar que refleje el sentido que la autoridad legislativa quiso transmitir, puede buscar promover algunos otros fines constitucional y legalmente estipulados a través de la interpretación. Así, la igualdad es uno de esos posibles fines que pueden asegurarse mediante la interpretación de la misma forma que puede serlo la seguridad, la equidad, la transparencia o la coordinación eficaz.

Se debe advertir que no existe ningún contenido fijo atribuible a la igualdad más allá del que implica el germen de la justicia, de modo que hemos de entender la igualdad como un concepto abierto, primero, porque la valoración de los rasgos a tomar en cuenta en su aplicación han sido y son variables en cada época histórica; y segundo, porque no es posible efectuar una lista de rasgos que deban ser considerados relevantes o irrelevantes para la comparación de manera permanente.²⁵⁴ En este sentido, la igualdad como un fin a perseguir en la interpretación es, en cierta medida, un concepto amplio.

II. ¿QUÉ ES LA INTERPRETACIÓN?

Por otra parte, el germen de la justicia está asociado de manera formal a la interpretación en el sentido de que cuando se interpreta para sentar reglas de precedente, se hace buscando crear una regla dirigida, en términos de igualdad, al universo de sujetos a quienes les será aplicable. Asimismo, cuando se aplican reglas de precedente se atiende precisamente al hecho de que los casos semejantes sean tratados de la misma manera.

Ahora bien, cabe preguntarnos ahora qué relación guardan las reglas de precedente con la interpretación, pregunta que resulta ser de gran importancia debido a que la respuesta revela una característica central del precedente que se identifica

²⁵⁴ Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985, pp. 19 y 20.

claramente en la forma en que lo entendemos y lo practicamos. Comencemos por entender qué es una interpretación.

En términos generales, una interpretación es la explicación del significado de un objeto, pero no cualquier explicación, sino sólo aquella explicación que revele por qué el trabajo es importante en la medida en que lo es.²⁵⁵ El uso ordinario del lenguaje en contextos particulares posibilita que experimentemos dudas o disputas acerca del significado de los actos de comunicación; el significado que damos al objeto o acto es una interpretación en *sentido estricto*.²⁵⁶

En tal sentido, se trata de la explicación de un objeto que señala las conexiones e interrelaciones entre sus partes, y entre éste y otros aspectos del mundo, tales que *a)* cubren adecuadamente aspectos relevantes del objeto interpretado; *b)* muestra los elementos del objeto que son ejemplos de verdades generales, y *c)* al hacerlo, muestre el significado de la obra. Entre más exitosamente se cubran estos aspectos, mejor es la interpretación.²⁵⁷

La interpretación consiste en proposiciones que son correctas o ciertas si establecen el significado correcto de su objeto. Las interpretaciones que nos aportan nuevas verdades, prueban verdades conocidas por primera vez, o descubren verdades de formas diversas; al tiempo que avanzan interpretaciones que afectan y cambian el significado del objeto de la interpretación.²⁵⁸ Esto puede comprenderse mejor cuando se estudia la interpretación en ámbitos como el arte o la literatura.

Al respecto, Raz observa que las interpretaciones y los significados de las obras de arte son muchas, que además pueden cambiar; esto significa que las razones que las personas tienen

²⁵⁵ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 259.

²⁵⁶ Bankowski, Zenon *et al.*, “On Method and Methodology”, en MacCorckick, Neil D. y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 1991, p. 12.

²⁵⁷ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 257.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 312.

para interpretar de cierta forma cambian porque sus circunstancias cambian. Por ello, el cambio no es un proceso de acumulación, sino de transformación, en el que algunas razones pierden su fuerza, mientras que otras cobran fuerza; las obras de arte adquieren nuevos significados y pierden algunos de sus significados anteriores.²⁵⁹ O bien puede haber en el ámbito literario diferentes interpretaciones que los críticos literarios hagan de una novela, todas las cuales pueden ser adecuadas y compatibles al enfatizar alguna parte específica de su significado social.²⁶⁰

La interpretación en el arte es normativa porque depende de razones que pueden variar y cambiar nuestra perspectiva; así como nuestras razones para interesarnos en el objeto pueden cambiar por transformaciones en la cultura o en las condiciones de vida. El objeto interpretado será el mismo, y aquello que es verdad de la obra lo seguirá siendo, pero la perspectiva de nuestra explicación puede variar cuando surjan nuevas razones para intereses nuevos, y la obra puede adquirir así un nuevo significado.²⁶¹

A diferencia del caso de interpretación de las obras de arte, la interpretación como parte del proceso de toma de decisión judicial en el derecho busca asegurar la uniformidad, si bien no de opinión, por lo menos de acción. El poder de los tribunales para establecer precedentes vinculantes es una extensión del poder de los tribunales para resolver autoritativamente una causa particular a través del razonamiento interpretativo, tanto para litigantes como para tribunales en el futuro, y a través de ellos, eventualmente, para todas las personas.²⁶² Se busca determinar el significado del lenguaje con suficiente precisión para decidir el

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 261.

²⁶⁰ Raz, “Intention in Interpretation”, en George, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Nueva York, Oxford University Press, 1999, p. 255. Consultado en www.oxfordscholarship.com, el 2 de noviembre de 2013.

²⁶¹ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 263.

²⁶² *Ibidem*, p. 320.

caso y proporcionar una justificación para la decisión con base en el significado de la norma jurídica interpretada.²⁶³

Las reglas jurídicas, sean de origen legislativo o judicial, poseen un núcleo central de significado, que es fácilmente reconocido por las personas que las aplican; sin embargo, algunas reglas jurídicas también presentan una zona de penumbra, que se distingue porque no es claro cuándo un término general es aplicable a un caso concreto. Esta tendencia de las reglas a la vaguedad es denominada “textura abierta” del derecho,²⁶⁴ y usualmente se presenta cuando surgen situaciones que no fueron contempladas cuando se emitió la regla y presentan diferencias con el caso paradigmático; tal condición, no obstante, presenta la ventaja de permitir que los tribunales fijen su contenido mediante interpretación cuando aparecen casos complejos.²⁶⁵

Siguiendo a Raz, identificamos que los elementos más importantes de toda interpretación son los siguientes:²⁶⁶

1. Hay un objeto a interpretar, que es el “original”, que puede ser el derecho, una práctica, un acto, una ley o una decisión judicial;
2. La interpretación explica el significado del original;

²⁶³ Bankowski *et al.*, *op. cit.*, p. 13.

²⁶⁴ Desde la postura de Timothy Endicott, esta explicación es admisible siempre que se entienda la vaguedad en sentido amplio, tanto para referirse a las situaciones en las que: *a)* no sabemos si una declaración que aplica la expresión *X*, sería verdad, o bien en las que *b)* no sabemos si sería apropiado hacer la declaración que aplica la expresión *X*, dadas las circunstancias. “Por ejemplo, si sólo hay un poco de café en la cafetera y me preguntan si está vacía, sería totalmente verdad decir «no está vacía», pero puede que no esté claro que este enunciado sea apropiado (pues si sólo hay una gota de café claramente sería inapropiado)”. Endicott, Timothy A., *La vaguedad en el derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 67 y 73.

²⁶⁵ Bix, Brian, “H. L. A. Hart and the «open texture of language»”, *Law and Philosophy*, vol. 10, 1991, pp. 52 y 54; Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 169.

²⁶⁶ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 268, 301 y 302. En “Intention in interpretation”, *cit.*, Raz señala que, quizás las primeras cuatro características son incontrovertibles, p. 253.

3. Las interpretaciones están sujetas a evaluaciones de correctas o incorrectas, buenas o malas, de acuerdo con el éxito que tengan en mostrar el significado de su original;
4. Es un acto intencional;
5. Una buena interpretación proporciona entendimiento no sólo información;
6. Puede haber más de una buena interpretación del mismo objeto: pluralismo;
7. Algunas buenas interpretaciones son innovadoras, en el sentido de que el significado que explican no es uno que el objeto tendría independientemente de ella.

III. LA INTENCIÓN AUTORITATIVA EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Vemos entonces que la posibilidad de interpretar un “original”,²⁶⁷ en este caso una regla jurídica, implica que previamente una autoridad emitió una regla para indicar el modo en que debía actuarse en ciertas circunstancias. Así, partimos de la noción de que las normas jurídicas son producto de la voluntad de una autoridad (persona o grupo) que decidió que determinada regla era una buena razón para actuar. El derecho es producto de las elecciones y decisiones de la autoridad que tuvo intención de crearlo de una forma determinada, y dado que la intención es un elemento central de la interpretación, el objeto básico de la interpretación jurídica son las decisiones de la autoridad,²⁶⁸ su objetivo: explicar esas decisiones para entender y aplicar adecuadamente el contenido del derecho.²⁶⁹

²⁶⁷ En el contexto jurídico, por “originales” podemos entender a las Constituciones, la legislación, los precedentes, los textos en los que fueron formulados las reglas jurídicas, doctrinas y el derecho en sí mismo. Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 258.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 250.

²⁶⁹ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 238; Dickson, Julie, “Interpretation and Coherence in Legal Reasoning”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

Al reconocer esta posibilidad, implícitamente reconocemos la autoridad de las instituciones que se encargan de crear, aplicar y hacer cumplir las leyes,²⁷⁰ por lo que la idea de la interpretación parte de la presunción de que el derecho está justificado, en consonancia con la tesis de la autoridad legítima; esto es, asumir que la autoridad legislativa (o cualquier otra creadora de derecho) es legítima supone que dicha autoridad proporciona razones para seguir el derecho que crea e interpretarlo de acuerdo con su intención autoritativa.²⁷¹

El otorgar a una persona u órgano poderes para crear derecho implica encomendarle el poder para crearlo voluntariamente mediante actos encaminados a hacerlo, o al menos emprendidos con la intención y el conocimiento de que crean derecho.²⁷² No es posible asignar un significado a un conjunto de símbolos o sonidos sin referencia a algún autor (actual o hipotético) que tiene la intención de comunicar un significado mediante tales símbolos o sonidos.²⁷³

Así entendido, los símbolos o palabras en cualquier lenguaje reflejan lo que el autor quiere decir. Pensemos por ejemplo en una pequeña niña de cuatro años, quien, al preguntarle su edad,

phy, p. 7. Consultado el 4 de abril de 2012 en <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>.

²⁷⁰ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 233 y 234.

²⁷¹ Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 274.

²⁷² Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 274.

²⁷³ Alexander, Larry y Prakash, Saikrishna B., “Is That English You’re Speaking?» Some Arguments for the Primacy of Intent in Interpretation”, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper No. 58, otoño de 2003, p. 9. Este problema va más allá de los usos entre diferentes lenguajes y surge, incluso, dentro de un mismo lenguaje. Los autores refieren el ejemplo de una persona que entra a un restaurante y manifiesta que “quiere unas *chips*”: ¿A qué se refiere el hablante? Esto se sabe solamente con referencia a su autor y a sus intenciones, pues: *a*) si el hablante es americano, podría tratarse de unas papas fritas o de unos “*nachos*” de tortilla; *b*) si el hablante es inglés, podría asumirse que se refiere a unas papas a la francesa, o bien sin tomar en cuenta al autor; *c*) podríamos decidir que el hablante ha efectuado una manifestación tecnológica haciendo referencia a un microchip, p. 10.

contesta “dos pesos”; un intérprete razonable sabe que no puede atender únicamente a las palabras de forma aislada para extraer el significado de lo que la niña quiso decir —ello desvirtuaría la intención original del hablante—, ya que la niña obviamente está confundiendo los términos, pero su intención es revelar su edad.

Cuando mi sobrina Ema dice que quiere a su “tita”, uno no puede recurrir a un diccionario para saber a qué se refiere o sacar alguna conclusión al respecto de tal expresión sin referencia a la intención de Ema. Atendiendo a las intenciones de Ema, uno puede saber que se está refiriendo a su abuelita. Ninguna de estas explicaciones puede ser extraída de la simple expresión manifestada a través del lenguaje sin atender a la intención del autor.²⁷⁴

No tiene sentido otorgar poder a una persona u órgano a menos que se asuma que el derecho que generen es el derecho que tuvieron intención de crear;²⁷⁵ las palabras del legislador significan lo que éste quiso decir, dadas las circunstancias de la promulgación legislativa y las convenciones de interpretación vigentes al momento de interpretar.²⁷⁶ Así, la “tesis de la intención autoritativa”, como parte de la doctrina de la autoridad, respalda la interpretación conservadora de toda legislación, al establecer que “en la medida en que el derecho surge de la deliberada creación de derecho, su interpretación debe reflejar las intenciones de su creador”²⁷⁷

²⁷⁴ Un ejemplo semejante es referido por Alexander y Prakash. *Ibidem*, pp. 13 y 14.

²⁷⁵ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 274; Dickson, “Interpretation and Coherence...”, *cit.*, p. 14. Raz señala que, de no ser así, no importaría quiénes integran las legislaturas (sean o no electos democráticamente) ni si representan a diferentes regiones o clases del país, si son adultos, niños, sanos o dementes, o si sus intenciones son parciales, inspiradas en el servicio público, sabias o insensatas, pues a fin de cuentas, el derecho que aquéllos crearan no representaría sus intenciones. “Intention in Interpretation”, *cit.*, pp. 259, 266 y 267.

²⁷⁶ Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 272.

²⁷⁷ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 275; Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, pp. 260 y 273.

Ahora bien, dado que las expectativas y necesidades de una sociedad diversa sólo puede asegurarse a través de la coordinación de las actividades de sus miembros,²⁷⁸ se requieren esquemas de acción que sean respetados y hechos valer por las instituciones jurídicas para que las personas puedan planear y decidir con base en un esquema previsible.²⁷⁹ El tipo de interacción que se requiere en las sociedades humanas hace posible y necesaria la cooperación para alcanzar los fines comunes y, dentro de ese marco, los fines individuales.²⁸⁰

En este sentido, tanto el derecho como su interpretación deben ser moralmente inteligibles —esto es, deben ser capaces de reflejar un contenido moral mínimamente razonable y compatible con las diferentes posturas morales vigentes en la sociedad a la cual pertenecen— lo cual si acontece, se advierte de la aceptación que recibe —al menos en sus rasgos generales— de personas con puntos de vista morales diferentes e inconsistentes entre sí que viven bajo el mismo derecho y lo consideran moralmente aceptable.²⁸¹

Aunque el derecho de cada país es variado y las metas de cada uno son diversas, existen características generales en todos ellos; por ejemplo: que las leyes reflejan las intenciones de sus creadores al hacerlas. Toda vez que las medidas adoptadas por las leyes en algún momento dado eran las adecuadas para ser adoptadas —o así lo suponemos— se justifica su adopción, que deriva de la autoridad de sus creadores. Asimismo, las leyes en cualquier sistema jurídico tienen una existencia continuada, que perdura más allá del periodo de tiempo de la autoridad origi-

²⁷⁸ Raz observa que, en muchos casos, no importa cuál es derecho en tanto exista un derecho claro en la materia, lo cual es especialmente esclarecedor en el caso de los jueces. Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 274.

²⁷⁹ Raz, “On the Autonomy of Legal Reasoning”, *cit.*, p. 12.

²⁸⁰ Postema, *op. cit.*, p. 213.

²⁸¹ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 278. Esto no significa asumir que las leyes son buenas ni que las creencias morales de las personas son valiosas, Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, pp. 261 y 262.

naria; así, la característica de la continuidad aparece como una característica general, al proporcionar una guía estable a la sociedad.²⁸²

IV. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL: EL PRECEDENTE ENTRE CREATIVIDAD Y RESTRICCIÓN

La creatividad y la restricción están en constante tensión en la interpretación y al mismo tiempo se complementan mutuamente; aquí encontramos una estrecha conexión con la coherencia (que se caracteriza por la continuidad de las intenciones de la autoridad), que es un elemento siempre presente que modula la transformación en la interpretación judicial. Por otra parte, su conjugación con la progresividad permite encontrar soluciones que no estaban determinadas por el derecho vigente, promoviendo la innovación y el desarrollo del derecho.²⁸³

Esta dualidad se refleja en el pasaje de Dickson, cuando precisa que la posibilidad de la existencia de la interpretación significa que existe un objeto, un original que es susceptible de ser interpretado, y al que cualquier interpretación le debe ser fiel en alguna medida (en oposición a la invención), pero al mismo tiempo es un intento de mostrar algo de un original, no una mera reproducción.²⁸⁴ En palabras de MacCormick, el proceso de interpretación implica modificar nuestra comprensión de las reglas previamente establecidas.²⁸⁵

La observación previa nos da la pauta para identificar que ninguna nueva regla de precedente puede surgir de la reproducción de alguna regla jurídica previa que ya existía en el derecho positivo vigente, de modo que sólo la variación a través de la

²⁸² Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 234 y 235.

²⁸³ Endicott, Timothy, “Putting Interpretation in its place”, *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, p. 451; Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 237.

²⁸⁴ Dickson, “Interpretation and Coherence...”, *cit.*, p. 5.

²⁸⁵ MacCormick, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 196.

interpretación puede servir como el mecanismo a través del cual los tribunales pueden introducir pequeños cambios o transformaciones en el derecho.²⁸⁶ Pero al mismo tiempo, afirma que la interpretación se hace sobre algo previamente dado, en este caso, en un contexto de normas jurídicas sin las cuales ésta no podría presentarse.²⁸⁷

En ese sentido, ninguna regla de precedente sería propiamente eso si consistiera solamente en una opinión judicial sin la adecuada aplicación del material jurídico aplicable, ni estaríamos ante un ejemplo apropiado de precedente si la resolución judicial no produjera una regla confeccionada en ejercicio de la interpretación judicial. Ambos elementos interrelacionados se requieren para hablar de la regla de precedente.²⁸⁸

Los tribunales autoritativos se enfrentan siempre al conflicto de decidir si introducir cambios necesarios en algún aspecto del derecho o permanecer fieles a las doctrinas judiciales²⁸⁹ ya existentes, conscientes de que ciertos cambios parciales introducidos pueden acarrear también conflictos internos y consecuencias negativas en tanto no se adecúen también otras reglas

²⁸⁶ El límite a la interpretación viene dado por los significados existentes y las normas de interpretación vigentes, las que determinan las buenas y malas interpretaciones; el vínculo con los significados existentes no es de reproducción, sino de variación, contravención u otros, dependiendo de las estrategias interpretativas reconocidas por la práctica en cuestión. Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 321.

²⁸⁷ Sunstein, Cass R., “Interpreting Statutes in the Regulatory State”, *Harvard Law Review*, vol. 103, núm. 2, diciembre de 1989, p. 412.

²⁸⁸ Chiassoni, *op. cit.*, p. 15; MacCormick y Summers explican que la interpretación de normas jurídicas justifica su aplicación al caso concreto, por lo tanto, la interpretación elegida ha de estar justificada ¿cómo?, mediante los argumentos apropiados, los que hay de diversos tipos. MacCormick, Neil D. y Summers, Robert S. (eds.), “Interpretation and Justification”, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 1991, p. 511.

²⁸⁹ También conocidas como líneas jurisprudenciales en nuestro contexto jurídico.

circundantes;²⁹⁰ este dilema refleja la tensión permanente entre la interpretación conservadora vinculada a la coherencia y la interpretación innovadora, vinculada a la progresividad en la labor jurisdiccional.

En dicho sentido, una interpretación es conservadora cuando busca recuperar y mostrar el significado que el original tenía para su autor, o bien para su audiencia original,²⁹¹ y es la forma en la que la “tesis de la intención autoritativa” determina la interpretación básica conservadora de toda legislación. Por otra parte, la interpretación conservadora es compatible con la interpretación convencional, que establece el significado que las personas (al momento y lugar de la interpretación) comúnmente entienden que tiene el original, lo cual muestra que “la intención legitima, pero las convenciones interpretan”.²⁹²

Desde esta perspectiva, la autoridad creadora del derecho creó la ley que tuvo intención de crear, y por eso el texto de la norma debe ser interpretado de acuerdo con esa intención, práctica que acepta la legitimidad de las normas establecidas por la autoridad creadora.²⁹³ Pero al mismo tiempo, es común que las normas jurídicas subordinadas busquen promover algunos otros fines legalmente estipulados; así, cuando es el caso, la interpretación puede atender —además de a la intención de su creador— a

²⁹⁰ Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 201 y 202. Consultado en www.oxfordscholarship.com, el 5 de junio de 2013. MacCormick, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 106.

²⁹¹ Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, pp. 253 y 254.

²⁹² Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 269, 289 y 298. Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 254. El contenido de cualquier intención es uno, atendiendo al momento en que se interpreta y con referencia a las convenciones interpretativas que reflejan su tiempo, *ibidem*, p. 270. La idea de la prioridad a la interpretación conservadora se mantiene también en la práctica de los litigantes al plantear sus demandas cuando evitan el conflicto con las reglas existentes, adoptando una interpretación adecuada y/o analogías en casos existentes que respalden su caso. MacCormick, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 121.

²⁹³ Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 252; MacCormick y Summers, *op. cit.*, p. 519.

estas intenciones adicionales que el derecho de cada país reconoce como relevantes,²⁹⁴ o bien darles efecto para proyectar lo que la intención original habría establecido, de haber considerado tales fines.²⁹⁵

Pensemos por ejemplo en nuestro concepto de familia. El concepto tradicional de familia, entendido como la unión matrimonial estable y duradera de un hombre y una mujer con el proyecto común de tener y educar a los hijos, ha sufrido un sostenido debilitamiento en los últimos años, que ha transformado el carácter comunitario de la familia en uno eminentemente social y consensual, ya que la familia no está ya ligada sólo al matrimonio ni es hoy día el único modelo socialmente aceptable.²⁹⁶

La realidad social ha generado que los criterios por medio de los cuales se identificaba a la familia hayan cambiado gradualmente y se hayan modificado debido a nuestras prácticas sociales, haciendo que esa misma noción se ajuste en nuestras normas jurídicas, como lo ha venido haciendo el máximo tribunal de nuestro país a través de la interpretación, que considerando otras intenciones relevantes, ha ampliado el contenido del concepto de familia en el derecho para hacerlo más adecuado a nuestra realidad actual.²⁹⁷

²⁹⁴ Tal es el caso, señala Raz, de Gran Bretaña, en donde existe una presunción de que el Parlamento no actuará en contravención del derecho internacional, incluyendo las obligaciones derivadas de los tratados y la interpretación de las leyes afectadas por éstos, “*Intention in Interpretation*”, *cit.*, p. 250.

²⁹⁵ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 285, 288.

²⁹⁶ Del Picó Rubio, Jorge, “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”, *Ius et Praxis*, año 17, núm. 1, 2011, p. 52.

²⁹⁷ Esta afirmación se evidencia en el tratamiento que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado a la familia en diversas interpretaciones en las que dicho concepto interviene: “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA VULNERA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN”, [TA]; Décima Época; Primera Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; libro XIX, abril de 2013, t. 1, p. 964; “VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. TRATÁNDOSE

Restricciones a la interpretación innovadora

Ahora bien, cada vez que los jueces recurren a su criterio para dar solución a algún caso parcialmente determinado o indeterminado, están realizando un acto de creación jurídica impura, pues están inmersos en un contexto de derecho que los restringe y guía en alguna medida. Esta pequeña pero trascendente distinción es una de las diferencias centrales entre la labor de la legislatura y los tribunales en la creación de reglas jurídicas.²⁹⁸

Mientras que la legislación puede surgir de la nada, atendiendo a diversos factores, intereses y necesidades sociales²⁹⁹ para regular en cualquier sentido algo no regulado (si bien considerando otra normatividad), o bien para cambiar por completo o incluso de forma radical el modo en que era regulada una rama del derecho, el precedente trabaja necesariamente con sólo alguna porción del orden jurídico vigente, por lo que la libertad de los tribunales para modificar el derecho es considerablemente más limitada.³⁰⁰

Los legisladores recurren a una amplia gama de razones dependientes al crear legislación, pero los tribunales —cuando interpretan y sientan reglas de precedente; esto es, en los casos

DE ESTE DELITO DEBE ATENDERSE AL CONCEPTO DE ‘FAMILIA’ PREVISTO EN LA NORMA ESPECIALIZADA Y APLICABLE, ES DECIR, A LA LEY DE PREVENCIÓN Y ATENCIÓN RELATIVA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO)”, [TA]; Décima Época; Tribunal Colegiado de Circuito; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIX, abril de 2013, t. 3; p. 2308; “MENORES DE EDAD. SU DERECHO A LA CONVIVENCIA CON LA FAMILIA AMPLIADA”, [TA]; Décima Época; Tribunal Colegiado de Circuito; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; libro XXIII, agosto de 2013, t. 3; p. 1681; “PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. SU CONTENIDO Y ALCANCE”, [TA]; Décima Época; Primera Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 1210.

²⁹⁸ Raz, *The Authority of Law...*, cit., pp. 196 y 200.

²⁹⁹ Soy consciente, sin embargo, de que las legislaturas suelen encontrarse permanentemente bajo la presión o el influjo de poderes fácticos, cuyos efectos podrían considerarse restricciones.

³⁰⁰ *Ibidem*, pp. 197 y 198.

parcialmente determinados o indeterminados—³⁰¹ trabajan con un material más acotado. Es más acotado porque su labor gira en torno a unas pocas normas jurídicas estrictamente relacionadas con los hechos planteados en el caso; es decir, contextuales; el rango de decisiones que pueden tomar se ve limitado por los hechos del caso y las pocas normas jurídicas a interpretar, de modo que la regla que de ahí surja será sumamente especializada y afectará sólo a una pequeña parte del universo jurídico normativo.

Si bien los tribunales pueden ir generando pequeños cambios de manera gradual en áreas muy acotadas del derecho, la materia prima con la que trabajan se sitúa en un nivel distinto al de la materia prima del legislador; generalmente, al juez le son dadas por parte del legislador razones excluyentes para actuar, que desde su área de trabajo son respuestas pensadas para resolver ciertos problemas.

Es cierto, sin embargo, que hay múltiples factores que propician la falta de respuestas claras en el derecho, y en tal sentido, ante la falta de razones excluyentes para los jueces —en los casos parcialmente determinados o indeterminados—, éstos deben recurrir al balance de razones, sólo que esas razones son razones de primer orden contextuales;³⁰² es decir, normas jurídicas aplicables en el marco de una disputa judicial concreta que está parcialmente regulada por esas mismas normas (y por eso no pueden ser tratadas como razones de segundo orden) y limitada por cierta clase de hechos, que por lo tanto admiten únicamente un cierto rango de respuestas posibles.

³⁰¹ Cuando el material jurídico normativo regula el problema que se plantea y proporciona una respuesta anticipada, digo que el derecho está determinado.

³⁰² Las razones de primer orden empleadas por un tribunal judicial autorizado, al sentar reglas de precedente son esencialmente distintas a aquellas valoradas en el origen legislativo, ya que las empleadas por el tribunal son contextualizadas, normas jurídicas, a fin de cuentas, mientras que el legislador puede recurrir a cualquier elemento que considere pertinente en la justificación de una norma jurídica, incluyendo un rango más amplio de razones dependientes.

Las razones con las que trabaja el juez, en los casos parcialmente determinados o indeterminados, son razones de primer orden, en la medida en que las normas jurídicas aplicables no dan una respuesta específica que excluya la deliberación. Al mismo tiempo, esas razones de primer orden son contextuales en la medida en la que se desprenden de normas jurídicas que parcialmente regulan la disputa en cuestión aunque no proporcionen una solución específica. La deliberación del tribunal considerando las normas jurídicas aplicables (razones de primer orden contextuales) y los hechos del caso, con recurso a la interpretación, son los elementos que el tribunal empleará para generar una regla que no existía previamente.

Otro aspecto importante a considerar es que el derecho legislado trabaja con hipótesis de hechos o supuestos fácticos limitados a los casos paradigmáticos de aplicación o excepción, y una vez emitido aquél, permanece estático hasta que surja la posibilidad de reformas o derogaciones. Por el contrario, las reglas de precedente trabajan con hechos reales y concretos que pueden asumir una multiplicidad de formas distintas que no necesariamente se ajustan a los casos paradigmáticos contemplados por la legislación preexistente. Además, estas reglas cuentan con mecanismos internos de cambio, que permiten, dentro de ciertos límites, la posibilidad de ajuste, todo lo cual muestra un cierto límite de acción para la interpretación jurídica.

V. SOBRE LA NECESIDAD E INEVITABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN

Ahora bien, en su mayoría, las normas jurídicas autoritativas buscan ser claras en el sentido de manifestar con suficiente precisión la voluntad de la autoridad respecto del comportamiento esperado en la situación que regulan. Ese es el papel de las reglas jurídicas autoritativas, y sólo puede lograrse si los sujetos a ellas pueden identificar directamente lo que éstas les requieren.

Aunque también es admisible que, intencionalmente, el legislador deje amplitud en la formulación de ciertas leyes con el objetivo de conceder un margen de discreción a los tribunales para efecto de dotarlas de contenido específico o simplemente pueden surgir situaciones no reguladas por el derecho. Así, la interpretación innovadora puede presentarse a veces como inevitable, a veces como necesaria.³⁰³

En opinión de Raz, hay disputas reguladas y disputas no reguladas por el derecho. Las disputas reguladas se identifican con la noción clásica del caso que no requiere discreción del juez para resolverlo, pues la solución al problema está contenida con claridad en el derecho, por lo que sólo debe identificar los hechos y aplicar la regla respectiva. En contraposición, en los casos no regulados, los jueces tienen que aplicar tanto el derecho existente como crearlo, pues si bien las disputas están parcialmente reguladas proporcionando una guía general, el derecho presenta lagunas, por lo que no exige una solución particular; de modo que cualquier respuesta que proporcione el tribunal será una que no existía previamente.³⁰⁴

Las interpretaciones pueden ser innovadoras en un sentido débil: *a*) al ser una declaración de un significado familiar en una forma novedosa de articularlo, o *b*) al resaltar un aspecto del objeto que no había sido antes apreciado, un significado escondido hasta ese momento; sin embargo, también se conocen otro tipo de interpretaciones innovadoras,³⁰⁵ en un sentido fuerte.

Una interpretación innovadora en sentido fuerte —que revela un nuevo significado en el objeto— es posible en tanto los objetos de la interpretación sean bienes culturales; es decir, ob-

³⁰³ Existen posturas opuestas a esta posición (Frederick Schauer, Stanley Fish, Owen Fiss, Ronald Dworkin, entre otros), que sostienen, en esencia, que toda aplicación de una regla constituye un acto de interpretación, por lo que, desde esta perspectiva, la administración de justicia es interpretación. Endicott, *La vaguedad en el derecho*, *cit.*, p. 37.

³⁰⁴ Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, pp. 182 y 183.

³⁰⁵ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 255.

jetos cuyo significado depende de nuestras prácticas culturales; entre esos bienes se pueden contar cosas, relaciones, actividades, instituciones, entre otras. Esos bienes culturales son producidos y mantenidos por actividades que buscan alcanzar ciertas metas que se consideran valiosas, o bien, por actividades sujetas a normas que se consideran valiosas.³⁰⁶

Dada esta descripción, es posible contar al derecho y sus normas como uno de estos bienes, debido a que persigue diversos propósitos en la sociedad y depende de normas. Al advertir la naturaleza de los bienes culturales que son objeto de interpretación, es posible aceptar que, en muchos casos, las interpretaciones innovadoras son inevitables cuando:

- a) algunos aspectos del significado de un original son indeterminados; b) las reglas del significado indican que varios aspectos de los enunciados interpretativos implican mensajes interpretativos; c) el aspecto de implicación de mensajes de los enunciados interpretativos son inevitables cuando se interpreta un original aun cuando se relacionen con aspectos indeterminados de su significado; d) es imposible preservar los contornos indeterminados del original.³⁰⁷

Así es que las interpretaciones innovadoras no son meras explicaciones, sino que proporcionan una nueva forma de entender su objeto, explican los objetos con la ayuda del nuevo significado que proporcionan. Aunque la innovación deriva de la indeterminación, la innovación no es absoluta, pues siempre está relacionada con los significados existentes.³⁰⁸ En este sentido, la interpretación innovadora no depende por completo de la elección del tribunal, pues está conectada al derecho existente, y son sólo ciertos aspectos de éste los que demandan esclarecimientos.

Pero más allá de la inevitabilidad, las interpretaciones innovadoras por parte de los tribunales son también deseables cuan-

³⁰⁶ *Ibidem*, pp. 304 y 305.

³⁰⁷ Traducción propia. *Ibidem*, pp. 308 y 309.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 313.

do: *a)* hay necesidad de ajustes en el derecho por defectos del mismo; *b)* hay necesidad de integrar diferente norma jurídica y regulación en un cuerpo de derecho coherente; *c)* hay una necesidad inevitable de resolver conflictos e indeterminaciones en el derecho; *d)* hay necesidad de integrar el derecho y la moral.³⁰⁹

Así, la indeterminación es una característica de la aplicación del derecho o de una expresión de derecho a casos concretos; esto sucede cuando no hay una respuesta correcta o existe falta de claridad en la aplicación de expresiones lingüísticas.³¹⁰ La indeterminación se origina por varias razones, y cuando se presenta, nos encontramos ante casos no regulados, en los que se requiere la participación activa del juez.³¹¹

Ante los casos no regulados, no sólo es inevitable sino también deseable el recurso a la interpretación, porque las normas jurídicas son vagas en mayor o menor grado, ya que incluso cuando existe una especie de común acuerdo sobre el contenido de las normas, éste no es completo,³¹² debido a la interdependencia de las normas que dictan el significado de los bienes culturales; porque las normas dependen de las prácticas sociales que

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 318. A este respecto, cuando hay necesidad de integrar el derecho y la moral, hay ocasiones en las que los tribunales deben recurrir a consideraciones situadas fuera de las fuentes del derecho; es decir, hay necesidad de que empleen el razonamiento moral en la administración de justicia, en especial cuando interpretan temas asociados con derechos (humanos) que normalmente son estipulados en términos amplios, lo que da oportunidad a los tribunales de dotarlos de contenido específico al tiempo que desarrollan una doctrina al respecto. Raz, “On the Autonomy of Legal Reasoning”, *cit.*, p. 9.

³¹⁰ Endicott, *La vaguedad en el derecho*, *cit.*, p. 34.

³¹¹ Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, pp. 193 y 194.

³¹² Al respecto, Bix precisa que para Hart, el tema de la “textura abierta” es un problema permanente que está siempre presente, pues aunque se pueda lograr algún tipo de consenso sobre cómo aplicar un término general a casos límite particulares, la vida misma generará más casos inciertos que remplacen esas convenciones y no tenemos manera de saber cómo serán aplicados en situaciones imprevistas. Bix, “H. L. A. Hart and the «open texture of language»”, *cit.*, pp. 55 y 62. No tenemos manera de conocer por adelantado la solución a todos los problemas que puedan presentarse. Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 160.

muestran nuevas formas de entender los objetos y, por tanto, les asignan nuevos significados.³¹³

En todo caso, advertimos que las interpretaciones novedosas en sentido fuerte³¹⁴ son inevitables o incluso necesarias bajo ciertas condiciones únicamente; esto quiere decir que hay casos en los que el contenido de la regla es claro y su aplicación directa no presenta dificultades.³¹⁵ En cada uno de los escenarios de inevitabilidad o necesidad de la interpretación novedosa, el juez se enfrenta a la falta de una regla obvia y de directa aplicación al caso que le ocupa.

La ausencia de una regla jurídica de aplicación directa —por cualquiera de las razones expuestas— sitúa al juez en un escenario de necesaria deliberación entre razones de primer orden contextuales, ya que ninguna de las reglas disponibles es específicamente adecuada para el caso en cuestión; en otras palabras, si la norma jurídica aplicable es tan amplia, oscura, incompleta, sobrada o indeterminada que no proporciona una respuesta directa,³¹⁶ entonces simplemente no puede tomarse como una razón de segundo orden excluyente que el juez pueda seguir.

³¹³ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 309 y 310.

³¹⁴ Neil MacCormick advierte que este tipo de interpretación es omnipresente en el derecho, ya que frecuentemente las razones de la autoridad son sometidas a consideración en contextos de aplicación del derecho y toma de decisión cuando surgen dudas o complicaciones acerca de su significado. MacCormick, “Argumentation and Interpretation in Law”, *cit.*, p. 20.

³¹⁵ A este respecto se refiere Endicott al señalar la postura de Marmor, Baker y Hacker respecto de la supuesta necesidad de que medie la interpretación en todo acto de aplicación de la regla, ya que “si cada regla necesita una interpretación para ser seguida, la interpretación también necesita una interpretación, y nunca llegaremos a la acción”. Endicott, “Putting Interpretation in its place”, *cit.*, pp. 464 y 465.

³¹⁶ Los sistemas jurídicos modernos tienden a estar sumamente especializados en las diversas materias que regulan, razón por la que resulta difícil concebir que una situación esté no regulada de forma absoluta, es decir que si bien no hay una regla específica que dé respuesta al problema planteado, el propio sistema jurídico permite identificar algunos de sus fines legalmente estipulados,

Hay una amplia gama de problemas interpretativos que han sido caracterizados de diversas formas por la teoría jurídica y que reflejan, en buena medida, problemas comunes que se presentan en las diferentes jurisdicciones en donde existe el deber de tribunales de resolver conforme a un sistema de normas jurídicas previamente establecido. Si bien es posible que las caracterizaciones no agoten las posibilidades de los problemas interpretativos, ofrecen un acercamiento a dificultades recurrentes.

Es posible entonces identificar un conjunto de problemas derivados de la aplicación del derecho a casos parcialmente determinados e incluso indeterminados en términos jurídicos (marginales), que son los que hacen necesario el recurso a la interpretación judicial. Si bien la tipología de problemas puede no ser definitiva o exhaustiva, el aspecto relevante para la explicación del concepto de precedente es la cuestión de que existen ciertos casos en los cuales se requiere un ejercicio interpretativo en sede judicial, que puede ir desde un sentido “débil” hasta un sentido “fuerte”.

Cuando se presentan este tipo de casos en una jurisdicción, se abre la posibilidad de crear precedentes, siempre y cuando el ejercicio interpretativo genere una solución (regla) al problema judicial planteado que no se encontraba en sus términos contenida en el derecho vigente hasta antes de la interpretación judicial. El caso puede presentar uno o más problemas interpretativos, pero en, cualquier caso, la respuesta judicial al problema planteado en el ejercicio interpretativo es una respuesta novedosa que era necesario hacer explícita para contar con una regla de actuación que no se tenía antes de efectuar ese ejercicio interpretativo.

En cada jurisdicción puede haber diferentes técnicas que pretendan guiar la interpretación cuando el tribunal se enfrenta a problemas interpretativos. McCormick y Summers, por ejemplo, a través de un extenso estudio comparativo, identifican cuá-

lo que serviría al juez en la creación de la nueva regla. Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 285.

tro *tipos* de argumentos comunes que suelen utilizarse en jurisdicciones de diferentes sistemas jurídicos para atender problemas interpretativos.³¹⁷

De acuerdo con esa tipología,³¹⁸ se identifican 1) *argumentos lingüísticos*, que se asocian a problemas interpretativos relacionados con el significado de las palabras o frases contenidas en las normas jurídicas; 2) *argumentos sistemáticos*, que se asocian a problemas interpretativos en los que intervienen normas jurídicas que son parte de un área del derecho cuyo contenido está gobernado por ciertos principios o evolución normativa identificables en esa u otra área del derecho cercana, o bien dentro del propio sistema.

Se identifican también: 3) *argumentos teleológicos o evaluativos*, que conciernen a problemas de aplicación de las normas jurídicas relacionados con sus fines o propósitos postulados o valiosos según la concepción general del sistema jurídico, y 4) *argumentos desde la intención o transcategóricos*, asociados a problemas que giran en torno a identificar la intención legislativa relevante en la aplicación de una norma jurídica (interpretación conservadora), que a la vez se aplica al elemento central que gobierna los otros tipos de argumentos.

Así, por ejemplo, un problema interpretativo puede suponer que el tribunal se encuentre ante una norma jurídica amplia susceptible de interpretación cuando las condiciones de aplicación que proporciona no son precisas, tales que permiten más de una respuesta, todas las cuales pueden considerarse correctas. Pensemos por ejemplo en las normas jurídicas relativas a las formas de cubrir las vacantes de miembros propietarios de las cámaras del Congreso de la Unión, electos por ambos principios.³¹⁹

³¹⁷ MacCormick y Summers, *op. cit.*, pp. 511 y 512.

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 512-515.

³¹⁹ El proceso electoral mexicano de 2009 fue el contexto en el que surgió este caso: tras rendir protesta, nueve diputadas federales electas por el principio de representación proporcional promovieron ante la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, solicitudes de licencia para separarse definitivamente del cargo: en todos los casos, sus suplentes eran varones.

El entonces vigente Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) en diversos artículos relacionados (20, párrafos 3 y 4; 218, párrafo 3; 219, párrafo 1; 220, entre otros) señalaba que las vacantes debían ser cubiertas por los suplentes de la fórmula electa respectiva, sin embargo, la formulación de la regla era amplia en el sentido de que permitía considerar: *a*) que los “suplentes” de la fórmula podían ser hombres o mujeres, y *b*) que la formulación aplicaba sólo al principio de mayoría relativa, por lo que cualquier respuesta al respecto habría sido igualmente posible.

Esta norma jurídica amplia fue interpretada *sistemáticamente*³²⁰ por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), que advirtió que si las fórmulas de candidatos a diputados y senadores postuladas por los partidos políticos debían integrarse con al menos el 40% de integrantes del mismo género para promover la equidad de género en la representación popular, entonces los lugares de los suplentes en las fórmulas debían seguir el mismo principio del propietario, integrándose así con propietario y suplente del mismo género en cualquiera de los principios de elección para salvaguardar ese equilibrio.

Otro problema interpretativo puede surgir cuando el tribunal se encuentre ante un caso de oscuridad del derecho cuando no hay una respuesta correcta a un caso que se plantea ante un tribunal porque las circunstancias modifican el supuesto de modo que no cubre aspectos originales que se han suscitado; esto es, no se sabe qué tratamiento debe dársele a una situación, ya que aun cuando se regulan cuestiones periféricas a la controvertida, no hay una respuesta al problema concreto planteado.

³²⁰ Jurisprudencia 16/2012. “CUOTA DE GÉNERO. LAS FÓRMULAS DE CANDIDATOS A DIPUTADOS Y SENADORES POR AMBOS PRINCIPIOS DEBEN INTEGRARSE CON PERSONAS DEL MISMO GÉNERO”. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm. 10, 2012, pp. 19 y 20.

Encontramos un ejemplo de este fenómeno en la Jurisprudencia 12/2005 del TEPJF,³²¹ en la que se analiza que si bien, la legitimación para impugnar la validez de una elección o los resultados de la votación recibida en casillas corresponde exclusivamente a los partidos políticos, cuando la legislación local no contempla medio de defensa para los candidatos, la defensa de sus derechos se entiende también contemplada en la promoción de la instancia, por lo que el partido político sólo puede promover el desistimiento de la instancia cuando compruebe que el candidato otorgó su consentimiento.

Un problema interpretativo adicional se presenta con la incompletitud, que plantea la posibilidad de que las expresiones empleadas en la norma jurídica que pretenden regular una cuestión lo hagan de manera inconclusa y, por lo tanto, la orientación que brinda es igualmente inconclusa.³²² Así, por ejemplo, un caso de este tipo llevó a la autoridad administrativa electoral a no saber de manera concluyente si era apropiado declarar la restitución de los derechos político-electORALES de una ciudadana que habían sido suspendidos por sentencia judicial condenatoria, dado que esta situación aconteció después de feneCIDO el plazo para la reincorporación al padrón electoral y a la lista nominal de electores en año electoral.

A través de interpretación, el Tribunal consideró que aunque la actora acudió ante el Registro Federal de Electores a solicitar el movimiento correspondiente para que se le reincorporara al padrón electoral en una fecha posterior al plazo que legalmente establecía el entonces vigente COFIPE, la solicitud debía ser procedente, en virtud de que su rehabilitación se dio en fecha

³²¹ “DESISTIMIENTO EN JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL, CUANDO SE CONTROVIERTE EL RESULTADO DE COMICIOS. EL FORMULADO POR EL PARTIDO ACTOR ES INEFICAZ, SI EL CANDIDATO NO CONSIINTIÓ LA PERENCIÓN DE LA INSTANCIA (LEGISLACIÓN DE PUEBLA Y SIMILARES”. *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 100 y 101.

³²² Endicott, *La vaguedad en el derecho*, cit., pp. 74 y 75.

posterior a la que se establece en la ley (15 de enero del año de la elección) para realizar este tipo de trámites y la omisión de la notificación oportuna no debía causarle perjuicio.

En todos los casos problemáticos referidos, en virtud de que la norma jurídica aplicable no proporciona una respuesta específica que excluya el balance de razones y la deliberación moral, el escenario de deliberación que vive el juez es uno de balance de razones de primer orden contextuales en el que deberá decantarse por aquella respuesta que le parezca más adecuada en la interpretación, dadas las intenciones a considerar y los métodos de interpretación vigentes.

En dicho sentido, debemos considerar que la interpretación interviene precisamente porque el material jurídico aplicable no proporciona una respuesta específica al problema planteado; sin embargo, eso no significa que no exista algún tipo de guía o información disponible en el material jurídico normativo vigente que brinde alguna orientación al tribunal, por mínima que ésta sea. Esto quiere decir que es dudoso que surgiera algún caso en cuya disputa interviniieran elementos totalmente extraños o ajenos al orden jurídico vigente, de tal suerte que ignoráramos por completo cómo encuadrar el problema, ni qué tipo de relaciones y/o consecuencias jurídicas derivaría de ella.

Siendo así, hemos de advertir que para cualquier problema jurídico hay en el sistema jurídico algún elemento jurídico-normativo relacionado, cercano o que enmarca la cuestión; es decir, algún tipo de guía sin importar qué tan general, amplia, oscura, incompleta, sobrada o vaga sea la norma. Entonces, tenemos la posibilidad de interpretar y generar respuestas concretas porque el propio sistema jurídico proporciona vías y los contenidos jurídicos que contemplan cierto tipo de derechos y obligaciones que se protegen y aseguran para desarrollar mediante interpretación aquello que haga falta. Nótese que no sostengo que la respuesta exista en el derecho y sólo haya que encontrarla, sino que con ayuda de lo que ya es parte del derecho, el juez puede crear la respuesta.

De este modo, fue posible que el Tribunal Supremo español determinara que los tutores de una incapaz pueden ejercer acciones como el divorcio en interés de la persona incapacitada, toda vez que el sistema jurídico contempla la posibilidad de brindar tutores a los incapaces, de que los tutores actúen en representación del incapaz, que ejercer la acción de divorcio es un derecho personal, que el acceso a la justicia es un derecho. Si bien la correlación de estos contenidos normativos no proporcionaron por sí mismos una respuesta concreta al problema planteado, lo cierto es que brindaron una base y guía a partir de la cual interpretar el contenido normativo y generar una respuesta.

Podemos interpretar porque hay contenidos normativos autoritativos que interpretar, y a partir de ellos generar nuevas reglas más específicas, adaptadas y completas. A partir de las normas jurídicas aplicables y de las situaciones que regulan, los propios tribunales recurren y desarrollan las respuestas específicas a problemas concretos al efectuar el balance de razones de primer orden contextuales.

La interpretación puede efectuarse con base en diversos criterios, toda vez que la teoría de la autoridad no proporciona una base exhaustiva para todas las formas en las que pueden presentarse los argumentos interpretativos;³²³ así, el juez ha de considerar las intenciones de la norma jurídica, así como otras intenciones relevantes que busquen promover objetivos sociales o fines legalmente estipulados.³²⁴

Ahora bien, el hecho de que un tribunal autorizado siente una regla de precedente no significa que esa regla será definitiva y permanecerá inalterada para siempre. Cuando un tribunal autoritativo sienta una regla de precedente significa que esa es la única interpretación verdadera de esa norma jurídica en el momento de emisión, dados los hechos considerados, en donde la “única interpretación verdadera” no es otra cosa que la mejor in-

³²³ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 298.

³²⁴ Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 271.

terpretación que el tribunal pudo efectuar a la luz de los hechos, las normas y los fines subyacentes del derecho relativos al caso.³²⁵

No obstante, la única interpretación verdadera en un caso *X* surge gracias a un tipo concreto de hechos en relación con las normas jurídicas D, E y F. Es posible que mañana surja una controversia jurídica *Y* cuyos hechos, distintos a los hechos en *X*, exija la interpretación de las normas jurídicas D, E y F, para lo cual el tribunal deba hacer un nuevo balance de razones y proporcionar una respuesta, que será distinta a la respuesta en *X*, y será, a su vez, la única interpretación verdadera para el caso *Y*. Esto muestra que las mismas normas jurídicas pueden proporcionar diferentes respuestas a diferentes casos, según los hechos gracias a la interpretación.

O bien puede suceder que un día futuro la regla de precedente que contiene la “única interpretación verdadera”, que en su momento surgió de las normas jurídicas D, E y F para el caso *X*, deje de ser autoritativa por no satisfacer más las razones dependientes que le dieron origen y demande ser modificada. En este caso, cuando se desautoriza una regla de precedente, significa que no satisface más la RD que originalmente satisfacía, debido tal vez a que la sociedad y sus necesidades cambian, de modo que la vieja regla debe ser sustituida por una nueva regla de precedente que haga un nuevo balance de razones dependientes que responda a las circunstancias actuales.

El siguiente ejemplo usado por Endicott ilustra muy bien el punto anterior. La ley británica de derechos de autor de diseños y patentes concedía al creador de un trabajo artístico original el derecho de autor, que se vería infringido si alguna otra persona copiara el trabajo completo o una “parte sustancial” de él. En el caso conocido como *Designers Guild*, el tribunal tenía que determinar si el diseño “*Marguerite*” de la compañía *Z* había copiado “una parte sustancial” del patrón textil llamado “*Ixia*”, origi-

³²⁵ Endicott, Timothy, “The One True Interpretation”, *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2005, pp. 133 y 134.

nalmente creado por la compañía *Y*. Al tratarse de un término vago, no fue fácil proporcionar una respuesta al problema de si se había copiado una “parte sustancial” del patrón textil. Al respecto, la Corte Suprema determinó que “*Marguerite*” sí era una copia sustancial de “*Ixia*”; después, la Corte de Apelación dijo que no era una copia, y, finalmente, la Cámara de los Lores decidió unánimemente que “*Marguerite*” era una copia sustancial de “*Ixia*”.³²⁶

En el caso, se analizó un patrón textil y se estableció una respuesta para casos semejantes —si bien no se establecieron los principios específicos que guiaron la decisión para aplicar el estándar vago, al menos se argumentó la decisión del juez—. Sin embargo, la misma norma jurídica general bien puede regular otros casos sobre violaciones al derecho de autor y requerir nuevas interpretaciones tratándose de logos de marcas, diseños de pintura, escultura o dibujo, por ejemplo. En tales casos, las mismas normas jurídicas aplicables pueden requerir su propia “única interpretación verdadera”, dependiendo si se trata de pintura, escultura o dibujo, debido a que cada campo tiene sus propios criterios de evaluación que lo hacen distinto y único.

Al tratarse de una interpretación novedosa, cuando el juez elige la respuesta que considera correcta, decantándose por la razón que sustenta esa respuesta,³²⁷ ésta se convierte en una regla particular; esto es, en una razón de segundo orden, que en adelante deberá ser tratada como una razón excluyente por tribunales inferiores. En ese sentido, ahora existe una razón excluyente para los jueces donde antes no existía, por lo que esta razón ex-

³²⁶ *Ibidem*, pp. 131 y 132.

³²⁷ También conocida como *ratio decidendi*. Algunos la denominan “el principio o la razón para la decisión” o “la razón para decidir”, o bien “la enunciación de la razón o principio sobre la cual una cuestión ante un tribunal ha sido decidida es sólo ella vinculante como precedente. Este principio subyacente es llamado *ratio decidendi*”. Por otra parte, todas las demás razones periféricas u observaciones tangenciales a aquella que sustenta directamente la solución o respuesta son consideradas *obiter dicta*. Duxbury, *op. cit.*, pp. 26, 67 y 68.

cluyente tendrá la función de prevenir que en el futuro los jueces recurran a razones de primer orden cuando deban resolver un caso semejante.³²⁸

VI. LAS PRÁCTICAS DE DISTINGUIR Y DESAUTORIZAR

Es oportuno mencionar que esta sección en el capítulo destinado a la interpretación dedica unas cuantas líneas al estudio de estas dos prácticas, en razón de la importancia y relación que guardan con el concepto de precedente. Si bien es cierto que tanto la práctica de distinguir como la práctica de desautorizar son prácticas desarrolladas por el uso de precedentes, éstas no son propiamente propiedades del concepto, sino prácticas desarrolladas por el uso y aplicación de precedentes, que es importante tener en consideración.

En el marco de sistemas jurídicos que usan precedentes se desarrollan una serie de prácticas que responden a diversas situaciones en las que tribunales de aplicación han de aplicar reglas de precedente cuya *ratio decidendi* se somete a alguna operación interpretativa, lo cual puede ocurrir por diversas razones. Estas operaciones o técnicas interpretativas tienen el efecto de debilitar, fortalecer, delimitar o neutralizar la *ratio* de la regla de precedente para aplicarla adecuadamente al caso actual.

³²⁸ Grant Lamond parece sostener una postura diversa, al manifestar que los tribunales posteriores tienen una gran flexibilidad para al determinar la *ratio*; esto parece suponer la posibilidad de que cada tribunal la entienda de forma diversa. Desde mi punto de vista, esta explicación concede una visión demasiado amplia del margen de acción que tribunales posteriores tienen respecto de la regla de precedente, pues como he señalado, uno de los objetivos de la regla es dar una respuesta lo más clara posible respecto de casos con circunstancias determinadas, de modo que una vez sentada la regla no debe haber gran confusión respecto de su aplicación ni debe haber posibilidad de sujetarla a muchas y variadas interpretaciones, ya que esto es precisamente lo que la regla de precedente pretende evitar. Véase Lamond, *op. cit.*, p. 7.

Ahora bien, he hablado de los casos que lidian con disputas parcialmente reguladas o no reguladas, pero hay casos de disputas reguladas que también son parte de la complejidad de la regla de precedente, como la práctica de distinguir (*distinguishing*) o desautorizar (*overruling*). Ambas son operaciones interpretativas que se emplean sobre reglas de precedente autoritativas que tienen fuerza vinculante.³²⁹

En términos generales, la práctica de “distinguir” se entiende literalmente como efectuar una distinción entre un caso y otro, y consiste principalmente en demostrar diferencias fácticas entre el caso pasado y el actual, para demostrar que la *ratio* de una regla de precedente no aplica de modo satisfactorio al caso actual.³³⁰

Esta operación se puede clasificar en dos tipos: la *distinción externa*, concerniente a los hechos, cuyo objeto es desaplicar la *ratio* de la regla de precedente en el caso actual mostrando que los hechos materiales del caso actual difieren de aquellos considerados por el precedente. En tanto que la *distinción interna* se concentra en revelar la inadecuación de la *ratio* precedente al caso actual, al ofrecer una lectura diversa de los hechos relevantes considerados por el precedente.

En tanto el primer tipo de distinción no altera la regla de precedente, en la *distinción interna* se aplica una (re)interpretación de la *ratio decidendi*. La mera posibilidad de efectuar estas operaciones interpretativas sobre las reglas de precedente como reglas excluyentes se considera problemática por algunas voces.

En otras palabras, “distinguir” consiste en proporcionar razones de por qué la regla en un caso autoritativo pasado no debe seguirse o aplicarse en un caso posterior; pero esto no significa que por esta razón los tribunales no estén obligados a seguirla, pues de no ser obligatorio o al menos vinculante, no habría razón de hablar de “distinguir”; la regla de precedente debe seguirse a

³²⁹ Chiassoni, *op. cit.*, pp. 23-25.

³³⁰ Duxbury, *op. cit.*, p. 113.

menos que exista una razón de igual o mayor relevancia que las anteriores para no seguirla.³³¹

Dado que existe esa posibilidad, lo que hay que tener en mente es que la posibilidad de que algún tribunal pueda distinguir una regla de precedente significa que hay reglas de precedente que son seguidas, lo cual es compatible con la posibilidad de desarrollar el derecho por medios restringidos. Tales restricciones comprenden sólo la posibilidad de reducir la aplicación de la regla agregando más condiciones de aplicación, nunca ampliarla, así como ajustar la modificación de modo que se justifique la orden establecida en el precedente.³³²

Algunos teóricos como Grant Lamond consideran que esta práctica es razón suficiente para sostener que el precedente no es una regla, debido a que el tribunal posterior es libre de no seguir el caso previo al señalar diferencias en los hechos entre los dos casos, aun cuando esos hechos no sustenten la *ratio* del caso previo.³³³ Me parece que la respuesta a esta duda se encuentra en la propia afirmación, si hay algo que condiciona al tribunal posterior para apartarse de la regla precedente, entonces —estrictamente hablando— dicho tribunal no es libre de elegir cuándo distinguir. Los hechos distintos e igualmente relevantes del caso actual son, precisamente, la condición que ha de satisfacerse para considerar la distinción; naturalmente, esto sólo es posible si tales hechos no figuran en la *ratio* sustentada previamente; de otra forma, no habría razón para apartarse de la regla.

Esto significa que únicamente en un escenario, diremos excepcional —en el sentido de que la regla es seguir el precedente—, en el cual se presentaran hechos distintos y de igual o mayor relevancia a los sustentados en la regla de precedente, el tribunal actual podría recurrir a la práctica de distinguir, lo que nos lleva a advertir entonces que la obligación de los tribunales de seguir

³³¹ Guest, A. G., *op. cit.*, p. 98.

³³² Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, p. 187.

³³³ Lamond, *op. cit.*, p. 8.

reglas de precedente es primaria y la práctica de distinguir es secundaria, limitada sólo a casos en los que la regla previa no satisface plenamente el rango de hechos presentes.³³⁴

Considero que existen reglas jurídicas cuyo supuesto de hecho es suficientemente amplio como para admitir diversas combinaciones de hechos,³³⁵ lo cual en un momento dado puede derivar en interpretaciones novedosas distintas a la sustentada por la regla previamente establecida, efectuadas por cualquier tribunal posterior sobre la misma regla de precedente.

Esto, sin embargo, no debe entenderse como si el juez posterior desatendiera la regla de precedente o no la considerara una razón excluyente o una regla seria, pues como hemos visto, si acontece que el caso bajo examen muestra más o menos hechos de los identificados por la regla de precedente, tales que resulten

³³⁴ *Ibidem*, pp. 8 y 10. En oposición a esta idea, Lamond sostiene que un tribunal tiene siempre la posibilidad de seguir o distinguir un precedente. Y que la combinación de hechos materiales identificados en el caso previo junto con la inexistencia de nuevos hechos relevantes sólo refleja un requerimiento mínimo de consistencia, mas no una explicación basada en reglas. Contra esta última afirmación considero que se pierde de vista la racionalidad y lógica de los tribunales y sus reglas, que se sustenta en la idea generalizada de que hay ciertas decisiones que son, en principio, vinculantes para los demás tribunales, por sustentarse en la idea de que la razón elegida por el tribunal autoritativo es la razón adecuada para actuar —lo cual se explica a su vez, a través de la autoridad del derecho—; no obstante, el derecho contempla también medios restringidos para desarrollar el derecho, como es el caso de la práctica de distinguir.

³³⁵ Esta explicación de la regla de precedente es entendida por Larry Alexander y Emily Sherwin como el “modelo de resultados” del precedente, en el que se reconocen decisiones previas como restrictivas; pero también se permite a los tribunales distinguir casos precedentes que difieren en los hechos. La crítica en este punto radica en considerar que al tener la posibilidad de distinguir un caso, entonces la autoridad del precedente radica en sus hechos y resultados, no en la regla. Alexander y Sherwin, *op. cit.*, p. 144. Esta reflexión, sin embargo, va de la mano con lo antes comentado, ya que la regla o solución a la que se llega es una concreta, en razón de los hechos y sus posibles resultados, evaluados en el balance de razones, no se trata de elementos desvinculados, sino de partes del mismo balance. Cuando la regla de precedente no cubre los hechos considerados, entonces se requiere de una regla distinta.

de igual o mayor relevancia³³⁶ que los hechos previos, entonces el juez puede “distinguir” el caso presente del caso que originó la regla, debido a que la regla de precedente previamente establecida no regula el caso presente. Así, ante la ausencia de una regla de aplicación específica que excluya la deliberación, el juez actual puede proceder al balance de razones de primer orden contextuales.

Esta situación puede explicarse también si atendemos a que el objetivo de los tribunales autoritativos no es generar reglas de precedente exhaustivas en general ni confeccionadas con precisión absoluta, sino reglas suficientemente exhaustivas en el contexto del que surgieron; por esto es que siempre es posible que tribunales posteriores establezcan excepciones que el tribunal que creó la regla no mencionó, sea porque no se presentaron en su caso o porque se abstuvo de considerarlas al no ser relevantes. Así es como tribunales posteriores pueden introducir excepciones o cualificaciones para lidiar con circunstancias que no estuvieron antes en conflicto, pero cualquier distinción debe estar justificada.³³⁷

Sin embargo, no debe olvidarse que la posibilidad de distinguir está muy acotada, ya que aunque se pueda recurrir al balance de razones de primer orden contextual, lo más que puede hacerse es agregar más condiciones de aplicación a la regla, reduciendo su alcance (provocando que se requieran más reglas nuevas en el futuro) tales que justifiquen la orden del precedente del cual surgió, entonces la nueva regla del caso concreto es en realidad muy semejante a la original. Estas restricciones, además, deben mostrar que mejorarán la regla, todo lo cual nos lleva a pensar que son muy limitados los cambios o transformaciones que pueden generarse con esta práctica.³³⁸

³³⁶ Es importante notar que la “relevancia” de los hechos será determinada por el juez a cargo, que tiene la pretensión de ser una autoridad legítima, por lo que presumimos que la determinación de los hechos relevantes será razonablemente evaluada por el juez posterior, para el caso de que decida que el caso que resuelve debe distinguirse.

³³⁷ Guest, A. G., *op. cit.*, pp. 165, 170 y 175.

³³⁸ Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, p. 188; Lamond, *op. cit.*, p. 8.

Al respecto, Alexander se pregunta si un resultado basado en hechos particulares puede vincular de alguna forma las decisiones posteriores.³³⁹ Este planteamiento puede causar alguna confusión de primer momento; pero si se examina con detenimiento, podrá advertirse que tal cuestionamiento pierde de vista que el “resultado” de que hablamos es en sí mismo una regla (de precedente), esto es, una razón excluyente para los demás tribunales. La inquietud parece estar relacionada con las condiciones en las que un tribunal puede “distinguir” el caso que resuelve de la regla de precedente; sin embargo, debemos recordar que el tribunal es mediador entre las razones de primer orden y la respuesta correcta al problema presente, de modo que dudar del criterio del tribunal es cuestionar su autoridad, y en ese caso se trataría de la una autoridad de *facto*, cuya regla es simplemente vinculante.

En cuanto a los hechos particulares contemplados por la regla de precedente, hemos admitido la posibilidad de que las normas jurídicas permitan diversas combinaciones de hechos, de las que pueden surgir, posteriormente, interpretaciones novedosas distintas a la sustentada por la regla de precedente, en ello no hay conflicto. Pero esto nos conduce a considerar la práctica de desautorizar reglas de precedente.

La práctica de *overruling* o desautorizar, como aquí la he denominado, se presenta igualmente en el contexto de las disputas reguladas por el derecho. Se caracteriza por ser muy restrictiva y más selectiva que la práctica de “distinguir”, debido a que está reservada sólo para los tribunales autoritativos en dos tipos de casos: cuando se desautoriza una regla emitida por un tribunal inferior, o bien cuando un tribunal autoritativo desautoriza su propia decisión previa o una de un tribunal de igual autoridad.³⁴⁰

La idea de reglas de precedente tiene implícita la noción de su carácter autoritativo, lo cual significa que los tribunales no

³³⁹ Alexander, “Los jueces como creadores de reglas”, *cit.*, p. 144.

³⁴⁰ Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, p. 190.

pueden ignorarlas o desautorizarlas en cualquier circunstancia; así, para desautorizar una regla previa de precedente, el tribunal autoritativo debe tener la certeza de que la nueva regla es mejor que la anterior, ya que la nueva regla va a sustituir a la anterior y afectará el orden establecido.³⁴¹

De cualquier forma, es razonable admitir que los tribunales autoritativos pueden cambiar sus reglas y las reglas de tribunales inferiores, como sucede. Sin embargo, no son completamente claras las condiciones bajo las cuales esto es posible, una pista es la de mejorar la regla anterior o cuando la regla original simplemente no responde a la nueva realidad, por lo que no tiene sentido seguir manteniéndola y se requiere crear una nueva, o bien cuando las normas jurídicas de las que dependía han sido reformadas; en todos los casos que parecen admisibles hay razones de mejora, adecuación o renovación.

En los diferentes sistemas jurídicos, esta práctica es considerada como un recurso de uso moderado que se aplica seriamente, y aunque no se niega esa posibilidad, se procura su mínima utilización, de modo que no es frecuente, pues un cambio de esa magnitud afectaría seriamente la estabilidad de las doctrinas mantenidas por la regla de precedente, y las repercusiones de ello afectarían seriamente a los destinatarios y la coordinación que pretende.³⁴²

La cuestión de fondo en este tema es que depositamos nuestra confianza en el tribunal para que efectúe el trabajo de elegir la razón que resuelva adecuadamente el caso presente, y es esa autoridad, dada su posición, la que tiene encomendada la tarea de balancear y decidir cuándo se enfrenta a disputas no reguladas, o bien sujetarse a la regla de precedente cuando cubre el caso que resuelve; esa es la tarea que le está encomendada, y partimos del supuesto de que si se trata de una autoridad legítima, lo efectuará razonablemente bien.

³⁴¹ Duxbury, *op. cit.*, p. 117; Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, p. 191.

³⁴² Duxbury, *op. cit.*, p. 123.

CAPÍTULO QUINTO

COHERENCIA Y PROGRESIVIDAD EN EL CONCEPTO DE PRECEDENTE

En los capítulos previos examiné tres de las cuatro condiciones que he identificado como necesarias del concepto de precedente, las cuales se implican y van desarrollando conjuntamente, por lo que ahora corresponde estudiar la última de las propiedades propuestas; esto es, la que refiere: *sirve como un eslabón que, a través de la coherencia, armoniza el pasado jurídico existente con el futuro novedoso del derecho.*

Recordemos que las reglas de precedente surgen en el contexto de disputas jurídicas parcialmente reguladas, en las que muy posiblemente el proceso de deliberación que viva el juez autoritativo³⁴³ le arroje una variedad de soluciones viables como producto de la interpretación que lleve a cabo. Por esta razón, es primordial que los tribunales cuenten con un marco de continuidad más o menos restrictivo, integrado por un material jurídico-normativo estable que permita diversas variaciones a la vez que constituya una fuerte columna vertebral a la cual acudir.³⁴⁴

Tanto la continuidad de las reglas jurídicas existentes como su cambio gradual son posibles gracias a la interpretación, según se advirtió en el capítulo anterior. En este sentido, la regla de precedente es producto de un proceso de interpretación en el que el

³⁴³ Recordemos que el “juez autoritativo” es la autoridad jurisdiccional habilitada para emitir reglas de precedente en un sistema jurídico determinado, que generalmente suelen ser los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía.

³⁴⁴ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., pp. 315 y 317.

juez autoritativo acomoda la *doble condición*³⁴⁵ de las reglas de precedente tanto para generar una respuesta que permita mantener la coherencia con el derecho vigente —promoviendo la estabilidad y continuidad de las doctrinas judiciales mediante el recurso permanente a esa columna vertebral de materiales jurídicos o “base”— como para promover, simultáneamente, la progresividad de las doctrinas judiciales al incorporar significados novedosos tendentes a la actualización del orden jurídico³⁴⁶ de acuerdo con las transformaciones sociales.³⁴⁷

I. TEORÍAS DE LA COHERENCIA Y SU APLICACIÓN AL DERECHO

En los últimos años, la coherencia³⁴⁸ ha ganado popularidad y se ha planteado su papel en el derecho de dos formas principales: para mostrar que el derecho es coherente en su totalidad, o bien mostrar que las proposiciones jurídicas están justificadas si es que encajan en una teoría del derecho coherente. Algunas teorías se han enfocado en explicar qué hace coherente a una teoría jurídica o en cuestionar si las teorías del derecho son o deberían ser coherentes.³⁴⁹

³⁴⁵ En adelante denominaré así esta última condición necesaria del concepto de precedente, en razón de la dualidad que presenta.

³⁴⁶ Presenté una versión previa de esta tesis en el Congreso “Un jurista pluridisciplinar: en torno al pensamiento de Michele Taruffo”, celebrado en la Universidad de Girona, España, en enero de 2015, trabajo que luego fue objeto de selección doble ciego y publicado como Gómora Juárez, Sandra, “Coherencia y progresividad en el concepto de precedente”, en Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (coeds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 193-219.

³⁴⁷ *Idem*; Postema, *op. cit.*, p. 205.

³⁴⁸ Un estudio exhaustivo acerca del papel de la coherencia y justificación en diferentes ámbitos se encuentra en Amaya, Amalia, *The Tapestry of Reason. An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015.

³⁴⁹ Hage, Jaap, “Law and Coherence”, *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 1, 2004, p. 87. La búsqueda de criterios para determinar el conocimiento o cuándo un

De acuerdo con el planteamiento general de Joseph Raz,³⁵⁰ las teorías que se ocupan de la coherencia son parte, o de la teoría del conocimiento (teorías epistémicas o de justificación) o de la teoría de la verdad (teorías constitutivas). A grandes rasgos, las teorías epistémicas de la coherencia sostienen que la coherencia constituye una condición de la creencia justificada, en tanto que las teorías constitutivas proporcionan una explicación acerca de qué es lo que hace que una sentencia judicial correcta o proposición jurídica sea verdadera.³⁵¹

Para la teoría epistémica basada en la coherencia, una creencia está justificada si y sólo si, algo que se encuentra dentro de los recursos de la persona que la sostiene brinda un mejor sustento para esa creencia que para otras creencias contrapuestas. Estos teóricos agregan que los recursos de las personas que resultan relevantes para la justificación de sus creencias consisten únicamente en otras creencias, incluyendo sus creencias acerca de la manera en que fueron adquiridas y la manera en que las sostienen.³⁵²

Esta postura, sin embargo, no es del todo satisfactoria, porque existen vicios epistémicos en la manera en la que se forman o se sostienen algunas creencias, lo cual hace que dichas creencias sean injustificadas, incluso aunque sean coherentes con las demás

conjunto de creencias está justificado, ha sido el objetivo central de las “teorías epistémicas o de justificación” mientras que la búsqueda de los criterios que hacen a una creencia o proposición verdadera en sí misma ha derivado en “teorías de la verdad”; una versión de ambas emplea a la coherencia como posible respuesta. Véase Rodríguez Blanco, Veronica, “A Revision of the Constitutive and Epistemic Coherence Theories in Law”, *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 2, 2001, p. 212; Olsson, Erik, “Coherentist Theories of Epistemic Justification”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, primavera de 2014. Consultado el 4 de septiembre de 2014 en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justep-coherence/>.

³⁵⁰ Su explicación ofrece claramente un panorama general de la idea de coherencia y su posible participación en el derecho y no la descripción de una teoría específica. Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 1994, pp. 278 y 279.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 279.

³⁵² *Ibidem*, p. 282.

creencias de la persona y aunque ésta no se percate de que ha incurrido en algún vicio. Es decir, no podríamos sostener como “creencia justificada” aquella que fue concebida mediante prejuicio, superstición, ingenuidad, obstinación o cualquier defecto cognitivo del creyente, incluso aunque las demás creencias del sujeto respaldaran mejor dicha creencia que el resto de las alternativas. Lo anterior es así porque aunque se considere que el proceso para obtener dicha creencia es epistémicamente intachable, es claro que la creencia obtenida está viciada y no fue obtenida bajo condiciones objetivas.³⁵³

Esa deficiencia en las teorías epistémicas de la coherencia las convierte en una postura subjetiva, en el sentido de que es relativa a las creencias de cada persona; de ese modo, puede haber dos o más creencias justificadas respecto del mismo tema. Tal planteamiento fracasa —si es que consideramos que la coherencia juega algún papel en el derecho y/o en la función judicial—, pues lo que es derecho es una cosa y lo que las personas creen que es, es otra cosa distinta;³⁵⁴ por ello, parece claro que la coherencia del derecho en general y del precedente en particular no puede consistir en, ni derivar de, consideraciones subjetivas.

Por otro lado están las teorías constitutivas de la coherencia, que parecen ofrecer una explicación más plausible acerca del papel que la coherencia desempeña en el derecho y en la función judicial, ya que no se ocupa de las creencias individuales, sino de aquello que hace que una sentencia judicial sea correcta o que una proposición jurídica sea verdadera, en el caso del derecho: las normas, reglas, estándares, doctrinas judiciales y principios jurídicos.³⁵⁵

En tal sentido, las teorías constitutivas no toman como fundamento las creencias de cada persona, pues consideran que di-

³⁵³ *Ibidem*, pp. 282 y 283.

³⁵⁴ *Ibidem*, pp. 287 y 288.

³⁵⁵ *Ibid.*

cha base no puede ser subjetiva, sino que debe ser la misma para todos, así que una base suficientemente objetiva en el derecho lo son, digamos, las sentencias judiciales, la legislación y la reglamentación administrativa.³⁵⁶

En términos de Joseph Raz, la coherencia desempeña un papel en el derecho a través de una “base” concebida como aquello con lo cual deben volverse coherentes las proposiciones.³⁵⁷ Cuando consideramos que la necesaria interacción, la acción cooperativa y la coordinación dentro de una sociedad sólo son posibles gracias a la conciencia de la existencia —a lo largo del tiempo— de una base común para la guía humana, a la que es posible recurrir para identificar las técnicas, soluciones y estrategias que resolvieron problemas de coordinación en el pasado y que son parte de la experiencia compartida, entonces esta explicación cobra sentido, especialmente en sede judicial.³⁵⁸

La explicación constitutiva basada en la coherencia, según se ha expuesto, muestra un papel que razonablemente podemos admitir como parte del derecho, que tiene sentido dada la forma en la que concebimos nuestras normas jurídicas y la relación entre ellas. Como miembros de una sociedad poseedora de un sistema jurídico, es normal que utilicemos las normas jurídicas como parámetro de corrección, evaluación y crítica de nuestras propias acciones y las de los demás. En este sentido, resulta plausible considerar a la coherencia como criterio permanente que las autoridades emplean para la toma de decisiones judiciales, como se mostrará más adelante.³⁵⁹

³⁵⁶ *Ibidem*, pp. 288 y 289.

³⁵⁷ Las teorías epistémicas consideran que esa base es el conjunto de creencias de la persona.

³⁵⁸ Postema, *op. cit.*, pp. 212 y 221.

³⁵⁹ En lo que sigue nos atendremos a esta visión constitutiva de la coherencia proporcionada por Raz para explicar su papel en el concepto de precedente.

II. COHERENCIA GENERAL Y COHERENCIA JURISDICCIONAL

Ahora bien, puede creerse que el derecho como autoridad y las indicaciones de una autoridad son aceptables porque son totalmente coherentes; pero no creo que éste sea el caso, ya que es posible que la autoridad del derecho sea legítima aun cuando sus indicaciones no sean del todo coherentes; la realidad de tal supuesto es que incluso si las indicaciones autoritativas no son óptimas en términos de coherencia, es posible que alcancen objetivos estimables y que logren la coordinación necesaria que no podría haberse logrado de otro modo.

Así, globalmente, el derecho no es un cuerpo coherente de normas y doctrina judicial, dado que el derecho de origen legislativo surge como resultado de caprichos, acuerdos políticos, compromisos pragmáticos y fuerzas políticas cambiantes, y bajo tales condiciones es improbable que tal derecho exhiba coherencia en algún grado importante;³⁶⁰ no obstante, puede tener sentido aceptarlo debido a los beneficios que se derivan de dicha aceptación.

¿Qué significa esto? El reconocimiento de la probable falta de coherencia en el derecho legislado no resta importancia a la coherencia en sí misma, sino que solamente dimensiona el papel que ésta desempeña y evidencia que la identificación, aceptación y justificación del derecho en general, no puede atribuirse únicamente a la coherencia, lo cual significa que hay otros elementos que intervienen en dicha aceptación, e incluso que la propiedad de la coherencia puede no ser exhibida por todos y cada uno de los contenidos del derecho. La concepción de autoridad está estrechamente vinculada a esta idea.

Los otros elementos para la identificación, aceptación y justificación del derecho se derivan de la tesis de la autoridad legí-

³⁶⁰ Dickson, “Interpretation and Coherence...”, *cit.*; *cfr.* Raz, “Two Views of the Nature of the Theory of Law...”, *cit.*, pp. 298 y 299.

tima.³⁶¹ A grandes rasgos, la tesis de la autoridad legítima afirma que el derecho se compone de las indicaciones que la autoridad legítima ha elegido como las razones correctas con base en las cuales deben actuar los gobernados. Dichas razones constituyen el derecho —y son razones para actuar de los sujetos a esta autoridad— cuyo contenido y existencia puede identificarse a través de hechos sociales que lo determinan.

La tesis de la autoridad subyace y articula la explicación que ofrezco; en tal sentido, no afirmo que la coherencia sea la razón por la que seguimos precedentes ni que de ella dependa su fuerza vinculante. Sostengo en cambio que los precedentes —necesariamente— guardan coherencia (en algún grado) con alguna parte del derecho establecido. Si bien las consideraciones de autoridad sirven para identificar el derecho, una vez identificado el derecho aplicable, la *doble condición* es siempre un elemento que está presente al decidir el contenido que ha de incorporar la respuesta institucional (precedente) que un tribunal autoritativo proporcione.³⁶²

Entonces, cabe preguntarse ¿cómo es que la coherencia puede no ser exhibida por todos los contenidos del derecho? Al respecto, algunos autores, como Julie Dickson, han explicado que si la teoría de la coherencia toma como base las actividades de

³⁶¹ Michele Taruffo concibe de manera distinta la explicación general en torno al precedente (y sus dimensiones). Si bien son temas que forman parte de una empresa más amplia que no desarrollo en este trabajo, debo decir que en ambas explicaciones se recurre al concepto de autoridad, aunque con implicaciones y alcances distintos en cada una. Por otra parte, la caracterización misma de “precedente” hace una diferencia importante en la posibilidad o no de un precedente horizontal, por ejemplo. Taruffo, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 136. No obstante las diferencias, comarto la idea de que el recurso de algunos tribunales a sentencias de otros tribunales de igual jerarquía es tan sólo una muestra de un tribunal siguiendo un buen ejemplo, no un precedente. Taruffo, Michele, *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del taller de derecho procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, pp. 197 y 198. Para un estudio en torno al ejemplo *versus* el precedente, véase *ibidem*, pp. 212-219.

³⁶² Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 304.

las autoridades jurídicas, y si el derecho que crean se basa en la intención que como autoridades tuvieron para crearlo, entonces no podemos esperar un alto grado de coherencia global en el derecho, dado que proviene de intenciones diversas y distintos autores en un momento histórico determinado, que además han cambiado cualquier cantidad de veces en momentos históricos pasados. Ante ese escenario de pluralidad de momentos, personas e intenciones, resulta difícil creer que pueda existir una coherencia interna en el derecho que tales autoridades generen.³⁶³

En esa misma línea, Grant Lamond considera que el material jurídico en el derecho es fragmentario, porque deriva del trabajo de diferentes autores en distintos momentos con distintas perspectivas, y también porque el grado de estas participaciones es distinto en cada área del derecho. Como resultado de lo anterior, la coherencia global o general del derecho es bastante más débil, mientras que se favorece la coherencia local.³⁶⁴

En opinión de Joseph Raz, la tesis de la coherencia global del derecho³⁶⁵ fracasa debido a su inconsistencia con la tesis de la autoridad del derecho; no obstante, sostiene la plausibilidad de una tesis de la coherencia jurisdiccional. Este planteamiento resulta satisfactorio, aunque —desde mi punto de vista— podemos advertir que no se descarta totalmente la intervención de la

³⁶³ Esta reflexión abre un paréntesis respecto de la importancia que se debe asignar a la intención de las autoridades jurídicas y sus razones para actuar cuando se interpreta y determina el contenido del derecho, pues al hacerlo cobra sentido que la autoridad actúa con base en razones y no arbitrariamente, de lo que se ha de dar cuenta al interpretar el derecho: reflejar la intención del autor y las razones que tuvo para emitir alguna norma. Considero que es justo el momento en el que la *doble condición* juega un papel relevante. *Ibidem*, pp. 298 y 299; Dickson, “Interpretation and Coherence...”, *cit.*, pp. 11 y 12.

³⁶⁴ Lamond, *op. cit.*, p. 23.

³⁶⁵ Podríamos considerar el “derecho como integridad”, según Ronald Dworkin, o sea una teoría de la coherencia global, en el sentido de que la actitud interpretativa permea todo el derecho, haciendo que cada juez considere su labor como un eslabón en una gran cadena de construcción coherente del derecho en una etapa histórica determinada. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2012, pp. 165 y 166.

coherencia en el derecho, sino que se evidencian las partes del derecho en las que no aparece y se esclarecen las partes del derecho en las que sí interviene, determinando el papel que en ese ámbito desempeña. Así, la coherencia interviene en unas partes del derecho, pero no en otras y, como veremos, su intervención se encuentra precisamente en el plano jurisdiccional, con las reglas de precedente, que a su vez son normas jurídicas que forman parte del derecho.³⁶⁶

El argumento de Raz a favor de la tesis de la coherencia jurisdiccional versa:

Dadas las normas y doctrinas establecidas del derecho, un tribunal debe adoptar la solución al caso que se presenta ante él que se vea favorecida por la más coherente de las teorías (*v. gr.* conjunto de proposiciones), la cual, de ser justificadas las normas aceptadas del sistema, la justificaría”.³⁶⁷

En el marco de la tesis de la coherencia jurisdiccional, el derecho consiste en razones *prima facie* que surgen de leyes, normas y doctrinas judiciales,³⁶⁸ que pueden entrar en conflicto; es entonces cuando interviene la coherencia para establecer la jerarquía entre esas razones. Así, las consideraciones de autoridad se presentan en la primera etapa, al determinar cuál es el derecho

³⁶⁶ Dickson, “Interpretation and Coherence...”, *cit.*, pp. 14 y 15. Al referirme a “partes del derecho” estoy hablando de la distinción entre normas jurídicas y reglas de precedente. Al respecto, a pesar de que Julie Dickson se refiere a “stages” en su artículo, considero que “partes del derecho” es un término más adecuado en español (aunque no una traducción exacta), dada la explicación de fondo, pues se refiere a que la coherencia hace su aparición no en la creación de normas jurídicas a nivel legislativo o administrativo, sino en la creación de normas jurídicas a nivel jurisdiccional, y toda vez que los productos de esas actividades de creación normativa son “partes del derecho”, prefiero dicha denominación.

³⁶⁷ Raz, *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, p. 302.

³⁶⁸ Entiéndase por doctrinas judiciales el conjunto de criterios vigentes emanados de las sentencias de los tribunales autoritativos.

establecido, mientras que la coherencia determina la solución del conflicto entre razones *prima facie* establecidas por el derecho.³⁶⁹

El planteamiento central consiste en distinguir que la coherencia no interviene en un primer momento; es decir, la coherencia no interviene en la manera en que determinamos el contenido de derechos, deberes y facultades creados por la ley, pues éstos se identifican por referencia a las fuentes sociales, no a la coherencia. En una etapa posterior se presenta la determinación de jerarquías entre razones *prima facie*, lo cual tiene lugar en sede judicial, pero no en los casos fáciles u ordinarios, sino sólo en aquellas disputas parcialmente reguladas en las que aun contando con normas jurídicas aplicables no hay una respuesta concreta, lo cual da lugar a la interpretación.

Por otra parte, en los casos parcialmente regulados, la posibilidad de interpretar significa que hay un “original”,³⁷⁰ implica que existe una norma jurídica aplicable; esto es, una indicación emitida previamente por la autoridad acerca del modo en que debía actuarse en ciertas circunstancias.

Así, partimos de la noción de que las normas jurídicas son producto de la voluntad de una autoridad (persona o grupo) que decidió que determinada regla era una buena razón para actuar. El derecho es producto de las elecciones y decisiones de la autoridad que tuvo intención de crearlo de una forma determinada, así que el objeto básico de la interpretación jurídica son las decisiones de la autoridad,³⁷¹ su objetivo, explicar esas decisiones para entender y aplicar adecuadamente el contenido del derecho.³⁷²

En dicho sentido, el juez debe interpretar cuándo la norma jurídica no da una respuesta específica al problema planteado.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 302.

³⁷⁰ En el contexto jurídico, por “originales” podemos entender a las Constituciones, la legislación, los precedentes, los textos en los que fueron formulados las reglas jurídicas, doctrinas y el derecho en sí mismo. Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 258.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 250.

³⁷² Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 238.

Como las razones *prima facie* aplicables no resuelven el problema, entonces no son excluyentes para el juez, pues no excluyen el balance de razones de primer orden y llevan al juez a deliberar acerca de las razones correctas para actuar en el caso. Este escenario muestra que la coherencia tiene un papel para determinar lo que es derecho, al menos en los casos parcialmente regulados.³⁷³

Dado que en estos casos, por referencia a la autoridad solamente, el juez no puede hallar la respuesta concreta, entonces interpreta y la genera,³⁷⁴ tanto atendiendo a la intención de la autoridad del derecho como recurriendo a cualesquiera otros fines o propósitos generales o específicos en la materia de que se trate, que pudieran considerarse estimables para el caso. Y ¿cómo se logra esto? Cuando no hay respuesta clara, la coherencia es la guía y vínculo que permite al juez cohesionar y generar la respuesta adecuada integrando tales fines.

Como puede advertirse, parece que la coherencia sí interviene en la determinación del contenido de las doctrinas judiciales (que son un tipo de derecho) en el escenario específico que he señalado. En este caso, la coherencia asegura precisamente la continuidad de dichas doctrinas, pero principalmente la resolución novedosa que va a sentar precedente por vez primera, surge de la consideración del conjunto de elementos normativos que prevalecen en la materia sobre la que versa; por lo general, no improvisa un contenido radical que se desvincula del resto de la normativa existente;³⁷⁵ por esto, si bien es cierto que la autori-

³⁷³ Los casos parcialmente regulados son los casos difíciles en los que se agota el derecho positivo vigente, por lo que, según MacCormick, requieren una “justificación de segundo orden”, es decir, contrastar posibles resoluciones para rechazar la que no satisface el test de “lo que hace sentido en el contexto del sistema jurídico”. MacCormick, Neil, *Legal Reasoning, and Legal Theory*, cit., pp. 103 y 197.

³⁷⁴ En este punto coincide Michele Taruffo al afirmar que interpretar implica atribución de significado. Taruffo, *Proceso y decisión...*, cit., p. 130.

³⁷⁵ En este punto coincide Neil MacCormick cuando manifiesta que impartir justicia no puede significar que los jueces solamente pueden decidir los casos de manera justificada por simple deducción de normas jurídicas obligatorias; incluso, por otro lado, tampoco puede significar que son libres para seguir sus

dad plasma las razones que sustentan su intención en la doctrina jurisdiccional, también lo es que dicha doctrina mantiene algún grado de coherencia con los elementos normativos preexistentes, por mínima que sea.³⁷⁶

Me parece entonces que la coherencia no sólo surge para establecer la jerarquía entre razones *prima facie* en conflicto, sino también —exclusivamente en casos parcialmente regulados en sede judicial— para generar, a partir de ellas, la respuesta al caso (una razón excluyente), lo cual equivale en buena medida a determinar el derecho con ayuda de la coherencia en esos casos problemáticos.

Coherencia jurisdiccional local

En esa línea de discusión, algunos autores han sostenido que la coherencia se aplica de manera local;³⁷⁷ es decir, sostienen que la coherencia de la doctrina judicial es coherente respecto de áreas específicas del derecho. En ese sentido, se entiende que la doctrina judicial aplica consistentemente la pluralidad de principios y normas jurídicas vigentes para esa área del derecho, generando así una práctica coherente.

propias intuiciones de justicia, utilidad y sentido común, libres de limitaciones, pues el área de su libertad, poder y deber de buscar soluciones justificadas en términos consecuencialistas de las necesidades de un caso genérico está limitada por alguna “garantía jurídica” de lo que están haciendo. MacCormick, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 166.

³⁷⁶ MacCormick y Dworkin comparten esta idea al manifiestar que la coherencia con alguna parte del derecho establecido es una condición necesaria de las decisiones legalmente justificadas en los casos difíciles. Baum Levenbook, Bárbara, “The Role of Coherence in Legal Reasoning”, *Law and Philosophy*, núm. 3, 1984, p. 370; Dickson, “Interpretation and Coherence...”, *cit.*, p. 15. Joseph Raz difiere de este planteamiento, pues considera que la razón por la cual los tribunales siguen el derecho establecido cuando éste brinda una solución definitiva no tiene nada que ver con los méritos de la coherencia, sino con la fuerza vinculante de la doctrina de la autoridad y, en todo caso, la coherencia jurisdiccional entra en juego cuando el derecho establecido no brinda una respuesta definitiva. Raz, *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, p. 304.

³⁷⁷ Joseph Raz y Bárbara Baum Levenbook, por ejemplo.

Ahora bien, la coherencia local cobra importancia cuando advertimos que los tribunales autoritativos pueden enfrentar el “dilema de la reforma parcial” cada vez que sientan reglas de precedente. Esto es, ante la posibilidad de que el derecho refleje el pluralismo social, el juez autoritativo puede enfrentar el dilema de optar por la mejor solución o aquella que, no siendo la mejor, es más coherente en esa área jurídica, y puede, por la misma razón, generar mejores consecuencias en tanto no se modifique el derecho circundante.

Dicho dilema sugiere considerar que los tribunales autoritativos tienen menos oportunidades que una legislatura para modificar el derecho, las cuales se extienden en el tiempo, y que dichos tribunales sólo pueden contemplar y pronunciarse sobre aspectos limitados y concretos de una problemática, lo cual no favorece el dinamismo.³⁷⁸

En ese mismo sentido se ha pronunciado Bárbara Baum Levenbook, quien considera que las decisiones judiciales se integran adecuadamente por los principios específicos de una rama del derecho, pues es posible que un conjunto de principios sean específicos de esa rama y tengan poca semejanza o sean incluso incoherentes con los principios y reglas de las demás ramas del derecho. De tal suerte que si se busca arribar a una decisión en la materia específica que guarde coherencia con el resto de las ramas del derecho, es posible que se obtenga algún grado mínimo de coherencia general mientras se produce incoherencia local.³⁷⁹

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 316. Dworkin concuerda con la necesidad de hacer los nuevos contenidos compatibles con los ya existentes. Dworkin, *El imperio de la justicia*, *cit.*, pp. 100-104. MacCormick identificó también la tensión permanente en sede judicial entre suscribir un significado obvio u otro menos obvio que satisface aspectos diversos de política y principio. MacCormick, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 210.

³⁷⁹ Baum, “The Role of Coherence in Legal Reasoning”, *cit.*, pp. 367-373. La autora destaca lo que en su opinión es el enfoque adecuado con el que debe entenderse el papel de la coherencia en el derecho, como consecuencia a la crítica que hiciera en su artículo a las posturas de Ronald Dworkin y Rolf Sartorius, en relación con el enfoque que ambos autores comparten en torno

Tal afirmación no excluye la posibilidad de que existan casos, reglas y principios en cualquier rama del derecho que algunas veces sean relevantes para la justificación jurídica de una decisión en otra rama del derecho; pero tal circunstancia no es coherencia global ni es específica de un rama del derecho, sino más bien un fenómeno distinto.³⁸⁰

III. LA DOBLE CONDICIÓN NECESARIA Y OTROS CRITERIOS PARA DECIDIR

Ahora bien, ¿qué entendemos por coherencia y progresividad? La explicación que ofrezco acerca de estos conceptos intenta ser fiel a las nociones generales comúnmente compartidas por quienes tienen dominio del concepto de derecho; no hay nada complejo, extraño ni estipulado en el contenido de estas dos nociones.

En el marco de este trabajo, la coherencia se refiere a la propiedad de las sentencias autoritativas, que consiste en la relación y vínculo que guarda la nueva sentencia judicial con el material jurídico-normativo vigente en la materia,³⁸¹ que es una explicación con la que razonablemente se le asocia.³⁸² Por otra parte, la progresividad refiere la propiedad que refleja avances y transfor-

a que la coherencia es una propiedad del sistema jurídico en su totalidad. *Ibidem*, p. 356.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 371.

³⁸¹ MacCormick sostiene que tanto el derecho legislativo como las reglas de precedente tienen un requerimiento de consistencia según el cual no se contradicen las reglas jurídicas establecidas y vinculantes. MacCormick, *Legal Reasoning..., cit.*, p. 213. Asumo que el material jurídico-normativo contiene reglas, principios, estándares y otras guías normativas que constituyen la “base” con lo cual ha de ser coherente la sentencia que se emita. Esta base o material jurídico-normativo tiene una riqueza de contenidos, por lo que la noción de coherencia contempla no solamente la inexistencia de inconsistencias normativas, sino también la persecución de fines o principios identificables en el derecho en la materia y problema de que se hable.

³⁸² Amaya denomina a las posturas de este tipo como “teorías débiles” de la coherencia para referirse a las teorías que sostienen que la coherencia norma-

maciones en las respuestas que ofrecen estas sentencias autoritativas, no contenidas hasta ese momento en el material jurídico-normativo vigente en la materia.

Debe observarse que a ambas propiedades pueden atribuirseles una gama de sentidos y contenidos muy diversos, incluso opuestos según el caso particular. Por esta razón, es importante tener presente que tanto la coherencia como la progresividad pueden asociarse con contenidos morales, aunque no necesariamente es así. En ese sentido, la progresividad puede estar asociada con un estado de cosas moralmente superior, económica-mente más ventajoso o socialmente conveniente —aunque no necesariamente—; por ejemplo, la política antisemita de Hitler fue endureciéndose progresivamente, y tal situación fue moral-mente deleznable,³⁸³ lo cual significa que la progresividad no está necesariamente relacionada con elementos morales.

La aclaración es relevante en la medida en que muestra el alcance y los límites de estos conceptos, pues si bien es posible esta asociación, lo cierto es que la sola posibilidad de que los contenidos que se les atribuyen puedan ser tan divergentes, obli-ga a mantenerse en el plano descriptivo. Así, con independencia de la carga moral, social, económica o de otra índole que se les atribuya según el caso, el sentido de progresividad que empleo se refiere básicamente a una transformación lisa y llana de un esta-do de cosas a otro que no existía con anterioridad, mientras que el sentido de coherencia se refiere a la conservación de ciertos elementos jurídico-normativos vigentes en la materia.

He ofrecido, pues, algunas razones para considerar que la doble condición de la coherencia junto con la progresividad es necesaria mas no suficiente para dar cuenta de nuestro concepto de precedente.³⁸⁴ Por una parte, porque no es esta condición la

tiva es una condición necesaria pero no suficiente de la justificación jurídica. Amaya, *The Tapestry of Reason...*, cit., p. 11.

³⁸³ Debo esta distinción a Juan Vega.

³⁸⁴ MacCormick señala también que la coherencia no es condición suficiente para la justificación de una decisión judicial en el caso de la justificación de

que explica en circunstancias normales por qué seguimos precedentes y, por otra parte, en una realidad que constantemente evoluciona, la doble condición no es un criterio suficiente para encontrar la respuesta adecuada a una variedad indefinida de complejos problemas jurídicos.

En tal sentido, Raz ha sugerido que es posible que la coherencia sea uno de varios criterios que intervienen en la decisión cuando se presenten conflictos entre razones *prima facie* que no puedan ser decididos con la sola referencia a la coherencia, con la posibilidad de que la coherencia deba ser sacrificada por otro bien.³⁸⁵ Aunque coincido parcialmente con esta apreciación, hay algunas precisiones que me separan de esta explicación, principalmente porque no considero que la coherencia —ni la *doble condición* propiamente— sea un criterio que se pueda sacrificar a favor de otros; en cambio, considero que se puede y de hecho se emplean otros criterios al decidir, pero siempre de manera paralela a la *doble condición*.

La primera precisión al respecto apunta a que la forma adecuada de entender la coherencia como parte de la *doble condición* es como un criterio presente de manera constante en los conflictos entre razones *prima facie* en sede judicial.³⁸⁶ No considero que ocasionalmente “deba” o “pueda” abandonarse para incluir otros criterios, sino que es un criterio-guía permanente en la decisión.

Es común que los jueces autoritativos recurran en diferentes proporciones a varios criterios en la decisión, pero no veo que ese hecho conduzca irremediablemente a eliminar la coherencia en el razonamiento. Me parece que el referente o inclinación ha-

segundo orden, pero ayuda a delimitar el rango de decisiones admisibles a un caso parcialmente regulado. Amaya, *The Tapestry of Reason...*, cit., pp. 17 y 18.

³⁸⁵ Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 303.

³⁸⁶ Raz ha sostenido que la continuidad es realmente valorada en la interpretación jurídica; tan es así, que constituye junto con la autoridad, el desarrollo legal y la equidad, el centro mismo de la interpretación jurídica. Véase Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 233.

cia la coherencia está siempre presente aunque ocurra de manera imperceptible casi natural, pues la reglas de precedente están vinculadas al orden normativo vigente, y esa racionalidad de ser reglas integrantes del orden jurídico en el contexto de una disputa parcialmente regulada, sólo se logra a través de la coherencia,³⁸⁷ habida cuenta de que en este punto el solo recurso a la autoridad no ofrece una respuesta concreta.

En esta misma línea se sitúa Levenbook, quien considera que en los casos difíciles, cuando se presentan dilemas en los que dos o más decisiones son igualmente coherentes y justificadas, intervienen otras consideraciones en la toma de decisión, además de la coherencia para arribar a la decisión legalmente justificada.³⁸⁸ Hay, además de la coherencia, otras consideraciones o criterios que se toman en cuenta, lo cual implica que la coherencia no se sacrifica, sino que se combina y complementa con esas otras consideraciones.

Aun cuando los tribunales recurren a diferentes criterios en los casos parcialmente regulados, la coherencia —de acuerdo con la práctica del precedente— es la guía que les permite y

³⁸⁷ El enfoque coherentista es ampliamente debatido, y hay una serie de objeciones que se plantean a estos enfoques, entre otras, por presuntamente conducir a indeterminación jurídica. Amaya, *The Tapestry of Reason...*, *cit.*, pp. 57-72. Esta lectura del resultado en el proceso de decisión parte de la idea (según la tesis raziana original de la coherencia) de que la coherencia es uno entre varios valores que se combinan de formas que hacen imposible decidir la combinación adecuada. Las precisiones en la aplicación de la tesis, al asumir que la coherencia no se sacrifica, sino que prevalece buscando asegurar los contenidos autoritativos del derecho, permite situar la decisión ante un rango de decisiones admisibles menor del que enfrentaría el tribunal si sacrificara la coherencia; en ese sentido, no considero que las posibilidades de decisión equivalgan a indeterminación, sino a la reducción de incertidumbre gracias a la identificación de las pocas opciones compatibles con las normas jurídicas parcialmente aplicables.

³⁸⁸ Baum, “The Role of Coherence in Legal Reasoning”, *cit.*, pp. 370 y 371. Y para el caso de que no se pueda arribar a una decisión en los casos difíciles, recurriendo a principios jurídicos entre diferentes ramas del derecho, entonces se puede incluso recurrir al resto de los principios que prevalecen en esa jurisdicción, *ibidem*, p. 372.

asegura generar respuestas institucionales, siguiendo la intención autoritativa del derecho contenida en la regla parcialmente aplicable al caso y los principios vigentes en esa área del derecho. Así que, con independencia de los demás criterios que se empleen, la coherencia es uno al que se recurre de manera permanente.

La segunda precisión sugiere que cuando hay conflicto de razones *prima facie*, se abre la oportunidad al juez para determinar el derecho que estaba indeterminado, guiado por la *doble condición*: asegurando coherencia en todo momento, pero inevitablemente transitando hacia la progresividad, debido a la necesidad de variar el sentido de las doctrinas judiciales sostenidas, promover su desarrollo o impulsar su transformación y adecuación.³⁸⁹ Recuérdese que esta necesidad surge de la falta de respuestas en el derecho existente; por eso las soluciones están en el cambio y conjugación de nuevos elementos con los elementos jurídico-normativos que ya son parte del derecho.

Si bien puede haber una diversidad de criterios adicionales al decidir, lo cierto es que cada caso con sus particularidades demandará el uso de algunos criterios por sobre otros, haciendo que aquellos criterios utilizados en el caso parcialmente determinado *A*, sean distintos a los criterios utilizados en el caso parcialmente determinado *B*, con excepción de la *doble condición* que —en alguna proporción— está presente en la regla de precedente contenida en *A* y *B*, así como en cualquier otra regla de precedente, condición que explica en buena medida su naturaleza.

Ciertamente, la *doble condición* —la coherencia y la progresividad— no es el único criterio al que recurren los tribunales autorí-

³⁸⁹ Raz también ha resaltado el papel de los tribunales en el desarrollo del derecho y ha señalado la enorme influencia del desarrollo del derecho mediante interpretación, misma que presenta una tensión permanente entre autoridad y continuidad, por una parte, y equidad y desarrollo legal, por otra. Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 237. No puedo dejar de observar que Raz considera que existe una tensión en la interpretación y, como hemos visto, la interpretación es condición necesaria de la regla de precedente, por lo cual es razonable sostener la existencia permanente de la *doble condición*.

tativos para sentar reglas de precedente. Es innegable que puede haber un gran número de criterios diversos al interpretar; incluso puede ser deseable usar más de uno solo, alternar o recurrir a uno u otro según el caso; pero ese hecho es perfectamente compatible con la afirmación de que sólo la *doble condición* es necesaria y constante cuando se crean reglas de precedente.

En una línea semejante se pronuncia Michele Taruffo cuando se refiere al valor que se le otorga a la previsibilidad en las decisiones judiciales que asocia directamente con la estabilidad, uniformidad y conservadurismo en el contenido de las decisiones judiciales; si bien reconoce el valor de este elemento en algunos casos, también advierte la necesidad de la evolución del derecho, de modo que la prioridad que se conceda a cada uno dependerá del caso y la materia.³⁹⁰ En este sentido, su postura es muy cercana a la idea que planteo con relación a la participación de la coherencia y progresividad en el precedente.

En esa misma tónica, Neil MacCormick se refirió a la importancia —desde el punto de vista interno— de dar coherencia a las resoluciones judiciales en el marco de las normas generales y valores del sistema jurídico, lo cual implica un compromiso con los fines y valores a los que se ha propuesto servir el entramado jurídico normativo; pero al mismo tiempo implica adoptar, extrapolar valores recibidos dentro de dicho marco para que la creación del derecho judicial sea legítima.³⁹¹

IV. COHERENCIA Y PROGRESIVIDAD EN CONTEXTO

Si aceptamos que parte de la naturaleza del precedente radica precisamente en servir como ejemplo autoritativo para resolver disputas futuras, sabemos que en el origen, la regla de precedente como respuesta institucional surge invariablemente de un con-

³⁹⁰ Taruffo, *Proceso y decisión...*, cit., pp. 127 y 128.

³⁹¹ MacCormick, *Legal Reasoning...*, cit., p. 153.

texto jurídico-normativo y autoritativo claramente determinado y, como tal, esa respuesta institucional está vinculada en alguna medida a dichos contenidos jurídicos; es decir, es coherente en alguna medida con esos contenidos.

En un sentido, la coherencia es el elemento que permite dar continuidad a las “doctrinas judiciales” que se han pronunciado en el pasado a través de los nuevos pronunciamientos, y se manifiesta cuando cada nueva resolución sigue la dirección que la regla de precedente ha establecido para los siguientes casos semejantes; es decir, no se inventa una nueva respuesta de la nada, sino que cada nueva resolución autoritativa está vinculada con el contenido jurídico existente. Esta forma de operar refleja el germen de la justicia, en la generalidad y aplicación igualitaria de las reglas en casos similares.

Visto de esta forma, la coherencia está directamente relacionada con la interpretación jurídica y la igualdad que se reflejan en los contenidos de la regla de precedente, que permiten mantener un vínculo con el orden jurídico existente al pronunciar cada nueva regla. Naturalmente, esos contenidos son aplicados a una generalidad de sujetos aplicando la máxima de “tratar los casos semejantes de la misma manera”. Es por esto que toda controversia que presente cualidades semejantes se resuelve en el mismo sentido, asegurando así un tratamiento igual a las personas que se encuentran en las mismas circunstancias en el sentido normativamente relevante.

En el marco de la práctica judicial, la coherencia está comprometida con la continuidad y congruencia del orden jurídico; su tendencia natural es armonizar los nuevos contenidos con las normas jurídicas y principios ya existentes. Cada nueva resolución que se dicta en un mismo sentido, coherentemente, atendiendo a un aspecto relevante en sentido normativo, está promoviendo —de manera indirecta— un tratamiento igualitario a los sujetos de esos casos que motivan la decisión.³⁹²

³⁹² Desde mi perspectiva, la coherencia es la condición necesaria del precedente. Podría cuestionarse, sin embargo, por qué hablar de la coherencia

El contenido de una sentencia, coherente con decisiones previas, repercute en el sujeto de la misma si consideramos que éste está siendo beneficiario de las mismas cargas y beneficios que otros sujetos en el pasado —en lo que a un aspecto específico normativamente relevante se refiere—, lo cual es asegurado por el precedente. Esto muestra la íntima conexión que existe entre la coherencia y la igualdad, en tanto que la coherencia implica indirectamente el tratamiento igualitario de sus destinatarios, revelando así que el precedente contiene, de una manera concentrada, el germen de la justicia.

Ignorar el contexto jurídico en el que surge la regla de precedente equivaldría a ignorar la autoridad del derecho, a ignorar las indicaciones que la autoridad ha establecido en las normas jurídicas que forman ese contexto. Las decisiones jurídicas ocurren en el contexto de un cuerpo de conocimiento, que es el cuerpo del sistema jurídico dentro del cual dichas decisiones tienen sentido.³⁹³ Como parte integrante de un sistema jurídico, los tribunales pueden sentar reglas de precedente sólo a partir de casos concretos, y las normas jurídicas que aplican a esos casos son autoritativas para ellos.

Si la autoridad judicial pudiera dejar a un lado el derecho establecido para hacer y decidir por su cuenta, entonces no tendríamos realmente derecho, pues, en términos de Hart, es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico que los funcionarios sostengan y apliquen las normas jurídicas que forman parte del derecho.³⁹⁴ Por ello no comarto la afirmación según la cual el segundo juez es quien decide el contenido de la

y no de la igualdad como condición necesaria del precedente, y al respecto considero que la noción de igualdad, en el caso del precedente, se refleja como la consecuencia natural de la práctica como la conocemos. Si bien existe una interconexión entre ambos conceptos, considero que el poder explicativo de la coherencia es comprensivo y superior al explicar de manera satisfactoria una parte importante de cómo opera.

³⁹³ MacCormick, *Legal Reasoning...*, cit., p. 103.

³⁹⁴ Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 145.

regla y la eficacia de ésta, o si se siente vinculado o no por la regla de precedente.

Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos. Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, “crea” el precedente.³⁹⁵

Al respecto debo decir que difiero de esta apreciación desde varios ángulos. Me parece que la existencia del precedente no depende de si éste se aplica o no a cada caso; la regla de precedente existe y será eficaz siempre en los casos en los que corresponde su aplicación; pero me parece que la existencia y eficacia no dependen de su aplicación cotidiana.

Por otra parte, considero que las reglas autoritativas son emitidas por su autor con la intención de funcionar como tales y con la intención de hacer una diferencia en el razonamiento práctico —de otro modo sería irrelevante que se expedieran o no reglas—; en este sentido, el juez autoritativo que sienta una regla de precedente lo hace sabiendo que su ejemplo es autoritativo para los tribunales inferiores, con un peso distinto del resto, y que su respuesta establece una forma ejemplar de actuar en circunstancias semejantes. Este hecho es conocido por todos los tribunales en una jerarquía judicial.

El precedente que se sienta en un caso concreto establece entonces una regla autoritativa dirigida a otros jueces para resolver casos futuros similares; se propone ser suficientemente clara para ser aplicada directamente por otros jueces, pues nuevamente el punto de las reglas autoritativas es prevenir el balance de razones en cada caso cuando existe una regla que proporciona la respuesta, de modo que la afirmación de que el segundo juez decide el contenido de la regla no parece describir la práctica, pues, en

³⁹⁵ Taruffo, Michele, “Precedente y jurisprudencia”, *cit.*, p. 88.

efecto, cuando hay regla de precedente, al segundo juez le corresponde aplicar la regla a su caso.³⁹⁶

Si bien la idea de que el segundo juez es quien decide si se siente vinculado por la regla de precedente es cierta respecto de algunos ejemplos, no lo es respecto de los ejemplos autoritativos. La regla de precedente establece una forma ejemplar de actuar en circunstancias semejantes, ofrece un ejemplo autoritativo, no cualquier ejemplo.³⁹⁷ Hablando de sentencias judiciales, un ejemplo autoritativo cumple las tres tesis de la autoridad, mientras que un simple ejemplo cumple quizás la tesis de la dependencia, y puede ofrecer una buena respuesta pero una que no es autoritativa y, por lo tanto, tampoco es vinculante.

El segundo tribunal puede decidir si aplica o no un buen ejemplo proporcionado por otro tribunal, pero tiene la obligación de aplicar el ejemplo autoritativo cuando éste le da una respuesta, le guste o no; la regla autoritativa hace una diferencia en el razonamiento práctico de otros tribunales y es al menos vinculante cuando no satisface exitosamente las tres tesis de la autoridad. No obstante, imaginemos por un momento que nuestro concepto de precedente carece del elemento de la coherencia.

³⁹⁶ En este aspecto de la crítica coincide Jordi Ferrer, quien identifica como una postura escéptica radical de la interpretación jurídica la que sostiene Taruffo, la cual presenta consecuencias importantes para su teoría del precedente judicial, por ejemplo, no se puede sostener que se aplica un precedente sin caer en la hipocresía o autoengaño y, en todo caso, Ferrer señala atinadamente cómo la postura escéptica radical se opone a la posibilidad misma de una teoría del precedente judicial. Ferrer Beltrán, Jordi, “El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial”, en Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (coeds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 184 y 185.

³⁹⁷ En algunos pasajes puede leerse a Michelle Taruffo sosteniendo que el mero ejemplo no tiene eficacia vinculante o condicionante sobre la decisión del caso sucesivo, pero más allá de eso debe notarse que aunque coincidió parcialmente con la observación, lo hace por razones distintas: en la explicación que ofrezco hablo de ejemplos autoritativos con las implicaciones que ello conlleva; entre otras, que pretendidamente satisfacen las tres tesis de la autoridad legítima, por tanto, se aplican voluntariamente siguiendo la tesis de la justificación normal, y cuando no lo hacen son, al menos, vinculantes. *Ibidem*, p. 97.

¿Cómo sería ese concepto? Consistiría en sentencias definitivas de algunos tribunales con potestad para imponer reglas a otros tribunales. Este concepto incluiría probablemente cualquier criterio moral y personal del juez, su punto de vista respecto de lo social o políticamente conveniente resolver, la respuesta deseable según su juicio o prejuicio moral —sin tomar en cuenta el reclamo de las partes acerca del derecho que alegan debe salvaguardarse o restaurarse con base en un orden jurídico preexistente—. Al sentar un precedente, este juez decidiría libremente sin ningún tipo de referente jurídico ni restricción.

En ausencia de la propiedad de coherencia, simplemente no estaríamos hablando de nuestro concepto de precedente porque el supuesto descrito contrasta de modo total con la imagen que tenemos de lo que hacen los tribunales autoritativos cuando sientan reglas de precedente. En forma descriptiva, no concebimos al precedente como la acción inventiva totalmente original de tribunales autorizados que generan respuestas siguiendo cualquier criterio a su elección sin fundamento en el derecho autoritativo establecido.

Nuestro concepto de precedente no alberga la idea de jueces arbitrarios que deciden según su juicio o prejuicio moral y establecen con esa sentencia una regla para terceros tribunales que los obligue a resolver futuras disputas semejantes, sentencia que luego se proyecta a los particulares y les obliga a actuar según la voluntad de jueces arbitrarios. Sin duda, esta imagen no es la que viene a la mente cuando pensamos en nuestro concepto de precedente.

Aún más, el escenario antes referido de precedente sin coherencia, en donde el juez tiene potestad para sentar reglas de precedente cuyo contenido puede decidir según su libre elección, es totalmente incompatible con la tesis de la autoridad del derecho.³⁹⁸

³⁹⁸ Raz, *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, pp. 214 y 215; Giudice, “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, *cit.*, p. 2.

El derecho como autoridad legítima se explica a través de tres tesis. La *tesis de la dependencia* sostiene que las instrucciones del derecho dotadas de autoridad se basan en razones que se aplican a sus destinatarios (razones dependientes o razones de primer orden); esto significa que el juez arbitrario del ejemplo no sólo estaría violando el derecho establecido que existiere sino que su propia sentencia estaría incumpliendo la *tesis de la dependencia* al guiarse por razones de su propia elección que no se aplican a sus destinatarios.

La *tesis normal de justificación* no se cumpliría porque los súbditos no tendrían razón para seguir las razones del derecho surgido de estos tribunales arbitrarios, pues al no guiar su sentencia por la *tesis de la dependencia*, queda claro que esos tribunales no se ocupan de las razones dependientes de los sujetos a quienes se dirige y, por lo tanto, esos “precedentes” no les permitirán actuar sobre el balance adecuado de razones de primer orden.

En consecuencia, si las dos tesis anteriores no se cumplen, la *tesis de la exclusividad* queda sin contenido. El hecho de que una autoridad legítima exija una acción es suficiente para remplazar las demás razones relevantes que tuviera el sujeto para actuar porque la indicación de la autoridad refleja y remplaza las razones dependientes de los súbditos, pero en el supuesto que planteamos, la regla que emite un tribunal arbitrario con capacidad para sentar reglas de precedente no tiene la capacidad de remplazar ni excluir ninguna razón, ni sería tratada como una razón excluyente por el simple hecho de que las razones que las sustentan nada tienen que ver con las razones dependientes de los sujetos a quienes se dirige y, por lo tanto, esos sujetos no tienen obligación de acatarla.

Suponemos que el derecho tiene una pretensión permanente de autoridad legítima,³⁹⁹ que el derecho y los tribunales os-

³⁹⁹ Al igual que Michelle Taruffo, creo en la posibilidad de una teoría general del precedente; no obstante, difiero en los componentes de esta explicación y las razones que sustentan dichos componentes. Como puede advertirse, la explicación teórica que proporciono va de la mano con la tesis de la autoridad

tentan esa autoridad cuando satisfacen las tres tesis, por lo que el supuesto de “precedentes sin coherencia” emitidos por jueces arbitrarios como el que se planteó —al no satisfacer ninguna de las tres tesis— es defectuoso. Tal escenario y sus consecuencias son ajenos a nuestro concepto y práctica del precedente, que es coherente aun en los casos susceptibles de interpretación en los que se apoya en principios y normas jurídicas relevantes⁴⁰⁰ ya establecidas en el derecho en torno a las instituciones involucradas en la controversia planteada.

Ahora bien, el considerar que todo sistema jurídico moderno pretende mantener certeza jurídica en su interior —en el ámbito jurisdiccional— impone al juez autoritativo la obligación de resolver tomando en consideración los efectos futuros de su fallo en términos de coherencia y progresividad, pues es claro que la regla que dicte impondrá una carga sobre los jueces que en adelante resuelvan asuntos similares. Sin embargo, dicho juez no podría lograr coherencia sin un agudo sentido de la trayectoria de sus fallos pasados, de la intención autoritativa que lo vincula al presente y de la posibilidad que tiene de transformar y adecuar el orden jurídico vigente para proyectar (hasta donde pueda) su impacto futuro.⁴⁰¹

legítima y emplea como materia prima herramientas teóricas derivadas de ella; en contraste, la explicación que proporciona Taruffo contempla la intersección de cuatro dimensiones convergentes en diferentes grados para explicar el precedente: la dimensión institucional, la dimensión objetiva, la dimensión estructural y la dimensión de eficacia. Taruffo, *Cinco lecciones mexicanas...*, *cit.*, pp. 196 y ss.

⁴⁰⁰ Los jueces no son libres de seguir sus propias intuiciones, ya que el área de su libertad, poder y deber de buscar soluciones está limitada. MacCormick, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 166.

⁴⁰¹ En este sentido, Postema señala que la continuidad con el pasado es una necesidad, producto de una acción intencional; en este caso, la de sentar reglas de precedente. Postema, *op. cit.*, p. 210. Maksymilian del Mar aborda el tema del contenido del precedente criticando las explicaciones teóricas del precedente que conciben las resoluciones judiciales pasadas como atemporales, y se decanta por una posición que considera a los precedentes como recursos densos de contenido dinámico (*thick resources with dynamic content*). Del Mar, Maksymilian,

Además, la noción de seguridad jurídica presente en los sistemas jurídicos sólo se sostiene si las respuestas de los tribunales son coherentes con el material jurídico existente en lugar de avanzar respuestas arbitrarias y distintas cada vez. La seguridad jurídica implica la posibilidad de conocer la intención de la autoridad y sus consecuencias en la aplicación de la norma jurídica; se tiene certeza de lo que exige el derecho en cada momento y lo que previsiblemente será.

Al ser parte de un sistema jurídico como lo conocemos, las reglas de precedente satisfacen una demanda mínima de seguridad jurídica, la cual se materializa al evitar cualquier posibilidad de arbitrariedad de la autoridad judicial, esto es así al sujetarse a lo que el derecho existente establece y siendo coherente con los fines vigentes en el área de derecho que se estudia, para dar confianza al gobernado en la actuación de los tribunales autoritativos aun cuando procedan mediante interpretación.

Mantener coherencia con la “base” significa para el precedente, la conciencia del tiempo: el juez de hoy que resuelve un caso se sitúa siempre en el umbral⁴⁰² entre pasado y futuro, por lo cual es esencial no solamente que atienda a resoluciones pasadas, sino también que anticipa el futuro.⁴⁰³ Las opciones disponibles que se le presentan hoy para resolver, son el resultado de decisiones pasadas desde las cuales debe ofrecer una respuesta satisfactoria en virtud de las circunstancias actuales. Este escenario que vincula el razonamiento en términos de una continuidad temporal es para algunos una necesidad, dada la estructura de la experiencia humana y su inteligencia.⁴⁰⁴

“What Does History Matter to Legal Epistemology?”, *Journal of the Philosophy of History*, núm. 5, 2011, pp. 383-405.

⁴⁰² La *doble condición* como requisito necesario del presente se hace patente en el umbral; es decir, en el momento en que se sientan reglas de precedente, mientras que en los demás momentos de la actividad jurisdiccional, la tesis de la autoridad del derecho conduce a las respuestas.

⁴⁰³ El juez que sigue la regla de precedente autoritativa por ser autoritativa, está siendo coherente, incluso sin saberlo.

⁴⁰⁴ Postema, *op. cit.*, pp. 210, 211 y 214.

Una de las funciones que tiene el derecho es la de proporcionar a sus súbditos, soluciones a problemas, respuestas suficientemente claras que puedan ser conocidas de manera directa y eviten a los gobernados tener que recurrir cada vez que tienen un problema, al balance de razones para determinar por sí mismos lo que deben hacer. Para eso está el derecho, y no tendría sentido someter las disputas al conocimiento de las autoridades judiciales si éstas no reconocieran también el contenido de ese derecho que aceptamos y decidieran cualquier cosa a voluntad; un escenario semejante no es el de los tribunales y sus funciones.

Los tribunales consideran el contexto jurídico que viven para proporcionar una solución: hay un derecho aplicable, y cuando éste debe interpretarse entonces es necesario que los tribunales busquen que su respuesta sea coherente con las normas y principios vigentes que integran la rama del derecho de que se trate. La coherencia es necesaria para asegurar la correspondencia con el derecho vigente al sentar precedentes.

La progresividad, por otra parte, es también condición necesaria del precedente; puede entenderse como el lado opuesto de la coherencia y al mismo tiempo como su complemento. La progresividad es la cualidad que permite el cambio y la transformación de las doctrinas judiciales a través del tiempo, por mínima que ésta sea y actúa conjuntamente con la coherencia. Ambas condiciones concomitantes están presentes en el concepto de precedente y tiran hacia lados opuestos en la interpretación, una hacia la postura conservadora y la otra hacia la postura transformadora.

La única forma de transformar adecuadamente alguna porción del derecho vigente es tomando en consideración la forma en la que esa porción de derecho es actualmente concebida, y esa porción de derecho es hoy en día concebida en esos términos debido a los cambios y ajustes que experimentó en el pasado. Partimos de una base de reglas y principios a partir de la cual “podemos estructurar y probar nuevos principios (y reglas) de acción en circunstancias nuevas o difíciles”.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ MacCormick, *Legal Reasoning...*, cit., pp. 123-126

Parece una obviedad, pero es importante advertir que la regla de precedente es considerada como tal porque proporciona una respuesta concreta, antes inexistente en el cuerpo de derecho vigente. El precedente no se limita a reformular con otras palabras una regla de derecho ya existente, sino que necesariamente incorpora algún elemento novedoso, una variación, un razonamiento que no había sido previamente considerado en sus términos por las normas jurídicas.

Si no fuera posible obtener de los tribunales las respuestas requeridas cuando las necesitamos, lo más seguro es que un alto porcentaje de las disputas en sede judicial no podrían ser resueltas, y los órganos judiciales no podrían cumplir la más básica de sus funciones. Afortunadamente ese no es el caso. Aceptar que el derecho establecido no contiene ni podrá contener todas las respuestas cuando las necesitamos, nos conduce a una razón de ser del precedente: proporcionar soluciones a problemáticas imprevistas por el derecho cuando las necesitamos.

Así, es razonable pensar que avanzar una respuesta no prevista en el derecho es equivalente a incorporar una transformación novedosa al derecho, en tanto sea conducida por tribunales autorizados. Cualquier modificación que experimente el derecho por medio de interpretación autoritativa que genere una solución o respuesta antes desconocida equivale a progresividad.

A no ser que se trate de un nuevo criterio, una respuesta novedosa, una solución mejorada a un problema conocido, una explicación de instituciones de derecho hasta el momento desconocida o un análisis de elementos de derecho antes desvinculados, no estaríamos hablando del precedente. No hay otra forma de concebir y describir el precedente más que como generador de respuestas autoritativas en sede judicial, y para funcionar como tal, esas respuestas necesariamente ofrecen algo que antes no teníamos, lo cual es parte de la dinámica transformadora propia de la condición necesaria de progresividad.

Nótese que esta labor de los tribunales autoritativos de combinar coherencia y progresividad en las reglas de precedente no

se presenta en todos los casos, sino sólo en aquellos que he llamado “casos parcialmente regulados” con los cuales se enfrentan de manera permanente. En los casos parcialmente regulados respecto de los cuales se pronuncia una regla de precedente, se lleva a cabo el balance de razones respectivo para generar la respuesta adecuada.

Esa regla de precedente excluye el balance de razones para siguientes tribunales, pues el tribunal autoritativo ya prestó el servicio de elegir la respuesta para ese y casos futuros semejantes. El balance de razones no está abierto por siempre, pues una vez elegida una respuesta en el caso concreto por el tribunal autorizado, ésta se convierte en una razón excluyente para la acción, y habrá de aplicarse en sus términos.

Tomemos por ejemplo el amparo directo civil 6/2008.⁴⁰⁶ Se trata de un caso que estaba parcialmente regulado en su momento, gracias al cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México tuvo ocasión de analizar la solicitud y características de la rectificación de acta de nacimiento de una persona por cambio de sexo. Hasta ese momento, la legislación aplicable no contemplaba la posibilidad de rectificación de acta en esas circunstancias. El tribunal autoritativo hizo una interpretación en la que no sólo analizó las normas jurídicas parcialmente aplicables, sino que incluso avanzó explicaciones y respuestas antes no contempladas por el derecho como producto del análisis del caso.

La Suprema Corte se apoyó en los contenidos jurídicos autoritativos establecidos en la Constitución y normatividad civil y registral del Distrito Federal, y fue coherente con ellos, pero al mismo tiempo, al resolver incorporó explicaciones novedosas en torno a la protección del derecho fundamental a la intimidad, a la vida privada y a la no discriminación de las personas transgénero.

⁴⁰⁶ La sentencia, crónica y tesis derivadas del caso están disponibles para consulta en el sitio: http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/completo/rectificacion_acta (consultado el 11 de noviembre de 2013).

A partir del caso concreto, el tribunal sentó varias tesis aisladas,⁴⁰⁷ que contienen las reglas que responden a cuestiones que no estaban contempladas por el derecho establecido, como que el derecho a la salud no se limita al aspecto físico; que la reasignación de sexo requiere de la expedición de nuevos documentos de identidad; que la condición humana es la base de los demás derechos fundamentales; que la reasignación sexual es una decisión que forma parte de los derechos al libre desarrollo de la personalidad; que la nota marginal en el acta de nacimiento viola los derechos fundamentales de las personas transgénero; que no se pueden limitar los derechos fundamentales de una persona transexual argumentando derechos de terceros y preservación del orden público, entre otros.

Todos los razonamientos sustentados en esta sentencia fueron generados por el tribunal autoritativo de manera coherente con el contenido jurídico autoritativo vigente, pero al mismo tiempo se observa la progresividad que contienen las reglas que de él surgieron, porque transforman la forma de entender instituciones jurídicas, adecuándolas (como el registro en actas de nacimiento), e introducen explicaciones novedosas acerca de la interrelación de varios derechos fundamentales con las normas jurídicas; todas ellas, tesis que contienen indicaciones y limitaciones que la futura autoridad deberá seguir en los casos de rectificación de acta de nacimiento por reasignación de sexo.

V. LA DOBLE CONDICIÓN: CONCEPTOS DE GRADO

Ahora bien, la interpretación en las disputas parcialmente reguladas invariablemente da lugar tanto a la continuidad de doctrina

⁴⁰⁷ En México, las tesis aisladas son las formulaciones generales y abstractas de las reglas contenidas en las sentencias de los tribunales autoritativos; cabe decir, extraídas de la sentencia principal. Según la reglamentación, dichas tesis alcanzan el estatus de jurisprudencia (en el marco de este trabajo, precedente) a través de reiteración.

nas judiciales pasadas como a la transformación e innovación cuando se sientan reglas de precedente. En algunas ocasiones, la interpretación favorece más la coherencia y limita la progresividad, mientras que en otras se favorece más la innovación y transformación de contenidos jurídicos, reduciendo la participación de la coherencia.

Esta explicación supone que los tribunales autoritativos tienen en su discrecionalidad la posibilidad de calcular el equilibrio adecuado en cada caso, oscilando entre estos dos extremos, aunque la proporción en la que esto sucede en cada caso es difícil de determinar. Ningún precedente es progresivo en su totalidad ni coherente de modo total; más bien, los precedentes son coherentes y progresivos parcialmente.

Dada la forma en la que los tribunales autoritativos combinan la coherencia y la progresividad al sentar reglas de precedente, es plausible considerar que se trata de conceptos de grado que están presentes en toda regla de precedente, sea ésta muy coherente, muy progresiva, poco coherente o poco progresiva o alguna otra combinación entre ambos elementos.

Desde mi perspectiva, una forma adecuada de entender esta relación entre coherencia y progresividad es pensar ambas condiciones como dos elementos que se ubican en los extremos opuestos de una misma escala de medición: en un extremo de la escala se ubica la coherencia, mientras que en el extremo opuesto se ubica la progresividad. Al emitir una sentencia autoritativa, el tribunal tiene la posibilidad de desplazarse en la escala de un extremo a otro y regular el grado de participación de cada elemento; así, al sentar una regla de precedente cada juez autoritativo ubica su respuesta en un punto entre los dos extremos.

No estoy convencida de que exista algún parámetro exacto o de que podamos generarla para determinar qué tan coherente y progresiva es la regla o en qué punto deja de serlo; parece que esta información es proporcionada caso por caso. Sin embargo, al pensar estas dos condiciones como los extremos opuestos de una misma escala podemos sugerir, en principio, el siguiente pa-

rámmetro aproximado: “A mayor coherencia menor progresividad y a mayor progresividad menor coherencia”.

Considero que tanto la coherencia como la progresividad están presentes en las reglas de precedente en una proporción inversa con respecto a la otra; es decir: entre más coherente sea una regla de precedente, esa regla será menos progresiva; asimismo, entre más progresiva sea una regla de precedente, esa regla será menos coherente. Esto es así porque cada propiedad promueve características opuestas en las reglas de precedente, de modo que al favorecer una de ellas se limita la otra. La coherencia promueve la estabilidad, la permanencia, la continuidad, mientras que la progresividad promueve el cambio, la transición y el reajuste de los contenidos jurídicos vigentes.

Así, siguiendo la descripción proporcionada, se hace evidente que estos elementos aparecen en diferentes grados en las sentencias autoritativas y están sujetos a balance judicial. La proporción de cada uno puede depender, entre otros factores, de las circunstancias del caso concreto, de las normas jurídicas parcialmente aplicables, de los principios jurídicos vigentes en la materia y de los fines que se persigan en torno a las instituciones jurídicas controvertidas en el momento específico en que surjan.

Ahora bien, podemos preguntarnos qué hay en el límite de la coherencia y de la progresividad; es decir, en los extremos de la escala y más allá de ellos o, puesto de otra forma, en qué punto las reglas de precedente dejan de ser coherentes o dejan de ser progresivas y se convierten en algo más. La respuesta a esta pregunta es muy compleja y, por ahora, sólo puedo proporcionar una aproximación.

El extremo de la coherencia en la escala que hemos propuesto sería equivalente a la noción de “totalmente coherente” o absolutamente compatible con las normas jurídicas; más allá de ese límite se encuentra un espacio inerte, de inamovilidad, estático. Tanto el extremo “totalmente coherente” como el espacio inerte después de él son improductivos para la interpretación, porque se trata de un espacio en el que no hay más que las mismas

noción ya conocidas; permanecer sólo en ese espacio es inútil cuando se enfrentan disputas parcialmente reguladas, porque ahí no hay nada nuevo, no hay variación y, por lo tanto, no hay respuestas; es improductivo para la interpretación —de la cual surge el precedente— permanecer en ese espacio, reformulando y repitiendo lo que ya se sabe.

Para ser tal, el precedente necesariamente requiere un mínimo de creatividad y variación; eso es justo lo que aporta: respuestas que no teníamos para problemas complejos. La práctica de reformular y aplicar los contenidos normativos ya establecidos por la autoridad no genera precedentes; hacer eso es otra cosa, quizás una aplicación ordinaria de derecho, pero no es creación de precedentes.

En el extremo opuesto de la escala se ubica la progresividad, equivalente a la noción de “totalmente progresivo” o completa separación de las normas jurídicas, y más allá de ese límite se encuentra un espacio de invención total y creatividad ilimitada; ese ámbito pertenece a la arbitrariedad. Nuevamente, aquí tanto el extremo “totalmente progresivo” como el espacio de invención ilimitada después de él son ajenos a nuestra concepción del precedente y no aportan nada a la productividad de nuestro sistema jurídico.

Aquello es arbitrariedad, y de nada nos sirven las ocurrencias e invenciones de jueces que puedan sentar reglas revolucionarias e incompatibles con el resto de nuestro derecho, porque vivimos en sistemas jurídicos que tienen un derecho y una forma de ser —inacabada si se quiere— que necesita constantemente retroalimentación y complementación, labor que corresponde a tribunales autoritativos a través de las reglas de precedente.

Es por esto que no es posible tratar estas dos propiedades como si fueran directamente proporcionales, pues no lo son, ya que cada una promueve un estado de cosas opuesto. Por ello, la única forma viable que tienen los tribunales de cumplir con su labor de manera adecuada es desplazándose entre los extremos de la escala y recurriendo simultáneamente tanto a la coherencia

como a la progresividad, y eso es precisamente lo que hacen los tribunales al sentar reglas de precedente.

Esto nos conduce de vuelta al espacio entre los extremos de la escala, espacio en el que puede ubicarse cualquier resolución y ser razonablemente admitida como parte del sistema jurídico. Dentro de esos límites, cualquier combinación entre coherencia y progresividad es viable, y es lo que cotidianamente hacen los tribunales autoritativos al sentar reglas de precedente: decidir la combinación adecuada de cada elemento en su resolución, dada la consideración de otros elementos.

Habida cuenta de que la regla de precedente es simultáneamente coherente y progresiva, cualquier combinación que decida el tribunal es adecuada; lo relevante es que toda regla de precedente muestra un mínimo de coherencia y de progresividad, por lo que esa combinación —en las proporciones comentadas— permite generar las respuestas que aportan las reglas de precedente.

Podemos preguntarnos entonces cuál es ese mínimo necesario. Diría que la poca coherencia en el precedente se identifica cuando contiene al menos un principio o criterio jurídico-normativo relevante vigente para la controversia, con independencia del sentido que tome la resolución —pues el tribunal siempre tiene que tomar una postura—, la cual por supuesto esperamos que sea la más adecuada dado el contenido de los principios o criterios relevantes vigentes.

Esta especie de “parámetro del principio o regla relevante” es lo más cercano a ese mínimo necesario de la coherencia en la regla de precedente. Este mínimo necesario tiene su consecuente proyección en la progresividad de la regla, pues cuando la regla tiene un mínimo de coherencia, puede ser bastante progresiva y, en sentido opuesto, cuando la regla tiene un mínimo de progresividad, puede ser bastante coherente y conservadora.

Normalmente contamos con todo tipo de combinaciones de estos elementos en las reglas de precedente, y no creo que tenga sentido cuestionarse cuál combinación es mejor o peor, porque lo

relevante para el juez autoritativo es elegir aquella que requieran las circunstancias particulares del caso; así, hemos de confiar en que la autoridad hace su trabajo.

Tomemos como ejemplo la tesis aislada de tribunales colegiados de circuito de rubro “PRIVACIDAD. La publicación de las sentencias emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación, no conculca ese derecho”.⁴⁰⁸ En esencia, la tesis establece que el hecho de que se publiquen las resoluciones de amparo no conculca el derecho a la privacidad de las partes, pues basta la oposición del interesado para evitarlo.

En el caso particular, el tribunal se debate entre el principio de máxima publicidad de la información pública en posesión del órgano judicial como sujeto obligado a transparentar su actividad y el derecho a la privacidad de las partes en el juicio. Al momento en que se planteó la disputa, el derecho no ofrecía una respuesta específica a este conflicto, existían aisladamente el derecho a la privacidad y la obligación de las autoridades de transparentar la información, pero no había una respuesta acerca de

⁴⁰⁸ Tesis aislada en materia constitucional de clave III.1o.C.1 K (10a.). Consultada en <http://sjf.sjcn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2006639&Clase=DetalleSemanarioBL> el 15 de noviembre de 2014. “El artículo 8 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, es una disposición de orden público y de observancia obligatoria que impone el deber al Poder Judicial de la Federación de hacer públicas las sentencias, incluso aquellas que no hayan causado estado o ejecutoria y que las partes podrán oponerse a la publicación de sus datos personales; en consecuencia, el hecho de que se publiquen las resoluciones que se emitan en un juicio de amparo, no conculca el derecho de privacidad, ya que basta que el interesado se oponga, para suprimir la información que la ley clasifica como confidencial, esto porque la finalidad de la ley es garantizar el acceso de toda persona a la información gubernamental, debiéndose favorecer el principio de máxima publicidad y disponibilidad de la información en posesión de los sujetos obligados, que sólo puede restringirse de manera excepcional bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de que no se impida el ejercicio de aquel derecho en su totalidad; de no ser así, se haría nugatorio el fin superior de transparentar y dar publicidad a las sentencias, que redunda en preservar la seguridad jurídica y hacer prevalecer un Estado democrático de derecho”.

si la transparencia en sede judicial conculcaba el derecho a la privacidad y qué hacer cuando se hallaran en conflicto.

En el pronunciamiento, el tribunal es coherente en la medida en que favorece el principio de máxima publicidad y considera el derecho a la privacidad de los particulares —ambos establecidos previamente—, pero es a su vez progresivo al determinar que publicar las resoluciones, hayan causado o no ejecutoria, no viola el derecho a la privacidad, aportando con ello un nuevo lineamiento en el derecho y una transformación. Con esta regla, la autoridad judicial toma postura al respecto.

El caso referido muestra que no se puede ser coherente con todo el contenido del derecho. En el caso concreto, se identifica un alto grado de coherencia respecto de las obligaciones de las autoridades de transparentar sus actuaciones; esto es, se muestra coherencia con al menos un principio relevante vigente en torno al tema controvertido. Sin embargo, al ser altamente coherente con el principio de “máxima difusión”, se supedita el derecho a la privacidad. Esta es una consecuencia inevitable, pues mientras se es coherente con unas partes del derecho, se es menos coherente en otras.

Finalmente, estas reflexiones apuntan a que, al contrario de la tesis de la coherencia jurisdiccional, que asigna un papel limitado o prescindible a la coherencia —incluso equivalente al de otros criterios que se emplean en la interpretación— la coherencia y la progresividad tienen una mayor centralidad y relevancia en la resolución de disputas parcialmente reguladas como parte del concepto de precedente.

DE LA JURISPRUDENCIA MEXICANA DESDE EL ENFOQUE CONCEPTUAL

Esta sección está pensada como parte adicional y complementaria de este libro, con el propósito de emplear la estructura conceptual desarrollada en los capítulos previos para hacer una primera aproximación parcial a diversas prácticas que se han llamado “precedentes”. Esta aproximación conceptual sugiere que la naturaleza del precedente tiene implicaciones más profundas y particulares que las que a primera vista se asocian a diversas prácticas que comúnmente se denominan así. Como ejercicio reflexivo, sugiere líneas de exploración que pueden beneficiarse del análisis conceptual del precedente planteado.

Tal como se ha advertido, este trabajo no tiene relación con las denominaciones que en cada lugar o idioma se dan al precedente, sino con el concepto que de él se tiene; por ello, las diferencias lingüísticas son irrelevantes cuando se habla del mismo concepto. Con esta precisión en mente, quiero referirme a la jurisprudencia mexicana para ubicarla en el entramado conceptual que he desarrollado, ya que algunos podrían pensar que este estudio versa sobre algo ajeno y distinto a nuestra jurisprudencia, lo cual es impreciso, como en seguida se advertirá.

En la doctrina jurídica general son comunes las referencias al “precedente” para referirse exclusivamente a la práctica de los tribunales del *common law* de atenerse a decisiones previas; sin embargo, en el contexto de un estudio conceptual como éste, el concepto de precedente no está limitado por localismos o circunscrito a un sistema jurídico particular; es mucho más amplio y general, de tal suerte que en él queda comprendida nuestra “jurisprudencia mexicana”.

Esto es así, ya que las divergencias terminológicas no son obstáculo en términos conceptuales y nuestro concepto de precedente (mejor conocido en México como jurisprudencia) satisface el test de las propiedades necesarias del precedente, aquellas que se necesitan para que exista un precedente, además de mostrar algunas propiedades contingentes.

En México, es una práctica más o menos generalizada —principalmente en el ámbito jurisdiccional y académico— emplear la palabra “precedente” para referirse a cualquier resolución judicial previa —o el extracto elaborado a partir de ésta— que contiene algún criterio judicial, emitido por tribunales de igual o mayor rango que hayan resuelto previamente alguno de los casos como el que se pretende resolver. Tal referencia es aplicable en nuestro país en tanto dicho criterio no haya sido reiterado en cinco ocasiones, en cuyo caso el precedente deja de serlo para convertirse en jurisprudencia.⁴⁰⁹ Tal asociación, sin embargo, es una práctica local que atiende a razones técnicas distintas a la cualidad autoritativa de una sentencia.

La práctica de los tribunales de referir o citar ciertas decisiones pasadas por considerar que hay razones para sostener que se trata de buenos ejemplos a seguir en el caso actual es conocida en nuestro contexto jurídico como la práctica de seguir un precedente, sin embargo, un tribunal que cita un precedente (hamblando en el contexto específico) sólo puede justificar su decisión recurriendo además a materiales jurídicos autorizados como la legislación, lo que muestra que la respuesta alcanzada no está justificada principalmente por la decisión judicial previa.⁴¹⁰

Según sabemos, nuestra jurisprudencia tiene la forma de regla prescriptiva de origen jurisdiccional autoritativa y es, al menos, vinculante. La jurisprudencia mexicana es un ejemplo que regula la conducta futura de otros tribunales y particulares. Asimismo, dado su carácter de regla, pretende que sus destinatarios

⁴⁰⁹ Gómora Colín, José Noé, *Jurisprudencia en México. Utilidad y publicidad*, México, Porrúa, 2006, p. 22.

⁴¹⁰ Lamond, *op. cit.*, p. 3.

la perciban y la traten invariablemente como una razón excluyente. Nuestra jurisprudencia es producto de alguna interpretación de derecho positivo vigente emanada de órganos jurisdiccionales terminales que aportan a través de ella algún contenido novedoso que, sin embargo, es coherente con alguna parte, rama, materia o doctrina del sistema jurídico vigente.

Además de las propiedades necesarias del concepto de precedente revisadas, la jurisprudencia mexicana utiliza un sistema de reiteración, como requisito técnico según el cual la regla de precedente, producto de la interpretación, debe ser aplicada o reiterada en cinco ocasiones iminterrumpidas para adquirir carácter obligatorio. Tal peculiaridad responde principalmente a la idea de asegurar que la regla de precedente se afiance en el tiempo y pruebe mediante su aplicación continua, ser una regla adecuada.

La reiteración, sin embargo, no es una propiedad necesaria del concepto de precedente, pues como se ha visto, la calidad autoritativa de la regla no emana de la reiteración. Cuando una regla de precedente es reiterada en varias ocasiones, no se torna más convincente o autoritativa que la primera ocasión en la que se emitió, pues se trata de la misma regla. Visto desde esta óptica, la reiteración no aporta algún elemento adicional ni elimina propiedad al concepto de precedente, esto es, se trata de una característica que podría o no aparecer y tampoco generar diferencia alguna en la comprensión del concepto, de modo que es acaso una propiedad contingente.

El sistema de reiteración de las sentencias es una propiedad contingente del concepto de precedente, ya que es indistinto que se implemente o no y aun saber que estamos hablando del concepto. Si bien es cierto que existen sistemas jurídicos que emplean dicho sistema con el propósito de que los criterios emanados sean aquellos que deben prevalecer con el tiempo, también lo es que existen sistemas jurídicos que no emplean la reiteración y siguen teniendo el concepto de precedente. En ambos tipos de sistemas, las propiedades necesarias que hemos delineado prevalecen.

Por otra parte, a la luz de las propiedades necesarias del concepto, salta a la vista otro aspecto de la práctica mexicana del

precedente que choca con la segunda propiedad necesaria relacionada con el alcance o proyección de las reglas autoritativas de precedente. Me refiero al principio de legalidad que —en trazos generales— está instituido como un garante cuya función es establecer límites al ejercicio del poder público, que encuentra su fundamento y marco de actuación en la Constitución y en la propia ley al tiempo que protege la esfera personal de los individuos de intervenciones del Estado no previstas en la ley.⁴¹¹

Por una parte, el principio de legalidad obliga a los órganos del Estado mexicano a actuar bajo el apego estricto de la ley positiva vigente y, por otra parte, habilita a los particulares para ejercer y cumplir en el curso de la vida diaria, derechos y obligaciones contenidos en reglas de origen legislativo, exclusivamente.

En el contexto mexicano, el principio de legalidad tiene ciertos efectos sobre el precedente que generan que: *a)* únicamente los órganos judiciales tengan una obligación directa y real de obedecer la jurisprudencia, pues el resto de órganos del Estado deben actuar con estricto apego a ley; por tanto, no están obligados a conocer o aplicar jurisprudencia en el desempeño de sus funciones cotidianas;⁴¹² *b)* al precedente se le considere vinculante sólo después de haber sido reiterado el número de ocasiones previstas en la ley, tiempo durante el cual hace las veces de un buen ejemplo; *c)* los particulares no perciban ni desarrolleen una obligación de atender las reglas de precedente que pudieran ser aplicables a ellos, o bien no les concedan la misma centralidad y relevancia que conceden a las reglas de origen legislativo.

Los efectos que he señalado pueden generar consecuencias indeseadas en el día a día. Pensemos que la jurisprudencia tie-

⁴¹¹ Londoño Lázaro, María Carmelina, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, núm. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 765 y 766.

⁴¹² Aunque, sin lugar a dudas, sería deseable que todos y cada uno de los órganos del Estado conocieran y aplicaran la jurisprudencia como la forma más acabada del derecho vigente.

ne por objetivo regular la conducta futura de sus destinatarios, ¿quiénes? Idealmente, son todos aquellos cuya esfera pudiera verse alterada con su aplicación o deban intervenir en su aplicación: tribunales, funcionarios y particulares, en virtud de que, presumiblemente, uno de los propósitos de la emisión de reglas es regular la conducta en algún aspecto necesario (asumimos que no se emiten reglas sobre lo ya regulado).

Los destinatarios de la regla de precedente en el contexto mexicano están restringidos, de ahí hablar de los que “idealmente” serían los destinatarios de la regla. El caso de la jurisprudencia mexicana es algo distinto, pues la preminencia del principio de legalidad limita el alcance de la regla únicamente a las partes involucradas y a los tribunales, ya que no obliga a los particulares a invocarla en el futuro ni a las demás autoridades a conocerla o aplicarla directamente.

Así, el precedente mexicano es una razón excluyente para los destinatarios de la regla, presumiblemente, para “todos” los destinatarios de la regla; sin embargo, el efecto limitante del principio de legalidad afecta el alcance del precedente, ya que no sólo impide a las autoridades distintas a la judicial seguirlo y aplicarlo de manera directa, sino que incluso desincentiva entre los particulares el uso y recurso a las reglas de precedente fuera de los espacios jurisdiccionales.

En el caso concreto mexicano, la autoridad judicial emite una regla con la intención de que sea tratada como una razón excluyente; sin embargo, su efecto se ve atenuado en la recepción del mismo, ya que al restringir sus destinatarios, el principio de legalidad limita también su alcance, anulando con ello varias virtudes del precedente. No obstante, incluso con tales restricciones, los propósitos del precedente mexicano son los mismos, aunque debe recorrer un proceso más largo para su efectividad.

Un ejemplo del efecto limitante del principio de legalidad sobre la jurisprudencia mexicana se encuentra en las labores de las juntas distritales como órganos ejecutivos del entonces Instituto

Federal Electoral (ahora INE),⁴¹³ que tienen entre sus atribuciones las vinculadas al Registro Federal de Electores; por ejemplo, la expedición y reposición de la credencial para votar con fotografía de los ciudadanos mexicanos.

Las juntas distritales se encargan de la expedición y reposición de la credencial para votar de los ciudadanos; sin embargo, en año electoral hay un término legal para que los ciudadanos soliciten la credencial, a fin de contar con el Padrón Electoral actualizado y completamente integrado al momento de la elección.

Durante el año electoral 2012 aconteció que en la quinta circunscripción plurinominal del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación —integrada por los estados de Colima, Hidalgo, Estado de México y Michoacán— las juntas distritales ubicadas en dichas entidades federativas negaron a los ciudadanos la reposición de la credencial de elector, sustentando la negativa en el entonces vigente Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), esto es, aplicando el principio de legalidad.

No obstante lo anterior, en 2012 ya existía una regla de precedente que resolvía el problema que enfrentaban las juntas distritales respecto de la reposición de la credencial para votar fuera del plazo establecido por la ley. Se trata de la jurisprudencia de rubro: “CREDENCIAL PARA VOTAR. CASOS EN QUE RESULTA PROCEDENTE SU REPOSICIÓN FUERA DEL PLAZO LEGAL”.⁴¹⁴ El

⁴¹³ Instituto Nacional Electoral a partir de la reforma constitucional de 2014.

⁴¹⁴ El texto de dicha jurisprudencia, identificada como la 8/2008 señala: “De una interpretación de los artículos 146, 154, 159 y 164 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, relativos al plazo en que puede solicitarse la reposición de la credencial para votar, se advierte que comprende situaciones ordinarias y no aquellas que pudieran resultar extraordinarias, ya que en el caso de éstas debe regir el principio pro ciudadano conforme al cual ha de prevalecer la aplicación de la disposición legal más favorable. De ahí que si el ciudadano no tuvo la oportunidad de solicitar la reposición de la credencial para votar dentro del término legal, derivado de situaciones extraordinarias como el robo, extravío o deterioro de la referida credencial, acaecidos con posterioridad a dicha temporalidad, debe reponerse para permitir al ciudadano ejercer su de-

problema entonces fue que la autoridad electoral, como autoridad administrativa, se apegó estrictamente a la ley.

La jurisprudencia referida fue emitida pensando precisamente en los casos extraordinarios no atribuibles a los ciudadanos, en los cuales las autoridades administrativas electorales debían reponer la credencial para votar fuera de los plazos legales. Siguiendo el principio de legalidad, las autoridades administrativas negaron a los ciudadanos la credencial, obligándolos a interponer juicios para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano (juicios ciudadanos).

La Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (SRT) conoció y resolvió en el año electoral 2012, un total de 2,562 medios de impugnación, de los cuales 1,695 fueron juicios ciudadanos relacionados con la expedición y entrega de credenciales para votar.⁴¹⁵ En esos juicios ciudadanos se aplicó la ya referida jurisprudencia que ordenó a las juntas distritales emitir la credencial respectiva.

Este caso muestra el efecto limitante que sufre la jurisprudencia, que de otro modo habría sido aplicada desde un primer momento por las juntas distritales, dada la existencia previa de una regla de precedente que mostraba cómo proceder en casos no previstos por la ley electoral y aseguraba el ejercicio efectivo del derecho al voto pasivo. Por otra parte, se podría haber evitado que 1,695 ciudadanos tuvieran que interponer un juicio para ejercer su derecho a votar cuando la solución a su problema concreto ya existía en una regla de precedente.

Ahora bien, cotidianamente ocurren en la jurisdicción mexicana casos de lo que se ha llamado “fertilización jurisprudencial cruzada”, que se presenta cuando los tribunales nacionales recu-

recho a votar en los comicios respectivos”. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 1, núm. 2, 2008, pp. 36 y 37. Consultable en: http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/gaceta_jurisprudencia_1_2_2008.pdf.

⁴¹⁵ Información tomada del *Informe de actividades 2011-2012 de la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, consultable en: http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/informe_toluca_2011-2012.pdf.

rren a los precedentes emitidos por tribunales de otro país. Del examen de esta práctica, podemos verificar que concurren relaciones horizontales entre tribunales de diferentes jurisdicciones, que por la misma razón no tienen entre sí un vínculo jerárquico, pues se trata de órganos pertenecientes a sistemas jurídicos distintos.

A la luz del análisis conceptual del precedente vertical desarrollado, se advierte que la fertilización jurisprudencial no satisface las condiciones necesarias del concepto; en tal caso no podemos hablar del concepto de precedente en sentido estricto, ya que, fundamentalmente, un tribunal emite la regla con una pretensión hacia sus destinatarios, mismos que son concebidos dentro del sistema jurídico al que pertenece, no así hacia el exterior. Las condiciones de aplicación de la regla de precedente están determinadas por el conjunto de reglas propias del sistema jurídico, de modo que es difícil hablar de varias de las condiciones necesarias del concepto como reglas, calidad autoritativa, obligatoriedad o jerarquía judicial.

En las relaciones horizontales que se reflejan en esta práctica no concurre el elemento jerárquico que tiene un papel en las propiedades del concepto de precedente. Dada la relación de paridad entre tribunales de diferentes sistemas jurídicos, no podría afirmarse que existe una relación de subordinación entre ellos. Asimismo, las reglas de precedente emitidas por uno de esos tribunales extranjeros son a lo sumo buenos ejemplos a seguir por tribunales de otras jurisdicciones, favorecidos quizá por elementos como el prestigio, la trayectoria o el renombre de los jueces integrantes del órgano judicial, pero no existe la posibilidad de que tales reglas tengan carácter vinculante, lo cual evidencia que se trata de una práctica distinta a la de seguir precedentes, al carecer de varios de las propiedades necesarias del concepto.

El escrutinio de prácticas judiciales cotidianas desde el foco conceptual ayuda a esclarecer los límites de éstas, al tiempo que arroja luz acerca de la forma en la que empleamos el concepto de precedente y qué tanto intentamos dar sentido a diversas prácticas que comparten con éste, ciertas propiedades, pero que no necesariamente están comprendidas en él.

Algunos casos dudosos del concepto de precedente

Derivado del análisis anterior, surge la interrogante en torno a la práctica conocida como jurisprudencia internacional; concretamente, ¿qué podemos decir de esta práctica a la luz del análisis conceptual del precedente? Es interesante notar que aunque el trasfondo de estas prácticas apunta a asegurar un mínimo de certeza, así como de igualdad de condiciones en el tratamiento de las partes en conflicto, los elementos constitutivos de dicha práctica son distintos en naturaleza a aquellos que componen nuestro concepto de precedente.

En las páginas siguientes elaboro un ejercicio de revisión y reflexión en torno a algunas prácticas que caen en la categoría de precedentes o jurisprudencia internacional, el cual constituye un primer acercamiento para poner bajo escrutinio esas prácticas a la luz del análisis conceptual desarrollado a lo largo del libro. Esta reflexión, sin ánimo de ser exhaustiva, busca esbozar algunos elementos para considerar que las implicaciones de estas prácticas son distintas a las que tiene el concepto de precedente.

Si bien hemos llamado “precedentes” o “jurisprudencia” a estas prácticas semejantes, lo cierto es que exhiben propiedades distintas a las que identificamos en nuestro concepto compartido de precedente. Veamos por qué. Los casos más desconcertantes son los derivados del arbitraje internacional y los tratados internacionales.

Pensemos por ejemplo en el arbitraje internacional, que es un procedimiento conocido como “método alternativo en la solución de conflictos”; esto es, una forma adicional y distinta a la vía jurisdiccional interna de los Estados para resolver conflictos entre particulares. Aunque es noción debatida, algunos autores han denominado al árbitro como “un juez privado investido de una misión jurisdiccional de origen contractual”.⁴¹⁶

Si bien el laudo arbitral tiene efectos judiciales, la intención primordial que lo guía es no hacer uso de la maquinaria judicial

⁴¹⁶ González de Cossío, Francisco, “El arbitraje y la judicatura. ¿*Quis custodiet custodes?*”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia (coords.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 138.

del Estado en aras de la eficiencia. No obstante lo anterior, la intervención judicial será necesaria al momento de ejecutar el laudo; de otra manera, la eficacia del arbitraje se vería mermada cuando las partes no tienen la voluntad de cumplir lo decidido en el laudo.⁴¹⁷ De ahí que se sostenga que el arbitraje sólo tiene éxito entre personas e instituciones honradas.⁴¹⁸

Este primer acercamiento indica el origen “convencional” que tienen tanto los procedimientos como los órganos arbitrales. Este tipo de arreglos cobran sentido en el contexto de agentes comerciales que buscan seguridad y rapidez en la resolución de las controversias en las relaciones jurídicas que entablan, además de la facilidad de que el arbitraje se ajusta a las necesidades del comercio internacional y a la voluntad de las partes en el convenio arbitral.⁴¹⁹

Respecto a la naturaleza que presenta el arbitraje, hay diversas posturas. La *corriente jurisdiccional* argumenta que el arbitraje tiene, en esencia, naturaleza jurisdiccional debido a que en su origen, el apoyo estatal y la regulación de los actores es similar. La *corriente contractual* sostiene que es la autonomía de la voluntad y la libertad contractual la que da origen a dicho sistema de justicia privada basado en el consentimiento de las partes.

Otros más sostienen la teoría mixta, que explica la labor del árbitro como un acto judicial, aunque carecen de poder judicial, pues no está investido de poder público como el juez; no hay delegación de poder estatal, sino que la ejecución del laudo se hace mediante poder público, sin que por ello pierda su origen contractual. Algunos otros le atribuyen naturaleza autónoma al

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 159.

⁴¹⁸ Casas Alatriste, Roberto, “Arbitraje internacional”, *Finanzas y Contabilidad. Revista Mensual de Divulgación Financiera y Contable*, vol. XII, núm. 4, abril de 1945, p. 109.

⁴¹⁹ Cremades, Bernardo M. y Madalena, Ignacio, “Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 22, octubre de 2008, p. 9.

arbitraje, con un sistema flexible que no emula a los sistemas procesales nacionales.⁴²⁰

El arbitraje internacional de inversiones ofrece una muestra de este tipo de solución de conflictos, cuya evolución ha sido propiciada por los tratados bilaterales y multilaterales.⁴²¹ En última instancia, estos métodos son posibles, gracias al marco jurídico de los Estados nacionales que así lo permiten.

El marco jurídico del arbitraje en general está sostenido en dos pilares: *a) la Convención sobre el Reconocimiento de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York)*, que funge como el documento que da efectividad internacional al arbitraje, y *b) la lex arbitrii*, que es el derecho arbitral nacional del lugar en donde tiene lugar el arbitraje y delimita la jurisdicción de los tribunales estatales.⁴²²

Como toda actividad sustentada en un texto normativo, los arbitrajes tienen la obligación de aplicar e interpretar las normas contenidas en los convenios arbitrales y en los tratados que los sustentan, lo cual conduce a la necesidad de generar una aplicación estandarizada de conceptos clave que se repiten continuamente en dichos instrumentos que sirvan como guía y referencia en el pronunciamiento de las decisiones arbitrales, práctica que se ha denominado “jurisprudencia”.⁴²³

No obstante, es muy importante no perder de vista que la relación que se genera entre la judicatura y el arbitraje es peculiar. Siguiendo a González de Cossío, esta interacción se explica muy bien a través de cinco principios:⁴²⁴

⁴²⁰ González de Cossío, *op. cit.*, pp. 149-152; Cremades, *op. cit.*, p. 10.

⁴²¹ Chillón Medina, José María, “Hacia un sistema de control efectivo de la legalidad internacional en materia de inversiones. El arbitraje internacional de inversiones: su tratamiento singular reciente a partir del derecho convencional y de la jurisprudencia arbitral”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*, vol. 48, núm. 2, 2009, p. 249.

⁴²² González de Cossío, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

⁴²³ Chillón, *op. cit.*, p. 267.

⁴²⁴ González de Cossío, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

1. La jurisdicción de un tribunal arbitral no emana de un soberano, sino del “orden internacional”.
2. El tribunal arbitral no es un órgano de Estado, sino una “criatura” de contrato.
3. No existe jerarquía —y mucho menos sumisión— entre un tribunal arbitral y uno estatal.
4. El deber principal del tribunal arbitral es hacia las partes, no hacia otras judicaturas, y consiste en llevar a cabo su misión: resolver la controversia. Ello incluye asegurarse de que el acuerdo arbitral no sea frustrado.
5. Los tribunales arbitrales no están incondicionalmente sujetos a la jurisdicción de los jueces de la sede del arbitraje.

Estos principios revelan un cúmulo de información de gran importancia para nuestros propósitos, pues podemos contrastarlos fácilmente con las condiciones necesarias de nuestro concepto de precedente para observar las diferencias y estar en posibilidad de determinar si a esta práctica se podría aplicar adecuadamente la etiqueta de precedente en sentido pleno.

El otro caso desconcertante, al que no estamos seguros que pueda aplicársele con propiedad la etiqueta de precedente, es la llamada jurisprudencia de organismos internacionales, porque, de entrada, ésta atiende a objetivos diversos de la jurisprudencia nacional. Pensemos, por ejemplo, en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Las terribles experiencias que los países occidentales vivieron con la implantación de regímenes dictatoriales a mediados del siglo XX, motivó que los líderes europeos de la segunda posguerra buscaran la forma de garantizar la imposibilidad de que surgieran nuevamente gobiernos dictatoriales y lo hicieron a través de un sistema que garantizara, a nivel internacional, la plena vigencia de los derechos y libertades democráticas.⁴²⁵ Así, Fran-

⁴²⁵ García de Enterría, Eduardo *et al.* (eds.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1979, p. 56.

cisco Díaz señala que la proclamación y garantía internacional de los derechos humanos se materializó, tras la Segunda Guerra Mundial, mediante textos internacionales que recogieron los derechos con pretensión de alcance universal.⁴²⁶

El contexto histórico del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o Convenio) refiere que ésta es parte del proceso institucional para la unificación europea, que busca dotar a los Estados parte de una carta común de derechos y libertades que conjuntara los valores políticos y culturales de las democracias occidentales.⁴²⁷ Así pues, el Convenio y sus protocolos contienen una serie de derechos y libertades que los Estados adherentes a la misma deben otorgar a toda persona en su jurisdicción.⁴²⁸

El CEDH⁴²⁹ se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950, bajo los auspicios del Consejo de Europa (Consejo de la Unión Europea, Consejo de Ministros o Consejo) como principal instancia decisoria de la Unión Europea. El Consejo se reúne a nivel de los ministros de los Estados miembros, y es por consiguiente la institución de representación de los Estados miembros). El Convenio no pretende remplazar ni suplantar al derecho interno que debe ser concebido como el principal instrumento de protección de los derechos y libertades fundamentales; antes bien, su función es “añadirse y superponerse a éste, completarlo si es preciso, remediará llegado el caso sus lagunas, carencias o flaquezas”.⁴³⁰

En ese contexto, existe en la materia lo que se ha dado en llamar “la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)”, que se refiere a las decisiones del propio tribunal que vinculan jurídicamente a las autoridades de los Estados

⁴²⁶ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 16.

⁴²⁷ García de Enterría, *op. cit.*, p. 55.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 63.

⁴²⁹ Consultado en: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/eu_council_es.htm, consultada el 15 de agosto de 2014.

⁴³⁰ Eissen, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. de Javier García de Enterría L. Velázquez, Madrid, Cívitas, 1985, pp. 81 y 82.

parte en el Convenio que hayan aceptado con carácter general la jurisdicción del tribunal. Sin embargo, se reconoce que esta “obligatoriedad jurídica” no es igual a aquella de las sentencias de los tribunales estatales.⁴³¹

La labor del TEDH ha consistido en interpretar y desarrollar los preceptos del convenio, generando jurisprudencia sobre los diversos derechos humanos; las líneas jurisprudenciales que va generando se reafirman con cada nueva sentencia que emite.⁴³² Su trascendencia —opinan algunos académicos—, radica en la obligatoriedad que reviste para los Estados firmantes, aunado a que los tribunales supremos de los Estados parte han aceptado e incorporado esa jurisprudencia a sus propias decisiones.⁴³³

Es relevante notar que las sentencias del TEDH no anulan directamente las sentencias de los Estados parte que no están en conformidad con el Convenio, sino que el Estado condenado tiene la tarea de ejecutar la sentencia, en su caso.⁴³⁴ Principalmente, es importante observar que el objeto de las sentencias del Tribunal es decidir si una resolución tomada por cualquier autoridad de los Estados parte se encuentra total o parcialmente en oposición con sus obligaciones derivadas del Convenio, de modo que no puede alterar el derecho interno ni poner remedio específico a una inobservancia del Convenio.⁴³⁵

Sin embargo, su transcendencia es fundamental. Entre las aportaciones del TEDH, la doctrina identifica: la contribución a la interpretación y desarrollo de los derechos humanos en Europa; la significativa influencia de sus decisiones en varios Estados miembros, quienes han adoptado criterios e ideas de su jurisprudencia; ha tenido un papel central en la unificación de las legisla-

⁴³¹ García de Enterría, *op. cit.*, p. 53.

⁴³² Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 47.

⁴³³ *Ibidem*, p. 20.

⁴³⁴ García de Enterría, *op. cit.*, p. 53.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 132.

ciones nacionales mediante un “corpus jurisprudencial” común para los Estados.⁴³⁶

Un caso adicional e igualmente desconcertante es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El ordenamiento de la Comunidad Europea es un “ordenamiento jurídico *sui generis*”, diferente tanto del internacional como del nacional de los Estados miembros, en el que no obstante, se integra. Así, la Comunidad cuenta con sus propias instituciones con poderes normativos y ejecutivos para que actúen conforme a sus propias reglas procedimentales y sustantivas bajo el control último del sistema jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.⁴³⁷

Si bien para lograr esto los Estados parte han limitado parcialmente su soberanía a favor de este orden, no quedan claros los límites que tiene respecto de los Estados miembros. Es importante comprender que la jurisdicción comunitaria no es una jurisdicción excepcional, pues a diferencia de las jurisdicciones internacionales,⁴³⁸ las decisiones del tribunal son definitivas sin posibilidad de apelación, además de que la interpretación que efectúe el Tribunal de Justicia de los tratados de París y Roma se impone a los tribunales internos de los países signatarios.⁴³⁹

En general, existen un gran número de tribunales internacionales que se ocupan de materias específicas, derivados de los tratados entre Estados, o bien pertenecientes a organizaciones internacionales. Entre ellos están el Tribunal Europeo de Dere-

⁴³⁶ Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 131.

⁴³⁷ Alonso García, Ricardo, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 16.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁴³⁹ Díaz de Velasco Vallejo, Manuel, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1984, p. 6. El Tratado de París de 1951 dio origen a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que posteriormente se denominó de las Comunidades Europeas, y luego de la Unión Europea, con los Tratados de Roma de 1957, conocidos como los tratados constitutivos. *Ibidem*, pp. 17-19.

chos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia Internacional,⁴⁴⁰ entre otros.

En el marco de estas apreciaciones, resulta central tener en mente que en la jurisdicción internacional, la única forma en la que un Estado puede obtener una sentencia en contra de otro es que ese Estado esté de acuerdo en someter a un procedimiento internacional el conflicto mutuo, esto es consecuencia de la paridad que existe entre los miembros de la comunidad internacional. Se atribuye entonces la debilidad relativa de los tribunales internacionales a la falta de un “lazo orgánico” con los tribunales internos y su no inserción institucional.⁴⁴¹

De este modo, la justicia internacional depende del consentimiento de los Estados soberanos, quienes tienen la potestad de aceptar o negar la competencia del tribunal internacional. Tal es el caso tanto del procedimiento arbitral como del judicial en el ámbito internacional, ya que debido a la soberanía nacional ningún Estado puede ser obligado a someterse a su jurisdicción. En tal sentido, el TJCE tiene la peculiaridad de tener más preponderancia sobre los Estados miembros, aunque finalmente —como Manuel Díaz señala— esa preponderancia deriva del consentimiento inicial otorgado por los Estados miembros para obligarse por los tratados creadores de la Comunidad Europea.⁴⁴²

Si bien existe una distinción adicional entre los tribunales internacionales y el TJCE en que la aceptación de la jurisdicción de los primeros es facultativa, mientras que la del TJCE es obligatoria, además de que los Estados miembros pueden demandarse entre sí, tanto como ser demandados por la Comisión Europea (órgano ejecutivo de la Unión Europea), además de mantener un lazo orgánico con los tribunales nacionales.⁴⁴³ Lo cierto es

⁴⁴⁰ Es el órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas, cuya jurisdicción sobre los Estados parte constituye un acto facultativo que ha tenido pocos progresos y numerosas restricciones. *Ibidem*, pp. 5 y 9.

⁴⁴¹ *Ibidem*, pp. 6 y 9.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 7.

⁴⁴³ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

que estas posibilidades descansan en el hecho fundamental del consentimiento otorgado por los Estados miembros al elegir ser parte de la Comisión Europea, circunstancia que podría y puede ser diferente eventualmente.

Al considerar que el TJCE toma elementos de los derechos internos, se advierte que este organismo es en sí mismo un organismo de jurisdicción internacional, independientemente de los nexos con las jurisdicciones locales,⁴⁴⁴ ya que no puede perderse de vista que el TJCE actúa y juzga en consonancia con los tratados creadores (instrumentos internacionales) que le dieron origen. Esto, sin embargo, responde naturalmente a la lógica de preservar el orden jurídico comunitario y evitar interpretaciones contradictorias entre el TJCE y los tribunales internos.⁴⁴⁵

Como en otros contextos, se advierte que, a partir de sus sentencias, el TJCE ha dotado gradualmente de contenido más específico a la legislación comunitaria y transitado hacia diferentes posturas en relación con variados temas comunitarios; a esos criterios o posturas de las sentencias del propio TJCE se ha dado en llamar la “jurisprudencia” del TJCE.⁴⁴⁶ No obstante, la eficacia de las sentencias del TJCE depende de los Estados miembros, ya que no es posible su ejecución forzosa, de modo que hay ciertos rasgos necesarios que faltan para que esta práctica pueda ser equiparada a nuestro concepto de precedente.

La breve reseña previa es tan sólo un acercamiento a diversas prácticas situadas fuera de los sistemas jurídicos nacionales que se asemejan en buena medida a la práctica que al interior de los sistemas jurídicos conceptualizamos como “precedente”. Este recorrido refiere una serie de relaciones y complejidades que intervienen en la llamada “jurisprudencia” de los diferentes órganos

⁴⁴⁴ A semejanza de los tribunales internos y a diferencia de los tribunales internacionales, el TJCE permite que tanto los Estados como los particulares, así como ciertos órganos de la Comunidad Europea, estén legitimados para acudir a su jurisdicción, p. 14.

⁴⁴⁵ Díaz de Velasco, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 57.

jurisdiccionales supranacionales referidos y proporciona elementos para examinar si la práctica que llevan a cabo los tribunales internacionales o los organismos arbitrales son precedentes en el sentido pleno del concepto.

Esta observación resulta central si aceptamos que tenemos un concepto de precedente que posee características que le dan identidad y lo distinguen de otras prácticas. Las líneas de esta distinción corren paralelamente a las condiciones necesarias del precedente. En cuanto a la primera condición, resulta evidente que si bien la jurisprudencia de estos organismos pretende funcionar como regla, éstas no siempre tienen un origen jurisdiccional en sentido estricto, pues si bien los tribunales internacionales desarrollan funciones jurisdiccionales, éstas carecen de la calidad autoritativa y del elemento vinculante que hemos identificado en el concepto de precedente.

Al igual que el precedente que opera al interior de los sistemas jurídicos particulares, la jurisprudencia de tribunales internacionales u órganos arbitrales tiene la pretensión de regular mediante el ejemplo la conducta futura de otros órganos decisarios. Para estos organismos internacionales que desarrollan nuevas experiencias en cuanto a su integración y funcionamiento, la vía más confiable de prueba es actuar conforme a sus propios razonamientos previos.

La práctica cotidiana y la aplicación de un documento normativo que los rige y guía, plantea por sí mismo el desafío de estandarizar los usos, definir alcances y asignar significados en el contexto de la materia o práctica de que se trate; esta labor, necesariamente requiere interpretación por parte del órgano decisario. No obstante, esta condición se satisface sólo parcialmente, ya que la jerarquía no es un elemento que se satisfaga en estos órganos.

Como hemos advertido, no existe una relación jerárquica de subordinación de los tribunales nacionales respecto de los organismos internacionales. Éstos tienen asignadas ciertas facultades y atribuciones derivadas siempre de la voluntad de los Estados parte

en el convenio que les dio origen, pero no gozan de autoridad por sí mismos, como es el caso de los tribunales internos. Esta peculiaridad hace que estos organismos no estén revestidos de autoridad en el sentido en el que sí lo están los tribunales internos.

El origen convencional de las facultades y obligaciones de estos organismos es la razón de la imposibilidad de que sean vinculantes, ya que aun cuando los Estados que firmaron el Convenio que les dio origen estuvieron de acuerdo en aceptar su jurisdicción y atender sus resoluciones, siempre cabe la posibilidad de incumplirlas si así conviene al Estado. Esto, por supuesto, quita al organismo la posibilidad de hacer exigibles sus resoluciones y de ejecutar aun contra la voluntad de la partes sus mandatos, como sí puede hacerlo un tribunal interno.

Si bien su objeto es armonizar los contenidos previos con las nuevas prácticas y necesidades circundantes, en buena medida la jurisprudencia de estos órganos se asemeja más a los buenos ejemplos de los que hablamos previamente, en los que se atiende primordialmente al contenido de las resoluciones para decidir si se siguen, más que al carácter autoritativo que poseen en términos de las tres tesis de la autoridad.

Finalmente, la eficacia de esta jurisprudencia está supeditada a la incorporación de ciertas medidas a los materiales jurídico-normativos internos de los Estados, de modo que no tienen un carácter verdaderamente excluyente respecto de otros contenidos normativos competitivos. Esto muestra la carencia que presentan de un elemento central en la explicación del concepto de precedente.

Estas perplejidades nos sitúan en la dirección de examinar el uso que hacemos de ciertos conceptos que si bien, en la práctica son de uso cotidiano, no necesariamente tienen el mismo significado y contenido, lo cual abre el camino a nuevas discusiones.

CONCLUSIONES

El estudio presentado nos brindó la oportunidad de analizar una de las prácticas más representativas y significativas del derecho. Este análisis corroboró que la práctica del precedente tiene una gran trascendencia en los sistemas jurídicos, y a la cual estamos tan acostumbrados que obviamos su explicación, o bien no hemos reflexionado suficientemente en torno a ella, debido quizá al papel secundario que tradicionalmente le hemos asignado.

Al suscribir la tesis de que tenemos un concepto de precedente que es susceptible de ser explicado a través de sus condiciones necesarias, esta investigación mostró que las condiciones necesarias del concepto de precedente revelan las dimensiones del concepto así como el hecho de que la práctica del precedente y su concepto es común a varios y diversos sistemas jurídicos.

Este análisis mostró que en el concepto está implícita la noción de que el precedente opera como una regla prescriptiva de origen jurisdiccional, producto de la interpretación novedosa de un juez jerárquicamente superior, que es autoritativa o, al menos, vinculante para regular mediante el ejemplo conductas futuras de sus destinatarios, con el objetivo de servir como el eslabón que armoniza coherencia y progresividad en el derecho.

El desarrollo de las condiciones necesarias del concepto de precedente muestra que una explicación descriptiva satisfactoria lo entiende como una regla autoritativa prescriptiva capaz de hacer una diferencia en el razonamiento práctico de los jueces y no como un simple principio que debe ser reexaminado en cada aplicación, y al que se le asigna el mismo peso inicial que cualquier otro elemento en el balance de razones que efectúa el juez cuando lleva a cabo una interpretación novedosa que sienta precedente.

El carácter de regla-ejemplo del precedente explica, según nuestra práctica real, la forma en la que los precedentes ofrecen a los jueces posteriores o de aplicación, el modo en el que se ha de resolver, siguiendo el ejemplo que tribunales autoritativos pusieron en el pasado respecto de casos semejantes. Asimismo, esta práctica alcanza un doble propósito, pues no sólo resuelve casos concretos, sino que ejemplifica autoritativamente la solución de asuntos futuros, cuya guía no es una orientación opcional, sino que su naturaleza se revela mejor cuando la entendemos como una regla.

La regla de precedente es, necesariamente, producto de una interpretación novedosa en sede judicial, que tiene la particularidad de asegurar coherencia dentro del sistema jurídico, al tiempo que admite y promueve la progresividad de sus contenidos, siendo ésta una doble condición que muestra la operación de —y da sentido a— esta práctica dentro de los sistemas jurídicos.

Con todo, el análisis planteado y las reflexiones derivadas revelan que una explicación descriptiva y moralmente neutral de la práctica que conocemos tiene poder explicativo para comprender el concepto de precedente. La propuesta descriptiva del concepto de precedente es exitosa en la medida en que revela fielmente la forma en la que los usuarios del concepto la entendemos, que desde mi perspectiva responde a nuestras intuiciones compartidas luego de pasar por su ordenación racional, y nos muestra lo que hacemos cuando creamos y usamos precedentes de manera que podemos reconocernos a nosotros mismos haciendo lo que el concepto propone.

En todo caso, este estudio es solamente una humilde aportación que busca acercarnos a la comprensión de una de las prácticas más significativas y centrales en el derecho. He pretendido contribuir desde la perspectiva de las reglas autoritativas a mejorar nuestro entendimiento del precedente a fin de fortalecer nuestra capacidad de generar precedentes exitosos que sean precedentes —al satisfacer sus condiciones necesarias— y no algo más, para fortalecer nuestro sistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOWICZ, Michael B., “Defining Dicta”, *Stanford Law Review*, núm. 57, vol. 953, 2005.
- ALEXANDER, Larry, “Bad Beginnings”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 145, núm. 1, 1996.
- ALEXANDER, Larry y PRAKASH, Saikrishna B, “Is That English You’re Speaking?” Some Arguments for the Primacy of Intent in Interpretation”, *Law and Legal Theory Research Paper Series*, Documento de investigación núm. 58, otoño de 2003.
- ALEXANDER, Larry y SHERWIN, Emily, “Los jueces como creadores de reglas”, trad. de Sandra Gómora Juárez, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- AMAYA, Amalia, *The Tapestry of Reason. An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015.
- BANKOWSKI, Zenon *et al.*, “On Method and Methodology”, en MacCormick, Neil D. y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 1991.
- BAUM LEVENBOOK, Bárbara, “The Role of Coherence in Legal Reasoning”, *Law and Philosophy*, núm. 3, 1984.
- BERLIN, Isaiah, en Hardy, Henry (ed.), *Concepts and Categories, Philosophical Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- BIX, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

- BIX, Brian H., *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, 3a. ed., trad. de Imer B. Flores, Rodrigo Ortiz Totorica-guena y Juan Vega Gómez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- BIX, Brian, “H. L. A. Hart and the «Open Texture of Language»”, *Law and Philosophy*, vol. 10, 1991.
- BIX, Brian, “Ideals, Practices, and Concepts in Legal Theory”, ensayo presentado en la conferencia “Neutrality and Theory of Law”, Universidad de Girona, España, mayo de 2010.
- BIX, Brian, *Jurisprudence Theory and Context*, 2a. ed., Durham Carolina del Norte, Carolina Academic Press, 1999.
- BIX, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro *et al.*, Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- BRENNAN, Andrew, “Necessary and Sufficient Conditions”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en Zalta, Edward N. (ed.), invierno de 2012. Consultable en: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/necessary-sufficient/>.
- BUSTAMANTE, Thomas, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, trad. de Juan Carlos Panez Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano, Lima, Editora y Distributions Ediciones Legales, 2016.
- CASAS ALATRISTE, Roberto, “Arbitraje internacional”, *Finanzas y Contabilidad. Revista Mensual de Divulgación Financiera y Contable*, vol. XII, núm. 4, abril de 1945.
- CHIASSONI, Pierluigi, “The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction”, en BUSTAMANTE, Thomas y BERNAL PULIDO, Carlos (eds.), *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing 2009*, vol. III, número suplementario 133, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, Nomos, 2012.
- CHILLÓN MEDINA, José María, “Hacia un sistema de control efectivo de la legalidad internacional en materia de inversiones”, *Revista de Derecho y Finanzas*, vol. 1, núm. 1, 2012.

nes. El arbitraje internacional de inversiones: su tratamiento singular reciente a partir del derecho convencional y de la jurisprudencia arbitral”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*, vol. 48, núm. 2, 2009.

CREMADES, Bernardo M. y MADALENA, Ignacio, “Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 22, octubre de 2008.

DEL MAR, Maksymilian, “What Does History Matter to Legal Epistemology?”, *Journal of the Philosophy of History*, núm. 5, 2011.

DEL PICÓ RUBIO, Jorge, “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”, *Ius et Praxis*, año 17, 2011.

DÍAZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1984.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Lima, Palestra Editores, 2004.

Diccionario de la lengua española, 2013 [en línea]. Consultable en: <http://buscon.rae.es/drae/>.

Diccionario de la lenguaje española, 2017 [en línea]. Consultable en: <http://dle.rae.es/?id=4X8WU1M|4XANV8J>.

DICKSON, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. de Juan Vega Gómez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

DICKSON, Julie, “Interpretation and Coherence in Legal Reasoning”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010. Consultable en: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>.

DICKSON, Julie, “Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey”, *Legal Theory*, Cambridge, vol. 10, núm. 3, 2004.

DI CASTRO, STRINGHER, Elisabetta (coord.), *Conocimientos fundamentales de filosofía*, México, UNAM-McGraw-Hill, 2006, vol. I,

- consultable en: <http://www.conocimientosfundamentales.unam.mx/vol1/filosofia/m01/index01.html>.
- DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2012.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000.
- DYZENHAUS, David, “Reasoned Decisions and Legal Theory”, en EDLIN, Douglas E. (ed.), *Common Law Theory*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.
- EISSEN, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. de Javier García de Enterría y L. Velázquez, Madrid, Civitas, 1985.
- ENDICOTT, Timothy A., *La vaguedad en el derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2006.
- ENDICOTT, Timothy, “Putting Interpretation in its place”, *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994.
- ENDICOTT, Timothy, “The One True Interpretation”, *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2005.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, “El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial”, en FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen (coeds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo et al. (eds.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1979.

- GARDNER, John y MACKLEM, Timothy, “Reasons”, en JULES, Coleman y SCOTT, Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- GIUDICE, Michael, “Conceptual Analysis and its Critics”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 6, 2012.
- GIUDICE, Michael, “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, *IVR Encyclopedie*, 2009. Consultable en: http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz%27s_Legal_Philosophy.
- Glosario de la Unión Europea*. Consultable en: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/eu_council_es.htm.
- GÓMORA COLÍN, José Noé, *Jurisprudencia en México. Utilidad y publicidad*, México, Porrúa, 2006.
- GÓMORA JUÁREZ, Sandra, “Coherencia y progresividad en el concepto de precedente”, en FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen (coeds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- GÓMORA JUÁREZ, Sandra, “La posibilidad conceptual y el argumento histórico en torno al estudio del precedente”, *Revista Precedente*, vol. 11, julio-diciembre de 2017.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “El arbitraje y la judicatura. ¿Quis custodiet custodes?”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (coords.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2007.
- GOSEPATH, Stefan, “Equality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Consultable en: <http://plato.stanford.edu/search/searcher.py?query=equality>.
- GREEN, Leslie, “Filosofía del derecho general: ensayo del 25 aniversario”, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 3, 2009.
- GUEST, A. G. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- HART, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 1982.
- HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, Penélope A. Bulloch, y Joseph Raz (eds.), trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- HIMMA, Kenneth, “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, en FREEDMAN, Michael y ROSS, Harrison (eds.), *Law and Philosophy. Current Legal Issues 2007*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- HIMMA, Kenneth, “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, en ROSS, Harrison (ed.), *Law and Philosophy. Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2008. Consultable en: <https://ssrn.com/abstract=952910>.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- HUERTA OCHOA, Carla, “La discusión sobre el carácter deóntrico de las normas de competencia: obligación o permiso”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010.
- HUERTA OCHOA, Carla, “Retroactividad en la Constitución”, *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- HUERTA OCHOA, Carla, “Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007.
- JACKSON, Frank, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Nueva York, Clarendon, Press-Oxford, 1998. Consultar en: <https://www.jstor.org/stable/10.1080/00222787.2017.1390000>.

table en: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198250616.0614.001.0001/acprof-9780198250616>.

JURISPRUDENCIA 5/2011, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, año 4, núm. 8, 2011. Consultable en: <https://goo.gl/8kPFks>.

JURISPRUDENCIA 12/2005, *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

JURISPRUDENCIA 11/2005, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral. Compilación 1997-2012*. Consultable en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/1000/1000645.pdf>.

JURISPRUDENCIA 5/2008, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, año 1, núm. 2, 2008. Consultable en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/1000/1000861.pdf>.

JURISPRUDENCIA 8/2008, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, año 1, núm. 2, 2008. Consultable en: http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/gaceta_jurisprudencia_1_2_2008.pdf.

JURISPRUDENCIA 5/2011, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 4, núm. 8, 2011.

JURISPRUDENCIA 16/2012, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 5, núm. 10, 2012. Consultable en: http://portales.te.gob.mx/genero/sites/default/files/Jurisprudencia%2016.2012_0.pdf.

LAMOND, Grant, 2006, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultable en: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>.

LAPORTA, Francisco J., 1985, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67.

LOWE, E. J., *The Possibility of Metaphysics. Substance, Identity and Time*, Nueva York, Clarendon Press, 1998.

- LONDONO LÁZARO, María Carmelina, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, núm. 128, 2010.
- MACCORMICK, Neil, “Argumentation and Interpretation in Law”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 6, núm. 1, marzo de 1993.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.
- MACCORMICK, Neil D. y SUMMERS, Robert S. (eds.), “Interpretation and Justification”, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 1991.
- MAKOBA, J. Wagona, “On the Use and Application of Legal Concepts in the Study of Non-Western Societies”, *International Journal of the Sociology of Law*, Londres, vol. 20, núm. 3, septiembre de 1992.
- MAGALONI KERPEL, Ana Laura e IBARRA OLGÍN, Ana María, “La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a una defensa adecuada”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 19, julio-diciembre de 2008.
- MARGOLIS, Eric y LAURENCE, Stephen, “Concepts”, en ZALTA, Edward N. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño de 2008. Consultable en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/concepts/>.
- MARMOR, Andrei y SARCH, Alexander, “The Nature of Law”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño de 2015. Consultable en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/>.
- MARSHALL, Geoffrey, “What is Binding in a Precedent?”, en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Abingdon, Oxford, Reino Unido, Routledge, 2016.

- MOORE, Michael S., “Law as a Functional Kind”, en GEORGE, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory, Contemporary Essays*, Oxford University Press, 1992
- NIETO CASTILLO, Santiago y ESPÍNDOLA MORALES, Luis, *El juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. Competencia de Sala Regional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012.
- OLSSON, Erik, “Coherentist Theories of Epistemic Justification”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edición de 2014. Consultable en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justep-coherence/>.
- PECZENIK, Aleksander, “The Binding Force of Precedent”, en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Abingdon, Oxford, Reino Unido, Routledge, 2016.
- POSTEMA, Gerald, “Melody and Law’s Mindfulness of Time”, *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 2, junio de 2004.
- RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 1994.
- RAZ, Joseph, “Intention in Interpretation”, en GEORGE, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Nueva York, Oxford University Press, 1999. Consultable en: www.oxfordscholarship.com.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982.
- RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2001.
- RAZ, Joseph, “On the Autonomy of Legal Reasoning”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 6, núm. 1, marzo de 1993.
- RAZ, Joseph, *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979. Consultable en: www.oxfordscholarship.com.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1986. Consultable en: www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198248075.001.0001/acprof-9780198248071-chapter-3.
- RAZ, Joseph, “Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison”, en COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica, “A Revision of the Constitutive and Epistemic Coherence Theories in Law”, *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 2, 2001.
- SHAPIRO, Scott J., “Authority”, en COLEMAN, Jules y SHAPIRO, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge, Belknap Press, 2011.
- SCHAUER, Frederick, “Necessity, Importance, and the Nature of Law”, ensayo preparado para la conferencia sobre “Neutrality and Theory of Law”, Universidad de Girona, Girona, mayo de 2010.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- SCHAUER, Frederick, “Precedent”, *Revista en Derecho de Stanford*, vol. 39, núm. 571, febrero de 1987.
- SCOTT, Brewer, “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, *Harvard Law Review*, vol. 109, núm. 5, 1996.
- SHERWIN, Emily, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 66, núm. 5, otoño de 1999.

- SOPER, Philip, “Legal Theory and the Problem of Definition”, *University of Chicago Law Review*, vol. 50, núm. 3, verano de 1983.
- STAVROPOULOS, Nicos, “Hart’s Semantics”, en COLEMAN, Jules (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- SUNSTEIN, Cass R., “Interpreting Statutes in the Regulatory State”, *Harvard University Press*, vol. 103, núm. 2, diciembre de 1989.
- SUNSTEIN, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1998.
- TARUFFO, Michele, *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del taller de derecho procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.
- TARUFFO, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, “Rational Choice and the Framing of Decisions”, *Journal of Business*, vol. 59, núm. 4, 1986.
- TWINING, William y MIERS, David, *How to do Things with Rules. A Primer of Interpretation*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1976.
- VEGA GÓMEZ, Juan, “El positivismo excluyente de Raz”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004.
- VEGA GÓMEZ, Juan, “The Hart-Fuller Debate”, *Philosophy Compass*, vol. 9, núm. 1, 2014. Consultable en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/phc3.12096/abstract>.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción: una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979.

Un análisis conceptual del precedente judicial, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 23 de marzo de 2018 en los talleres de Editorial Color, S. A de C. V, Naranjo 96 bis, colonia Santa María la Ribera, 06400 Ciudad de México, tel. 5547 3540. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 cm de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros.

Consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).

Este trabajo se circunscribe al plano de la teoría jurídica descriptiva y ofrece una explicación del concepto de precedente vertical que parte del concepto de regla autoritativa como el enfoque que, desde mi perspectiva, explica de mejor manera esta práctica. Este desarrollo aplica el aparato teórico y conceptual de Joseph Raz acerca de la tesis de la autoridad para explicar la naturaleza del precedente judicial contemplando a los propios órganos jurisdiccionales como destinatarios de las reglas autoritativas, así como las interacciones que se generan entre ellos en los diferentes contextos de creación y aplicación de precedentes judiciales.

La explicación del concepto de precedente se elabora a partir de las condiciones o propiedades mínimas necesarias que lo integran, cada una de las cuales se desarrolla en cada capítulo, mostrando las relaciones mutuas entre dichas propiedades, sus implicaciones y las consecuencias de ello.

