



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

## ANÁLISIS DEL PRECEDENTE

TESIS  
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:  
DOCTORA EN DERECHO

PRESENTA:  
SANDRA GÓMORA JUÁREZ

TUTOR PRINCIPAL:  
DR. JUAN VEGA GÓMEZ  
(Instituto de Investigaciones Jurídicas)

COMITÉ TUTOR:  
DRA. SUSANA DÁVALOS TORRES (Instituto de Investigaciones Jurídicas)  
DR. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ (Universidad de Jaén)  
DR. HÉCTOR FIX-FIERRO (Instituto de Investigaciones Jurídicas)

México, Distrito Federal, septiembre de 2015.



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



## Agradecimientos

- A Dios, por permitirme conocer y recorrer caminos inexplorados.
- A César Iván Barrera Flores, por ser mi luz, mi apoyo, mi aliado, mi soporte, mi fan, por estar siempre, por ayudarme e impulsarme de mil maneras distintas a perseguir y alcanzar esta meta, por su paciencia, por su amor y su hermosa voluntad de ceder su tiempo en incontables ocasiones por el bien de este proyecto.
- A mis padres, por enseñarme a trabajar, a persistir, a luchar y a alcanzar, por ser ejemplo de perseverancia y fortaleza, por ser incansables.
- A Yuli, a Abraham, a Cut, a Ema, a Regina, por su paciencia, su apoyo, por sus risas que me alimentan y por hacer mi vida siempre más feliz y divertida.
- A Juan Vega Gómez, por aceptar ser mi tutor principal, por ser un excelente maestro, una maravillosa persona y un gran amigo. Gracias por enseñarme tanto, por invitarme constantemente a ir más allá de mis límites, por ayudarme a crecer académicamente, por exigirme, por creer.
- A Susana Dávalos Torres por ser parte de mi 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 Héctor Fix-Fierro por su apoyo y asesoría constante, porque siempre encontró el tiempo y la manera de leer mi trabajo, discutirlo y plantear nuevas preguntas que me condujeran a profundos análisis. Por tomarse el tiempo de ayudarme con revisiones detalladas y sugerir nuevos rumbos.
- A Alberto del Real Alcalá, por su gran disposición y apoyo durante el doctorado, por leerme, criticarme y sugerirme, por recibirme en su Universidad e impulsarme a la conclusión y presentación de este proyecto.
- A Carla Huerta Ochoa, por aceptar leer esta tesis, por su honestidad, por sus críticas, sugerencias y recomendaciones para mejorar mi trabajo.
- A mis amigos *Problema*: Ricardo, Enrique, Pedro, Edith, Margarita, Chan, Toño y Yanara, con quienes he crecido y compartido risas durante estos años y a quienes agradezco por la paciencia y apoyo. A “la Rosa”, a Vicky, a Anita D.E.P. por concederme el privilegio de contar con su amistad, por estar a mi lado, animarme y enseñarme tanto. Gracias porque directa o indirectamente han sido testigos e impulsores de este proyecto y han colaborado de alguna manera para concretarlo.
- A la Universidad Nacional Autónoma de México y al Instituto de Investigaciones Jurídicas por recibirme y regalarme tanto.



# ÍNDICE

## Introducción

### DELIMITACIÓN METODOLÓGICA Y CONCEPTUAL

- I. Metodología y análisis conceptual....1
- II. Una aproximación conceptual e histórica al precedente en los sistemas jurídicos...12
- III. Sobre el análisis conceptual del precedente...22
- IV. Familias, culturas y sistemas jurídicos....29

## CAPÍTULO 1

### SISTEMAS JURÍDICOS Y PRECEDENTE: UN PLANTEAMIENTO

- I. México y la familia de derecho romano germánica...44
  - 1. La historia de la familia jurídica romano-germánica...45
  - 2. Adopción del derecho romano germánico en México...49
  - 3. Las fuentes del derecho... 56
  - 4. Organización judicial...57
  - 5. La interpretación del derecho... 58
  - 6. La jurisprudencia...60
  - 7. Problemas recurrentes de la jurisprudencia...65

II. Francia: un caso peculiar en la familia de derecho romano germánica...67

1. Fuentes del derecho modernas...70
2. Organización judicial...70
3. Interpretación...73
4. La jurisprudencia constante...74

III. Inglaterra y la familia jurídica del *Common Law*...77

1. Periodo Anglosajón...78
2. Periodo de formación del *Common Law*...79
3. Tercer periodo: la *Equity*...82
4. Periodo moderno del *Common Law*...83
5. El derecho inglés...85
6. La organización judicial...86
7. Fuentes del derecho...88
  - A. La ley...88
  - B. La costumbre...89
  - C. La doctrina...90
8. El precedente judicial...90
  - A. *Ratio decidendi* y *Obiter dictum*...92
  - B. La fuerza persuasiva del precedente...94
  - C. Ventajas y desventajas del precedente...95
9. Expansión del *Common Law*...97

IV. Japón y la familia jurídica asiática...98

1. Historia y transformación jurídica...100
2. Las fuentes del derecho y el sistema judicial...106
3. El precedente judicial...112

V. Arabia Saudita y la familia de derecho islámico...117

1. Derecho islámico: fuentes y elementos...120

- 2. Historia general del derecho islámico y particular de Arabia Saudita...124
  - A. Teoría ortodoxa o sunita...126
  - B. Teoría heterodoxa o chiíta...126
  - C. Imperio otomano...127
  - D. Surgimiento de Arabia...130
- 3. Actualidad, Constitución y Sistema Judicial en Arabia...131
  - A. Poder Ejecutivo...133
  - B. Poder Legislativo...134
  - C. Poder Judicial...135
    - a. Tribunales de la *Sharia*...135
    - b. Tribunales seculares...136

## **CAPÍTULO 2**

### **ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL PRECEDENTE**

- I. Condiciones necesarias del precedente...139
- II. Tipos de autoridad y razones para la acción...142
- III. La concepción de la autoridad y sus tesis centrales...150
- IV. Acerca de las reglas...157
  - 1. Reglas de origen jurisdiccional: división del trabajo y estructuras jerárquicas...166
  - 2. El precedente como regla y su calidad autoritativa y vinculante...173
- V. Reglas comunicadas mediante el ejemplo...176
  - 1. Buenos y malos ejemplos...178
  - 2. El ejemplo dotado de autoridad...182
  - 3. La regla de precedente como ejemplo autoritativo para la autoridad...188
  - 4. Proyección del precedente...197



VI. El papel de la interpretación en el precedente...	201
1. En torno a la igualdad en el concepto de precedente...	202
2. Interpretar...	206
3. La intención autoritativa en la interpretación...	209
4. Creatividad y restricción en la interpretación...	212
5. La interpretación necesaria e inevitable...	214
6. Restricciones a la interpretación innovadora...	222
7. Analogía...	224
8. La práctica de distinguir...	229
9. La práctica de desautorizar...	232
VII. Coherencia y progresividad en el concepto de precedente...	234
1. Teorías de la coherencia y su aplicación al derecho...	235
2. Coherencia general y jurisdiccional...	237
A. Coherencia jurisdiccional local...	242
3. La doble condición necesaria y otros criterios para decidir...	243
4. Coherencia y progresividad en contexto...	246
5. La doble condición: conceptos de grado...	254
VIII. Comentarios a la jurisprudencia mexicana desde el enfoque conceptual...	258
IX. Casos dudosos del concepto de precedente...	263

### **CAPÍTULO 3**

#### **EL PRECEDENTE EN LA TEORÍA INTERPRETATIVISTA**

I. Planteamiento inicial...	274
II. El concepto de precedente para Dworkin: los elementos implícitos...	276
1. El derecho y el precedente como conceptos interpretativos...	277

2. Algunos aspectos metodológicos...	279
3. Interpretación constructiva...	282
4. Los principios en el razonamiento judicial...	285
5. La tarea judicial en el derecho como integridad...	287
6. La tesis de la respuesta correcta...	290
III. El concepto interpretativo de precedente y sus elementos explícitos...	292
1. Una visión general del precedente: la novela en serie...	292
2. Acuerdos pre-interpretativos...	296
3. Paradigmas y precedente...	298
4. Sobre el precedente y su carácter...	302
5. La fuerza gravitacional del precedente interpretativo...	305
6. El precedente judicial <i>flexible</i> ...	307
7. Metas y principios en la decisión judicial y el precedente...	311
IV. Algunas preguntas en torno al precedente interpretativo...	313
1. Sobre la etapa pre-interpretativa...	313
2. En torno a la vaguedad en el derecho...	314
3. Acerca de la tesis de la única respuesta correcta...	317
4. El precedente como principio...	318
5. Problemas de identificación del precedente...	321
6. Coherencia en el derecho como integridad...	323
7. Discreción judicial e historia institucional...	325

**Conclusiones...** 331

Fuentes de consulta...335



## Introducción

Esta investigación gira en torno al concepto de precedente, al cual 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, me propongo elaborar un estudio teórico-conceptual y filosófico acerca del concepto de precedente, tal que revele de la manera más fiel posible esta institución jurídica como la entendemos y la practicamos.

Mi interés por el precedente ha sido permanente desde hace bastante tiempo, de hecho, mi tesis de maestría fue una investigación acerca de la jurisprudencia en el Estado de México. Esa investigación me reveló una serie de problemas en la integración, aplicación y comprensión del precedente, que si bien se advertían en un primer momento como problemas relacionados con la dimensión práctica del precedente, en una reflexión más detenida advertí que gran parte de esos problemas eran producto de la falta de una adecuada comprensión del concepto de precedente.

La utilización del precedente en los tribunales para la resolución de conflictos jurídicos, plantea una serie de interrogantes y desafíos para el derecho, como por ejemplo la posibilidad de no satisfacer las expectativas de los sujetos implicados en ciertos casos e incluso la probabilidad de producir resultados adversos en algunos otros.

Los diversos problemas que surgen de la 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, los problemas requieren cuestionar qué es el precedente y analizar todas sus implicaciones, ya que a pesar de ser una institución central en la práctica jurídica no hay uniformidad conceptual y los problemas antes referidos tienen su origen desde este punto.

Mi intuición es que compartimos un concepto de precedente en diferentes sistemas jurídicos, cuyos elementos no han sido analizados ni desarrollados explícitamente, lo cual ha generado una gran cantidad de información y confusión por la multiplicidad de nociones locales pero la falta de un análisis conceptual del concepto de precedente que permitan identificar los componentes de éste concepto. Para corroborar esta intuición, las diferentes secciones de la tesis

presentan resultados de una investigación que emplea metodología de investigación histórica, comparativa y filosofía analítica del derecho.

Mi propuesta consiste en estudiar y comprender 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.<sup>1</sup> Explicar el concepto de algo consiste en exponer algunas de las propiedades necesarias y esenciales de aquello sobre lo que versa el concepto, 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”.<sup>2</sup>

Comprender la naturaleza o concepto del precedente es el objetivo primordial de esta investigación, 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 evaluar sus aciertos y desaciertos, para en su caso, modificarla, perfeccionarla y reducir al mínimo, si no eliminar su tendencia a producir resultados adversos.

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 bajo las que se concede autoridad a un resultado jurisdiccional, las condiciones para anularla, las implicaciones y alcance de la obligatoriedad de un precedente, los límites a esa obligatoriedad, la pertinencia de reevaluar, desconocer o anular un precedente y bajo qué condiciones hacerlo, entre otras cuestiones.

Para alcanzar el objetivo central de esta investigación, este trabajo se compone de una sección preliminar titulada “Delimitación metodológica y conceptual”, de gran importancia para comprender los capítulos de los que consta el trabajo. Esta sección preliminar sitúa el ámbito y los alcances y límites de la investigación desarrollada en la tesis al ofrecer la explicación metodológica del tipo de análisis que planteo, la razón del planteamiento histórico, las particularidades en el enfoque de sistemas jurídicos y las interrelaciones entre la sección histórica-comparativa y conceptual.

---

<sup>1</sup> Raz, Joseph, “The Nature of the Theory of Law”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 7.

<sup>2</sup> *Ibidem.* p. 8.

La siguiente parte de la tesis —señalada con el capítulo 1 y titulada “Sistemas jurídicos y precedente: un planteamiento”— ofrece una explicación histórica y contextual acerca de los grandes sistemas jurídicos, sus influencias mutuas y del desarrollo del precedente o de prácticas similares entre sus instituciones jurídicas, la cual ofrece un panorama general de las características y de la forma en la que la práctica de seguir resoluciones judiciales previas opera en cada uno de los diversos países que pertenecen incluso a familias jurídicas diferentes para confirmar la intuición inicial de que el precedente es un concepto compartido y extendido por diversos sistemas jurídicos.

El capítulo 2, “Análisis conceptual del precedente” es la siguiente parte de la investigación, en la cual ofrezco 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 y precisa acerca de la forma en la que lo entienden los usuarios de la práctica.

En esta sección desarrollo argumentos para las propiedades necesarias del concepto de precedente a partir de la tesis de la autoridad de Joseph Raz además de analizar, en el marco de dichas propiedades, los problemas que se generan con esta práctica y acerca de los cuales no tenemos claridad. La tesis de la autoridad de Raz es una de las teorías jurídicas contemporáneas más influyentes y constituye el enfoque teórico desde el cual desarrollo el análisis conceptual del precedente, debido a su gran poder explicativo, que —desde mi punto de vista— satisface las nociones que intuitivamente identificamos en la práctica jurídica, en general y en el precedente, en particular.

La última parte de mi investigación es el capítulo 3, titulado “El precedente en la teoría interpretativista”, que aborda el enfoque teórico interpretativista de Ronald Dworkin como una de las alternativas teóricas contemporáneas más relevantes que ofrece una explicación del concepto de precedente. Para este análisis me concentro en los argumentos desarrollados en la obra *Law’s Empire* que ofrece la versión interpretativista más fuerte de Dworkin acerca del precedente y la interpretación.

Este capítulo final ofrece una explicación competitiva a mi propuesta, con lo cual desarrollo y reconozco argumentos competitivos muy interesantes en torno a la interpretación y al concepto de precedente para contrastar las virtudes y debilidades de cada enfoque y determinar cuál enfoque tiene mayor éxito en la explicación de la práctica.



# DELIMITACIÓN METODOLÓGICA Y CONCEPTUAL

## I. Metodología y análisis conceptual

Con las investigaciones filosóficas, el hombre pretende describir y explicarse a sí mismo el universo en el que vive, pero los objetos de estudio de las investigaciones filosóficas 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.”<sup>1</sup>

Partiendo de la premisa anterior, entonces, un concepto se utiliza para representar una idea o un objeto abstracto y sirve como mediador entre el pensamiento y el lenguaje, por una parte y como referente por otra.<sup>2</sup> De este modo la explicación del concepto nos ayuda a obtener un entendimiento común sobre algún fenómeno,<sup>3</sup> que es una condición previa para discutir aspectos como la bondad, adecuación, utilidad o funcionalidad de algo. De ahí la relevancia de realizar este estudio, pues antes de iniciar cualquier otra empresa acerca de las instituciones requerimos “fijar un punto de partida común para la investigación y la discusión”.<sup>4</sup>

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 investigación que participa de la jurisprudencia analítica en tanto considera que el precedente posee ciertas propiedades esenciales.

---

<sup>1</sup> Berlin, Isaiah, *Concepts and Categories, Philosophical Essays*, Hardy, Henry (ed.), Oxford, Oxford

<sup>2</sup> Margolis, Eric y Laurence, Stephen, “Concepts”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2008 edition, Zalta, Edward N. ed., <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/concepts/>

<sup>3</sup> 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 “sofa” en Soper, Philip, “Legal Theory and the Problem of Definition”, *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 50, num. 3, summer 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*, London, vol. 20, num. 3, September 1992, p. 220.

<sup>4</sup> Bix, Brian H., *Filosofía del Derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, 3ª ed., trad. de Flores, Imer B., Ortiz Toticagüena, Rodrigo y Vega Gómez, Juan, México, UNAM-IIIJ, 2010, p. 24.



Segundo, porque desde ese momento, se advierten —aunque implícitamente y de manera general— las ambiciones que persigue y la metodología que adopta el análisis del precedente que propongo.

Esta acotación o delimitación del trabajo es metodológicamente necesaria al mostrar las herramientas con las que se desarrolla la investigación, lo cual no significa que no se considerarán otras posturas competitivas en torno al problema que se estudia. De hecho, analizar otras posturas teóricas en torno al tema, es una de las partes centrales del trabajo que permitirán dilucidar el concepto del precedente, cualquiera que éste sea. De modo que la expectativa es explicar el concepto para luego contrastarlo con diferentes enfoques.

En este punto, sin embargo, es importante aclarar lo que ha de entenderse por jurisprudencia analítica para continuar con nuestra labor. 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.<sup>5</sup> 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 y las cuales exhibe 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”.<sup>6</sup>

Entonces, hemos de tener presente que en Filosofía del Derecho existen diferentes tipos de teorías jurídicas, que persiguen objetivos diversos y por lo tanto, responden a diferentes preguntas.<sup>7</sup> A grandes rasgos 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

---

<sup>5</sup> “Jurisprudencia analítica”, Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 145.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

establecer patrones causales, con la peculiaridad de que en las ciencias sociales, la selección de datos relevantes resulta ser un asunto debatido.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> Los propósitos y preguntas que uno y otro tipo de investigación se plantea parecen ser muy distintos.

Cierto es que existen una buena cantidad de preguntas sobre metodología en la teoría del derecho que son de gran interés para las teorías jurídicas,<sup>10</sup> que no tienen aún 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 habremos de dejarlos a un lado para concentrarnos sólo en las partes metodológicas que conducirán esta investigación. De este modo, asumo una postura metodológica que es considerada viable y productiva para las instituciones sociales por diferentes teóricos contemporáneos.

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, —más no descubrir nuevos hechos—,<sup>11</sup> labor que realiza al sentar los límites de las categorías, definiendo los objetos a partir de condiciones necesarias y suficientes.<sup>12</sup> De este modo, el fenómeno que se estudie debe poder reunir las condiciones establecidas por el análisis conceptual para estar en posibilidad de recibir la etiqueta<sup>13</sup> 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 la sociedad.

---

<sup>8</sup> Bix, Brian, *Jurisprudence Theory and Context*, second edition, 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, trad. de Navarro, Pablo E. et. al., Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 174.

<sup>11</sup> Bix, *Filosofía del Derecho...*, cit., p. 19.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>13</sup> Término utilizado por Brian Bix, *Ibidem*, pp. 15 y 16.

En otras palabras, toda vez que 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”.<sup>14</sup> Las “condiciones necesarias y suficientes” son términos básicos de análisis en este enfoque teórico que permiten comprender el objeto de estudio y establecer cuándo 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”.<sup>15</sup>

La teoría analítica del derecho pretende esclarecer la naturaleza de las instituciones jurídicas y sus conceptos 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 ser capaz de articular clara y explícitamente lo que los participantes reconocen de manera implícita en su práctica.<sup>16</sup>

Hay una amplia literatura de teóricos que dudan de la posibilidad y viabilidad del análisis conceptual para explicar y ayudar a comprender fenómenos u objetos de naturaleza social. No obstante 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 la utilizan.<sup>17</sup>

Frederick Schauer, por ejemplo, considera que sí es posible identificar las condiciones necesarias de conceptos de construcción social como el dinero o un libro —por ejemplo: la capacidad de ser intercambiable es una propiedad necesaria del concepto de dinero; tener páginas puede ser una propiedad esencial del concepto de libro— entonces, no hay razón para creer que otros conceptos

---

<sup>14</sup> Cfr. Moore, Michael S., “Law as a Functional Kind”, *Natural Law Theory, Contemporary Essays*, George, Robert P. (ed.), 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.

<sup>15</sup> “Condiciones necesarias y suficientes”, Bix, *Diccionario de teoría jurídica*, cit., p. 47.

<sup>16</sup> Bix, *Teoría del derecho...*, cit., pp. 168-169.

<sup>17</sup> Esta noción permite que las teorías sean adecuadas, ya que las prácticas e instituciones sociales están guiadas por propósitos. Cfr. *Ibidem.*, p. 182.

como el derecho, por ejemplo, no puedan ser analizados en términos de sus propiedades necesarias y suficientes.<sup>18</sup>

Aunque toda teoría jurídica está involucrada de alguna manera con lo que Julie Dickson ha denominado “evaluación puramente meta-teórica” —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 meta-teórica 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.<sup>19</sup>

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 es muy probable que la evaluación puramente meta-teórica sea insuficiente para explicar la naturaleza de ciertos conceptos que las personas utilizan para entenderse a sí mismos y su mundo social.<sup>20</sup>

Aquí nos interesa hablar de 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...”<sup>21</sup>

La mayoría de las teorías conceptuales suele 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

---

<sup>18</sup> Schauer, Frederick, “Necessity, Importance, and the Nature of Law”, paper prepared for the conference on Neutrality and Theory of Law, University of Girona, Girona, Spain, May 20-22, 2010, p. 9.

<sup>19</sup> Dickson, Julie, “Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey”, *Legal Theory*, Cambridge, 2004, vol. 10, núm. 3, p. 125; Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, cit., pp. 41-44.

<sup>20</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...” cit., p. 137.

<sup>21</sup> Bix, *Teoría del derecho...*, cit., p. 34.

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 visto instituciones perfectas en nuestro mundo, de ahí la poca relevancia de explicar algo a partir de su ideal.<sup>22</sup>

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: ya sea, como son o como deben ser, libres de valoración o empleando evaluación moral, respectivamente.<sup>23</sup> Ambas afirmaciones llevan implícitos los diferentes cometidos que se plantean, así como una metodología particular.

Tal como se ha ido mostrando, ésta es una investigación principalmente acerca de la naturaleza o concepto del precedente utilizando el enfoque descriptivo, por lo tanto, es necesario hacer explícitas las ambiciones, objetivos y alcances que, metodológicamente hablando, pretende esta investigación y esto lo haré explicando primeramente 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 que significa que este tipo de teorías asumen que es posible que tengamos un entendimiento común acerca del precedente dondequiera que éste exista, dado que exhibirá invariablemente

---

<sup>22</sup> Bix, "Ideals, Practices, and Concepts..." *cit.*, p. 17.

<sup>23</sup> Con todo, esta distinción es un tanto inadecuada, pues no muestra toda la riqueza ni las variedades que ambos enfoques presentan, como por ejemplo, el hecho de que la teoría descriptiva puede implicar algún tipo de evaluación en alguna de sus variantes.

ciertas características que revelan su naturaleza y el modo en que opera. La propiedad de ser general implica entonces que el concepto de precedente muestra ciertas características constantes en diferentes sistemas jurídicos y no en alguno particular de manera exclusiva, lo que hace posible compartir el concepto.

Este tipo de teoría se denomina descriptiva,<sup>24</sup> porque al proporcionar la explicación de la institución de la que se ocupa, no se involucra en juicios morales o directos de la forma “X es bueno o malo”, más bien intenta proporcionar explicaciones moralmente neutrales y no tiene pretensiones justificativas acerca de la institución o característica que intenta explicar.<sup>25</sup>

H. L. A. Hart es uno de los teóricos más representativos en teoría conceptual o descriptiva, pues él mismo desarrolló su conocida obra “El concepto de derecho” adscribiendo a este tipo de teoría. El profesor señala que su teoría es 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 obscurecedores 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.”<sup>26</sup>

Una de las características más relevantes de su teoría fue precisamente dilucidar que una teoría jurídica adecuada utiliza, de hecho, juicios evaluativos acerca de las características importantes del derecho, incluso sobre la importancia de las creencias morales que las personas mantienen acerca del derecho para dar

---

<sup>24</sup> 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, las teorías descriptivas no excluyen por completo la evaluación, 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.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>26</sup> 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, pp. 11-12.

una buena explicación del mismo, juicios que de ninguna manera implican involucrarse en labores justificativas ni evaluativas morales.<sup>27</sup>

Al explicar las categorías que utilizamos para entendernos entre nosotros y entender nuestro entorno, algunas teorías descriptivas —como la que pretendo ofrecer— utilizan en su construcción juicios de evaluación indirectos, no morales, que van más allá de los juicios evaluativos meta-teóricos. 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,<sup>28</sup> entonces estas propiedades muestran de manera distintiva cómo funciona la institución estudiada.<sup>29</sup>

Para hacerlo aún más claro con Julie Dickson:

“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”.<sup>30</sup>

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 y que además la misma característica es importante 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.

---

<sup>27</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...” *cit.*, pp. 121, 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.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...” *cit.*, p. 126.

<sup>30</sup> Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, *cit.*, p. 32.

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 las características importantes del derecho, 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. No obstante, esto sólo indica el papel central que dichas instituciones tienen para nuestro propio entendimiento y refuerzan la afirmación de que dichas características sobre cómo funcionan son importantes para explicar nuestro concepto.<sup>31</sup>

Una cuestión distinta es justificar por qué alguna característica de la institución o la institución misma es buena o mala en sí misma; por qué debemos seguirla o la bondad o utilidad de su aplicación. Sin embargo, como podemos ver, éstos no son los objetivos de la teoría descriptiva, conceptual de evaluación indirecta que nos 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 para identificar las características importantes de la misma.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup>

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.<sup>34</sup>

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”.<sup>35</sup> La comprensión de la naturaleza de las instituciones sociales es la primera y vital

---

<sup>31</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...” *cit.*, p. 126.

<sup>32</sup> 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 a la postura de Julie Dickson, que ahora presento y que considero adecuada para explicar la naturaleza del precedente.

<sup>33</sup> *Cfr.* Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, *cit.*, p. 67.

<sup>34</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...” *cit.*, p. 127.

<sup>35</sup> *Cfr.* Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, *cit.*, pp. 175-183.



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 información en una teoría coherente y persuasiva acerca de la naturaleza del objeto de estudio”.<sup>36</sup>

Como antes dijimos, 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 tanto, suelen ser disputados. No obstante lo anterior, se puede decir que el éxito de una teoría conceptual puede evaluarse en base a 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.<sup>37</sup>

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.<sup>38</sup>

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;<sup>39</sup> b) la que sostiene la necesidad de crear teorías jurídicas particulares acerca de un solo sistema jurídico, y c) la que

---

<sup>36</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...” *cit.*, p. 132.

<sup>37</sup> Bix, *Filosofía del Derecho...*, *cit.*, p. 19, 25.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 3-11.

<sup>39</sup> 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 ejemplo de la máquina cortacésped desarrollado en la página previa. Moore, “Law as a Functional Kind”, *cit.*, p. 208.

considera posible y viable la construcción tanto de teorías generales del derecho como de teorías particulares.<sup>40</sup>

A partir del desarrollo anterior, pueden resultar más claras ahora las ambiciones que este trabajo tiene. 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.

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

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

Este estudio, por tanto participa de la tercera alternativa antes señalada para teorías conceptuales, esto es, considera plausible desarrollar una teoría general sobre el precedente, considerándolo como una categoría de la vida jurídica de las sociedades, es decir, como una categoría que exhibe ciertas condiciones necesarias y suficientes en todos los sistemas jurídicos en los que existe, y que, por tanto, considera que su concepto puede explicarse a partir de 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 sí emplea en su construcción juicios de evaluación, con la peculiaridad de que tales juicios no son juicios que versen acerca de los méritos morales del precedente, sino que más bien versan acerca de la importancia de determinadas propiedades del precedente.

---

<sup>40</sup> Bix, *Jurisprudence...*, *cit.*, p. 11. Las teorías particulares del derecho consideran como “irrelevantes” los resultados que puedan obtenerse de una teoría general.

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 nuestro estudio, ya que la naturaleza del precedente va más allá de contingencias lingüísticas o de cualquier otro tipo: la naturaleza está determinada por las propiedades necesarias y no por las 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 jurídico-sociales 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 jurídico-social presente en diversas sociedades, o en otras palabras, su naturaleza.

## **II. Una aproximación conceptual e histórica al precedente en los sistemas jurídicos**

El precedente es una institución jurídica realmente interesante y prolífica, tanto que ha sido objeto de diferentes tipos de estudio: jurídicos, históricos, sociológicos, comparados y algunos otros. Podemos encontrar abundantes obras de muy variadas procedencias que abordan: la forma de operar del precedente;<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Smith, Juan Carlos, “La autoridad del precedente judicial en el “Common Law” estadounidense”, *La Ley, Jurisprudencia, Doctrina, Bibliografía*, Argentina, t. 134, año XXXIII, abril-junio, 1969, suplemento; Cross, Rupert, *Precedent in English Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977; Zander, Michael, *The Law-Making Process*, London, George Weidenfeld and Nicolson Ltd., 1980; García Gil, F. Javier, *Jurisprudencia familiar y sucesoria*, Pamplona, Aranzadi, 1992; Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 1992; Acosta Romero, Miguel y Alfonso Pérez Fonseca, *Derecho Jurisprudencial Mexicano*, México, Porrúa, 1998; Nieto, Alejandro, “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 8-9, 2001-2002; *La Jurisprudencia, su integración*, 2ª ed., México, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004; *La jurisprudencia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005; Rosales Guerrero, Emmanuel Guadalupe, *Estudio sistemático de la jurisprudencia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005; González Oropeza, Manuel, *La Jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*, México, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006; Silva, Silva, Jorge Alberto, “La función del juez como creador de normas jurídicas en el derecho internacional privado”, *Revista de Derecho UNED*, Madrid, núm.1, año 2006; Moral Soriano, Leonor, “El precedente judicial en el sistema jurídico alemán”, *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, año III, núm. 5, enero-

su desarrollo histórico y variaciones legislativas a lo largo del tiempo;<sup>42</sup> las influencias que reciben los jueces al sentar reglas,<sup>43</sup> las influencias de esas reglas en la sociedad,<sup>44</sup> las ventajas y desventajas de su aplicación (económicas, en percepción, en acceso a la justicia, etcétera);<sup>45</sup> la forma de operar del precedente en distintos países de todo el mundo y el contraste o similitud entre ellos.<sup>46</sup>

Curiosamente, la mayoría de los estudios que se pueden revisar acerca del precedente, como los que antes he mencionado, está dedicada de manera

---

junio, 2007; Landa, César, “Los precedentes constitucionales”, *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, año III, núm. 5, enero-junio, 2007; Serna de la Garza “The concept of *jurisprudencia* in Mexican Law”, *Mexican Law Review*, México, *New Series*, Vol. 1, Num. 2, January-June 2009.

<sup>42</sup> Goodhart, A. L., “Case Law-A Short Replication”, *The Law Quarterly Review*, Vol. 50, 1934; Holdsworth, W. S., “Case Law”, *Law Quarterly Review*, Vol. 50, 1934; Guerrero Lara, Ezequiel y Enrique Guadarrama López (comp.), *La interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917- 1982)*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, Serie A Fuentes, Textos y Estudios Legislativos, núm. 54, t. I; Guerrero Lara, Ezequiel y Luis Felipe Santamaría González, “La publicidad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el periodo de 1877-1887”, *La Suprema Corte de Justicia en el primer periodo del porfiriismo (1877-1880)*, México, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1990; Zertuche, *op. cit.*; Carbonell, Miguel, “Una aproximación al surgimiento histórico de la jurisprudencia en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLV, núms. 199-200, enero-abril, 1995; Acosta, *op. cit.*; Magallon Ibarra, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la Jurisprudencia Mexicana*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004; *La jurisprudencia en México, op. cit.*; Rosales, *op. cit.*; Ambríz Landa, Adalid, “La jurisprudencia en México, su evolución e importancia”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 21, 2006; Cabrera Acevedo, Lucio, “La Jurisprudencia”, en Díaz Infante Aranda, Ernesto (comp.), *La Suprema Corte de Justicia y el Pensamiento Jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1985; Cortés Ontiveros, Ricardo, “Evolución de los sistemas de interpretación a través de las distintas épocas del Semanario Judicial de la Federación”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 2003, t. LIII, núm. 240.

<sup>43</sup> Jaffe, Louis L., *English and American Judges as Lawmakers*, Oxford, Clarendon Press, 1969; Cross, *op. cit.*; Caldarone, Richard P., “Precedent in Operation: A Comparison of the Judicial House of Lords and the US Supreme Court”, *Public Law*, London, Winter 2004; Magallon, *op. cit.*; Itoh, Hiroshi, *The Supreme Court and benign elite democracy in Japan*, Surrey, Eng., Ashgate, 2010.

<sup>44</sup> Oda, Hiroshi, *Japanese Law*, New York, Oxford University Press, 1999; Linares, Sebastián, “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”, *Isonomía, Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 28, abril de 2008.

<sup>45</sup> Magaloni, Ana Laura, “La jurisprudencia constitucional y su carácter integrador del contenido normativo de los derechos fundamentales en Estados Unidos, España y México”, *Anuario de Derecho Público, Los controles constitucionales*, México, 1997, núm. 1, McGraw-Hill; Oda, *op. cit.*; Caldarone, *op. cit.*; Fix-Fierro, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia, Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM-IIIJ, 2006; González, *op. cit.*

<sup>46</sup> Chloros, A. G., “Certainty and the Function of Precedent in Comparative Law”, *Revue Hellénique de Droit International*, 9 année, 1956; Von Mehren, Arthur Taylor, “The Judicial Process: A Comparative Analysis”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. V, Num. 2, Spring 1956; Cross, *op. cit.*; Jaffe, *op. cit.*; García Marillo, Joaquín, *La justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, vol. IV, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990; Cossío, José Ramón y Raigosa Sotelo, Luis, “Teoría del derecho y dogmática jurídica: un punto de vista”, *Anuario de Derecho Público*, México, núm. 1, 1997; Quiroz Acosta, Enrique, “El precedente en México y en los Estados Unidos”, *Lex, Difusión y Análisis*, México, año 4, núm. 34, abril, 1998; Eng, Svein, “The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law-Some Common and Specific Features”, Peter Wahlgren (ed.), *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2000; Caldarone, *op. cit.*

concreta al precedente de un sistema jurídico particular.<sup>47</sup> Aún en los casos de los estudios de derecho comparado se acostumbra enfocarse en sistemas jurídicos particulares para después hacer la comparación entre ellos,<sup>48</sup> pero sin perder de vista las particularidades de cada orden. De modo que, observamos estudios de muy variada naturaleza y procedencia, acerca de un único y delimitado orden o sistema jurídico en cada caso.

Hemos estado inmersos en una tendencia dominante a examinar los problemas jurídicos particulares dentro del marco de sistemas jurídicos concretos,<sup>49</sup> lo cual es lógico, necesario y hasta inevitable, pues es en el ámbito nacional —al interior de cada sistema jurídico— donde se experimentan los desafíos y conflictos que han de ser resueltos, es con las normas jurídicas establecidas en el ámbito interno, con las que se intentará dar solución a los desafíos y conflictos, pero además es el marco contextual al que pertenecemos y las herramientas con las que contamos, los que nos conducen inevitablemente a reflexionar en términos locales, pues precisamente tomamos como referente las instituciones que conocemos y aplicamos, aquellas con las que vivimos y a las que estamos directamente vinculados.

Esta tendencia es la forma primaria a partir de la cual podemos aprender y conocer nuestras propias instituciones jurídicas y es realmente útil en la medida en que constituye la herramienta a través de la cual se focalizan y personalizan los esfuerzos de análisis, propuesta, transformación, perfeccionamiento e implementación de cada sistema jurídico particular y de las instituciones reconocidas al interior de cada uno de ellos —el precedente no es la excepción—. En términos generales, la modificación, perfeccionamiento e implementación de los sistemas jurídicos concretos y sus instituciones pueden ser entendidos como los principales propósitos de este tipo de estudios, digamos *particulares*. De modo que los méritos de las investigaciones “locales” radican precisamente en la utilidad práctica y la comprensión que proporcionan acerca de las instituciones y procedimientos vigentes en un sistema jurídico, junto con sus circunstancias y particularidades, y como tales, están dirigidos y a la vez restringidos a un país particular.

---

<sup>47</sup> Véanse por ejemplo, las obras antes citadas, *supra*, notas 41 y 42.

<sup>48</sup> Véanse por ejemplo, las obras antes citadas, *supra*, nota 46.

<sup>49</sup> Una excepción a esta tendencia es la obra de Raimo Siltala, que ofrece una explicación del precedente desde la teoría del discurso y la ideología judicial, es decir, con herramientas metodológicas y fundamentos teóricos distintos a los que este trabajo plantea. Siltala, Raimo, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Portland, Hart Publishing, 2000.

El tipo de investigaciones que involucran el análisis de las instituciones locales están destinadas a explicar, analizar, evaluar y proponer soluciones sobre problemáticas muy concretas que surgen de la interacción y el contexto particular del sistema jurídico de que se trata, y por la misma razón, el alcance de sus resultados está limitado en varias formas. Por ejemplo: Los resultados de este tipo de investigaciones tienen una aplicación restringida, porque se estudió un problema con características determinadas en un contexto particular, por lo que las soluciones proporcionadas están confeccionadas a la medida; hay problemas o instituciones específicas que son muy propias de ciertas regiones o lugares y que no se encuentran en otros sitios,<sup>50</sup> por lo que su estudio sólo tiene relevancia local;<sup>51</sup> las evaluaciones acerca de problemáticas o instituciones se realizan con base en la información local, de modo que los resultados obtenidos en un lugar varían respecto de los obtenidos en otro lugar.<sup>52</sup>

Pero más allá del alcance y utilidad probada de los estudios particulares, lo cierto es que hay otra dimensión en los estudios teóricos que trabaja con una lógica diferente y que, por tanto, debe ser abordada desde otra perspectiva. El estudio conceptual del precedente pertenece a esa otra dimensión que se caracteriza por su tendencia a la generalidad y a la regularidad. En ese sentido y considerando las acotaciones previas, es posible que la circularidad y reflujo de las mismas ideas que se procesan en el interior de los sistemas jurídicos no tengan la capacidad de aportar mayor claridad ni permitan comprender a profundidad el concepto del precedente; me parece que en el rubro conceptual no pueden lograrse avances significativos manteniendo una perspectiva local.

Esta reflexión nos insta a considerar seriamente la posibilidad de que existen instituciones que tienen una naturaleza y como tales, no son exclusivas de un sistema jurídico concreto, sino que están presentes en varios sistemas. De ahí que si todos usamos y tenemos una noción de esa institución, la explicación del concepto debe surgir de las regularidades presentes en todos nuestros sistemas, lo que la convierte en una explicación *general* que no está ligada a un sistema jurídico particular, sino a todos.

---

<sup>50</sup> Sobre los objetivos en los estudios y teorías, véase: Bix, *Filosofía del Derecho...*, *cit.*, especialmente el capítulo 2.

<sup>51</sup> Si bien es cierto que la globalización ha impactado las actividades humanas en diversas formas, también es cierto que las soluciones ofrecidas con base en datos y problemas específicos son relevantes para el lugar del que surgen, independientemente de si (en algún momento) tales soluciones pudieran resultar útiles también o provocar algún efecto hacia el exterior.

<sup>52</sup> Aunque pueden presentarse coincidencias de vez en cuando, generalmente, una investigación dirigida produce resultados dirigidos. Por ejemplo: Caldarone, *op. cit.*

Considero que el concepto del precedente es un concepto que implícita e incluso inconscientemente compartimos los diferentes sistemas jurídicos, pues cualquier sistema que cuente con ésta institución —llámesele como se le llame— identifica en su existencia ciertas características que les son propias, que le dan identidad y que podemos ubicar de manera constante en todo lugar en donde exista. Siendo ésta la estructura del concepto, es evidente que los estudios enfocados al interior de los sistemas jurídicos o estudios particulares, persiguen objetivos distintos; por tal motivo, no satisfacen la condición de generalidad que el estudio conceptual del precedente demanda.

Considero que una buena parte de los problemas que se suscitan en torno al precedente podrán encontrar sus respuestas una vez que se haya esclarecido el concepto. Si bien es cierto que hemos *vivido* con las nociones que tenemos, también lo es que hay problemas teóricos<sup>53</sup> y prácticos<sup>54</sup> sin resolver en torno al precedente que podrían ser resueltos (o por lo menos, mejor comprendidos como un primer paso hacia su solución) una vez que se esclarezca el concepto.

Las observaciones previas nos permiten advertir que, no obstante la gran cantidad de textos y las valiosas contribuciones que se han generado en torno al precedente, éste sigue siendo una institución “enigmática”,<sup>55</sup> cuyo significado y naturaleza aún permanecen oscuros o, en el mejor de los casos, nos encontramos ante la inexistencia de una forma única de entender el precedente, es decir, se tiene una variedad de nociones intuitivas<sup>56</sup> acerca de lo que el precedente es y las implicaciones que dicha afirmación conlleva, pero no existe claridad conceptual sobre el tema.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Como los siguientes: ¿Cuáles son las condiciones necesarias para conceder autoridad a un resultado jurisdiccional?, ¿Qué tan conveniente es conceder autoridad a un resultado jurisdiccional previo?, ¿Cuáles son las implicaciones y el alcance de la obligatoriedad del precedente? ¿Deben establecerse límites a la obligatoriedad del precedente? Y si es así ¿Cómo pueden determinarse o cuáles deben ser? ¿Es la explicación del precedente como regla vinculante la explicación que mejor satisface la función del derecho de brindar coordinación? ¿Es posible reevaluar, desconocer o incluso anular un precedente? Si es así, ¿Cuáles son las condiciones necesarias para hacerlo?

<sup>54</sup> Como la configuración y alcance de los derechos, libertades y obligaciones contenidos en las Constituciones y leyes secundarias.

<sup>55</sup> Por “enigmática” me refiero simplemente a la propiedad o cualidad de dificultad o complejidad que muestra una cosa para entenderse, como es el caso del precedente. “Enigmático”, “enigma” en Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <http://buscon.rae.es/draeI/>

<sup>56</sup> Por “nociones intuitivas” me refiero a la idea o comprensión particular que tienen de su propia institución del precedente, las personas que participan de él al interior de un sistema jurídico concreto, de modo que esa noción plasma toda la riqueza cultural local de la institución y por lo tanto, difiere de un sistema jurídico a otro.

<sup>57</sup> Ciertamente es que ha habido algunos esfuerzos conceptuales por analizar el precedente, pero como antes dijimos, están restringidos a un único sistema jurídico. Por ejemplo: el autor comparte algunas inquietudes que he planteado antes, como el hecho de dar por sentado los significados de ciertas instituciones que utilizamos en la vida jurídica cotidiana y hace la aclaración de que se trata de un estudio del concepto de

Las afirmaciones acerca de la “naturaleza” del precedente implican que existen regularidades o propiedades que exhibe y que son generales a todos y cada uno de los sistemas jurídicos que tienen al precedente como una de sus instituciones. Cuando hablamos de la “naturaleza” de “x”, asumimos que el objeto, fenómeno o institución “x” posee una esencia que se compone de propiedades características. Tales propiedades características de “x” se distinguen por ser generales y constantes: son generales, porque se exhiben donde quiera que “x” existe y son constantes, porque cualesquiera que éstas sean, tales propiedades características todas y cada una se exhiben invariable y permanentemente en todo lugar.<sup>58</sup>

Cuando algo no posee una naturaleza, entonces las propiedades que le distinguen son particulares y contingentes: particulares porque las propiedades del objeto, fenómeno o institución sólo las exhibe un único y singular objeto en algún singular lugar, pero no en todos los lugares, y son contingentes: porque tales propiedades pueden o no presentarse en el mismo objeto o uno similar de un lugar a otro.

Es posible, entonces, que hayamos construido teorías, evaluaciones, críticas y/o propuestas en torno al precedente sobre la base de una de tantas nociones intuitivas que tenemos acerca de él, mientras su concepto sigue siendo oscuro. Esta afirmación evidencia dos necesidades: primero, que necesitamos esclarecer el concepto del precedente, entender su significado para estar en condiciones de evaluar, criticar o proponer adecuadamente cualquier cosa en torno a esta institución. Segundo, para llegar a dilucidar el concepto del precedente necesitamos eliminar las barreras y limitantes que usualmente se han impuesto a los estudios sobre este tema y abrirnos camino en otras direcciones al intentar un tipo de investigación que permita analizarlo desde un punto de vista general.

Me parece que restringir los estudios acerca del concepto del precedente al análisis de las nociones propias que se tienen del precedente al interior de los sistemas jurídicos constituye una barrera y una limitante, hablando en términos conceptuales, pues de entrada, no nos permite ver más allá de nuestras propias fronteras ni darnos cuenta de todo lo que es común entre sistemas, para distinguir que muchas de las propiedades que están presentes en nuestra noción del

---

precedente “confinado a la operación del precedente en el derecho inglés”, Cross, *op.cit.*, p. 2. A pesar de ser éste un trabajo representativo en materia conceptual, al final, está también restringido a un sistema jurídico particular, analizando la propia noción de precedente y asumiéndola como “el concepto”.

<sup>58</sup> Para un estudio más amplio sobre el tema véase Bix, *Teoría del derecho...*, *cit.*; Bix, *Filosofía del Derecho...*, *cit.*; Moore, “Law as a Functional Kind”, *cit.*; Raz, Joseph, “The Nature of the Theory of Law”, en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 2001.



precedente, están presentes constantemente también en las nociones de muchos otros sistemas jurídicos y que, por tanto, compartimos un concepto que ya funciona de cierto modo en todas partes y, por tanto, sólo necesita ser esclarecido mediante un estudio general.

Probablemente, el hecho de que el significado del precedente continúe siendo oscuro se deba entre otros factores a: 1) la tendencia de examinar los problemas jurídicos dentro del marco de sistemas jurídicos concretos, gracias a la cual se han generado diferentes nociones intuitivas o ideas acerca de lo que es el precedente pero en ellas no hay claridad, uniformidad ni regularidad, en suma, no hay un concepto; 2) las nociones intuitivas o ideas que se tienen acerca de lo que es el precedente al interior de cada sistema jurídico suelen estar mezcladas con elementos culturales locales y, por tanto, contingentes, que hacen suponer que en cada sistema jurídico se está hablando de instituciones diferentes cuando muy probablemente no es el caso; 3) que se trata de una institución jurídica compleja e intangible, cuyo carácter social y, por tanto, cambiante, hace que sus límites sean controvertidos; 4) la ausencia de estudios dedicados a esclarecer el concepto del precedente, es decir, dedicados a esclarecer las propiedades necesarias del concepto y separarlas adecuadamente de las propiedades contingentes.

Por tratarse de una institución que sirve a la sociedad, la falta de claridad conceptual del precedente afecta e incumbe directamente a aquellos a quienes éste se aplica: jueces o autoridades judiciales encargadas de crearlo y aplicarlo, litigantes, las partes en un juicio o controversia. Pero además de los sujetos directamente afectados, hay terceros cuyas planes de vida se ven afectados por el precedente, quizás de manera indirecta, pues coordinan y planean sus actividades y proyectos tomando como referencia o base sólida la información disponible acerca del precedente y esperan de esta institución ciertos resultados; en ese sentido, la vida y planes de muchas personas (podemos contar entre ellas a comerciantes, arrendadores, compradores, arrendatarios, vendedores, empresarios, y probablemente cualquier persona cuyas actividades puedan verse ligadas, directa o indirectamente, al precedente) dependen de la comprensión y buen funcionamiento de la institución.<sup>59</sup> Probablemente, la trascendencia del

---

<sup>59</sup> Si bien es cierto que existen un buen número de circunstancias bajo las cuales no actuamos racionalmente y somos propensos a decidir con base a creencias y estereotipos, me inclino a pensar que en el caso de decisiones que pueden afectar nuestros propios intereses, tendemos a considerar detenida y racionalmente los elementos o factores que pueden afectar nuestro resultado, en ese sentido, considero que el caso de la jurisprudencia se encuentra dentro de este supuesto pues las decisiones de las personas relacionadas con la intervención del aparato jurisdiccional están vinculadas a expectativas más o menos claras. Adicionalmente, asumo que todas las instituciones y su ejercicio funcionan bajo esquemas racionales, o al menos, la mayoría de ellas, lo cual se evidencia con su funcionamiento constante. Para un estudio empírico sobre la toma de decisiones en circunstancias de incertidumbre: véase Tversky, Amos y Kahneman, Daniel, "Judgment under

precedente sólo se percibe como decisiva hasta que las personas se ven involucradas en o deciden someter algún asunto a la decisión de los tribunales, en cuyo caso habrán de evaluar (por sí o asesoradas) los cursos de acción a tomar y sus respectivas ventajas. No obstante, todo individuo está expuesto a la posibilidad de verse involucrado voluntaria o involuntariamente en un proceso judicial, lo que hace relevante conocer el precedente. De modo que son estos sujetos los que tienen una idea oscura del precedente y para quienes necesitamos esclarecerlo. No es suficiente tener una noción o intuición acerca de una institución de tal relevancia —como es el precedente— que nos sirve para entender un aspecto de nuestra realidad jurídica y para coordinarnos, antes bien, requerimos comprenderla plenamente a través de su concepto.

En ese orden de ideas, es preciso señalar ahora que en el ámbito jurídico existen categorías jurídicas<sup>60</sup> que son susceptibles de ser explicadas de esta forma conceptual,<sup>61</sup> quizás existan también varias que no lo son, pero no es mi objetivo aquí determinarlo, sino mostrar que el precedente es una de esas categorías poseedoras de una naturaleza y, por tanto, susceptible de ser explicado mediante una teoría general en términos de propiedades o condiciones necesarias. Cuando se dice que algo tiene un concepto, decimos que tal cosa posee una naturaleza, una esencia, que puede explicarse a través de propiedades necesarias que son invariablemente exhibidas y por lo tanto, esa naturaleza es de carácter general, es decir, exhibe las mismas propiedades por doquier que la cosa se presenta.

Así pues, para esclarecer el concepto del precedente tenemos que ir más allá y desplazarnos de los estudios restringidos a un sistema jurídico concreto, a los estudios de naturaleza general que no se limitan a un solo sistema jurídico, sino que explican el concepto o naturaleza del precedente como institución que —estando presente en muchos sistemas jurídicos— funciona de cierto modo, cumple ciertas funciones y exhibe ciertas propiedades comunes, cuya regularidad en todos esos sistemas, permite conocer que se trata de un concepto compartido.

Entonces, como podemos advertir, me ocuparé de un estudio general del precedente, pues asumo que compartimos un concepto del precedente dondequiera que ésta existe, por lo que las particularidades adicionales y variables

---

Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, New Series, vol. 185, no. 4157, 1974, consultado en <http://www.jstor.org/stable/1738360>.

<sup>60</sup> Una “categoría jurídica” puede entenderse como una unidad de explicación y clasificación que representa una fracción de nuestra realidad y a través de la cual ésta es explicada. Así, podemos identificar tantas categorías como instituciones o prácticas diferenciadas tengamos.

<sup>61</sup> Véase “análisis conceptual” en Bix, *Diccionario de teoría jurídica*, *cit.*, pp. 5-6.

que pudiera exhibir en y entre sistemas jurídicos particulares no son relevantes para explicar su naturaleza. Así, cualquier sistema jurídico de cualquier país que tenga al precedente como una de sus instituciones, exhibirá invariablemente ciertas propiedades —las cuales pretendo dilucidar a lo largo de esta investigación— que lo hacen ser *precedente* y no alguna otra institución.

Pensemos a manera de ejemplo y como una analogía de esta relación, en un niño que tiene una colección de canicas rojas contenidas en una caja. Esas canicas sirven a los niños de manera característica y relevante para jugar; ésa es una característica importante que las canicas pueden tener para cualquier niño en cualquier lugar en las que éstas existen. Es posible, sin embargo, que los niños de otros lugares guarden su colección de canicas verdes, azules y blancas no en una caja, sino en un bote o una bolsa, y que además, que a esos niños, las canicas les sirvan también para detener la puerta, molestar a las niñas o para pagar apuestas entre compañeros. Es claro que el color de las canicas y el tipo de recipiente que las contiene no es relevante para explicar su naturaleza, pues no afecta ni modifica en modo alguno las propiedades esenciales de las canicas —ni el color ni el recipiente hacen que sirvan mejor— y el hecho de que los demás niños ocupen las canicas también para otros fines, tampoco dice nada acerca de su naturaleza, pues los otros servicios que se les atribuyen, no son de ninguna forma característicos de manera exclusiva de las canicas ni tampoco son así empleadas de manera constante por todos los niños que poseen canicas, sino acaso, de manera contingente.

Un estudio general como el que aquí propongo es respaldado por la filosofía analítica, pero encuentra sustento también en circunstancias históricas que han acontecido y que han determinado la configuración de la totalidad o de partes específicas de los sistemas jurídicos mundiales, digamos por ejemplo, sus instituciones. Los acontecimientos históricos a los que me refiero son de diversa naturaleza y se han presentado en diferentes momentos históricos y sin embargo, han propiciado que hoy sea posible identificar en todo aquel sistema jurídico que tiene una institución denominada precedente,<sup>62</sup> las propiedades esenciales que son características del precedente y que éste exhibe regularmente.

Ya sea por un origen histórico común entre sistemas jurídicos o debido a que los acontecimientos históricos permitieron la adopción de instituciones jurídicas originarias de otros sistemas jurídicos o por la implementación de todo un sistema jurídico a semejanza de aquéllos del *Common Law* o *Civil Law*, o bien, debido a

---

<sup>62</sup> La denominación lingüística con que se le conoce no es relevante para este estudio (precedente, jurisprudencia o cualquier otra denominación). Puede considerarse, en cambio, como una de las tantas propiedades contingentes del concepto que no ayudan a explicar su naturaleza.

una larga tradición nacional, lo cierto es que actualmente la gran mayoría de los sistemas jurídicos que conocemos cuentan con una institución jurídica que consiste en un conjunto de resoluciones previas dotadas de autoridad, emitidas por los tribunales que sirven a funciones similares y revisten cierta importancia para las personas a quienes les aplican.

De modo que los hechos y transformaciones históricas que han experimentado los sistemas jurídicos, han propiciado la existencia y configuración del concepto del precedente, mismo que diferentes países compartimos. Un siguiente paso en esta indagación es hacerlo explícito, pues ese concepto permanece oculto en nuestras prácticas y no somos realmente conscientes de él. Aunque esta combinación de lo histórico con lo conceptual puede causar inquietudes, considero que hay buenas razones para considerar productiva esta conjunción.

Las investigaciones históricas y conceptuales consideradas aisladamente, persiguen objetivos distintos —determinar causas y efectos versus explicar significados— pero eso no las hace excluyentes entre sí, sino complementarias, pues se ocupan de diferentes aspectos de una misma realidad, lo que aporta mayor riqueza y comprensión acerca de la realidad que se estudia. Entonces, mientras que la indagación histórica nos permite conocer los procesos y cambios que llevaron al precedente a ser lo que es, la indagación conceptual nos permite explicar el significado o concepto del precedente que tenemos. Una vez conocidas las causas por las que existe el concepto del precedente, podemos explicar el significado del precedente, es decir, su concepto.

Ambos tipos de estudio guardan entre sí una relación de complementariedad y la posibilidad de constatar históricamente la existencia, surgimiento, adopción o implementación de la institución del precedente en sistemas jurídicos cuyas raíces culturales son diferentes, es una razón adicional para afirmar que un estudio conceptual y general del precedente es posible.

De la verificación de que el precedente existe mediante la indagación histórica, pasamos a la explicación de su concepto o al esclarecimiento de su significado. Si una institución como el precedente existe en diferentes lugares, es posible que también se entienda de manera similar en todos esos lugares, aunque no se tenga la conciencia de ello y aunque no se haya llevado a cabo un análisis para hacer explícitas las propiedades necesarias de ese concepto. Que hasta ahora esté oculto e implícito en nuestras prácticas y no sea evidente, no implica que no exista.

En suma, se advierte por una parte, que los estudios restringidos a un único sistema jurídico no han rendido frutos en la comprensión del concepto del precedente como único punto de partida para cualquier indagación adicional en torno al mismo. Por otra parte, se advierte que no hay nada que nos impida eliminar esas limitaciones o localismos en el estudio teórico del concepto del precedente y en cambio sí hay razones históricas que refuerzan el interés por desarrollar una investigación acerca del precedente como categoría jurídica y social, cuya naturaleza es comprendida de manera común por los sistemas jurídicos que lo emplean.

### III. Sobre el análisis conceptual del precedente

Como se ha puesto en evidencia, sostengo la tesis de que tenemos un concepto de precedente que es susceptible de ser descrito de manera analítica, a partir de condiciones necesarias que son constantes e identificables en todos aquéllos sistemas jurídicos que disponen de dicha institución.

No es una de mis pretensiones afirmar que todo sistema jurídico posee precedente, sino que aquellos que lo tienen, muestran las mismas propiedades de manera constante. El primer capítulo de esta investigación permitirá distinguir algunas propiedades generales y particularidades de la institución en los sistemas jurídicos que se estudien e incluso permitirá advertir que existen instituciones de naturaleza similar que muestran propiedades semejantes.

La tesis central de este trabajo se refuerza con el estudio histórico que muestra, con elementos e información de corte empírica, cómo diferentes sistemas jurídicos modernos emplean y comparten el concepto de precedente, independientemente de la denominación que reciba en el idioma local. Para tal efecto, requerimos desarrollar algunas precisiones metodológicas.

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.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Himma, Kenneth, “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, *Law and Philosophy. Current Legal Issues 2007*, Michael Freedman and Harrison Ross (eds.) New York, Oxford University Press, 2007, p. 5. La forma que tenemos de “conocer” y describir nuestro entorno, incluyendo nuestras propias prácticas, es a través de conceptos, los cuales podemos analizar y

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 la cual versa el concepto,<sup>64</sup> dado que —metafóricamente— los conceptos son mediadores entre las palabras y aspectos de nuestro mundo.<sup>65</sup>

Concretamente, este trabajo se inscribe en el tipo de análisis conceptual que considera posible explicar la naturaleza<sup>66</sup> de algunos objetos de estudio —el precedente en este caso— a través del análisis del concepto que explica dicho objeto.<sup>67</sup> En otras palabras, este tipo de análisis sostiene que al explicar las propiedades del concepto de un objeto determinado, estamos explicando la naturaleza de ese objeto.

Al asumir que 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.<sup>68</sup> Así, el análisis comienza válidamente con la

---

explicar en terminos 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, solo podemos conocer y discutir acerca de las cosas a través de los conceptos que de ellos nos formamos. 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 ese sentido, no podemos hablar de que nuestras prácticas estén bien o mal sino de un concepto exitoso o inadecuado para explicarla.

<sup>64</sup> *Idem.*; En ese 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 Franck 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. Frank Jackson, *From Methaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, New 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.

<sup>65</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 18.

<sup>66</sup> 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 tienen ningún interés, vínculo o relación con cuestiones de carácter metafísico. *Ibidem*, p. 25.

<sup>67</sup> Sobre 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.

<sup>68</sup> Himma, “Reconsidering a Dogma...”, *cit.*, p. 6.

explicación del propio concepto, al reflexionar acerca de sus elementos y hacerlo explícito, en tanto somos partícipes de la comunidad que emplea el concepto, 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.<sup>69</sup>

Así pues, tanto el planteamiento previo como las propiedades del concepto de precedente que explicaré a lo largo de este capítulo indican el ámbito de este estudio, mismo que se mantiene exclusivamente en el ámbito de la necesidad conceptual —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;<sup>70</sup> vemos un ejemplo de este tipo de necesidad 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.

Considero que hay propiedades necesarias que son constantes del concepto de precedente en todo lugar en donde se encuentra, mismas que si bien, no son exclusivas de esta institución, son indispensables para su comprensión y explicación, pues permiten que indudablemente lo identifiquemos como tal, cada vez que se localizan, al menos, dichas propiedades necesarias.

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

---

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> 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”, así —ajustando el ejemplo empleado por Lowe— una necesidad puramente lógica diría que “No puede ser el caso que ambos juicios sean verdaderos, que Canela sea un caballo hembra y que Canela no sea un caballo hembra”. 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 aquéllas que 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<sub>2</sub>O”, 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*, New York, Clarendon Press, 1998, pp. 14-15; Di Castro, E. (coord.), *Conocimientos fundamentales de filosofía*. Vol. I, México, UNAM-McGraw-Hill, Colección Conocimientos Fundamentales, 2006, consultado el 24 de agosto de 2013 en <http://www.conocimientosfundamentales.unam.mx/vol1/filosofia/m01/index01.html>.

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

Si la naturaleza de algunos conceptos explica la identidad de los objetos que el concepto nombra y la identidad de un objeto se revela al cuestionarse acerca de las propiedades que ése objeto debe poseer para que los ejemplares del mismo sean así identificados; entonces es posible afirmar que la naturaleza de algunos conceptos es susceptible de ser descrita a través de sus propiedades esenciales, necesarias, suficientes o importantes.

Pero ¿qué debemos entender por propiedades esenciales, necesarias, suficientes e importantes? Si bien, se trata de conceptos amplios en sí mismos y sumamente debatidos,<sup>71</sup> 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 ese sentido, proporcionaré una breve y modesta explicación del modo en que hemos de entender tales conceptos, la cual es una explicación que sigue la noción generalmente aceptada en jurisprudencia analítica para tales conceptos.

Asumiendo que puede haber una lista finita de propiedades que hagan la comprensión o dominio total de algunos conceptos;<sup>72</sup> todas y cada una de esas propiedades dan cuenta de la esencia de ese concepto como algo permanente en él, mismas que muestran los ejemplares del mismo, por ello denominamos *propiedades esenciales* a este tipo de propiedades.

De dicha lista finita, es posible que sólo algunas propiedades sean *necesarias* para comprender el concepto.<sup>73</sup> 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

---

<sup>71</sup> Véase Brennan Andrew, “Necessary and Sufficient Conditions”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2012 Edition, Edward N. Zalta (ed.), URL=<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/necessary-sufficient/>, consultado el 9 de mayo de 2013.

<sup>72</sup> Raz, Joseph, “Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison”, *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Jules Coleman (ed.) New York, Oxford University Press, 2001, p. 10; véase también del mismo autor: *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 20-21 y 24-25; en general el capítulo 2: “Can There be a Theory of Law?” es especialmente esclarecedor.

<sup>73</sup> Raz, “Two Views of the Nature of the Theory of Law...” *cit.*, p. 10.



existiría en ausencia de ella, por lo que dicha propiedad está ineludiblemente ligada al objeto.

No obstante, no todas las propiedades necesarias que pertenecen a la posible lista finita de la que hablamos, son relevantes para la explicación del concepto y es posible que no haya nada interesante<sup>74</sup> que decir sobre algunas de ellas, por esto no hay ningún interés especial en obtener todas y cada una de las propiedades de esa lista finita.

Nótese que doy por sentado que la comprensión del concepto implica la capacidad de aplicar dicho concepto, por esto es que quien aplica el concepto (adecuadamente) lo comprende (al menos intuitivamente 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.<sup>75</sup> Recordemos que el tipo de explicación en la que estamos interesados va más allá de la noción superficial que una persona ordinaria podría tener sobre el concepto.<sup>76</sup> El tipo de 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.<sup>77</sup> 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 posibilidades reales de explicar el concepto de 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.

---

<sup>74</sup> Al respecto, Scott Shapiro ha explicado que los filósofos no están interesados en explicar todas las propiedades de un objeto sino sólo aquéllas 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, Mas., Belknap Press, 2011, p. 9.

<sup>75</sup> 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 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.

<sup>76</sup> 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*, Jules Coleman (ed.), New 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 cuanto a precedente se refiere, 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.

<sup>77</sup> Véase el planteamiento al respecto en Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 2-6.

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 completo 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 de nuestros conceptos, que de lograrse, sin duda mostraría determinada propiedad.

De la posible lista finita de propiedades esenciales que he mencionado, algunas pueden ser necesarias, algunas más, pueden ser importantes o suficientes y otras quizá, pueden ser simultáneamente necesarias y suficientes, dependiendo del concepto de que se trate.<sup>78</sup> Así, pueden existir propiedades esenciales del concepto que resulten no-necesarias para la comprensión del mismo, 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 concepto de manera contundente, sin tener carácter de necesarias.

En ese sentido, las propiedades *importantes* son aquellas propiedades que ayudan a explicar de forma más acabada y comprensiva la naturaleza de determinado concepto; 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 marsupial<sup>79</sup> 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 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 córneo, cuerpo cubierto de plumas, con dos patas y dos alas (aptas por lo común para el vuelo).<sup>80</sup> 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

---

<sup>78</sup> Tengamos presente también que existen propiedades que pueden ser suficientes sin ser necesarias o bien, propiedades necesarias que no resultan suficientes.

<sup>79</sup> 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 período de gestación. *Diccionario de la Real Academia Española* en línea <http://buscon.rae.es/drae/> consultado el 15 de junio de 2013.

<sup>80</sup> *Diccionario de la Real Academia Española* en línea <http://buscon.rae.es/drae/> consultado el 15 de junio de 2013.

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 ese sentido, volar es una condición importante del concepto ave.<sup>81</sup>

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 atribuibles a 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 un concepto, pueden ser el conjunto claramente determinado de todas y cada una de las propiedades necesarias, con las cuales se puede obtener la comprensión del mismo. Pensemos por ejemplo, que posiblemente, el conjunto de las condiciones necesarias siguientes sean suficientes para comprender el 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 de un concepto, 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 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 bolsa marsupial; tomar un avión es una condición suficiente pero no necesaria para llegar a Europa,<sup>82</sup> o bien, ingerir un litro de tequila es suficiente, pero no necesario para alcoholizarse.

---

<sup>81</sup> Ejemplo tomado de Schauer, Frederick, "Necessity, Importance, and the Nature of Law", *cit.*, pp. 8 y 9.

<sup>82</sup> Ejemplo de Juan Vega, tomado en sesión de tutoría.

## IV. Familias, culturas y sistemas jurídicos

Para emprender la labor de explicar el concepto de precedente he de esclarecer desde ahora, conceptos como “cultura”, “cultura jurídica”, “sistema jurídico”, “familia jurídica” y “tradición jurídica” que ayudarán a introducirnos en el contexto histórico e indicarán el camino que he de seguir para comprender y comprobar las afirmaciones que hasta ahora he sostenido acerca del concepto de precedente.

### 1. La cultura jurídica

Podemos entender por cultura, el modelo integrado de conocimiento humano, creencias y comportamiento que depende de la capacidad para aprender y transmitir conocimiento a generaciones sucesivas.<sup>83</sup> Los términos “cultivar” y “cultura” en otro de sus sentidos hacen alusión al libre crecimiento de algo de acuerdo con sus propias leyes, aunque ciertamente —según Joachim Lege— en el caso del ser humano, la cultura determina su comportamiento conforme a las normas sociales, impidiendo así que despliegue su comportamiento natural.<sup>84</sup>

De este modo, es evidente que el derecho y su práctica como un conocimiento diferenciado, es solamente un aspecto y una manifestación de la cultura a la que pertenece.<sup>85</sup> Este panorama ampliado del papel del derecho en la vida social sirve como punto de partida que permite extraer el precedente de contextos particulares y ubicarlo, en cambio, como una institución y práctica jurídica que tiene influencias culturales particulares, pero que a la vez exhibe ciertas propiedades que son comunes en todos los lugares en los que se presenta.

---

<sup>83</sup> “Culture” en Encyclopedia Britannica, <http://www.britannica.com/bps/dictionary?query=culture> consultado el 12 de Septiembre de 2011.

<sup>84</sup> Lege, Joachim, “El derecho como bien de la cultura. Porqué es estéril el debate entre positivismo jurídico y iusnaturalismo”, trad. Héctor Fix-Fierro, *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 3, 2009, pp. 264-273. Así pues, nuestros conceptos no son sino una construcción cultural o un producto de la cultura a la que pertenecemos. Aunque no podemos dejar de notar que las diferencias entre sistemas jurídicos, cada vez son menos sustanciales.

<sup>85</sup> Van Hoecke, Mark, “Western and non-western legal cultures”, *Rechtstheorie* 33, Berlin, Band 2002, Heft 2-4, p. 197. Para el autor, la formación cultural con la que funciona un sistema jurídico, es el principal y primer elemento para comparar y distinguir sistemas jurídicos, p. 216.

Para John Bell, una cultura jurídica es “una forma específica en la cual valores, prácticas y conceptos están integrados en la operación de instituciones jurídicas y la interpretación de textos jurídicos”.<sup>86</sup> De esto se sigue que es posible entender las instituciones sociales como entidades portadoras de una cultura que reflejan determinados valores y creencias humanas, toda vez que ellas mismas son producto de ese modelo.

Al tratar de entender una institución social como propongo hacerlo, el principio básico es partir de las diferencias y coincidencias culturales entre comunidades y considerar el grado en el que el sistema jurídico del que surge la institución, está enraizado en una tradición cultural similar.<sup>87</sup>

## 2. El sistema jurídico

La tendencia dominante en el derecho, ha definido el sistema jurídico como “El conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad.”<sup>88</sup> Entendido de este modo, existen en el mundo muchísimos sistemas jurídicos, tantos como Estados, pues hacen referencia principalmente al derecho nacional de un país.<sup>89</sup> Cada sistema jurídico posee así características propias impresas en sus leyes e instituciones que le definen como único.

No obstante las características singulares que distinguen a cada sistema jurídico de otro y sus inevitables divergencias, es posible identificar también numerosas similitudes entre sistemas jurídicos. Los comparativistas han sostenido que gracias a la existencia de afinidades, elementos comunes y coincidencias entre sistemas jurídicos,<sup>90</sup> es posible clasificarlos en familias<sup>91</sup> jurídicas. Agrupar los sistemas jurídicos en familias jurídicas permite el estudio comparado de todos

---

<sup>86</sup> *Idem.*

<sup>87</sup> *Cfr., Ibidem*, pp. 212, 213. Este principio parte del supuesto de que cualquier comparación ha de realizarse no entre reglas jurídicas, conceptos e instituciones aisladas de su contexto antropológico, sino entre sociedades, tradiciones y visiones del mundo.

<sup>88</sup> Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2ª edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1957, p. 5.

<sup>89</sup> Sirvent Gutiérrez Consuelo y Villanueva Colín Margarita, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Oxford University Press-Harla México, 1996, p. 5.

<sup>90</sup> Castán, *op. cit.*, p. 6; Sirvent, *op. cit.*, p. 6; Van Hoecke, *op. cit.*, p. 198.

<sup>91</sup> Diversas acepciones de “familia” hacen referencia a: a) un grupo de personas con ancestros comunes, b) un grupo de cosas relacionadas por características comunes o c) un grupo de gente unida por ciertas convicciones o una afiliación común. En Encyclopædia Britannica, <http://www.britannica.com/bps/dictionary?query=family> En este contexto, una familia puede entenderse como integración de entidades independientes en un grupo, mismas que se encuentran vinculadas entre sí por determinadas características de naturaleza esencial que comparten.

ellos, pero más importante para nosotros aún es comprender que las similitudes que aparecen entre ellos son numerosas y trascendentes para la comprensión de su pertenencia cultural y para el estudio conceptual.

### 3. Las familias y tradiciones jurídicas

John Merryman explica que la *tradición* se refiere al “conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho.”<sup>92</sup> En ese sentido, el sistema jurídico es tan solo una expresión parcial de la cultura.

Es importante observar que en este trabajo, empleo el término “tradición” para referirme al concepto más amplio y comprensivo de origen, evolución e historia compartida de ciertos sistemas jurídicos, misma que puede abarcar una o más familias jurídicas, como es el caso de la tradición jurídica occidental y las familias jurídicas que contempla, como la familia del *Common Law* y de derecho civil, las cuales, a su vez, se componen de diversos sistemas jurídicos que son expresiones particulares de la propia familia.<sup>93</sup>

Considerando que no se puede negar la riqueza e individualidad de cada sistema jurídico, Merryman considera que existen muchos sistemas jurídicos dentro de cada una de las familias de sistemas jurídicos, pero el hecho de que se les agrupe en familias significa que tienen algo en común que los distingue de otras familias de sistemas jurídicos.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 17. Cabe tomar en consideración que el tratamiento que hace Merryman de la “tradición jurídica” se corresponde al que yo adscribo a la “familia jurídica” y, en ese sentido, debe tenerse presente que en el contexto de este trabajo se sostiene una sutil pero real diferencia entre las tradiciones y las familias jurídicas.

<sup>93</sup> Cabe tomar en consideración que el tratamiento que hace Merryman de la “tradición jurídica” se corresponde al que yo adscribo a la “familia jurídica” y, en ese sentido, debe tenerse presente que en el contexto de este trabajo se sostiene una sutil pero real diferencia entre las tradiciones y las familias jurídicas. Suscribo la idea de esta distinción y lo que para Merryman son las tradiciones de derecho común, civil y socialista, en términos de este trabajo se trata de tres familias jurídicas de tradición occidental. Del mismo modo, puede haber otras tradiciones como la tradición legal de orientación religiosa con familias jurídicas definidas o familias legales autóctonas, por ejemplo. En todo caso, aunque quizá estos ejemplos no ha sido estudiados suficientemente, el planteamiento es razonable. *Ibidem*, pp. 17-23.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 17.

Son numerosas y muy variadas las clasificaciones que se han elaborado en torno a las posibles familias jurídicas, pues cada una toma como referencia un criterio distinto para la clasificación. Inicialmente sobre todo, hubo una tendencia a incluir todo sistema jurídico en una de las tres grandes familias occidentales: la familia romano-germánica, la familia del *Common Law* o la familia socialista, asumiendo que la mayoría de los sistemas jurídicos existentes, al menos en algún grado, podía encajar en alguna de ellas.<sup>95</sup>

Fue sobre todo durante el siglo XX que se gestó una opinión distinta en torno a los criterios sobre los cuales es posible clasificar los sistemas jurídicos en familias. Este enfoque, que en opinión de diversos especialistas es el más adecuado, es conocido como “sociológico o antropológico” y toma como criterio de clasificación las actitudes de las comunidades hacia el derecho, la manera en que el derecho se inserta en la sociedad y en general considera la cultura de las comunidades para determinar mediante ella su pertenencia.<sup>96</sup>

Así pues, este enfoque de “familias culturales”, parte de la premisa de que los sistemas jurídicos que integran cada familia muestran algún rasgo relevante común, comparten una forma específica de concebir y comportarse ante prácticas, conceptos y valores, independientemente de las notas características muy propias de cada uno de ellos, lo cual no significa de ninguna manera que sean idénticos. Las cuatro grandes familias culturales son: la cultura africana, la cultura asiática, la cultura islámica y la cultura occidental.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Van Hoecke, *op. cit.*, p. 198.

<sup>96</sup> *Ibidem*, *cit.*, pp. 201, 202. En ese mismo sentido se pronuncia Castán, *op. cit.*, p. 16; Sirvent, *op. cit.*, p. 5. A pesar de los diversos sentidos de alguna categoría, también Wittgenstein observó que se pueden agrupar en familias. “Considera por ejemplo, los procesos que llamamos “juegos”. Me refiero a juegos de tablero, juegos de cartas, juegos de pelota, juegos de lucha, etc. ¿Qué hay de común a todos ellos? –No digas: “Tiene que haber algo común a todos ellos o no los llamaríamos “juegos”” –sino *mira* si hay algo común a todos ellos—. Pues si los miras no verás por cierto algo que sea común a todos, sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. Como se ha dicho: ¡no pienses, sino mira!... ¿Son todos ellos “entretenidos”? Compara el ajedrez con el tres en raya. ¿O hay siempre un ganar y perder, o una competición entre jugadores? Piensa en los solitarios. En los juegos de pelota hay que ganar y perder, pero cuando un niño lanza una pelota a la pared y la recoge de nuevo, ese rasgo ha desaparecido...Piensa ahora en los juegos de correr. Aquí hay el elemento del entretenimiento, ¡pero cuántos de los otros rasgos característicos han desaparecido!...Y el resultado de este examen reza: vemos una complicada red de parecidos que se superponen y entrecruzan. Parecidos a gran escala y de detalle.

No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión “parecidos de familia”, pues es así como se superponen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de ojos, andares, temperamento, etcétera, etcétera— Y diré: los “juegos” componen una familia.” citado en Lege, *op. cit.*, pp. 258, 259.

<sup>97</sup> *Idem*.

#### 4. Tipos de familias jurídicas

Las notas propias de cada familia reflejan a grandes rasgos una porción de la cultura subyacente. La familia occidental está fuertemente arraigada en el individualismo, que busca asegurar la autonomía y libertades del individuo; en el racionalismo y la capacidad del hombre para conocer, organizar y adueñarse de la realidad objetivamente así como en la creencia de la secularización del derecho.<sup>98</sup>

La familia asiática asume que existe un orden natural de la realidad y favorece una visión colectivista de la sociedad en la que el hombre queda subordinado a la comunidad, en oposición al individualismo occidental. Cada hombre debe respetar el orden natural de las cosas, de modo que debe actuar en consecuencia para mantener la armonía y evitar los contrastes o dicotomías. El ejercicio activo de los derechos individuales equivale a oponerse a la sociedad y dañarla con esa actitud combativa. El individuo tiene antes que cualquier derecho individual, deberes hacia los demás y hacia la misma sociedad.<sup>99</sup>

La familia islámica muestra una mezcla de las leyes y prácticas del derecho, la moral y la religión; no existe en realidad, una división entre ellas. La principal fuente del derecho es la Sharia (cuerpo tradicional del derecho basado en el Corán, su libro sagrado) y la costumbre, que tienen preeminencia sobre la legislación; adicionalmente, la justicia individual que imparten los jueces considera la posición del individuo en la sociedad como un factor relevante para la toma de decisiones judiciales.<sup>100</sup>

La familia africana ve al derecho como un medio de protección al interior de la sociedad. A semejanza de otras familias, no hay una separación entre la moral, la religión y el derecho, pero la presión al interior de la comunidad para cumplir con sus normas, hace que los individuos vivan de acuerdo a esta visión y eviten la exclusión social, pues antes que la declaración de derechos formales, la concesión y el arreglo mutuos son la prioridad.<sup>101</sup>

Al describir a estas cuatro grandes familias culturales, se observa que las notas características que comparten los miembros de la familia, son también las que les distinguen de otras familias. Con algunas variaciones, en general los autores coinciden en que la familia cultural occidental, por ejemplo, se distingue de las otras tres familias culturales sobre todo por las notas de racionalismo e

---

<sup>98</sup> Van Hoecke, *op. cit.*, pp. 202-206.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 207-209.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 209-210.

<sup>101</sup> *Ibidem*, pp. 210-211.



individualismo que le caracterizan. Para Joachim Lege estas notas características se aprecian en la historia de familia (occidental) que es sobre todo, “una historia de libertad, una historia de protección de los débiles y los honestos frente a los astutos y los poderosos.”<sup>102</sup>

Es, ciertamente, esa historia de familia compartida la que ha configurado durante largo tiempo, la composición y características particulares que hoy día tienen los sistemas jurídicos que son parte de alguna de las familiar culturales antes señaladas.

### **5. La tradición jurídica occidental: *Common Law* y Derecho romano germánico**

Esta postura hacia el estudio cultural e histórico de los sistemas jurídicos se advierte con una gran claridad en Harold Berman, quien desarrolló un magnífico estudio sobre la formación de la tradición jurídica occidental,<sup>103</sup> para hacer referencia al conjunto de instituciones y prácticas jurídicas que se sustentan en una visión concreta del hombre y la relación de éste con su entorno que se ha gestado históricamente a lo largo de varios siglos.

Es a partir de su estudio que podemos rastrear no sólo el origen de la tradición jurídica occidental, sino también los cauces históricos que ha seguido hasta obtener la configuración que actualmente tiene. Así pues he de mostrar primeramente lo que debemos entender por “tradición jurídica occidental” en su conjunto y por cada una de las palabras que conforman la frase, en los términos del profesor Berman.

En términos de Harold Berman, la *tradición* se entiende como el sentido de continuidad histórica entre el pasado y el futuro de una sociedad, con especial referencia a la continuidad y desarrollo de instituciones jurídicas a través de las generaciones y los siglos. Al referirse a que esa tradición es *jurídica* se refiere a los conceptos, instituciones, reglas y procedimientos que pertenecen al derecho desarrollado en las naciones de Occidente a partir del siglo XII. Y finalmente, que la tradición jurídica sea occidental, implica lo que a continuación se cita.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Lege, *op. cit.*, p. 287.

<sup>103</sup> Término utilizado por Harold J. Berman en su obra *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1983.

<sup>104</sup> Berman, Harold J., *Law and Revolution II, the Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2002, pp. 2-3.

“Por el “Occidente” me refiero a la cultura desarrollada históricamente de las gentes de la Europa Occidental, quienes desde finales del siglo once hasta principios del siglo dieciséis compartieron una afiliación común a la jerarquía papal católica romana y quienes del siglo dieciséis al veinte experimentaron una serie de revoluciones nacionales, cada una de las cuales tuvo repercusiones por toda Europa; incluyo también a las gentes no europeas, quienes eventualmente fueron traídas dentro del desarrollo histórico de la cultura occidental por colonización o, en el caso de Rusia, por afinidad e intercambio religioso, político y cultural.”<sup>105</sup>

La idea de la tradición en este sentido, está fuertemente vinculada con la peculiaridad de que las instituciones jurídicas de Occidente (desde finales del siglo XI) se desarrollaron de manera continua y consciente de generación en generación a lo largo de los siglos a través de un proceso de construcción y reformulación de los conocimientos previos.

La idea de continuidad descansa en la creencia acerca de la capacidad de las instituciones de reinventarse, de transformarse, de experimentar cambios pero no desde cero sino a partir del enfrentamiento y choque de los valores viejos con los nuevos, lo que resulta en una institución que, aunque transformada y aumentada, sigue conservando los principios o valores que le dieron origen. Esta idea responde a la necesidad interna de la tradición de resolver la tensión entre el cambio, ajuste y adaptación de las instituciones con la estabilidad, relacionada con la permanencia de ideas, valores y creencias subyacentes a las mismas.<sup>106</sup>

Las diferentes revoluciones nacionales que configuraron —a lo largo de los siglos— la tradición jurídica occidental permitieron generar y afianzar esta continuidad de las instituciones, ya que ellas mismas constituyeron no un rompimiento de las instituciones pasadas con las presentes, sino más bien una transformación de las instituciones pasadas en una forma distinta, lo que dio lugar a un compromiso con el pasado, pero también a la materialización de los propósitos, metas y valores que las luchas persiguieron.<sup>107</sup>

Así, el autor distingue diez características centrales que posee la tradición jurídica occidental,<sup>108</sup> o en otras palabras, las características que muestran y

---

<sup>105</sup> Berman, Harold J., “The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future”, *Louisiana Law Review*, Vol. 60, Num. 3, Spring 2000, p. 739.

<sup>106</sup> Berman, Harold, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 32.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 17-21. Se expone de manera breve y muy resumida, lo que el autor desarrolla más ampliamente a lo largo de la obra.

comparten los procesos, instituciones y prácticas de los sistemas jurídicos que se denominan “Occidentales”.

1. Existe una distinción más o menos clara entre las instituciones, procesos y conceptos jurídicos y otros tipos de instituciones, procesos y conceptos, especialmente de los vinculados con la religión, la política, la moral y la costumbre.
2. Cuentan con personas especializadas que se encargan de manera profesional de la administración de las instituciones y procedimientos jurídicos.
3. Las personas profesionales en derecho reciben una educación especializada y diferenciada en escuelas profesionales.
4. Es considerado como derecho, todo aquello que los especialistas dicen o escriben acerca de las instituciones, procesos y conceptos del derecho, digamos, la doctrina.
5. Se concibe al derecho como un cuerpo independiente y coherente, como un sistema integrado capaz de desarrollarse.
6. La capacidad de desarrollo y cambio orgánico del cuerpo o sistema de derecho a través de las generaciones y los siglos y la fe en dicha capacidad es exclusivamente occidental.
7. Se presupone que los cambios que experimenta el sistema jurídico ocurren por una razón: la necesidad de reinterpretar el pasado para adaptarse y satisfacer necesidades actuales y futuras.
8. El sistema o cuerpo de derecho es concebido como obligatorio para el propio Estado.
9. El pluralismo jurídico, que implica la coexistencia y competencia de diferentes jurisdicciones y sistemas jurídicos en una misma comunidad, hace que sea posible y necesaria la supremacía del derecho.
10. Hay una tensión permanente entre lo estable y lo cambiante, entre dinamismo y estabilidad, lo que ha conducido en el pasado al derrocamiento del sistema jurídico de manera violenta; en suma existe una tensión permanente entre tradición y revolución.

Debe tenerse presente que las diez características que Harold Berman distingue, son una referencia puntual a la serie de procesos y transformaciones complejas experimentadas por la tradición jurídica occidental a lo largo de nueve siglos. Esas características son el resultado de la trascendencia e impacto general que arrojaron las distintas revoluciones particulares o locales experimentadas por las diferentes naciones que forman parte de esta tradición.

A pesar de que, antes de los siglos XI y XII d.C. en Europa Occidental existían diferentes órdenes jurídicos, en ellos no había distinción ni diferenciaciones de ninguna clase entre el derecho y otras disciplinas o áreas de la vida social, es decir que no se diferenciaba entre el derecho, la costumbre, la política, la religión y sus respectivas instituciones. De modo que todas ellas, y de paso, el derecho secular y eclesiástico, estaban mezclados y nadie intentaba organizarlos dentro de diferentes estructuras.<sup>109</sup>

Desde esta perspectiva, se considera que el origen de la tradición jurídica occidental tuvo lugar precisamente con la separación de la jurisdicción eclesiástica de la secular. La así denominada Revolución Papal, Querrela de las Investiduras o Reforma Gregoriana que inició el Papa Gregorio VII a través de un movimiento revolucionario para liberar a la Iglesia de Roma de la servidumbre a emperadores, reyes y señores feudales y establecer una jerarquía independiente del sacerdocio bajo el papado, —incluyendo la jerarquía de tribunales eclesiásticos profesionales para resolver disputas y hacer cumplir la legislación papal— fue la primera transformación violenta que marcó el origen de la tradición jurídica occidental.<sup>110</sup>

Toda vez que fue la primera en sistematizar un cuerpo de derecho (eclesiástico) que era considerado y acatado como autoritativo, la Iglesia se convirtió en el primer Estado moderno (con las restricciones y acotaciones que la noción pudo haber tenido en aquél momento). La Iglesia tenía su derecho eclesiástico que era más amplio y comprendía más materias que el incipiente derecho secular naciente,<sup>111</sup> así que sirvió como modelo a seguir para los sistemas territoriales de derecho secular inglés, alemán y francés.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> Berman, Harold J., “The Origins of Western Legal Science”, *Harvard Law Review*, March 1997, Vol. 90, Num. 5, p. 895.

<sup>110</sup> Berman, *Law and Revolution II...*, *cit.*, p. 4. El autor advierte que este enfoque desafía estipulaciones históricas generalmente adoptadas como ciertas, pero es preciso adoptarlo para llegar a conocer los eventos de la “historia real”.

<sup>111</sup> Como respuesta al surgimiento del nuevo derecho canónico, los reinos europeos comenzaron a crear sus propios sistemas jurídicos seculares, generalmente, en rivalidad con el canónico.

<sup>112</sup> Berman, *Law and Revolution II...*, *cit.*, p. 5.

Esto permite comprender las razones por las que se gestó la supremacía del derecho. La coexistencia de sistemas jurídicos diferentes: inglés, alemán, francés, etcétera y de jurisdicciones distintas: eclesiástica (que comprendió una amplísima lista de materias relacionadas con el clero y los laicos) y secular (que comprendió el derecho real, feudal, señorial, urbano y mercantil), hicieron posible y también necesario hacer del derecho la autoridad suprema, que tuvo ese carácter tanto en la esfera eclesiástica como en la secular.

Además, el conjunto de decisiones, reglas, prácticas y textos jurídicos eran considerados autoritativos y objetivamente establecidos, por lo que no eran cuestionados. El surgimiento de especialistas en derecho (eclesiásticos y seculares) que se ocupaban de él profesionalmente, fomentó también esa supremacía, tanto como lo hizo el surgimiento de las primeras universidades, en el siglo XII, que enseñaron derecho a partir del redescubrimiento de la compilación romana de Justiniano y de la utilización del método escolástico de análisis y síntesis del derecho para reconciliar los textos jurídicos en conflicto debido a la coexistencia de diferentes sistemas y jurisdicciones.

Después del origen, la primera transformación violenta que influyó en la conformación de la tradición jurídica occidental fue la primera revolución<sup>113</sup> protestante de la Alemania Luterana. La principal afirmación del luteranismo — movimiento iniciado por Martin Lutero en 1517— era la abolición de la jurisdicción eclesiástica. La reforma luterana reemplazó la anterior teoría de las “dos espadas” por la teoría de los “dos reinos”: que la iglesia invisible y el sacerdocio de todos los creyentes pertenecían al reino celestial gobernado por el Evangelio, mientras que el reino terrestre y las cosas de este mundo, incluyendo la institución de la iglesia, debían ser gobernadas por el derecho, cuya competencia exclusiva pertenecía al príncipe y sus consejeros. Las principales aportaciones de esta revolución local con impacto general, fueron la división del cuerpo de derecho en ramas, subramas y materias así como el sometimiento de la institución de la Iglesia al derecho nacional como las demás instituciones, lo que promovió la creación de sistemas jurídicos naciones.<sup>114</sup>

La segunda revolución, la de la Inglaterra calvinista también conocida como la guerra de los treinta años (1618-1648) fue provocada por la crisis religiosa que surgió a causa de la división del protestantismo en diferentes denominaciones, así como por la crisis política causada por el surgimiento de las monarquías absolutas en Europa, que fue atacada por el calvinismo. Las consecuencias y aportaciones

---

<sup>113</sup> En este contexto, se entiende por *revolución*, la transformación fundamental, rápida, violenta y duradera del sistema político y social de una sociedad.

<sup>114</sup> Berman, *Law and Revolution II...*, *cit.*, pp. 6-8.

de este movimiento fueron varias: a) el establecimiento de la supremacía del parlamento sobre la corona; b) la reducción de la iglesia de Inglaterra, de ser iglesia de Estado a ser simplemente una iglesia establecida junto con muchas otras; c) independencia de los jueces respecto del monarca e independencia del jurado respecto de los jueces; d) introducción de la prueba de testigos y regla de evidencia; e) aparición de la doctrina del precedente (en su sentido moderno) que introdujo la distinción entre las reglas implícitas y las razones del tribunal.<sup>115</sup>

La tercera revolución, fue la Revolución Francesa del racionalismo deísta (1789-1830). La noción que guió este movimiento fue la creencia en la capacidad racional del ser humano, que naciendo libre e igual a cualquier otro, puede por sí mismo alcanzar el conocimiento y la felicidad. Sus principales aportaciones fueron la democracia, el sistema estricto de separación de poderes, la elección democrática de la legislatura, los derechos civiles, la codificación y las libertades individuales.<sup>116</sup>

La americana fue —en términos de Harold Berman— la cuarta revolución, que se reflejó en la guerra de independencia norteamericana. Sus grandes aportaciones fueron: a) su capacidad para combinar y reconciliar en sus propios términos, las ideas liberales y las conservadoras: las garantías de libertades como la religiosa, de expresión, de prensa y de asamblea; b) los tres principios constitucionales: el federalismo, el continentalismo y la revisión judicial de la constitucionalidad de leyes.<sup>117</sup>

La quinta y última revolución, como se ha venido expresando, fue la Revolución Rusa de 1917, que desde el punto de vista de Berman, recibió diversas influencias occidentales. Rusia poco a poco se fue occidentalizando del siglo XVIII al XX, pero se pueden distinguir dos características propias de su sistema jurídico, que a la vez nutrieron y contribuyeron a la configuración de la tradición jurídica occidental. La primera fue la regulación administrativa del Estado Soviético para controlar las actividades económicas y sociales; la segunda aportación fue la utilización del derecho, por parte del Estado Soviético, con fines educativos sobre las personas para guiar, entrenar y disciplinar sus creencias y actitudes. El resultado de esta influencia se materializó en la tendencia de los Estados de asumir un papel paternal de control directo y activo sobre diferentes esferas de la vida económica y social, lo que a su vez, fomentó las burocracias y legislaciones administrativas.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> *Ibidem*, pp. 8-10.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pp. 10-13.

<sup>117</sup> *Ibidem*, pp. 13-16.

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 16-20.

Tal es la configuración que, a grandes rasgos, caracteriza a los sistemas jurídicos occidentales, que pertenecen a una tradición a la que subyacen raíces históricas comunes que se traducen en principios, valores, conceptos, métodos e ideales compartidos.

Sin embargo, no debemos olvidar que diferentes factores han contribuido a atenuar las grandes brechas que parecían erigirse entre los sistemas jurídicos pertenecientes a familias culturales diferentes. Los procedimientos, instituciones y nociones jurídicas —siendo sólo un tipo de manifestación de la cultura— han seguido un camino peculiar pues aquéllas que antes parecían irreconciliables, hoy en día parecen haberse vuelto permeables, se han adaptado, sustituido o bien, se han transformado.

Sea por el impacto de la globalización en diversas áreas de la vida de los Estados, por el avance y la gran influencia del derecho comparado, sea por la voluntad de cooperación y diálogo entre los Estados o por cualquier otro motivo, que no identificamos ni pretendemos desarrollar aquí, lo cierto es que son muchas y muy significativas las coincidencias de prácticas e instituciones jurídicas entre las diferentes familias culturales. Silvio Ferrari coincide en el hecho de que “el análisis histórico del derecho revela las influencias recíprocas, los préstamos e intercambios que se producen —en la formación de las instituciones jurídicas— entre los ordenamientos religiosos y los seculares que predominan en determinado lugar y tiempo...”<sup>119</sup> y algo realmente importante en tal observación es que la posibilidad de elementos comunes entre sistemas jurídicos es sostenida por la historia.

La evidencia nos muestra que hoy en día, más allá de las contingencias culturales y el toque cultural que cada sistema jurídico lleva impreso, es posible que gran parte de estos sistemas, si de hecho cuentan con ciertas instituciones comunes o similares, compartan también una forma de entenderlas que quizás no se ha hecho explícita.

Por un lado, una buena parte de los países no occidentales han adoptado algún tipo de sistema jurídico siguiendo el modelo del *Common Law* o de derecho continental, o bien son sistemas híbridos que combinan elementos de ambos sistemas o incluso manteniendo su propio sistema jurídico, han adoptado instituciones, procedimientos y/o prácticas aislados de corte occidental. Por lo

---

<sup>119</sup> Ferrari Silvio, *El espíritu de los derechos religiosos: judaísmo, cristianismo e islam*, trad. de Gilberto Canal Marcos, Barcelona, Herder, 2004, p. 35.

tanto, si se comparte un sistema jurídico de *Common Law* o de derecho continental, o si se comparte un sistema jurídico híbrido o bien, si se han adoptado instituciones aisladas de tipo occidental, ese sistema jurídico necesariamente muestra algunas de las características subyacentes de la tradición jurídica occidental. Esto quiere decir que es posible estudiar las instituciones jurídicas que comparten algún tipo de vínculo, como categorías jurídicas que exhiben de manera constante una forma de funcionar y una serie de propósitos a los que sirven.

Por otro lado, es posible que aún y cuando no se encontraran en ninguno de los supuestos anteriores, esto es cuando no se encuentra alguna clase de vínculo fáctico, los sistemas jurídicos de familias culturales diversas posean instituciones, prácticas y/o procedimientos que —concebidas y tratadas de diferente forma entre familias culturales— pueden ser explicados a partir de las regularidades y constantes que muestran, de las propiedades que les caracterizan en todo lugar en el que se presentan, más allá de las propiedades locales o contingentes que cada sistema pudiera poseer de manera adicional y muy particular.

Las implicaciones de este hecho son extraordinarias, no sólo para el presente estudio, sino en general para la comprensión de los sistemas jurídicos y sus instituciones, principalmente, para la institución del precedente. Independientemente de las características particulares que cualquier sistema jurídico particular posea o de la familia cultural a la que pertenezca, la reflexión que comparto, muestra que es posible identificar determinadas instituciones jurídicas comunes y pretende mostrar también que es posible identificar ciertas propiedades especiales y constantes a dichas instituciones jurídicas —que son construcciones sociales— por doquier que éstas se presenten, toda vez que: a) los sistemas jurídicos o proceden completa o parcialmente de una misma familia cultural o b) procediendo de familias culturales distintas, muestran instituciones, prácticas y/o procedimientos que poseen una naturaleza compartida por sistemas jurídicos de diferente familia cultural.

Considero que es necesario modificar el enfoque con el que estudiamos algunas instituciones jurídicas, concretamente: el precedente. Esta modificación requiere un esfuerzo por tratar de entenderlos como fenómenos presentes en las sociedades, más allá de limitaciones locales o pertenencias culturales. Para superar este angosto enfoque con que hemos entendido nuestra realidad es preciso repensar y entender de modo diverso nuestra ciencia jurídica y considerar que tal vez, la vía para su plena comprensión y las respuestas a sus problemáticas no se encuentran primariamente dentro de los confines de la propia teoría jurídica local sino más allá de ella, en el punto de regularidad en todo sistema jurídico.



Esta afirmación podría no convencer a algunos y probablemente no podría sostenerse acerca de todas las instituciones o procedimientos jurídicos pero considero que es una afirmación que sí puede sostenerse acerca del precedente, afirmación que se puede reforzar haciendo una somera revisión de algunos sistemas jurídicos que pertenecen a alguna de las familias culturales antes señaladas y que muestran a través de la utilización del precedente, ciertas propiedades que éste exhibe de manera constante en todos ellos.

Este planteamiento inicial brinda el andamiaje conceptual básico que sirve de fundamento a los siguientes capítulos de esta investigación y permitió aclarar el contenido y alcances de las nociones y objetivos que planteo con esta investigación. Así pues, con las herramientas teóricas que he explicado podemos continuar con el análisis de la práctica de diferentes tribunales en sistemas jurídicos diversos de recurrir a resoluciones pasadas para identificar qué elementos le caracterizan.

## CAPÍTULO 1

### SISTEMAS JURÍDICOS Y PRECEDENTE: UN PLANTEAMIENTO

Derivado de la reflexión anterior pretendo mostrar la forma en la que cambios y procesos históricos distintos han configurado el concepto del precedente en sistemas jurídicos de diferentes familias culturales o incluso prácticas muy semejantes, sistemas que aún cuando han seguido históricamente cauces distintos, han desembocado en la adopción y empleo de una institución particular que es entendida de manera similar en todos ellos: el precedente, debido por ejemplo, a la función que cumple dentro del sistema jurídico.

Esta tesis podrá verificarse o refutarse al hacer un breve estudio de los procesos históricos que han contribuido a la configuración de la noción del precedente en algunos países que pertenecen a familias jurídicas diferentes. Por tratarse de una tesis conceptual, no es mi objetivo hacer un desarrollo histórico ni institucional exhaustivos, por lo que me ocuparé únicamente de los sucesos históricos relevantes en la configuración del sistema jurídico particular —con ello, de la familia a la que pertenece— y la noción del precedente (según el caso) en algunos países de distintas familias culturales para reforzar la tesis de fondo: la existencia de un concepto del precedente que es reforzado con evidencia histórica.

No pretendo hacer un desarrollo exhaustivo respecto al número de países analizados por cada familia cultural. Mi objetivo en esta sección, no es afirmar que todos los países de las familias jurídicas desarrolladas tienen precedente ni determinar cuáles de ellos tienen precedente, sino mostrar que aquéllos países que tienen al precedente como una de sus instituciones, muestran ciertas propiedades necesarias. Con ese objetivo en mente, me ocuparé de México, Francia,<sup>120</sup> Inglaterra, Japón y Arabia. Los países elegidos tienen especial importancia, por mi nacionalidad y especial interés por la jurisprudencia mexicana, por las características peculiares que reviste la práctica en un par de ellos, por

---

<sup>120</sup> Como parte del estudio de sistemas jurídicos ejemplares de la familia jurídica romano-germánica estudiaré como ejemplares tanto al sistema jurídico de Francia como al de México; el primero por ser un sistema característico de esta familia con una larga historia de consolidación y el segundo por ser de especial interés personal el estudio de la jurisprudencia nacional y la cual puede beneficiarse con este estudio. Adicionalmente, se presenta la peculiaridad de que aunque ambos sistemas pertenecen a la misma familia jurídica, sólo en uno de ellos existen una obligación formal de aplicarla.

encontrar el origen del precedente y la cuna de la religión islámica en los otros, sin dejar de mencionar que las fuentes son óptimas y propicias.

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que algunos países han sido colonias de países occidentales, lo cual ha influido en su configuración de tal suerte que en alguna medida podrían considerarse sistemas jurídicos híbridos. Es completamente comprensible si alguno de los ejemplos a los que recurro, clasificados como parte de una familia jurídica se considera más como un híbrido, ya que la delimitación no es definitiva ni acabada, sin embargo, ello no afecta la tesis central ni los argumentos de fondo.

## I. México y la familia de derecho romano germánica

México pertenece a la familia cultural y jurídica conocida como romano-canónica, romano-germánica o de derecho civil, familia así denominada debido a la fuerte influencia que recibió del derecho canónico, de las universidades o de la primacía de la materia civil como parte sustancial del derecho a lo largo de su desarrollo.<sup>121</sup> Como parte de esta familia, la evolución del sistema jurídico mexicano va ligado al de la familia como tal hasta el momento en el que México se convierte en una nación independiente y adquiere personalidad propia, pero incluso aún hasta nuestros días el curso de las transformaciones experimentadas es aquél que en mayor o menor medida ha seguido la propia familia y sus miembros.

La elección de desarrollar el sistema jurídico y el precedente en México como país de la familia jurídica romano germánica atiende inicialmente al interés particular en la jurisprudencia mexicana y la verificación, en un trabajo previo,<sup>122</sup> de que las posibles soluciones a sus deficiencias no pueden surgir únicamente del plano práctico. Dicha indagación me permitió verificar que muchas de las deficiencias de que adolece la jurisprudencia mexicana no pueden ser erradicadas con soluciones prácticas provisionales, sino que requieren un análisis en un nivel teórico pues todas ellas pueden explicarse debido a la ausencia de una adecuada

---

<sup>121</sup> Zárate, José Humberto, Martínez García, Ponciano Octavio y Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, McGraw-Hill, 1997, p. 6.

<sup>122</sup> Gómora Juárez, Sandra, *La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México*, tesis presentada para obtener el grado de Maestría en Derecho en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en mayo de 2009.

comprensión del concepto que permita reconocer su papel y con ello las vías de desarrollo adecuadas.<sup>123</sup>

## 1. La historia de la familia jurídica romano-germánica

La familia de derecho romano-germánico es la más antigua, la más difundida y la más influyente de todas, incluso más que el *Common Law*. Los autores coinciden en fijar el origen del derecho romano en el año 450 a.C. con la publicación de las XII Tablas y origen del derecho romano germánico a partir de los estudios en las Universidades.<sup>124</sup>

El suceso de mayor relevancia en la historia de los sistemas jurídicos de derecho romano —y de los que de él surgieron— se presentó en año 528, después de la caída del Imperio Romano de Occidente, cuando Justiniano —emperador del Imperio Romano de Oriente— ordenó la compilación, sistematización y consolidación del derecho romano, conocida como el *Corpus Iuris Civilis* que consistió en: las Institutas, el Digesto, el Código y las Novelas.<sup>125</sup>

De acuerdo con Guillermo Floris Margadant, las cuatro obras que componían este cuerpo de derecho mostraban diversos contenidos: El Código tenía una antología de normas expedidas por emperadores (desde Adriano), o sea constituciones; las Instituciones forman una introducción global didáctica al derecho inspirada en la obra de Gayo; el Digesto o Pandectas era una antología de citas tomadas de unos 2000 libros de la inmensa literatura clásica que aparecen enmendadas, abreviadas, añadidas o sustituidas según los criterios de los juristas encargados de su compilación. Finalmente, a esas tres leyes, el emperador Justiniano añadió muchas enmiendas posteriores al año 534, cuya selección se conservó en tres colecciones denominadas Novelas.<sup>126</sup>

El *Digesto* de Justiniano o Pandectas es la parte de la compilación que fue y ha sido objeto principal de intenso estudio y que constituye el fundamento de los

---

<sup>123</sup> Un ejemplo concreto de las deficiencias de nuestra jurisprudencia es examinado a detalle en Magaloni, “La jurisprudencia constitucional y su carácter integrador...”, *cit.*

<sup>124</sup> Merryman, *op. cit.* pp. 18-19; Zárate, p. 6; David, René y Camille, Jauffret-Spinozi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11 a. ed., trad. de Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010, p. 23.

<sup>125</sup> Von Mehren, Arthur Taylor, *The Civil Law System, Cases and Materials for the Comparative Study of Law*, Boston, Little Brown and Company, 1957, p. 5.

<sup>126</sup> Margadant, Guillermo Floris, *Los sistemas jurídicos contemporáneos, antecedentes y panorama actual*, México, UNAM, 1996, pp. 51-55.

sistemas jurídicos de derecho romano-germánico,<sup>127</sup> pues pretendía dotar a Roma de un derecho actualizado, por lo que sufrió adaptaciones y modificaciones por el comité de 16 académicos encargado de este trabajo, encabezados por Triboniano.<sup>128</sup>

Aparentemente, el *Corpus Iuris* no tuvo en su época, la importancia ni el impacto que posteriormente y aún hoy le atribuimos, de hecho “resulta interesante que una obra de eficacia práctica tan dudosa en su época haya llegado a tener una utilidad tan aplastante bajo otro cielo, muchos siglos después”.<sup>129</sup> Tiempo después de la compilación (siglo VI) y hasta fines del siglo XI, vino un largo periodo de abandono relativo de este derecho (principalmente del Digesto) aun cuando surgieron varias codificaciones vulgaristas del derecho romano y fue utilizado por la Iglesia como derecho supletorio.<sup>130</sup> A raíz de las diversas invasiones, los invasores germanos trajeron consigo sus propias costumbres jurídicas y aplicaron un derecho civil romano más rudimentario.<sup>131</sup>

El Digesto salió del olvido a finales del siglo XI para convertirse en el centro de los estudios jurídicos que atrajo un renovado interés intelectual y académico por el derecho, etapa denominada por Margadant como la *segunda vida del derecho romano*.<sup>132</sup> Hacia los siglos XII y XIII se inició un renacimiento del derecho y la creencia en su capacidad de garantizar orden y seguridad necesarias para el progreso, así como su clara separación de la religión.<sup>133</sup>

Este resurgimiento tuvo lugar en Bolonia, Italia, a fines del siglo XI,<sup>134</sup> pues fue en Bolonia donde Irnerio halló una copia del Digesto y donde apareció la primera Universidad europea moderna en la que el derecho fue uno de los temas de estudio más importantes. Dada la variedad y fragmentación de los derechos existentes en ese momento que aún no tenían un carácter nacional, en las Universidades de Europa la base de la enseñanza del derecho era el derecho romano y el canónico, pero no el derecho romano barbarizado —vigente durante la invasión germánica, ni las reglas promulgadas o consuetudinarias de los pueblos locales o los gremios mercantiles— sino el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.<sup>135</sup>

---

<sup>127</sup> Merryman, *op. cit.*, p. 27.

<sup>128</sup> Von Mehren, *The Civil Law System...*, *cit.*, p. 6.

<sup>129</sup> Margadant, *op. cit.*, p. 63.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>131</sup> Merryman, *op. cit.*, p. 27.

<sup>132</sup> Margadant, *op. cit.*, p. 81.

<sup>133</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, *cit.*, p. 26.

<sup>134</sup> Merryman, *op. cit.*, pp. 27, 28.

<sup>135</sup> Merryman, *op. cit.*, p. 29; Von Mehren, *op. cit.*, p. 6; David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, *cit.*, p. 29.

Se trata de un momento decisivo para el sistema jurídico romano-germánico, pues surge en una época en la que lo que hoy conocemos como Europa no constituía una unidad política y, en ese contexto, las Universidades desempeñaron una función decisiva en la divulgación de las ideas del renacimiento del derecho, fueron las Universidades el medio por el que se enseñó a discípulos de diversas precedencias un mismo cuerpo de derecho y un mismo método de análisis y solución de problemas.<sup>136</sup>

Bolonia y otras universidades se convirtieron en el centro de derecho mundial de occidente, de toda Europa acudían hombres a estudiar el derecho y sucesivamente surgieron escuelas de pensamiento acerca de la forma adecuada de estudiar y explicar el *Corpus Iuris*: glosadores y posglosadores o comentaristas.<sup>137</sup> La escuela de los glosadores nace en Bolonia, Italia (entre el 1055 y el 1225) y debe su nombre al método que usaron para explicar o aclarar el sentido de los textos justinianeos, especialmente el Digesto, pues colocaban entre líneas o al margen de cada párrafo las aclaraciones que hacían al Digesto.<sup>138</sup> La escuela de los comentaristas surgió a finales del siglo XIII —llegó a su apogeo en los siglos XIV y XV— y debe su nombre a la práctica que utilizaban de agregar comentarios al texto del Digesto, se trató de una transición gradual o evolución de la escuela de los glosadores al mostrar una actitud más crítica hacia la glosa. Su mayor preocupación fue la aplicación del derecho a los casos concretos o problemas planteados, por lo que su atención no se fijó solo en los textos romanos, sino más bien utilizaban esos textos para resolver casos reales y actuales, así como adaptar las reglas a la sociedad de su tiempo.<sup>139</sup>

El derecho civil romano junto con las obras de glosadores y posglosadores llegaron a tener tal autoridad que se convirtieron en la base de un derecho común de Europa, se aplicaba de forma supletoria a la variedad de derechos municipales y estatutarios. Ese derecho ahora se conoce como *Ius commune*, pues había un cuerpo común de derecho y de escritos acerca del derecho, un lenguaje legal común y un método común de enseñanza e investigación que se aplicaba por toda Europa.<sup>140</sup> Por diversas partes de Europa se recibió el *Ius commune* de manera formal o informal, adoptándolo como derecho obligatorio o adoptándolo como derecho consuetudinario, de cualquier modo, fue recibido en muchas de las naciones que conservan hoy esta tradición.<sup>141</sup> Dicha recepción marcó el desarrollo

<sup>136</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 27.

<sup>137</sup> Merryman, *op. cit.*, p. 30.

<sup>138</sup> Zárate, *et. al.*, *Sistemas jurídicos contemporáneos...* *op. cit.*, p. 41; Margadant, *op. cit.*, p. 101.

<sup>139</sup> Zárate, *et. al.*, *Sistemas jurídicos contemporáneos...* *op. cit.*, p. 43; Margadant, *op. cit.*, p. 128; David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 30.

<sup>140</sup> Merryman, *op. cit.*, p. 30; Zárate, *et. al.*, *Sistemas jurídicos contemporáneos...* *cit.*, p. 45; Margadant, *op. cit.*, p. 146.

<sup>141</sup> Merryman *op. cit.*, p. 31.

de los sistemas jurídicos nacionales en Europa, conjugando el *Ius commune* con el deseo de identificar, perpetuar y glorificar las instituciones legales nativas.<sup>142</sup>

Con el surgimiento del estado nacional y fortalecimiento de la soberanía, sobre todo en el siglo XV, terminó la época del *Ius commune* y se inició el periodo del derecho nacional o, más bien, el periodo de muchos derechos nacionales.<sup>143</sup> Paulatinamente, el papel del legislador cobró mucha fuerza en la vida de Europa Occidental, restando de manera definitiva aplicabilidad al *Ius Commune*, lo que resultó hacia el siglo XVIII en la tendencia de reunir en un sólo ordenamiento comprensivo las múltiples normas vigentes para territorios o ciudades, profesiones, razas, y otras materias, así como lo referente a alguna rama de la práctica jurídica.<sup>144</sup>

La técnica de la codificación que permitió exponer de manera sistemática y apartada, el caos de las compilaciones de Justiniano que era considerado el derecho más conveniente para la sociedad moderna de aquella época. Se creía que la codificación permitiría superar los arcaísmos y poner fin a la fragmentación del derecho y la multiplicidad de las costumbres,<sup>145</sup> debido a que fueron concebidos como la generalización de la costumbre nacional, de modo que sirvieron como instrumentos para la “nacionalización del derecho”.<sup>146</sup>

Como resultado del fenómeno de la codificación, el derecho romano incorporado en los códigos, no era ya el del Digesto ni el *Ius commune*, sino un derecho nuevo: era el derecho romano adaptado, legislado y codificado con carácter nacional, que exigía ser estudiado y sus dudas resueltas con base en los principios incorporados en el mismo código.<sup>147</sup> De esta forma, la creciente codificación y la diseminación de los códigos fomentaron una actitud de positivismo legislativo agravada por el nacionalismo y, aparentemente, para los juristas el derecho se redujo desde ese momento al derecho nacional.<sup>148</sup>

A finales del siglo XVIII se iniciaron una serie de revoluciones nacionales que promovieron ideas como los derechos naturales, la soberanía, la separación de poderes, el racionalismo, el anti-feudalismo, el liberalismo burgués, el estatismo y el nacionalismo. El hincapié revolucionario en la separación de poderes y la soberanía absoluta del Estado, exigió que los órganos tuvieran facultades claramente delimitadas e hizo del poder legislativo el único facultado para hacer

---

<sup>142</sup> *Ibidem.*, p. 35.

<sup>143</sup> Merryman, *op. cit.*, p. 31.

<sup>144</sup> Margadant, *op. cit.*, p. 309.

<sup>145</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 44.

<sup>146</sup> *Ibidem.*, p. 45.

<sup>147</sup> Margadant, *op. cit.*, p. 317.

<sup>148</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 45.

leyes para evitar el abuso del poder.<sup>149</sup> Es claro entonces, bajo este esquema porqué la doctrina del *stare decisis* era claramente incompatible con la rigurosa separación de poderes en los sistemas jurídicos romano canónicos.<sup>150</sup>

René David sostiene que el mérito más representativo de la codificación fue que constituyó un instrumento para la expansión en Europa y fuera de Europa del derecho romano germánico. La colonización de varios territorios de ultramar ocasionó la expansión del derecho romano germánico fuera de Europa y la codificación fomentó su desarrollo en varios países. Las colonias españolas, portuguesas, francesas y holandesas de América establecidas en países americanos recibieron de manera casi natural las concepciones jurídicas de la familia romano germánica. Poco a poco se fue desarrollando de un derecho primitivo a uno erudito que pronto se incorporó en códigos semejantes a los europeos.<sup>151</sup>

## 2. Adopción del derecho romano germánico en México

Fue también por colonización que el sistema de derecho romano germánico llegó a México y ha sido adoptado y adaptado a lo largo de la historia nacional. En principio, durante la *época colonial* el derecho castellano debía regir en los territorios conquistados por la Corona Española, las Indias; sin embargo, la complejidad de la realidad tan distinta que se vivía en esos territorios motivó la creación de disposiciones propias para las colonias, conocidas como *derecho indiano*.<sup>152</sup>

José Luis Soberanes sostiene que debido a la influencia castellana, a las necesidades propias de la época y a la situación particular de la Nueva España — con su población tan variada— se requería la especialización de los tribunales, según las diferentes materias e individuos, razón por la cual no es sorprendente la

---

<sup>149</sup> Merryman, *op. cit.*, p. 45. El autor señala que los conceptos, instituciones y procedimientos que distinguen a gran parte de los sistemas de derecho civil (o romano germánicos) modernos, en su forma actual, este hecho se materializa en la forma de 5 códigos básicos que suelen encontrarse en estos sistemas: código, civil, mercantil, de procedimientos civiles, penal y de procedimientos penales, pp. 27, 37.

<sup>150</sup> *Ibidem.*, p. 53.

<sup>151</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, *cit.*, pp. 44-45, 51.

<sup>152</sup> Es de especial interés señalar, tal como lo indica José Luis Soberanes que en las colonias coexistieron el derecho castellano e indiano, sin ser este último un sistema jurídico, sino simplemente la expresión que comprende las normas del derecho colonial español expedidas desde 1492 hasta 1821. Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, 4ª ed., México, Porrúa, 1996, p.56.



existencia de una amplia diversidad en la jurisdicción<sup>153</sup> durante la época colonial.<sup>154</sup>

De modo que existían en la Nueva España, durante la época colonial, tribunales especiales y tribunales ordinarios,<sup>155</sup> pero debido a las características y circunstancias prevalecientes se sabe que la jurisprudencia de esa época —entendida aquí como la actividad de interpretar y aplicar la ley discrecionalmente— emanaba de la persona que detentara el poder como el virrey o cualquier autoridad con facultades para legislar o juzgar.<sup>156</sup>

Con la promulgación de la Constitución de Cádiz, el 18 de marzo de 1812, por parte de la Monarquía Española —aplicable a todas sus colonias— se dio a España el título de Estado Constitucional, pues se trataba del primer proyecto legislativo contrario al absolutismo que recogía las ideas liberales más difundidas de la época. Entre algunos de los principios que este documento constitucional recogió, están: la inclusión del concepto de soberanía, el respeto a la libertad de imprenta, la abolición de la Inquisición, la igualdad jurídica entre españoles peninsulares y españoles de las colonias y la libertad de comercio, entre otros.<sup>157</sup>

Adicionalmente, el documento establecía la facultad del rey para crear las leyes, aunque los tribunales se encargaban de aplicarlas en causas civiles y criminales, administrando justicia siempre en nombre del Rey; las Cortes del Rey realizaban interpretación, pero los juzgadores debían apegarse estrictamente a la norma, pues tenían prohibido ejercer otra función que no fuera la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Cabe mencionar que la Constitución de Cádiz creó el Supremo Tribunal de Justicia y estableció como una de sus atribuciones oír las dudas de los demás tribunales acerca de la inteligencia de una ley y consultar sobre ella al Rey, para que éste promoviera la respectiva declaración de las Cortes, aunque interpretar no era facultad del Supremo Tribunal.<sup>158</sup>

Hacia 1810, durante el *periodo independiente*, México conservó muchas instituciones establecidas en la época de la colonia, subsistiendo algunas de ellas

---

<sup>153</sup> Relativo al poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, véase en *Diccionario Esencial de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española-Espasa Calpe, 2006, p. 862.

<sup>154</sup> Soberanes Fernández, José Luis, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX (notas para su estudio)*, 2ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 23 y 24.

<sup>155</sup> *Ibidem.* p. 26.

<sup>156</sup> *La Jurisprudencia en México, op. cit.*, p. 16.

<sup>157</sup> Morales Jiménez, Alberto, *La Constitución de 1857, Ensayo Histórico-Jurídico*, México, Instituto Nacional de la Juventud Mexicana, volumen I, 1957, p. 7.

<sup>158</sup> Cruz Barney, Óscar, “El Poder Judicial en la Evolución Constitucional de México”, *Documento de Trabajo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie de Derecho Constitucional, número 43, agosto de 2003, pp. 1-3.

aún después de la Constitución de 1824.<sup>159</sup> Con todo, el primer documento con vigencia eficaz en el México independiente fue la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 4 de octubre de 1824, documento constitucional que estableció la forma de gobierno republicana, el régimen federal, la religión católica, algunos derechos del hombre, el sistema representativo y popular y la división de poderes.<sup>160</sup>

La Constitución de 1824 tuvo una singular importancia porque fue la primera que estableció de manera efectiva un sistema judicial estructurado constitucionalmente<sup>161</sup> en tribunales federales y de cada uno de los estados; contempló también la necesidad de tener unidad en la interpretación de la Constitución y el Acta Constitutiva, de modo que el mismo documento precisó que sólo el Congreso General podía resolver dudas acerca de algún artículo de la Constitución o el Acta Constitutiva, calificando las observaciones o decretando las reformas respectivas a través del procedimiento normal de creación o modificación de leyes.<sup>162</sup> No existía pues relación jerárquica entre los tribunales federales y los estatales.

La *etapa centralista* de México, se inició formalmente el 23 de octubre de 1835. Las Siete Leyes Constitucionales características de este periodo entraron en vigor el 30 de diciembre de 1836. Durante este periodo, una de las principales atribuciones de la Corte Suprema de Justicia era la de resolver las dudas de tribunales y juzgados sobre el sentido y alcance de una ley y turnarla a la Cámara de Diputados para la correspondiente declaración; la siguiente atribución relevante, fue la consistente en pedir al Supremo Poder Conservador la nulidad de alguna ley o decreto que contrariara alguna disposición constitucional.<sup>163</sup>

Respecto a las resoluciones judiciales, es preciso resaltar que en la primera mitad del siglo XIX no había en México medios oficiales de difusión, aunque, debido a su importancia sí se publicaban leyes, decretos o sentencias por parte de órganos informativos privados.<sup>164</sup> En ese entonces no existía la jurisprudencia

---

<sup>159</sup> Este hecho es perfectamente comprensible, pues, después de haber sido una colonia española, totalmente influenciada por su régimen político y sistema jurídico, México como Estado naciente, enfrentaba una etapa de configuración del propio Estado, tanto política como jurídicamente; así que resultaba necesario conservar algunas figuras e instituciones ya establecidas y conocidas durante el tiempo que tomara la configuración del nuevo Estado independiente. Así también los juzgadores debían interpretar los bandos y decretos emitidos en ese periodo, conforme a su propia inteligencia.

<sup>160</sup> Moreno, Daniel, *Panorama del Derecho Mexicano; Síntesis del Derecho Constitucional*, México, UNAM-Instituto de Derecho Comparado, 1965, p. 12.

<sup>161</sup> Rabasa, O. Emilio, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, 3ª ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 21.

<sup>162</sup> Fix Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el Ordenamiento Mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 113 y 114.

<sup>163</sup> Cruz, *op. cit.*, p. 18.

<sup>164</sup> *La Jurisprudencia...cit.*, pp. 34 y 35.

como hoy la conocemos, así que lo que se publicaba eran sentencias o fragmentos de sentencias.

La *Constitución Política de 1857* restablece definitivamente el federalismo<sup>165</sup> gracias a sus características liberales se consagró el derecho de amparo como un medio de control constitucional contra leyes o actos de las autoridades que violaran garantías individuales o restringieran la soberanía de los estados o de la Federación.<sup>166</sup> En ese entonces en la práctica judicial y ante la falta de reglas procesales adecuadas, los jueces fueron definiendo los aspectos procesales que aún hoy caracterizan al juicio de amparo, pues los propios juzgadores fueron sentando las bases de lo que más adelante configuraría las características esenciales del juicio de amparo.<sup>167</sup>

Cabe destacar que con independencia de la exaltación del amparo como institución mexicana, Ignacio L. Vallarta —quien lo consideraba superior al *habeas corpus*— reconoció que carecía en sus principios de un cuerpo de doctrina que guiara sus procedimientos, por lo cual se echó mano de la doctrina ya desarrollada por los publicistas estadounidenses.<sup>168</sup> Sin embargo, aun con esta influencia, la doctrina que se generó en torno al juicio de amparo no es una copia sino una creación propia de los tribunales que la fueron formando poco a poco en su labor cotidiana.<sup>169</sup>

Por su parte, Miguel Acosta y Alfonso Pérez advierten que nuestra jurisprudencia en buena medida proviene de Inglaterra y Estados Unidos, secundariamente.<sup>170</sup> Lo anterior debido a que el modelo jurídico del *Common Law* —entre otras cosas— fue implantado en los países conquistados por Inglaterra a partir del siglo XVI. El derecho inglés se adoptó de manera natural en las trece colonias británicas y con el tiempo tuvo un desarrollo propio; posteriormente, “por influencia del Derecho norteamericano, la jurisprudencia pasó finalmente a México durante el s. XIX...”<sup>171</sup>

La influencia cobra sentido cuando se comprende que en alguna medida, la jurisprudencia mexicana fue importada para satisfacer necesidades reales que se presentaron con la implementación del juicio de amparo. Si bien, el juicio de

---

<sup>165</sup> Planteado primeramente por el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.

<sup>166</sup> Acosta, *op. cit.*, p. 22.

<sup>167</sup> *Ibidem.*, pp. 22 y 23.

<sup>168</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, “La formación de la doctrina del amparo. La contribución de Ignacio L. Vallarta. Una curiosa paradoja, en *La Suprema Corte de Justicia de la Nación a principios del Porfiriato (1877-1882)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1101. Consultado el 21 mayo 2014, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/933/103.pdf>

<sup>169</sup> *Ibidem.*, pp. 1103-1104.

<sup>170</sup> Acosta, *op. cit.*, p. 4.

<sup>171</sup> *Ibidem.*, p. 16.

amparo se instituyó —en forma definitiva— en la Constitución Política de 1857, su aplicación real se presentó hasta el 30 de noviembre de 1861 con la expedición de la primera Ley de Amparo. Se habla de necesidades reales, ya que ante la ausencia de técnica y procedimientos claros para la aplicación del amparo, los tribunales mexicanos fueron delineando procesalmente el juicio y sus principios mediante sus sentencias. Si bien, aún no existía la jurisprudencia como tal, fue a través de las sentencias o conjunto de precedentes que se dio forma al juicio de amparo.<sup>172</sup>

Es en esta etapa, donde se distinguen con claridad las influencias recíprocas que se dieron entre el juicio de amparo y la jurisprudencia, pues a la par del establecimiento y evolución de estas figuras jurídicas, se presentaron también serios debates acerca de la legitimidad de un juez para declarar inconstitucional una ley emitida por el poder legislativo en su calidad de representante de la nación. Sin embargo, a pesar de las diversas controversias fue finalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que conservó la facultad de velar por los preceptos constitucionales.

Durante la vigencia de la Constitución de 1857, se expidió, en noviembre de 1861, la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 Constitucionales, es decir, la primera Ley de Amparo.<sup>173</sup> Se identifican dos importantes aportaciones de esta ley que contribuyeron a sentar los cimientos de la jurisprudencia: la publicación de las sentencias de amparo y el conocimiento de la posibilidad de que los criterios vertidos en las sentencias pudieran ser obligatorios para otros órganos jurisdiccionales.

Con el tiempo y gracias a la Ley de Amparo de 1861, la gran diversidad de criterios surgidos de la interpretación de la Constitución por parte de los jueces de distrito, provocó la necesidad de implantar la fórmula traída del *Common Law* en el que las decisiones de los órganos superiores se constituían como obligatorias para los órganos inferiores. Esta medida, conjuntamente con la determinación de encomendar la interpretación constitucional exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, contribuyó a evitar que la Constitución fuera interpretada en sentidos opuestos y propició la unificación de criterios al erigirse la Suprema Corte como la responsable de la interpretación constitucional.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> *Ibidem.*, pp. 19-23.

<sup>173</sup> Que en opinión de Ignacio Burgoa, la ley presentaba inevitables deficiencias por tratarse del primer ensayo de organización y reglamentación de una nueva institución Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 40ª ed., México, Porrúa, 2004, p 137.

<sup>174</sup> Cabrera, *op. cit.*, pp. 238, 239, 241, 242; Acosta, *op. cit.*, pp. 27-33.

El Semanario Judicial de la Federación<sup>175</sup> surgió por decreto presidencial del entonces Presidente de la República Benito Juárez García, el día 8 de diciembre de 1870. Dicho decreto ordenó la publicación de las sentencias definitivas de amparo de los tribunales federales en tal instrumento desde 1867 en adelante.<sup>176</sup>

Posteriormente, surgió la Ley de Amparo de 1882 en la que se establece por primera vez la obligatoriedad de las ejecutorias de la Corte, es decir, el origen formal de la jurisprudencia. Esta ley recibió importantes aportaciones de Ignacio L. Vallarta e Ignacio Mariscal, por ejemplo, Mariscal aportó la idea de que las sentencias de amparo alcanzaban un doble propósito: primero, resolver el caso concreto y segundo, interpretar el derecho público y constitucional para lo cual se determinó que tales fines sólo podrían alcanzarse mediante el pronunciamiento de cinco sentencias consecutivas en el mismo sentido. Por su parte, Vallarta ideó el sistema de formación de jurisprudencia a través de cinco precedentes como una fórmula que permitía profundizar el análisis del criterio.<sup>177</sup>

Hacia 1897, el General Porfirio Díaz expidió un Código de Procedimientos Federales que suprimió por completo la jurisprudencia y estableció explícitamente que las sentencias de amparo sólo favorecían a las partes del juicio. Sin embargo, el 26 de diciembre de 1908 el mismo General Díaz, expidió el Código Federal de Procedimientos Civiles que incorporó la jurisprudencia de forma definitiva con importantes propiedades que hasta hoy le caracterizan, tales como la responsabilidad de los litigantes de invocarla en juicio, la delimitación de su alcance a la Constitución y leyes federales, la reiteración de cinco sentencias consecutivas ininterrumpidas de la Suprema Corte.<sup>178</sup>

Más adelante con la *revolución de 1910*, se detuvo momentáneamente en México el desarrollo de la jurisprudencia, aunque años más tarde se dio un importante evento que cambiaría el curso de la institución: la conclusión de la

---

<sup>175</sup> Guerrero Lara, *La interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917- 1982)*, cit., p. 12. Las publicaciones del Semanario Judicial de la Federación, se dividieron en dos grandes periodos, comprendidos antes y después de la Constitución Política de 1917, los cuales fueron divididos por Épocas. A la jurisprudencia publicada durante las primeras cuatro épocas, se le conoce como jurisprudencia histórica; en tanto que, la jurisprudencia publicada de la quinta a la novena época, es conocida como jurisprudencia aplicable; la Novena Época, dio inicio el 4 de febrero de 1995.

<sup>176</sup> González, *op. cit.*, p. 43; Acosta señala en su obra la aparente confusión en torno al momento exacto del surgimiento formal de jurisprudencia, ya que algunas fuentes la asocian erróneamente con el nacimiento del Semanario Judicial de la Federación y se dice “erróneamente” porque dicho instrumento publicaba ejecutorias que no tenían carácter de precedentes ni jurisprudencias todavía, Acosta *cit.*, pp. 35-36.

<sup>177</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto 1995, pp. 527-531; *La Jurisprudencia...cit.*, p. 63; Acosta, *op. cit.*, pp. 31-33.

<sup>178</sup> Acosta, *op. cit.*, pp. 38-42; Carmona, *op. cit.*, pp. 531-533.

cuarta época del Semanario Judicial de la Federación para dar inicio a la quinta época, debido a la promulgación de la Constitución Política de 1917.

Este trascendente suceso marcó el rumbo de la jurisprudencia porque al cambiar la norma fundamental, la jurisprudencia emitida bajo las normas constitucionales de 1857 quedó inoperante y a partir de ese momento, debía comenzar a crearse la jurisprudencia aplicable, bajo las normas Constitucionales vigentes de 1917. También bajo la Constitución de 1917, fue expedida en 1919 una nueva Ley de Amparo que ampliaba el ámbito competencial para emitir jurisprudencia: la esfera de obligatoriedad de la misma se extendía ahora también a los tribunales de los estados.

La jurisprudencia fue elevada a rango Constitucional con las reformas a la Constitución del 19 de febrero de 1951, siendo ésta la primera vez que la Constitución Política la contempla.<sup>179</sup> Además, las reformas incluyeron aspectos relacionados con la resolución de tesis contradictorias y con las modificaciones de los artículos relativos a la formación, modificación y obligatoriedad de la jurisprudencia.

Hubo nuevas reformas constitucionales en 1967, relativas a la concurrencia de la Corte y los Tribunales Colegiados para conocer asuntos y cuestiones de legalidad; la separación de la competencia por materia, cuantía, grado, trascendencia, etcétera, aunque, resulta importante subrayar que la emisión de jurisprudencia<sup>180</sup> obligatoria seguía siendo facultad solo de la Suprema Corte. Adicionalmente, la interpretación jurisprudencial abarcó tanto leyes como reglamentos locales.<sup>181</sup>

Con el establecimiento de las facultades jurisprudenciales de los Tribunales Colegiados gracias a las reformas del 67 terminó la sexta época y comenzó la séptima época del Semanario Judicial de la Federación. En 1987, nuevamente hubo modificaciones a la Ley de Amparo, entrando en vigor en 1988, por las que se concedió el total control de la legalidad a los Tribunales Colegiados de Circuito. Se estableció la competencia exclusiva de la Suprema Corte para conocer de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad y para aliviar la

---

<sup>179</sup> Acosta, *op. cit.*, p. 48.

<sup>180</sup> A partir de la reforma aludida, se facultó expresamente a la Suprema Corte para establecer jurisprudencia sobre leyes y reglamentos federales o locales además de la Constitución Política. Castro Zavaleta, Salvador, *Práctica del Juicio de Amparo; doctrina, formularios y jurisprudencia*, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1971, p. 40.

<sup>181</sup> *Ibidem.*, p. 58.

carga de trabajo administrativo del Poder Judicial se creó el Consejo de la Judicatura Federal.<sup>182</sup>

Con las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos, el Poder Judicial de la Federación asiste un transformación radical en la administración de justicia y la interpretación con perspectiva de derechos humanos. Con esto, a partir del 4 de octubre de 2011 se inaugura la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación. La Ley de Amparo más reciente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013 e incorpora a los Plenos de Circuito para participar en la integración de jurisprudencia así como la sustitución de jurisprudencia.<sup>183</sup>

No debe olvidarse, como parte de este desarrollo y transformación de la jurisprudencia mexicana, la resolución que tomó la Suprema Corte de Justicia de la Nación al pronunciarse sobre la contradicción de tesis 293/2011 en septiembre de 2013, ya que establece la obligación de todo tribunal del país de aplicar la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### 3. Las fuentes del derecho

Dadas las circunstancias que le dieron origen, los sistemas jurídicos romano germánicos —incluido México— tienen a la ley<sup>184</sup> como su fuente primordial de derecho, se les conoce como “países de derecho escrito”; es cierto que hay otras fuentes del derecho como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina<sup>185</sup> pero éstas no suelen ser valoradas abiertamente con el peso de las leyes escritas y por eso parecen tener un lugar subordinado o menor importancia que la ley. No obstante esta percepción es alejada de la realidad y cada vez más se reconoce la importancia de otras fuentes del derecho.<sup>186</sup>

Generalmente, estos sistemas jurídicos tienen una organización jerárquica de normas jurídicas que va decreciendo en importancia, desde la Constitución

<sup>182</sup> Cabrera, *op. cit.*, p. 255- 261.

<sup>183</sup> Documento relativo a las Épocas del Semanario, consultado en el portal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/AcuerGralesJurisdicPermVig/Anexo-AGP\\_9\\_11.pdf](https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/AcuerGralesJurisdicPermVig/Anexo-AGP_9_11.pdf) el 2 de diciembre de 2014.

<sup>184</sup> Agrupando en este término genérico a todas las disposiciones jurídicas emitidas por los órganos de autoridad del Estado así como a los tratados internacionales.

<sup>185</sup> Aunque su fuerza e importancia hoy día no es tan evidente, su importancia, bien señala David, radica en su papel de proporcionar el vocabulario y las nociones que el legislador emplea; desarrollar los métodos para descubrir el derecho e interpretar las leyes; influir en menor o mayor grado sobre el legislador y la jurisprudencia y proporcionar las bases para adiestras a los juristas, ya que mientras los casos son cambiantes, el sistema de derecho prevalece y es lo que los juristas deben aprender y saber en este sistema: conceptos y elementos básicos. David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 109.

<sup>186</sup> *Ibidem.*, p. 73.

Política, los tratados internacionales, las leyes generales y códigos, las leyes reglamentarias, la legislación local, reglamentos y normatividad jurídica materialmente legislativa emitida por órganos diversos.

La primacía de la ley fue entendida durante largo tiempo como una fuente inagotable de sabiduría, lo cual implicaba que el juez podía encontrar alguna forma de ley para solucionar cualquier problema que se le presentara. La insistencia en la separación total de los poderes legislativo y judicial exigía que los códigos fueran completos, coherentes y claros, el espíritu prevaleciente del racionalismo optimista sostenía que era posible una legislación sistemática que tuviera esas características, de modo que —bajo esa concepción— la función del juez se limitaba a seleccionar la disposición aplicable del código y darle su significación obvia en el contexto del caso.<sup>187</sup> Como se desprende de la evidencia histórica, esta fue la concepción más tradicional en el sistema jurídico mexicano.

En estricta teoría, el juez no puede recurrir (al menos no abiertamente) a doctrina ni a decisiones judiciales anteriores en búsqueda del derecho. No obstante, el tiempo ha ido evidenciando ciertas verdades acerca del formalismo legalista, lo ha ido minando y sobre todo, ha generado profundas transformaciones al interior de los sistemas jurídicos romano germánicos que han modificado y matizado sustancialmente esta concepción dogmática,<sup>188</sup> provocando una creciente producción de jurisprudencia y la paulatina confianza en su función.

Acorde con estas transformaciones de familia, la jurisprudencia mexicana actualmente está prevista en el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su regulación está contenida en diversas leyes secundarias. En México, tanto los tribunales federales como los tribunales locales de cada entidad federativa están facultados para crear jurisprudencia, no obstante, la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación es la más consolidada y la más recurrida por ser obligatoria para todos los tribunales.

#### **4. Organización judicial**

La organización judicial es muy similar en los sistemas jurídicos de la familia romano germánica porque aun cuando cada uno tiene sus propias características, comparten ciertos rasgos distintivos. David René señala que los tribunales se encuentran organizados jerárquicamente, desde una Suprema Corte como el órgano de más alto nivel y autoridad, algunos tribunales de apelación o segunda instancia en el segundo nivel, bajo la Corte y un gran número de tribunales de

---

<sup>187</sup> Merryman, *op. cit.*, p. 65.

<sup>188</sup> *Ibidem.*, p. 56.



primera instancia que en todo el país resuelven controversias en primera instancia sobre diferentes materias.

Otra peculiaridad es que el cuerpo de funcionarios judiciales, son (en la mayoría de los países) funcionarios que están dedicados de tiempo completo a la actividad jurisdiccional y llegan a ocupar las posiciones judiciales como producto de una carrera profesional que continúa después de la carrera de abogado, conocida como la carrera judicial.<sup>189</sup>

Tal es el caso de la judicatura mexicana. El ejercicio del poder judicial se deposita en una Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales Colegiados, Tribunales Unitarios de Circuito, Juzgados de Distrito y Tribunal Electoral a nivel federal y una organización jerárquica similar a nivel local, con un tribunal superior que funciona como tribunal de apelación al interior de cada estado de la república y un gran número de tribunales de primera instancia. Ciertamente, el Consejo de la Judicatura Federal es el órgano del Poder Judicial que tiene a su cargo la administración, vigilancia y disciplina de la carrera judicial, proporcionando formación profesional y capacitación judicial al personal dedicado al ámbito jurisdiccional a través del Instituto de la Judicatura Federal.

Como producto de esta organización jerárquica, la percepción que se tiene de los jueces en este sistema es la de un servidor público que ingresa a la judicatura a través de la carrera judicial (con algunas excepciones) y va ascendiendo escaños. En términos generales, los jueces de los tribunales superiores reciben y merecen el respeto público, pero es la clase de respeto que las personas profesan a cualquier otro funcionario de altos puestos del servicio público.<sup>190</sup> La concepción tradicional del funcionario judicial es la de una clase de “empleado experto” cuya labor consiste en resolver litigios a través de la búsqueda de la respuesta legislativa correcta para aplicarla al caso. Nunca se ha entendido al juez como una figura creativa, aunque con la figura de la revisión judicial, cada vez se ha ido concediendo más protagonismo a la actividad interpretativa del juez y con ello, modificando y fortaleciendo su imagen.<sup>191</sup>

## 5. La interpretación del derecho

La interpretación no siempre ha sido bien vista en esta familia jurídica —la semejanza histórica del caso mexicano lo confirma— de hecho, en sus inicios, se

---

<sup>189</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 102.

<sup>190</sup> Merryman hace este contraste con la percepción pública que se tiene acerca de los jueces en el *Common Law*. Merryman, *op. cit.*, p. 74.

<sup>191</sup> *Ibidem.*, p. 76-78.

creía que la solución correcta en caso de duda era enviar las leyes dudosas a las legislaturas para su interpretación, pues la premisa subyacente es que el juez no puede tener los poderes creativos del legislador y por lo tanto su poder debe ser restringido para evitar la arbitrariedad.<sup>192</sup> A esta fórmula poco exitosa en la familia romano germánica siguieron una serie de otras soluciones: tribunales legislativos, tribunales facultados para revisar y corregir las interpretaciones de los inferiores, que finalmente condujeron a la aceptación gradual de la facultad de interpretación de los tribunales. En opinión de Merryman, esta evolución se puede observar también a través de la gran cantidad de escritos que se han esforzado por justificar la interpretación, definir sus límites y la forma de su ejercicio.<sup>193</sup>

Se hizo evidente que la legislación requería interpretación debido a su recurrencia habitual a términos o expresiones que carecen de precisión, lo que fue requiriendo una interpretación de los jueces dentro del respeto de la ley, aunque ésta constituye sólo el esqueleto del orden jurídico que requiere vida propia, concedida en gran medida por otros factores como la jurisprudencia y la doctrina.<sup>194</sup>

Paralelamente, los cambios sociales demandaron soluciones novedosas nunca antes contempladas ni previstas por el legislador, orillando así a los tribunales a tomar un papel más activo y a las legislaturas a reconocerlo —con las consecuentes modificaciones legislativas para su ejercicio— para colmar lagunas y conciliar legislación en conflicto, lo que se hace evidente en la jurisprudencia que los tribunales han elaborado.<sup>195</sup> Con esta transformación, como señala Merryman “la cuestión se desplaza así de la legitimidad de esta función a la cuestión de su justificación y sus límites apropiados.”<sup>196</sup>

En teoría, ningún tribunal está obligado por la decisión de ningún otro pero los hechos son diferentes, pues sucede que aunque no hay ninguna regla formal de *stare decisis* semejante a la del *Common Law*, en la práctica los jueces se ven influidos y en algunos casos obligados por las decisiones anteriores y las decisiones judiciales que se consideran relevantes se publican regularmente en la mayoría de las jurisdicciones del derecho civil. Lo anterior evidencia que los jueces de este sistema no actúan muy diferente a los jueces del *Common Law*, por ejemplo.

---

<sup>192</sup> Esta noción explica por qué la certeza (a pesar de ser uno de los objetivos de todos los sistemas legales) es una especie de valor supremo, un dogma indiscutible, una meta fundamental en la familia de derecho civil. *Ibidem.*, p. 96.

<sup>193</sup> *Ibidem.*, p. 85.

<sup>194</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, pp. 85, 92.

<sup>195</sup> Merryman, *op. cit.*, p. 87.

<sup>196</sup> *Ibidem.*, p. 93.

La teoría ha sido superada y actualmente hay un gran número de países, que como México han incorporado en sus respectivas legislaciones e incluso en su Constitución Política, la institución del precedente y no sólo con carácter de criterio orientador, sino con carácter obligatorio,<sup>197</sup> una vez que las sentencias han cumplido la serie de requisitos que se consideran adecuados para concederla.

Por otro lado, hay una variedad de razones de hecho por las que el juez sigue un precedente, que como vimos, en muchos casos ha sido reforzada por la aceptación legislativa: porque esté impresionado por la autoridad del tribunal anterior, porque esté convencido por su razonamiento, porque sea demasiado perezoso para analizar el problema por sí mismo, porque no quiera arriesgarse a una revocación en segunda instancia o por muchas otras razones, pero independientemente de eso “estas son las razones principales del uso de la autoridad en la tradición del derecho común y la ausencia de una regla formal de *stare decisis* carece relativamente de importancia” lo importante es que con regla o sin regla se mantiene una práctica de seguir resoluciones previas.<sup>198</sup>

## 6. La jurisprudencia

Es importante advertir entonces, que actualmente casi todos los sistemas jurídicos hacen referencia al precedente, por lo que ya no podemos considerar que es único de los sistemas jurídicos del *Common Law*.<sup>199</sup> En ese sentido, la jurisprudencia es entendida de forma genérica como las “afirmaciones y decisiones pronunciadas y contenidas en las sentencias de los órganos jurisdiccionales del Estado, principalmente, de los tribunales de más alto rango.”<sup>200</sup>

Es usual que se piense que hablamos de instituciones distintas cuando nos referimos a la jurisprudencia y al precedente cuando la única diferencia radica en

---

<sup>197</sup> David señala como ejemplos de países que han adoptado el esquema obligatorio para los juzgadores de apearse al sentido jurisprudencial de uno o varios precedentes a: Alemania, Argentina, Colombia, Suiza, Portugal, España, México y Honduras. David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p.106.

<sup>198</sup> Merryman, *op. cit.*, pp. 94-95. Merryman advierte que usualmente se exagera el contraste entre los sistemas jurídicos de tipo romano germánico y los del *Common Law*, pasando por alto que los tribunales de derecho civil también usan precedentes y que los tribunales de derecho común distinguen los casos que no quieren seguir o incluso revocan sus propias decisiones, p. 95. En ese mismo sentido se pronuncia Michele Taruffo al sostener que la distinción tradicional que se hacía entre ambos sistemas no tiene ningún valor descriptivo porque sistemas jurídicos del *Civil Law* hacen un amplio uso de la jurisprudencia así como en el *Common Law* se hace amplio uso de la ley escrita y se tienen amplias áreas del derecho “codificadas”. Además la fuerza del precedente no es absoluta en ningún sistema jurídico pues como se ha visto, siempre es posible evitarlos o cambiarlos, aún en los sistemas donde tienen más autoridad. Taruffo, Michele, “Precedente y jurisprudencia”, *Precedente, Anuario jurídico*, Colombia, año 2007, pp. 85, 91-92.

<sup>199</sup> *Ibidem.*, p. 85.

<sup>200</sup> Díez Picazo, Luis, “Reflexiones sobre la jurisprudencia del tribunal supremo (la jurisprudencia en broma y en serio)”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, noviembre, 1964, pp. 925-926.

el carácter cuantitativo y la fuerza concedida a una y otro (que varía de país a país). Generalmente, se entiende por precedente, la decisión que resolvió un caso particular, mientras que por jurisprudencia se entiende un amplio conjunto de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos.<sup>201</sup>

Así, cuando se habla de jurisprudencia se hace referencia al conjunto de resoluciones en un mismo sentido que han sido emitidas en un número reiterado de ocasiones, lo que le otorga la autoridad para ser seguida de manera obligatoria por tribunales inferiores.<sup>202</sup> Algunos altos tribunales han optado por elaborarla en forma de máximas, una especie de frases o enunciaciones generales de contenido prescriptivo acerca de las reglas jurídicas cuyo contenido es más específico que el de la propia regla que generalmente no incluyen los hechos objeto de la decisión, por lo que la aplicación de la jurisprudencia no se funda sobre analogía de los hechos, sino en la subsunción del caso presente en una regla general, la de jurisprudencia.<sup>203</sup> El caso descrito, es muy aproximado al caso mexicano.

Diez Picazo se refiere al procedimiento para elaborar jurisprudencia como aquél que consiste en extraer una afirmación (muchas veces, cualquier afirmación) sacándola de contexto y separándola del resto de la sentencia, generalizándola para convertirla en una máxima o afirmación a la cual llamamos jurisprudencia.<sup>204</sup> Cesar Landa, por su parte, explica que el precedente es dotado de una autoridad que sirve para establecer reglas jurídicas abstractas y generales que serán de aplicación obligatoria para casos iguales en el futuro y sirve especialmente para dar coherencia al derecho y otorgar certeza a las partes.<sup>205</sup>

En México la noción de precedente es precisamente una afirmación o conjunto de afirmaciones derivadas de los considerandos de la sentencia, las cuales enuncian las razones relevantes que solucionan un caso. Tales afirmaciones deben ser reiteradas en cinco ocasiones para ser consideradas autoritativas y obtener por con ello, el carácter obligatorio.

Por lo tanto, en el caso de la jurisprudencia se advierte que la forma común de proceder no es elaborándola sobre situaciones de hecho bien delimitadas sino acerca de un referente conceptual común, razón por la cual la búsqueda de jurisprudencia relevante se realiza a través de tesauros conceptuales —y no a

---

<sup>201</sup> Taruffo, “Precedente y jurisprudencia”, *cit.*, p. 87.

<sup>202</sup> Esta afirmación, sin embargo, tiene sus excepciones, ya que en algunos países “precedente” y “jurisprudencia” se utilizan en forma intercambiable o se atribuye su contenido de manera invertida. Véase por ejemplo, Bernal Pulido, Carlos, “El precedente en Colombia”, *Revista de Derecho del Estado, nueva serie*, Bogotá, núm. 21, diciembre, 2008, p. 90.

<sup>203</sup> Taruffo, “Precedente y jurisprudencia”, *cit.*, p. 88, 89.

<sup>204</sup> Diez, *op. cit.*, p. 934.

<sup>205</sup> Landa, *op. cit.*, p. 53.

través de la identificación de analogías fácticas entre sentencias— que ayuden a identificar conexiones temáticas o conceptuales entre sentencias, más que similitudes fácticas.<sup>206</sup>

En el contexto de la familia romano germánica, normalmente se tiende a disimular el papel creador de la jurisprudencia, diciendo que se trata de mera interpretación para seguir así la tradición de recurrir primero a un texto legal. Esta práctica es común entre jueces y abogados que difícilmente reconocen abiertamente dicho papel pues aun cuando el legislativo ha permitido cierto activismo judicial, los jueces tienden a apearse fuertemente a la legislación.<sup>207</sup>

El hecho de que el legislador provea los marcos de acción dentro de los cuales puede moverse el juzgador ha reforzado la idea de que la ley tiene una importancia superior a la que la jurisprudencia debe adaptarse. Además se suma el hecho de que la jurisprudencia tiene diferentes grados de autoridad y puede ser modificada o sustituida (en teoría al menos) con mayor facilidad que la legislación.

La Ley de Amparo vigente,<sup>208</sup> prevé tres grandes sistemas de formación de jurisprudencia, a saber: por reiteración de criterios —reiteración ininterrumpida de la misma resolución en cinco ocasiones sin ninguna en contrario— por contradicción de tesis y por sustitución. Tanto la Suprema Corte, sus salas como los Tribunales Colegiados pueden crear jurisprudencia por reiteración. La jurisprudencia por contradicción está asignada a la Suprema Corte, sus salas y los Plenos de Circuito.

La sustitución de jurisprudencia está pensada para proceder sobre cualquier jurisprudencia creada por reiteración de criterios o contradicción de tesis. Esta labor está encomendada al pleno con mayoría de ocho votos, a las salas de la Suprema Corte con votación de cuatro, así como a los Plenos de Circuito<sup>209</sup> que

<sup>206</sup> Esto es especialmente cierto en Colombia. López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes-Legis, 2006, p. 115.

<sup>207</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 98. En ese sentido y aunque no se reconozca, David advierte que los fundamentos los sistemas jurídicos entre esta familia y el *Common Law* son básicamente los mismos, salvo pequeñas diferencias, p. 97.

<sup>208</sup> Se trata de la nueva Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, la cual incorporó cambios relevantes en torno a los sistemas de creación de jurisprudencia y los órganos que la crean. Véase el Título IV de la ley, artículo 215.

<sup>209</sup> Los Plenos de Circuito se integran con los magistrados adscritos a los tribunales colegiados del circuito respectivo o, en su caso, por sus presidentes atendiendo a los circuitos judiciales federales de la República Mexicana. Las las normas relativas a la integración y funcionamiento de los Plenos de Circuito, número de integrantes, formalidades, procedimientos y demás normatividad para su funcionamiento está contenida en el “Acuerdo General 14/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la integración y funcionamiento de los Plenos de Circuito” publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2013.

requieren la votación de dos terceras partes de sus miembros para sustituir una jurisprudencia.

Al interior del Poder Judicial de la Federación pueden emitir jurisprudencia por reiteración tanto la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, como los Tribunales Colegiados de Circuito, los Plenos de Circuito o el Tribunal Electoral. La Suprema Corte de Justicia puede emitir jurisprudencia obligatoria en pleno o salas, para la formación de jurisprudencia. En pleno, se requiere reunir cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, aprobadas por lo menos por ocho ministros, en tanto que para la formación de jurisprudencia en salas de la Corte, se requiere reunir cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que sean aprobadas por lo menos por cuatro ministros.

Los tribunales colegiados, por su parte, pueden formar jurisprudencia por reiteración siempre que resuelvan cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integren cada tribunal colegiado. En el caso de la jurisprudencia que emite el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, son necesarias tres sentencias reiteradas e ininterrumpidas, emitidas por la sala superior, o cinco de las salas regionales. En este último caso, para que la jurisprudencia sea obligatoria se necesita, además, la ratificación de la sala superior.

La jurisprudencia por contradicción de tesis pretende dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las Salas de la Suprema Corte, entre los Plenos de Circuito o entre los Tribunales de Circuito en los asuntos de su competencia. Al resolverse una contradicción de tesis, el órgano correspondiente podrá acoger uno de los criterios discrepantes, sustentar uno diverso, declararla inexistente, o sin materia, lo cual se determinará por la mayoría de los magistrados que los integran.

La jurisprudencia puede versar tanto de preceptos constitucionales como de leyes federales o locales y es producto de las sentencias emitidas en juicios de amparo, controversias constitucionales o acciones inconstitucionalidad, en los últimos casos las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias relativas deben ser aprobadas por ocho ministros.

La característica de la jurisprudencia que emite el Poder Judicial de la Federación es su obligatoriedad, que la distingue —en términos puramente lingüísticos— de los precedentes que son entendidos en México como las tesis aisladas emitidas con anterioridad al número de reiteraciones necesarias para adquirir fuerza obligatoria. Al respecto Luis Bazdresch, señala:

---

El carácter obligatorio de la jurisprudencia significa que el tribunal que la estableció y todos los sometidos a su jurisdicción, federales o locales, deben ajustar sus decisiones al criterio definido por dicha jurisprudencia, que les fija el sentido en que han de aplicar los preceptos conducentes de las leyes o reglamentos que rijan los asuntos de su conocimiento.<sup>210</sup>

La jurisprudencia que emite la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para los Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, tanto locales como federales. Las salas de la Suprema Corte, únicamente están obligadas por la jurisprudencia del Pleno.

Adicionalmente, la jurisprudencia mexicana reviste características de singular importancia, Carlos Arellano García, identifica las siguientes: a) es producto de la experiencia jurisdiccional cotidiana; b) desentraña el sentido real y alcance de las normas jurídicas; c) subsana las omisiones que presenta la norma jurídica; d) asegura la imparcialidad del juzgador, motivando a resolver los casos análogos en el mismo sentido; e) promueve el principio de seguridad jurídica al brinda al gobernado la certeza de saber el sentido de su futura resolución; f) elimina el subjetivismo del juzgador para ser substituido por un análisis jurisprudencial precedente; y g) es equitativa.<sup>211</sup>

Al igual que en otros sistemas jurídicos, la jurisprudencia mexicana puede interrumpirse y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario. En estos casos, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las que se referirán a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa.

No obstante la aparente resistencia hacia la jurisprudencia, lo cierto es que actualmente juega un papel central en la familia romano germánica y esta afirmación se ve reforzada con las amplias colecciones de jurisprudencia que se han creado por los juristas y los propios tribunales,<sup>212</sup> precisamente por la importancia que inevitablemente tiene como fuente del derecho y la necesidad de darlas a conocer y conservarlas como referente para citarlas y recurrir a ellas cada vez más frecuentemente. Poco a poco, dichas compilaciones han adquirido carácter oficial, por ejemplo en países como Francia, España, México, Italia,

---

<sup>210</sup> Bazdresch, Luis, *El Juicio de Amparo*, 5ª ed., México, Trillas, 1989, p. 360.

<sup>211</sup> Arellano García, Carlos, *El Juicio de Amparo*, 2ª ed., México, Porrúa, 1983, p. 943.

<sup>212</sup> En el caso mexicano esa colección lleva el nombre de Semanario Judicial de la Federación y su origen se remonta al siglo XIX, véase *supra*, p. 54.

Suiza, Turquía, entre otros, donde se suelen coleccionar y separar las resoluciones que ameritan crear jurisprudencia de las que es mejor olvidar.<sup>213</sup>

Esta importancia es advertida también por Michele Taruffo quien considera que el derecho “vivo” es el que se encuentra en la jurisprudencia porque es el único o el derecho verdadero del cual disponemos, al colmar lagunas e interpretar cláusulas generales en cualquier tipo de norma jurídica.<sup>214</sup> Esta creación judicial surge cuando el juez debe resolver un problema para el que no existe norma jurídica previa que se pueda aplicar: por una parte, el juez está impedido para rehusarse a resolver y por otra, está impedido para crear derecho, debe no obstante recurrir a los principios generales del derecho y eso es a todas luces una labor creativa del juez aunque se quiera disfrazar de otra cosa.<sup>215</sup>

## 7. Problemas recurrentes de la jurisprudencia

La transformación radical que ha representado en la familia jurídica de derecho romano germánica la aceptación gradual, incorporación y el fortalecimiento de la jurisprudencia o precedente —dadas las circunstancias características de esta familia— ha traído consigo un buen número de problemas y preocupaciones en torno a la forma adecuada en la que debe manejarse. Como bien lo señala René David:

Varios son los procedimientos que se utilizan para darle una estabilidad deseable a la jurisprudencia, en el ánimo de garantizar la certidumbre del derecho. Esta preocupación, presente en numerosos países, evidencia el papel real que esos países le reconocen a la jurisprudencia, aun cuando se esmeren en negarle su calidad de fuente del derecho.<sup>216</sup>

La creación y aplicación de jurisprudencia bajo las condiciones descritas ha generado una serie de problemas que son comunes a los sistemas jurídicos de la familia romano germánica e incluso algunos son recurrentes en otras familias, debido a la naturaleza misma de la institución. Al menos existen cuatro grupos de problemas delimitados que los sistemas jurídicos romano germánicos enfrentan en mayor o menor grado.

El primer grupo de problemas radica en la forma para determinar cuál es la decisión que por ser verdaderamente importante para el sistema jurídico nacional, debe ser tratada como precedente obligatorio, o bien cuál es el número de

<sup>213</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 103.

<sup>214</sup> Taruffo, “Precedente y jurisprudencia”, cit., p. 87.

<sup>215</sup> Diez, *op. cit.*, p. 931.

<sup>216</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p.105.



sentencias que se requieren para formar jurisprudencia.<sup>217</sup> Derivado de esta oscuridad para determinar cuándo y cuál debe ser una sentencia autoritativa hacia el futuro, muchas veces se crea jurisprudencia incoherente o contradictoria.

El segundo grupo de problemas tiene que ver con la dificultad para llevar a cabo la delicada tarea de identificar y distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*.<sup>218</sup> Esto es delicado y aparentemente, académicos de diferentes países han coincidido en que en sus respectivos países la aplicación de esta fórmula no se lleva a cabo con el rigor necesario, lo que genera más incertidumbre que certeza y a fin de cuentas, exista jurisprudencia sobre temas de los que no debería existir, extraídos por ejemplo del *obiter dictum*.<sup>219</sup> Este problema debilita a la jurisprudencia al convertirla en presa de cambios arbitrarios y al conducir a una práctica de emisión de jurisprudencia abundante que sólo muestre un tribunal menos coherente e influyente.<sup>220</sup>

El tercer grupo de problemas tienen que ver con la práctica de extraer de la sentencia un conjunto de máximas generalizadas que forman la jurisprudencia, porque en la subsiguiente utilización de las mismas, la jurisprudencia “adquiere vida propia y va dando saltos en el vacío y conduciendo a resultados que no dejan de producir alguna sorpresa”<sup>221</sup> convirtiéndose muchas veces en algo muy distinto de lo que fue en su origen. Esta forma de proceder, conduce no pocas veces a una distorsión del verdadero significado de la *ratio* de las sentencias y transforma en un elemento rígido lo que se suponía debía servir como pieza flexible de ajuste del sistema jurídico.

Finalmente, el cuarto grupo de problemas se refiere a la falta de sistematización adecuada de la gran cantidad de jurisprudencia que se emite, pues en muchos casos no hay suficiente claridad en torno a la identificación de los criterios o bien, no existe un sistema de compilación y difusión de los criterios autoritativos de los altos tribunales.<sup>222</sup>

Estos problemas, se agudizan si consideramos que en algunos sistemas jurídicos (como en el caso mexicano) tanto la jurisdicción federal como la

<sup>217</sup> Taruffo, “Precedente y jurisprudencia”, *cit.*, p. 88. “La jurisprudencia se encuentra formada por un conjunto de sentencias, o mejor dicho, por un conjunto de subconjuntos o de grupos de sentencias, cada uno de los cuales puede incluir una elevada cantidad de decisiones”, pp. 89-90.

<sup>218</sup> La *ratio decidendi* es la regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso. El *obiter dictum* se compone de las afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia pero que, no obstante su utilidad para la comprensión de la decisión y de sus motivos, no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión. *Ibidem.*, p. 91.

<sup>219</sup> *Cfr. Ibidem.*, p. 891; Diez, *op. cit.*, p. 933; López Medina, *op. cit.*, p. 221.

<sup>220</sup> Taruffo, “Precedente y jurisprudencia”, *cit.*, pp. 95, 99.

<sup>221</sup> Diez, *op. cit.*, p. 934.

<sup>222</sup> *Ibidem.*, p. 932; Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 94.

jurisdicción local está facultada para emitir jurisprudencia. Esta situación conduce a un universo gigantesco de sentencias obligatorias que los tribunales locales tiene obligación de conocer y aplicar, para lo cual no hay una coordinación y empate adecuado entre ambas jurisdicciones para evitar duplicidad o contradicción, lo cual a la postre conduce a una desaplicación de la jurisprudencia local por las implicaciones que tales conflictos pueden generar para los jueces.

## **II. Francia: un caso peculiar en la familia de derecho romano germánica**

En la historia antigua de Francia la costumbre estuvo fuertemente arraigada, y a ella estaban sujetos tanto las personas comunes como el rey, pero cuando se presentaban situaciones cuya respuesta no se hallaba en la costumbre, el rey tenía la autoridad para promulgar legislación con efectos generales (conocida como *ordenanzas*); sin embargo la efectividad de dichas leyes estaban sujetas a la aprobación del Consejo (integrado de nobles y obispos), aunque poco a poco se fue afirmando la autoridad legislativa real.<sup>223</sup>

Durante el periodo feudal, los tribunales locales franceses fueron controlados por los señores feudales y sus siervos obligados a fungir como sus consejeros en dichos tribunales. Durante los siglos X y XI, se estableció un tribunal feudal real aunque debido a la limitada autoridad del rey tuvo poca importancia fuera de sus dominios. Sin embargo, a mediados del siglo XII, Luis VII comenzó a tener la fuerza militar suficiente para imponer las sentencias de los tribunales reales a sus siervos. La influencia del tribunal real se fue acrecentando hasta que comenzó a integrarse por jueces profesionales designados por el rey y con ello, los tribunales feudales se fueron debilitando del siglo XIII hasta su desaparición con la Revolución Francesa de 1789.<sup>224</sup>

Posteriormente dicho tribunal fue conocido como el *Parlement* y se atribuyó, además de las funciones judiciales, otras relacionadas con el proceso legislativo,

---

<sup>223</sup> La primera ordenanza que siguió este procedimiento fue emitida en 1155. West, Andrew, Desdeveices Yvon, Fener Alain, Gaurier Dominique y Heussaff Marie-Clet, *The French Legal System. An introduction*, London, Fourmat Publishing, 1992, p. 4.

<sup>224</sup> *Ibidem.*, pp. 5-6, 8; David, René y Vries de, Henry P., *The French Legal System. An Introduction to Civil Law System*, New York, Oceana Publications, 1958, p. 10; Canivet, Guy, "The Court of Cassation: Looking into the Future", *The Law Quarterly Review*, Vol. 123, July 2007, p. 403.

participando en la redacción y registro de ordenanzas reales necesarias antes de entrar en vigor.<sup>225</sup> Es preciso notar que en la Francia pre-revolucionaria había diversidad de prácticas jurídicas que ocasionaban falta de certeza y arbitrariedad, por ejemplo, la situación entre el norte y sur del país, donde era bien sabido que la tendencia legal del norte era dominada por el derecho consuetudinario mientras que en el sur prevalecían principios escritos de derivación romana.<sup>226</sup>

Debido a la autoridad real, con el tiempo se aceptó que el rey tenía poder para “casar” o anular cualquier sentencia de un tribunal real cuando considerara que la ley fue incorrectamente aplicada y enviarla de vuelta para que se aplicara correctamente. Este poder de casación fue formalizado en 1667.<sup>227</sup> El periodo del siglo XVI a la revolución —periodo conocido como Antiguo Régimen— se caracterizó por una monarquía absoluta, y en el que se reconocieron como fuentes del derecho: al derecho consuetudinario, las ordenanzas reales, así como otras fuentes secundarias, incluida la jurisprudencia de los *Parliaments*, el derecho canónico y la doctrina.<sup>228</sup>

En este periodo se presentó un proceso de reducción de las costumbres a leyes escritas, actualizándolas y reformándolas. Los *Parliaments* se extendieron por las provincias como tribunales de apelación y comenzaron a interpretar y aplicar la costumbre y las leyes.<sup>229</sup> Gradualmente, derivando su poder de la encomienda del rey, este órgano ejerció un poder cuasi-legislativo y sus decisiones, aunque no eran vinculantes, tenían un valor persuasivo para los tribunales inferiores dentro de su jurisdicción.<sup>230</sup>

Durante los siglos XVII y XVIII, el derecho escrito se convirtió en la principal fuente del derecho en materia civil, criminal y de comercio. Asimismo, las diferentes formas en que los *Parliaments* aplicaban el derecho generaron confusión y divergencia en los fallos, además de una creciente inconformidad por el enorme poder judicial y legislativo que reunían, hasta que llegó la revolución.<sup>231</sup>

Con la Revolución Francesa surgieron tres deseos principales: a) repudiar el sistema jurídico existente y la implementación de un gobierno representativo; b) codificar el derecho civil con un estatus privilegiado y c) la adherencia a la

---

<sup>225</sup> West, *op. cit.*, p. 7.

<sup>226</sup> Watt, Benjamin, “Why French Law Rejects Judicial Precedent”, *International Business Lawyer*, Vol. 25, Num. 1, January 1997, p. 18; David, *The French Legal System*, *cit.*, p. 11.

<sup>227</sup> West, *op. cit.*, p. 8.

<sup>228</sup> *Ibidem.*, p. 9.

<sup>229</sup> *Ibidem.*, pp. 10, 12; David, *The French Legal System*, *cit.*, p. 11.

<sup>230</sup> Salès, Jacques, “Why Judicial Precedent is a Source of Law in France”, *International Business Lawyer*, Vol. 25, Num. 1, January 1997, p. 20; David, *et. al*, *The French Legal System*, *cit.*, p. 113.

<sup>231</sup> West, *op. cit.*, pp. 16, 20.

separación de poderes mediante una constitución escrita.<sup>232</sup> Como resultado de esta revolución (entre otras cosas) se abolió el Antiguo Régimen asociado al feudalismo, se adoptó la noción de la igualdad de los ciudadanos y de que los individuos tienen ciertos derechos inherentes que existen en el orden natural de las cosas que sólo debían ser declarados más no establecidos por el derecho, nociones contenidas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.<sup>233</sup>

El impacto de las profundas transformaciones que la revolución trajo consigo, se advirtió en el carácter laico del derecho, en la administración de justicia que fue completamente reorganizada con la abolición de los *Parlements* regionales y sustituido por un único tribunal de apelación denominado Tribunal de Casación (denominado así durante el periodo napoleónico). Las funciones de este nuevo tribunal superior de apelación consistían en asegurar la aplicación uniforme de la legislación en toda Francia, lo que hizo a través de la casación para anular las decisiones de las cortes inferiores que aplicaron incorrectamente el derecho.<sup>234</sup>

Otra transformación central, fue la separación de los poderes de gobierno: ejecutivo, legislativo y judicial. Sin embargo, la experiencia pronto reveló que el ejecutivo necesitaba ser vigilado de los excesos y sometido a algún tipo de control, por lo que surgió el Consejo de Estado, creado por Napoleón en 1799.<sup>235</sup>

Como una de las transformaciones centrales experimentadas por el sistema jurídico se reemplazó la arbitrariedad imperante en el periodo pre-revolucionario por un cuerpo sólido de derecho codificado coherente y sistemático que podría ser aplicado por los juristas; dicha codificación reflejaba los conceptos y tendencias del derecho natural vigente en la época que fueron canalizados a través de la interpretación literal de las leyes. El siglo XVIII transcurrió bajo la noción del derecho codificado, colecciones de reglas organizadas por área del derecho.<sup>236</sup>

West refiere que una de las mayores contribuciones de la Revolución francesa fue la promulgación de una constitución escrita que aseguraba la estricta separación de los órganos de gobierno. Así, la primera constitución francesa escrita fue promulgada por Luis XVI en 1791, inspirada en la Declaración de los Derechos norteamericana de 1776 e incluía la Declaración de los Derechos del

---

<sup>232</sup> Watt, *op. cit.*, p. 18; West, *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>233</sup> *Ibidem.*, p. 12.

<sup>234</sup> *Ibidem.*, pp. 22-23.

<sup>235</sup> *Ibidem.*, pp. 23-24.

<sup>236</sup> Abraham, Henry J., *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of United States, England and France*, 7<sup>th</sup> ed., New York, Oxford University Press, 1998, p. 282; David, *The French Legal System*, *cit.*, pp. 14-15; West, *op. cit.*, p. 24.

Hombre y del Ciudadano. En 1792 la monarquía fue derrocada y Francia se convirtió en una república con una asamblea legislativa.<sup>237</sup>

## 1. Fuentes del derecho modernas

La principal fuente de derecho en Francia es el derecho legislado por el parlamento, aunque también las regulaciones emitidas por el gobierno tienen ese carácter. El derecho consuetudinario aunque fue prácticamente abolido durante el periodo revolucionario se conserva como una fuente de menor importancia. La jurisprudencia y la doctrina no son reconocidas como fuentes formales del derecho y solo se les atribuye un valor persuasivo. Han de considerarse también los principios generales del derecho (principalmente en materia administrativa y constitucional) que se han extraído por los tribunales desde el derecho escrito.<sup>238</sup>

Si bien la doctrina sólo es persuasiva, se ha afirmado que pueden influenciar la interpretación que hacen los jueces del derecho legislado, debido a que pueden proponer soluciones que sean posteriormente implementadas por los tribunales.<sup>239</sup>

## 2. Organización judicial

Si bien, en el periodo pos- revolucionario la idea de que el poder judicial no interfiriera con el gobierno tuvo vigencia plena, pronto fue evidente que la rama ejecutiva también necesitaba que algo o alguien revisara su actuación debido a la aparición de excesos en su desempeño, de modo que se hizo necesario el surgimiento del sistema judicial administrativo, separado aún del sistema judicial ordinario.<sup>240</sup>

Existen dos grandes sistemas de tribunales en Francia: el sistema de tribunales administrativos y el sistema ordinario de tribunales que responden, a grandes rasgos, a las necesidades de carácter jurisdiccional que surgen de la división entre asuntos de derecho privado y de derecho público,<sup>241</sup> además de al

---

<sup>237</sup> *Ibidem.*, pp. 27-28.

<sup>238</sup> Como parte del derecho legislado se entienden comprendidas las leyes del parlamento, las regulaciones administrativas emanadas del gobierno, los tratados internacionales signados por el país, así como las leyes orgánicas. *Ibidem.*, pp. 43-45.

<sup>239</sup> *Ibidem.*, p. 61.

<sup>240</sup> Abraham, *op. cit.*, p. 284.

<sup>241</sup> Cummins, Richard J., "The General Principles of Law, Separation of Powers and Theories of Judicial Decision in France", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, Part 3, July 1986, p. 595; David, *The French Legal System, cit.*, p. 45.

temor fundado de evitar la posibilidad de que los tribunales interfirieran con las funciones del gobierno, como acontecía en el periodo previo a la revolución.<sup>242</sup>

El sistema ordinario de tribunales se ocupa de los asuntos civiles y criminales. Los tribunales locales son los encargados de juzgar en primera instancia (*Tribunal d'instance* y *Tribunaux de Grande Instance*, según el monto del asunto) y sus resoluciones pueden ser recurridas ante la Corte de Apelación regional y sobre asuntos de derecho se puede apelar a la Suprema Corte de casación.<sup>243</sup>

Dentro del sistema judicial ordinario existen también tribunales especializados de primera instancia que resuelven asuntos relacionados con la agricultura, el comercio, la conciliación laboral o la seguridad social cuyas resoluciones pueden ser impugnadas también ante la Corte de Apelación. En la rama penal o criminal, existen tres tribunales ordinarios de primera instancia, dependiendo del tipo de casos de que se trate —sean delitos menores, medios o mayores— son atendidos por *Tribunaux de Police*, *Tribunaux Correctionnels* o *Cours d' Assises*, respectivamente.<sup>244</sup>

Los tribunales de apelación, tanto en la jurisdicción ordinaria (en materia civil y penal de cada circunscripción) como en la administrativa, tienen la función de revisar un caso que fue planteado y decidido contra el recurrente, lo cual garantiza la prevención de errores tanto de hecho como de derecho cometidos por los tribunales ordinarios de primera instancia, y están autorizados para reevaluar las pruebas. Asimismo, en la jurisdicción ordinaria, los tribunales de apelación reciben apelaciones de los tribunales especializados.<sup>245</sup>

Cabe advertir que si bien los altos tribunales —dígase Corte de Casación y Consejo de Estado— se ubican en París, los tribunales inferiores de primera instancia y apelación están distribuidos a lo largo del país y se dividen según sean de competencia general o especial.<sup>246</sup>

Ahora bien, el Tribunal francés de Casación es la suprema corte de la jurisdicción ordinaria y atiende por vía de apelación los casos de derecho controvertidos procedentes de los tribunales de apelación, esto significa que no es una tercera instancia sino más bien de revisión, pues no evalúa los hechos sino el

---

<sup>242</sup> Abraham, *op. cit.*, p. 283.

<sup>243</sup> El *Tribunaux de Grande Instance* tiene competencia para conocer demandas civiles que exceden un monto específico, así como competencia específica en materia de propiedad, nacionalidad, adopción, afiliación y divorcio, mientras que los tribunales ordinarios pueden conocer de asuntos civiles y penales, West, *op. cit.*, pp. 81, 87. *El papel del Tribunal de Casación Francés*, consultado el 20 de noviembre de 2013, en la página oficial [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/CC\\_Espagnol\\_septembre2010.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/CC_Espagnol_septembre2010.pdf), p. 1.

<sup>244</sup> Abraham, *op. cit.*, p. 285.

<sup>245</sup> David, *The French Legal System, cit.*, p. 34; West, *op. cit.*, pp. 86, 95; Abraham, *op. cit.*, p. 286.

<sup>246</sup> West, *op. cit.*, p. 86.

derecho aplicado a las decisiones.<sup>247</sup> Debido a su posición jerárquica es considerada la encargada de asegurar y uniformar la interpretación y aplicación del derecho. Con la casación, el tribunal supremo reenvía el asunto a un tribunal inferior diverso del originario pero de la misma jerarquía para que reconsidere la sentencia,<sup>248</sup> aunque el tribunal al que le corresponde reconsiderar no está obligado a seguir la interpretación establecida por la Corte de Casación.<sup>249</sup> Es interesante saber que si el mismo asunto llegara nuevamente a la Corte de Casación y ésta decidiera que fue nuevamente resuelto contra derecho, el caso se reenvía a un tercer tribunal, que aunque puede valorar los hechos, esta vez, está obligado a implementar la interpretación establecida por la Corte de Casación.<sup>250</sup>

Es usual que, cuando un tribunal ordinario de primera instancia se enfrenta ante cuestiones de derecho novedosas, que advierta pueden representar dificultades en diferentes casos, acuda a la Corte de Casación por consejo antes de emitir su fallo; en estricto sentido, el tribunal que hace la consulta no está obligado a seguir el consejo, pero en la práctica la opinión emitida es normalmente seguida.<sup>251</sup>

Por otra parte, los tribunales administrativos tienen como tribunal supremo al Consejo de Estado que realiza funciones tanto administrativas como judiciales; dentro de su competencia judicial, desempeña el papel de suprema corte en materia administrativa, mientras que en su competencia administrativa funciona como consejero jurídico del gobierno y participa en el proceso de creación de regulaciones gubernamentales.<sup>252</sup>

Los tribunales administrativos siguen un esquema semejante a la jurisdicción ordinaria, ya que las resoluciones de los tribunales administrativos de primera instancia pueden ser recurridas ante los Tribunales Administrativos de Apelación, (dependiendo del tipo de caso) que están distribuidos por el país, o bien, directamente ante el Consejo de Estado.<sup>253</sup>

---

<sup>247</sup> *El papel del Tribunal de Casación Francés*, consultado el 20 de noviembre de 2013, en la página oficial [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/CC\\_Espagnol\\_septembre2010.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/CC_Espagnol_septembre2010.pdf), p. 1.

<sup>248</sup> Abraham, *op. cit.*, p. 287.

<sup>249</sup> West, *op. cit.*, p. 97.

<sup>250</sup> *Ibidem.*, p. 95; David, *The French Legal System, cit.*, p. 35.

<sup>251</sup> Lacabarats, Alain, "The State of Case Law in France", *Loyola Law Review*, Vol. 51, Num. 1, Spring, 2005, p. 84; West, *op. cit.*, p. 99.

<sup>252</sup> Cummins, *op. cit.*, p. 603; West, *op. cit.*, pp. 99, 101-102.

<sup>253</sup> *Ibidem.*, p. 86, 95, 100.

Paralelamente a los tribunales administrativos hay aproximadamente 50 tribunales especializados, que están sujetos al control del Consejo de Estado por vía de apelación o casación.<sup>254</sup>

### 3. Interpretación

El legado de la Revolución francesa marcó permanentemente el desarrollo futuro del derecho, caracterizado por la oposición al conservadurismo, la monarquía y los *Parlements*. El temor ante un poder tiránico sin limitaciones provocó una desconfianza en el gobierno y es a la luz del contexto histórico que se comprende la limitación impuesta sobre los tribunales a no interferir con las actividades de los otros poderes, principalmente con la legislatura que es el representante del pueblo.<sup>255</sup>

Las leyes generales contenidas en los códigos deben ser aplicados por los tribunales a casos concretos, así que cuando la ley no es clara, es muy amplia o las situaciones de hecho que se le plantean al juez no fueron previstas por el legislador, el juez se ve en la necesidad de interpretar la legislación, de acuerdo con la voluntad del legislador<sup>256</sup> para aplicarla al caso concreto. Sin embargo, la interpretación que hace un juez no se considera vinculante u obligatoria para otros jueces que enfrenten un litigio con los mismos hechos en el futuro.<sup>257</sup>

El objetivo de fondo de esta forma de operar pretende que cualquier usuario, pero especialmente los jueces, entiendan y apliquen el derecho de una manera uniforme y estén sujetos a un órgano central regulatorio, asegurando así coherencia y consistencia.<sup>258</sup> Al mismo tiempo, la complejidad de la vida moderna ha forzado a permitir a los jueces un papel más activo en la aplicación de la ley a través de cierta creatividad en la interpretación.<sup>259</sup>

Para comprender esta organización jurisdiccional, es necesario considerar que la finalidad esencial del Tribunal de Casación es unificar la jurisprudencia y asegurarse de que la interpretación de los textos sea la misma en todo el territorio; así los tribunales ordinarios al seguir una guía única, afianzan la uniformidad de

---

<sup>254</sup> *Ibidem.*, p. 104.

<sup>255</sup> David, *The French Legal System*, *cit.*, p. 30.

<sup>256</sup> Existe una presunción de que las leyes adoptadas por el parlamento o legislatura electo democráticamente, expresan la voluntad del pueblo, Cummins, *op. cit.*, p. 599.

<sup>257</sup> West, *op. cit.*, p. 51.

<sup>258</sup> Canivet, *op. cit.*, pp. 407, 410.

<sup>259</sup> Sin embargo, advierte Cummins, esto que parece una práctica simple, ha requerido la constante justificación de esta actividad de los tribunales en el marco de la teoría democrática de tradición constitucional revolucionaria. Cummins, *op. cit.*, pp. 596-597.



dicha interpretación y es así como se presenta la creación de una jurisprudencia llamada a hacer autoridad.<sup>260</sup>

En general, se advierte la fuerte tendencia de los tribunales de interpretar el derecho en una forma muy respetuosa de la legislación existente, intentado siempre adherirse a ella o buscando en el texto, la intención del legislador.<sup>261</sup> Esta opinión, sin embargo, tiene oposición, pues en la práctica se advierte que el mero hecho de que el poder judicial deba implementar los tratados internacionales en sus resoluciones implica innovación en la interpretación (no derivada de la legislación) en algún grado, y por lo tanto, la “actividad legislativa” tan criticada.<sup>262</sup>

Finalmente, aunque no se trata de un órgano propiamente jurisdiccional es relevante tener en mente que el Consejo Constitucional francés, es el órgano encargado de contrarrestar el poder del parlamento y entre una de sus funciones está la de revisar las leyes de manera previa a su promulgación.<sup>263</sup>

#### 4. La jurisprudencia constante

Desde el Tribunal de Casación se ha admitido que la situación de la jurisprudencia en Francia es ambigua, pues mientras que el Código Civil parece restringirla posicionando al juez como un simple facilitador del derecho, también le impone la obligación de solucionar siempre los casos que se sometan a su conocimiento, aun ante la inexistencia de leyes aplicables, además de la obligación de velar por la efectividad de los acuerdos internacionales firmados por Francia, que algunas ocasiones contravienen el derecho interno.<sup>264</sup>

El carácter no vinculante de la jurisprudencia quedó establecido en el artículo 4 del Código Civil, del que se advierte la prohibición que tienen los jueces de dictar decisiones generales o regulatorias respecto de los casos que resuelven. Incluso la propia Corte de Casación está impedida de justificar una respuesta con una resolución previa.<sup>265</sup> Por su parte, la teoría de la supremacía del derecho legislado quedó establecida en el artículo 5 del Código Civil que establece la obligación

---

<sup>260</sup> *El papel del Tribunal de Casación Francés*, consultado el 20 de noviembre de 2013, en la página oficial [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/CC\\_Espagnol\\_septembre2010.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/CC_Espagnol_septembre2010.pdf), p. 1.

<sup>261</sup> West, *op. cit.*, p. 52.

<sup>262</sup> Lacabarats, *op. cit.*, p. 85.

<sup>263</sup> Bon, Pierre, “El *Conseil Constitutionnel* francés y el modelo de cortes constitucionales europeas”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, num. 2 y 3, tomo I, mayo-diciembre, 1993, p. 383, 385; Cummins, *op. cit.*, p. 627.

<sup>264</sup> Lacabarats, *op. cit.*, p. 79. Alain Lacabarats era consejero de la Corte de Casación Francesa cuando escribió acerca de esta ambigüedad.

<sup>265</sup> West, *op. cit.*, p. 57.

ineludible de los jueces a impartir justicia aunque el derecho legislado sea insuficiente para dar una respuesta.<sup>266</sup>

Como resultado de la combinación de las estipulaciones legales previas, un tribunal no puede justificar sus decisiones solamente sobre la base de una decisión previa —si bien no hay impedimento alguno en citar decisiones previas— deben fundar su decisión en la legislación para evitar dar un ejemplo equivocado que conlleve a la inadmisibles violación de la obligación de los tribunales de abstenerse de legislar. Como consecuencia, la resolución solo es vinculante para las partes del juicio. Así que, estrictamente hablando, los tribunales no pueden crear reglas, únicamente aplicar la legislación pre-existente y en ausencia de una regla clara, recurrir a la equidad, la razón o la justicia, pero no al precedente judicial.<sup>267</sup>

Al respecto de esta ambigüedad, se distinguen dos corrientes centrales: los que sostienen que la jurisprudencia solamente sirve al derecho y los que consideran que la jurisprudencia es una fuente de derecho.<sup>268</sup>

El término “jurisprudencia constante”, se ha utilizado para referirse al conjunto de decisiones de los tribunales en una materia determinada, pero más concretamente, para referirse a una serie de decisiones similares ininterrumpidas, constantes y bien establecidas.<sup>269</sup> A diferencia del derecho legislado, la jurisprudencia no es reconocida formalmente como una fuente del derecho debido a la estricta separación de poderes que establece la constitución, que atribuye a la legislatura el papel de promulgar leyes, mientras que a los tribunales les corresponde aplicarlas.<sup>270</sup>

Aunque muy importante, algunos autores consideran solo subsidiario el papel de la jurisprudencia francesa, ya que al no estar reconocida formalmente como una fuente del derecho, los tribunales no pueden fundar sus decisiones únicamente en casos previos, deben referirse invariablemente al derecho legislado<sup>271</sup> y por lo tanto, sus resoluciones no contienen un análisis detallado de los casos relevantes previamente resueltos. No obstante lo anterior, tiene un valor

---

<sup>266</sup> Watt, *op. cit.*, p. 18.

<sup>267</sup> Lacabarats afirma que “el precedente no existe en Francia”, sin embargo admite que aun con todas las limitaciones, su valor creativo es real. Lacabarats, *op. cit.*, pp. 80-81; David, *The French Legal System, cit.*, pp. 115-116.

<sup>268</sup> Lacabarats, *op. cit.*, p. 80.

<sup>269</sup> Cummins, *op. cit.*, p. 621.

<sup>270</sup> West, *op. cit.*, p. 55.

<sup>271</sup> Watt, *op. cit.*, p. 18.

persuasivo, especialmente cuando ha habido una serie de casos que confirman un mismo punto de derecho contenido en los códigos.<sup>272</sup>

Paradójicamente, en la práctica, las decisiones de la Corte de Casación y del Consejo de Estado son ampliamente difundidas y regularmente citadas ante los tribunales por los abogados litigantes para favorecer sus posturas, así como son el objeto de investigación y análisis por parte de académicos.<sup>273</sup> Así es que a pesar de la ausencia de una teoría formal de *stare decisis* existe una fuerte tendencia —algunos dirían espontánea y natural, incluso entre tribunales—<sup>274</sup> a seguir precedentes, especialmente de los tribunales superiores.<sup>275</sup>

La práctica de seguir la jurisprudencia proporciona bases racionales para la decisión en ausencia de una guía legislativa clara, y contrariamente a lo que podría pensarse al respecto, a pesar de su carácter formal, la jurisprudencia normalmente se sigue en la práctica y hay un alto grado de certeza.<sup>276</sup>

El valor persuasivo de la jurisprudencia tiene en cuenta la posición jerárquica del tribunal que la emite, valor que es especialmente destacado si se piensa en la Corte de Casación —cuyo papel principal es uniformar la interpretación y aplicación del derecho en todo el país— lo cual cobra mayor sentido si se piensa que hay alrededor de treinta tribunales regionales de apelación, para quienes la uniformidad de su interpretación es realmente valiosa. Esta situación, refuerza la posición del Tribunal de Casación de ser muy cuidadoso y evitar anular sus propias decisiones debido al impacto que tendría en todos los tribunales inferiores.<sup>277</sup>

Esto demuestra que la teoría parece distanciarse de la práctica, ya que teóricos y funcionarios judiciales parecen coincidir que la persona que quiere saber cómo va a resolver un tribunal, acude a las decisiones previas en la materia, refiriendo la forma en la que abogados litigantes analizan los casos que se les plantean y evalúan las posibilidades de éxito.<sup>278</sup> En la práctica los tribunales deciden los casos en conformidad con decisiones pasadas, en la medida en la que

---

<sup>272</sup> West, *op. cit.*, p. 55. Contrario a lo que pudiera pensarse, las sentencias más recientes son aquellas que tienen mayor importancia entre los tribunales por responder en mayor grado a las circunstancias actuales, lo que hace improbable que un tribunal superior siga una decisión muy antigua. David, *The French Legal System, cit.*, p. 119.

<sup>273</sup> West, *op. cit.*, p. 56.

<sup>274</sup> Lacabarats, *op. cit.*, p. 79; David, *The French Legal System, cit.*, p. 117.

<sup>275</sup> David atribuye que esta tendencia se sigue debido al prestigio de los jueces que emiten la sentencias, por la noción de compartir la responsabilidad por las decisiones como judicatura, para ahorrar tiempo e investigación en otros asuntos no decididos, para satisfacer las expectativas de las partes y en general, para ofrecer un comportamiento predecible.

<sup>276</sup> West, *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>277</sup> *Ibidem.*, pp. 58-59.

<sup>278</sup> Salès, *op. cit.*, p. 20.

encuentran similitudes entre ellos,<sup>279</sup> aunque se vean impedidos a decirlo o citarlo abiertamente. Por otra parte, algunos refieren que el recurso a decisiones previas “persuasivas” y “vinculantes” hace sólo una diferencia de grado,<sup>280</sup> así que la pregunta acerca de qué tan importante es la jurisprudencia en ese sistema jurídico tiene diversas aristas.

### III. Inglaterra y la familia jurídica del *Common Law*

Como cuna del sistema jurídico que se desarrolla, Inglaterra es el mejor ejemplo para trazar el desarrollo histórico de la institución del precedente, originalmente ahí concebida, lo cual permite advertir los procesos a través de los cuales surgió el precedente. Sobra añadir que la basta bibliografía sobre el tema hace propicio su estudio.

Históricamente, el *Common Law*<sup>281</sup> se formó en Inglaterra y de ahí pasó a otros países que conservan hoy ese sistema jurídico, de modo que el derecho inglés ha sido un modelo para otros países. Es importante anotar que el derecho inglés con su característica continuidad histórica y facultad de adaptación se desarrolló de manera independiente al derecho del continente, del cual sólo tuvo una ligera influencia.<sup>282</sup>

El derecho inglés tiene dos ingredientes principales: el *Common Law* y la *Equity*. El *Common Law*<sup>283</sup> se refiere a las reglas de derecho que se desarrollaron y administraron por los tribunales del *Common Law* o tribunales reales como resultado de la unificación de las costumbres de los ingleses producto de la práctica de las cortes reales. La *Equity* es el otro elemento que fue desarrollado y administrado por la Corte de la Cancillería sobre principios de conciencia y justicia de los primeros cancilleres que fueron en su mayoría eclesiásticos (al menos en

<sup>279</sup> Watt, *op. cit.*, p. 18.

<sup>280</sup> David, *The French Legal System, cit.*, p. 117.

<sup>281</sup> Es interesante observar que, a diferencia del derecho romano-germánico, en el derecho inglés normalmente se hace referencia a *law* cuando se habla de un estatuto particular mientras que cuando se habla de *the Law* se está pensando en todo el sistema de derecho que incluye tanto a las leyes (los estatutos) como al *Common Law* (quizás más al segundo que al primero...) y rara vez se habla de una regla del *Common Law* como una “ley”. Geldart, William, *Elements of English Law*, 7<sup>th</sup> edition, Oxford, Oxford University Press, 1966, p. 2.

<sup>282</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 211.

<sup>283</sup> La palabra “*Common Law*” se utiliza generalmente para referirse a la parte del derecho inglés que no está legislado, específicamente al contenido en las decisiones de las Cortes por oposición a las leyes del Parlamento y legislación subordinada. Hood Phillips, O. and Hudson, A.H., *A First Book of English Law*, 7<sup>th</sup> edition, London, Sweet & Maxwell, 1977, p. 7.

sus inicios) y esto tuvo como implicación que la Equity recibiera la influencia del derecho romano a través del derecho canónico.<sup>284</sup> Un tercer ingrediente, aunque de menor relevancia virtual, es la legislación.

Aunque es muy vasta la historia del derecho inglés,<sup>285</sup> sólo me ocuparé de sucesos históricos relevantes en la configuración del *Common Law* y el precedente inglés. En términos históricos, son precisas y muy pertinentes las palabras de Caenegem cuando describe en un párrafo la dirección y esencia del *Common Law* inglés que tuvo lugar al rededor del año 1200 cuando adquirió sus principales características, mismas que prevalecerían durante siglos: Inglaterra tendría un derecho nacional y no una multitud de costumbres locales; un cuerpo de jueces reales para administrar y desarrollar el derecho, itinerantes o establecidos en Westminster; y procedimientos judiciales por medio de *writs*.<sup>286</sup> Para explicar su desarrollo, seguiremos la división clásica que se ha hecho de la historia del derecho inglés en cuatro periodos principales.

El primer periodo es anterior a la conquista normanda de 1066, conocido como periodo anglosajón. El segundo abarca de la conquista normanda al advenimiento de la dinastía de los Tudores (1066 al 1485) conocido como el periodo de formación del *Common Law* en la que el sistema de derecho nuevo (común a todo el reino) se desarrolla y sustituye a las costumbres locales. El tercer periodo, de 1485 a 1832, se caracteriza por el desarrollo paralelo de un sistema complementario y a veces rival del *Common Law*: la *Equity*. El cuarto periodo, que inicia en 1832 y continúa en la actualidad es el periodo moderno del *Common Law* que se desarrolla y adapta a la sociedad cambiante partícipe ahora del derecho comunitario y europeo.<sup>287</sup>

## 1. Periodo Anglosajón

Para los historiadores ingleses, la historia de su derecho inicia en la época en la que, habiendo cesado la dominación romana, diversas tribus de origen

---

<sup>284</sup> *Ibidem.*, p. 6.

<sup>285</sup> Es importante precisar que en el plano interno, el Reino Unido tiene una constitución unitaria, no federal. El Parlamento puede legislar para cualquier parte del reino. La Cámara de los Lores (hoy Suprema Corte), en atención a su capacidad judicial, está situada a la cabeza de toda la jerarquía jurídica de Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, sin embargo, tan sólo Inglaterra y Gales están sometidos al derecho inglés. Jolowicz, J.A., *Derecho inglés*, trad. de Allan R., Brewer-Carías y Luis, Castro Leiva, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 18.

<sup>286</sup> Van Caenegem, R.C., *The Birth of the English Common Law*, 2<sup>nd</sup> edition, Cambridge Engl., Cambridge University Press, 1988 p. 29.

<sup>287</sup> López Monroy, José de Jesús, *Sistema jurídico del Common Law*, México, Porrúa, 1999, p. 5; David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 211.

germánico —sajones, jutes, anglos, daneses— se expandieron por su territorio. Como otras leyes bárbaras, las leyes anglosajonas regulan sólo unos cuantos aspectos muy limitados de las relaciones sociales.<sup>288</sup> De tal suerte que antes del año 1000 d.C. coexistían en la isla normas de derecho germánico, romano y canónico, estas últimas introducidas con la cristianización, pero en 1066 con la conquista normanda (coincide esta época con la del gran florecimiento jurídico italiano) se genera una unidad política y se unifica el derecho, que en adelante se denominaría *Common Law*, debido a que sustituía a los derechos particulares previos.<sup>289</sup>

A comienzos del siglo XI, toda Inglaterra estaba dividida en condados (*shires*) y cada condado estaba dividido en unidades más pequeñas conocidas como centurias (*hundreds*) para propósitos de cobro de impuestos, mantenimiento de la paz y el orden, y resolución de peticiones o conflictos locales; la centuria era así una división territorial y una corte, además de una organización de policía, en algún sentido.<sup>290</sup>

En la época de la conquista normanda había en Inglaterra una justicia local: los tribunales locales de condado (*shire*) y de centuria (*hundred*) tenían (teóricamente) el papel de jurisdicciones de derecho común, misma que el rey Guillermo I (*El Conquistador*) tenía intención de preservar.<sup>291</sup>

## 2. Periodo de formación del *Common Law*

En 1066, Guillermo el Conquistador —duque de Normandía— conquistó Inglaterra, hecho de primera importancia, pues gracias a esa ocupación se crea en Inglaterra un poder fuerte, centralizado, de experiencia administrativa que instaló el feudalismo en Inglaterra. A su llegada, Guillermo repartió tierras entre sus adeptos pero sin crear grandes feudos.<sup>292</sup>

La intención de Guillermo nunca fue imponer un derecho extranjero ni un código nuevo a los súbditos, de manera que se siguió gobernando de acuerdo a las antiguas costumbres (que variaban a lo largo del país) y fue finalmente el respeto a las costumbres locales junto con la gran maquinaria administrativa

---

<sup>288</sup> *Ibidem.*, p. 212.

<sup>289</sup> Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, p. 167.

<sup>290</sup> Holdsworth, William, *A History of English Law*, Vol. I, 7<sup>th</sup> edition, London, Methuen & Co. LTD- Sweet and Maxwell, 1956, p. 7.

<sup>291</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 19.

<sup>292</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 213.

impuesta en Inglaterra lo que favoreció el surgimiento y desarrollo del *Common Law*.<sup>293</sup>

Como heredero de la tradición francesa, Guillermo ignoraba las costumbres y el idioma locales, así que decidió formar un Consejo que le aconsejara y le ayudara a gobernar: la *Curia Regis*, integrado por hombres eminentes versados en esos asuntos.<sup>294</sup> La Corte Real (*Curia Regis*) estaba encargada de los asuntos administrativos y jurídicos del reino y poco a poco se fue nutriendo de una clase profesional de jueces que fueron creando el *Common Law* con sus sentencias.<sup>295</sup> La *comune ley* o *Common Law* es el derecho común a toda Inglaterra por oposición a las costumbres locales y fue producto de las cortes reales de justicia.<sup>296</sup>

A partir del siglo XII en Inglaterra se aplicó un derecho uniforme a través de jueces itinerantes que en nombre del rey hacían justicia civil primero, y después también penal. El surgimiento de una corte distintiva se debe a las circunstancias del momento pues hubo lugar de que se fortaleciera una íntima conexión de la corte con el rey, a la especialización de funciones y al incremento de los asuntos.<sup>297</sup>

Inicialmente, la Corte Real acompañaba al rey en sus recorridos por el reino y en ella, el soberano resolvía las controversias asistido de sus consejeros más cercanos. Es destacable que la jurisdicción real tenía lugar sólo en casos excepcionales pues se trataba, según la doctrina, de un tribunal de las grandes causas y de los grandes personajes, por lo que no era una jurisdicción ordinaria a la que cualquiera podía acceder.<sup>298</sup> Con el tiempo, los tribunales dejaron de acompañar al rey en sus visitas a sus diferentes reinos y se independizaron de su poder, convirtiéndose en organismos autónomos desde que se establecieron fijamente en un lugar: la abadía de Westminster.<sup>299</sup>

Cada tribunal tenía su propia competencia: el Tribunal del Rey (*King's Bench*) se ocupaba de cualquier infracción a la paz del rey; el Tribunal de Hacienda (*Court of Exchequer*) se ocupaba de la materia fiscal y el Tribunal de Causas Comunes (*Court of Common Pleas*) veía las causas de propiedad inmobiliaria. Con el tiempo

---

<sup>293</sup> Pollock, Frederick and Maitland, Frederic William, *The History of English Law*, Vol. I, 2<sup>nd</sup> edition, London, Cambridge University Press, 1952, pp.79, 88; Plucknet, Theodore F. T., *A Concise History of the Common Law*, 5<sup>th</sup> edition, Boston, Little Brown and Company, 1956, p. 15.

<sup>294</sup> López Monroy, *op. cit.*, p. 6.

<sup>295</sup> Losano, *op. cit.*, p. 168.

<sup>296</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, *cit.*, p. 214; López Monroy, *op. cit.*, pp. 6,7.

<sup>297</sup> Holdsworth, *A History of English Law*, *cit.*, pp. 33-34.

<sup>298</sup> Pollock, *op. cit.*, p. 153; David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, *cit.*, p. 214.

<sup>299</sup> La Curia Regis se independiza al mismo tiempo que los tribunales y forma un organismo que más tarde se denominaría Parlamento. López Monroy, *op. cit.*, p. 12.

los 3 tribunales reales fueron adquiriendo competencia universal y los primeros Tribunales del Condado y de Centuria, que carecían de medios efectivos para ejecutar sus resoluciones, perdieron su importancia al punto de desaparecer virtualmente.<sup>300</sup>

Cualquier persona que deseara intentar un proceso ante un tribunal del *Common Law* debía previamente obtener un breve *writ*,<sup>301</sup> una orden escrita del rey (*writ*) que intimaba al demandado a comparecer en juicio y demostrar que el actor no tenía razón. Como antes se dijo, el *writ* sólo se obtenía demostrando que el asunto era de tal importancia que corría peligro la paz del reino.<sup>302</sup> Ha sido gracias al desarrollo de un cierto número y extensión de los *writs*, que los tribunales han extendido su competencia ya que hasta el siglo XIX el demandado que no encontraba ningún *writ* apropiado a su caso no lograba remedio procesal: los remedios procesales preceden a los derechos (*remedies precede rights*).<sup>303</sup>

De este modo surge el sistema llamado *forms of action*. Cada *writ* conllevaba una acción de un tipo específico y conducía a un procedimiento distinto, así, la elección de la *form of action* determinaba el procedimiento y también las reglas sustantivas aplicables al caso.<sup>304</sup>

Con el tiempo, los *writs*<sup>305</sup> empezaron a ganar fuerza junto con las cortes del rey, momento en el que los feudatarios exigieron a Enrique III dictar las *Provisions of Oxford* que limitaban el uso de los *writs* a los existentes hasta ese año de 1258, cosa que pronto mostró su insuficiencia. Eduardo I trató de poner remedio al endurecimiento del *Common Law* en 1285 dictando el *Statute of Westminster II* que representaba un compromiso entre las peticiones de los feudatarios y la libertad de los *writs* anterior a 1258.<sup>306</sup>

---

<sup>300</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 19; Según David, los tribunales de Condado y Centuria no llegaron al término de la Edad Media. David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, *cit.*, pp. 214, 215.

<sup>301</sup> Aunque el término *writ* es algo vago pues puede significar cualquier tipo de escrito, Caenegem observa que se trataba de un breve documento oficial escrito que ordenaba, prohibía o notificaba algo. Caenegem, *op. cit.*, p. 30.

<sup>302</sup> Dado que las jurisdicciones reales expandieron su competencia bajo la idea de que el interés de la Corona era el que justificaba su intervención, con la disminución de las otras jurisdicciones que aparentemente ventilaban los intereses de particulares, desapareció de Inglaterra la idea misma de derecho privado porque todo litigio presentado ante las cortes reales inglesas aparecen de alguna forma, como litigios de derecho público. David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, *cit.*, p. 220.

<sup>303</sup> Esta sentencia significaba que la atención de los juristas estaba totalmente concentrada en los distintos procedimientos determinados por los diferentes *writs*. Así el sistema del *Common Law* consistió esencialmente en reglas de procedimiento adecuadas para asegurar en un número mayor de casos, la resolución de litigios conforme a la justicia. *Ibidem.*, p. 217; Jolowicz, *op. cit.*, p. 20; Losano, *op. cit.*, p. 170; López, *op. cit.*, p. 8.

<sup>304</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 20.

<sup>305</sup> Aunque hubo limitaciones, los *writs* se aplicaron a causas análogas. López Monroy, *op. cit.*, p. 9.

<sup>306</sup> Losano, *op. cit.*, p. 170.



### 3. Tercer periodo: la *Equity*

Desde el siglo XVI, todo particular que no hubiera obtenido justicia de las cortes reales (cortes de Westminster) o que hubiera obtenido un resultado adverso, tenía el recurso de acudir al monarca para solicitarle la gracia de intervenir en su causa. El rey delegó en el Consejo presidido por el Canciller y después en el Canciller mismo, la tarea de determinar la solución más justa, la más “equitativa” para cada caso. Ese papel le hizo convertirse al Canciller en el Guardián de la Conciencia del Rey.<sup>307</sup>

Lo que inició con carácter excepcional, con el tiempo se institucionalizó y la sistematización y formalización de los procedimientos del canciller durante el siglo XV generaron a finales de ese siglo, un verdadero tribunal de Equidad presidido por el Canciller, tribunal que no pertenecía a los del *Common Law*.<sup>308</sup> Evidentemente, aquello se convirtió en una fuente de conflicto pues el Canciller desarrolló un sistema de reglas jurídicas en franca oposición al sistema de derecho del *Common Law*, transformándose poco a poco en un juez que decidía a nombre del rey y del Consejo. Las resoluciones del Canciller que se fundaban en la “equidad del caso específico” se transformaron paulatinamente en doctrinas que corregían los principios aplicados por las cortes reales.<sup>309</sup>

Es importante considerar que durante el primer periodo del tribunal de la *Equity*, el Canciller — que era secretario y capellán del rey— decidía los casos en base a normas morales más que jurídicas y se fundaba en la conciencia y en principios de derecho canónico, lo cual se explica debido a que los primeros Cancilleres fueron eclesiásticos y decidían según su equidad particular.<sup>310</sup> También es significativo que Inglaterra tuvo dos jurisdicciones durante algunos siglos: el *Common Law* y la *Equity* cuyas competencias no estaban claramente diferenciadas e incluso era común que se recurriera simultáneamente a ambas para ventilar asuntos diferentes surgidos de un mismo litigio.<sup>311</sup>

Las relaciones entre ambas jurisdicciones han sido a veces tensas, pues los tribunales del *Common Law* sentían invadida su competencia cuando el Canciller impedía el cumplimiento de sus sentencias, además, al estar desvinculado de los *writs*, la *Equity* cobró fuerza cuando el *Common Law* se vio restringido por las

<sup>307</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 221; Jolowicz, *op. cit.*, p. 20; Hood, *op. cit.*, p. 11; Geldart, *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>308</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 20.

<sup>309</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 222.

<sup>310</sup> Pollock, *op. cit.*, p. 193; Losano, *op. cit.*, p. 171; Geldart, *op. cit.*, p. 22.

<sup>311</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 21.

*Provisions of Oxford* y por el *Statute of Westminster II*.<sup>312</sup> La *Equity* comenzó a agregar nuevos campos a la jurisdicción y estaba claro que se ocupaba de asuntos sobre los cuales los tribunales del *Common Law* no podían ocuparse suficientemente, por ejemplo, fraude, accidentes, hipotecas.<sup>313</sup>

No obstante su fuerza, hacia el siglo XIX el canciller Lord Eldon subrayó que las normas aplicadas por la *Court of Chancery* deberían ser casi tan determinadas y uniformes como las del *Common Law* y no debían modificarse según la conciencia personal de los sucesivos cancilleres. Así, la equidad inglesa pasó a formar parte del derecho inglés aunque no del *Common Law* pues existió como una jurisdicción paralela a los tribunales del *Common Law* hasta 1875.<sup>314</sup>

Por todo esto es que el derecho inglés tiene un carácter dual, porque paralelamente a las reglas del *Common Law* emitidas por las cortes de Westminster, están los *remedies de la Equity* que complementan y retocan las reglas del *Common Law*. Con el paso de los siglos las reglas de *Equity* se tornaron tan estrictas y jurídicas como las del *Common Law*.<sup>315</sup>

#### **4. Periodo moderno del *Common Law***

Los siglos XIX y XX representan una época de transformación fundamental y la era moderna del *Common Law*.

La desaparición virtual de los antiguos tribunales de condado y de centuria no dejaron más jurisdicción civil que los tribunales superiores del *Common Law* y de la *Equity* como jurisdicción civil cuyos procedimientos eran lentos y costosos. Fue hasta 1846 cuando el Parlamento creó para todo el país una nueva jurisdicción capaz de responder a esta necesidad y por el *County Court Acts* de 1846 se instituyó un sistema de tribunales denominado *County Courts* con competencia limitada.<sup>316</sup>

En el siglo XIX hubo cambios importantes en el procedimiento (1832-1833 y 1852) que hasta la fecha se había desarrollado como producto de formas de acciones; la organización judicial se modificó sustancialmente entre 1873-1875 por

---

<sup>312</sup> Losano, *op. cit.*, pp. 171-172.

<sup>313</sup> Geldart, *op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>314</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 21.

<sup>315</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 224.

<sup>316</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 28.

las *Judicature Acts*,<sup>317</sup> que crearon una nueva corte: la Corte Suprema de la Judicatura, la cual suprimió la distinción formal entre las cortes del *Common Law* y las de *Equity* facultando a todas las jurisdicciones para aplicar indistintamente ambos cuerpos de reglas.

Como parte de las transformaciones, se sistematizaron y ordenaron las reglas de derecho, abrogando las leyes obsoletas: a partir de esa época, el conocimiento de jurisprudencia y legislación se hace a través de los *Law Reports*, creados en 1865.<sup>318</sup>

Adicionalmente, en el siglo XX, surgen los tribunales administrativos; con fundamento en la Human Rights Act, el juez inglés debe interpretar la ley de conformidad con los derechos previstos en la Convención Europea de los derechos del Hombre, concediendo a los tribunales la posibilidad de anular actos administrativos contrarios a los derechos fundamentales.<sup>319</sup>

De toda esta serie de transformaciones, la más significativa parece ser la emisión de las *Judicature Acts* de 1873-1875 que reconstruyeron la organización judicial y unificaron la administración del *Common Law* y de la *Equity*, dotando a las cortes con un procedimiento uniforme, moderno y más simple que el antiguo y creando una nueva Corte de Apelación con un auténtico recurso de apelación.<sup>320</sup>

Conforme al esquema de las *Judicature Acts*, la Suprema Corte consiste en la *High Court*, tribunal de primera instancia de competencia ilimitada y de la *Court of Appeal*. La *High Court* se divide en tres cámaras: *Queen's Bench Division*, la *Chancery Division* y la *Family Division* que tienen filiación de cada una con los antiguos tribunales del *Common Law* y la *Equity*. El resultado de las *Judicature Acts* no fue una fusión sino una administración conjunta de los dos tribunales o el conocimiento indistinto de ambas jurisdicciones por cualquiera de las divisiones de la *High Court*.<sup>321</sup> La Cámara de los Lores había sobrevivido, hasta ese momento, como Corte de Apelación, lo cual explica que la Suprema Corte en Inglaterra no fuera suprema, pues la (hasta entonces) Cámara de los Lores<sup>322</sup> que era la más alta jurisdicción del reino, no forma parte de ella, está por encima.<sup>323</sup>

---

<sup>317</sup> Por medio de estas leyes, las diferentes cortes existentes formaron una sola y la Suprema Corte de la Judicatura se dividió en dos partes: la *High Court of Justice* y la *Court of Appeal*. Holdsworth, *A History of English Law*, cit., p. 638.

<sup>318</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 226.

<sup>319</sup> *Ibidem.*, pp. 228-229.

<sup>320</sup> Otras reformas han intervenido como la *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act* de 1925 y, actualmente, por la *Supreme Court Act* de 1981. Jolowicz, *op. cit.*, p. 29.

<sup>321</sup> *Ibidem.*, p. 30.

<sup>322</sup> Digo "hasta entonces" porque me estoy refiriendo al estado de cosas prevaleciente en la judicatura inglesa en los siglos XIX, XX, que para el siglo XXI experimentaría reformas por las que el Comité de Apelación de

## 5. El derecho inglés

El derecho inglés muestra ciertas notas características en su estructura, parte de ello es la formación de sus juristas, quienes en su mayoría estaban formados en la práctica, pues consideraban que estudiar y conocer los principios no hubiera contribuido mayormente en el ejercicio de su profesión. El interés preeminente en el procedimiento como medio para alcanzar los resultados justos, en el ánimo del jurista inglés siempre ha estado presente la interrogante “¿qué sentido tiene la afirmación de un derecho o de un principio si en la práctica no existe el medio adecuado para ejecutarlo? Tal actitud fue algo natural en un país donde no existía un cuerpo de reglas de derecho.<sup>324</sup>

Aunque ha crecido el número de leyes que reglamentan amplias áreas del derecho, lo cierto es que el derecho inglés —síntesis de los diversos procedimientos del *Common Law* y de la *Equity*— continúa siendo esencialmente un derecho jurisprudencial (*case law*). La *legal rule* surge a nivel del caso concreto y los juristas en la práctica solo adoptan y asimilan las reglas de derecho formuladas por un legislador en la medida en la que han sido retomadas y reafirmadas por las cortes, en contraposición a la regla de derecho en el derecho romano-germánico que es primariamente legislativa.<sup>325</sup>

Una descripción del derecho inglés podría afirmar que éste se ha formado como el conjunto de resoluciones de las Cortes que se van sumando a las anteriores y que por ello van formando una cadena, como ha advertido David René.<sup>326</sup>

El derecho inglés es un sistema abierto que permite resolver toda clase de controversias, pero no desarrolla reglas de fondo que en su aplicación regulen toda clase de circunstancias, su técnica consiste en tomar como punto de origen una *legal rule* ya creada y a partir de ella descubrir otra *legal rule* quizá nueva, que deberá ser aplicada a un caso específico; esta técnica se desarrolla en estrecha vinculación con los hechos de cada caso particular y deberá ponderar con esmero la nueva racionalidad existente que permita distinguir las nuevas condiciones de cada situación de su realidad con aquéllas que prevalecieron en el pasado. A una situación nueva corresponde o debe corresponder, según los juristas ingleses una

---

la Cámara de los Lores se convertiría en la Suprema Corte de Justicia en el Reino Unido. Kavanagh, Aileen, “A New Supreme Court for the United Kingdom: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency”, *Legal Research Paper Series*, paper num. 58/2010, July 2010. Consultado el 12 de febrero de 2013 en <http://ssrn.com/abstract=1649994>, p. 1.

<sup>323</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 30; ver López Monroy, *op. cit.*, p. 29; Losano, *op. cit.*, p. 173; Geldart, *op. cit.*, p. 27.

<sup>324</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, *cit.*, pp. 246, 249.

<sup>325</sup> *Ibidem.*, pp. 250-251.

<sup>326</sup> *Ibidem.*, p. 251.

nueva regla de derecho. La función del juez es impartir justicia, más no formular reglas de derecho que excedan la controversia que le ha sido sometida.

## 6. La organización judicial

En términos generales, el sistema judicial inglés está dividido en tribunales superiores (de los que surgen los precedentes judiciales) e inferiores. La organización judicial inglesa quedó establecida por las *Judicature Acts* de 1873-1875, que estableció entre los tribunales superiores a la *Supreme Court of Judicature* que está compuesta por tres cuerpos: la *High Court of Justice*, la *Crown Court* y la *Court of Appeal*.<sup>327</sup>

La *High Court of Justice* está formada por tres divisiones:

- *Queen's Bench Division* (División del trono de la reina), competente para conocer controversias contractuales y *torts*, controversias resueltas por la *Administrative Court*. Cuenta también con una *Admiralty Court* y una *Comercial Court*.
- *Chancery Division* (división de la cancillería o antigua Corte de *Equity*) es competente para conocer controversias de trusts, hipotecas, derecho corporativo de sociedades y de propiedad intelectual. En este ámbito existen también una *Bankruptcy Court*, una *Companies Court* y una *Patent Court*.
- *Family Division* (división de derecho familiar), conoce de controversias de menores de edad, divorcio y adopción.

El reparto de competencias entre estas cortes se hace de acuerdo a las necesidades del servicio pues cada una de las divisiones es competente para resolver sobre cualquier controversia que sea competencia de la *High Court of Justice*. El único significado de los tribunales especiales es que en el ámbito de estas divisiones puedan existir jueces especializados con ciertas reglas de procedimiento especiales en el desahogo de controversias de naturaleza particular.

La *Crown Court* es un tribunal de relativa nueva creación instituido por la *Court Act de 1971*. Es competente para imponer infracciones por delitos graves, mientras que la *Court of Appeal* es un segundo grado en la jurisdicción. Por su

---

<sup>327</sup> *Ibidem.*, pp. 257-263.

parte, la *Court of Appeal* es el tribunal de la *Supreme Court of Judicature* que conoce exclusivamente en segunda instancia.

Es relevante apuntar que en octubre de 2009, el más alto órgano jurisdiccional del Reino Unido se transformó y cambió su nombre de *Appellate Committee of the House of Lords* a *Supreme Court of the United Kingdom*, sin embargo, en esencia, la jurisdicción de la nueva Suprema Corte es similar a la de su predecesora y desarrolla básicamente las mismas funciones.<sup>328</sup>

La Suprema Corte del Reino Unido (antes Comité de Apelación de la Cámara de los Lores) es una corte de apelación final en materia civil para Inglaterra, Escocia y el norte de Irlanda. En contra de las resoluciones de la *Court of Appeal* se puede intentar un último recurso ante la Suprema Corte. Tal recurso no es un derecho, es excepcional y su interposición debe ser previamente autorizado.

La Suprema Corte es la jurisdicción de más alto rango no sólo para Inglaterra sino para todo el Reino Unido, los jueces de esta cámara constituyen —al actuar en lo individual o con jueces de ultramar— el Comité Judicial del *Privy Council* que es competente para conocer de los recursos que se hayan interpuesto contra las resoluciones de las cortes supremas de los territorios británicos en ultramar o de los estados de la *Common Wealth* británica que no hayan excluido hasta ahora este recurso; sus resoluciones están investidas con la fuerza de las resoluciones de la Suprema Corte.

Jerárquicamente, debajo de las cortes supremas hay una gran variedad de jurisdicciones inferiores a través de las cuales la inmensa mayoría de los asuntos son resueltos en la práctica. En materia civil las principales jurisdicciones inferiores son las *Country Courts* (instituidas por una ley en 1846) cuyos jueces se denominan *circuit judges* y *district judges*. En materia penal las infracciones menores se resuelven por “*magistrates*”. Es destacada la importancia de las cortes superiores, pues todas las controversias deben ser resueltas por la *Supreme Court of Judicature* o por lo menos bajo su control, sea de naturaleza civil, criminal o administrativa.

---

<sup>328</sup> Aileen Kavagh ha sostenido que el propósito central del cambio, obedece no a transformaciones en los poderes conferidos a la nueva Suprema Corte o su competencia, sino al deseo de eliminar la percepción de una subsistente anomalía constitucional, consistente en que el más alto tribunal de apelación en el Reino Unido se situaba dentro de una de las Cámaras del Parlamento. Lo anterior debido a que había el temor de que este hecho creara confusión sobre la independencia de la judicatura en el Reino Unido, o generara la equivocada impresión de que el más alto tribunal operaba a la sombra de la legislatura. Esta reforma llevó, en esa misma línea a corregir la anomalía de que el Lord Chancellor pertenecía simultáneamente al poder ejecutivo, legislativo y judicial. Era tan real la necesidad de dar a la Suprema Corte tal apariencia que los Lores ahora son conocidos como Ministros e incluso sus oficinas ya no se ubican en las del Parlamento. Kavanagh, *op. cit.*, pp. 2-3.

## 7. Fuentes del derecho

El derecho inglés tiene su origen tanto en las Cortes, por medio de los precedentes como en el las leyes emitidas por el Parlamento y otros órganos autorizados; la costumbre y la doctrina, aunque parte de las fuentes, no desempeñan un papel relevante.<sup>329</sup>

### A. La ley

Es considerada por la doctrina como la segunda fuente del derecho inglés y contempla tanto a la legislación delegada como a la subsidiaria y reglamentaria.<sup>330</sup> Tradicionalmente, lo que el derecho inglés considera una Constitución es el conjunto de reglas, de origen legislativo o más extensamente judicial, que garantizan las libertades fundamentales de los ciudadanos y cuyo ámbito consiste en acotar el arbitrio de las autoridades.<sup>331</sup>

Actualmente y desde el siglo XIX, Inglaterra ha experimentado un intenso movimiento legislativo por el que la ley y los reglamentos han cobrado mayor importancia. No obstante, las leyes, según la teoría clásica, tienen la función de corregir y complementar los precedentes y no son completamente admitidas y aplicadas hasta en tanto no hayan sido aplicadas e interpretadas por las Cortes.<sup>332</sup> De hecho, las leyes (estatutos) asumen la existencia del *Common Law* y se trata solamente de adiciones o correcciones al *Common Law* en la medida en que reformulan en forma de código una rama particular del derecho, por lo tanto, sólo tienen sentido por la referencia que hacen al *Common Law*. Si alguna vez entran en competencia, es el derecho legislado el que prevalece.<sup>333</sup>

En el derecho inglés, las leyes emitidas por el Parlamento no pueden ser recurridas, a los jueces les corresponde aplicar la ley en los litigios que son

---

<sup>329</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 58. James Philips clasifica las fuentes del derecho inglés en principales: legislación y precedente judicial y subsidiarias: costumbre y libros de autoridad o doctrina. James, Philips S., *Introduction to English Law*, 5<sup>th</sup> edition, London, Butterworths, 1962, p. 8.

<sup>330</sup> Jolowicz señala que el Parlamento siempre puede conceder a cualquiera: ministro, municipalidad, ministro, etcétera, un poder de dictar leyes por reglamento, poder cuyos límites están determinados por la ley que le da origen. Al crear un poder reglamentario particular la ley establece que un reglamento dictado dentro de ese marco institucional no tendrá fuerza de ley sino después de haber recibido la aprobación de cada una de las dos cámaras del parlamento o se puede dejar sin efecto por desaprobación de una de las cámaras. Jolowicz, *op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>331</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 271.

<sup>332</sup> *Ibidem.*, p. 271; Losano, *op. cit.*, p. 175.

<sup>333</sup> Geldart, *op. cit.*, pp. 2-3.

sometidos a su consideración y por consiguiente interpretarla pero no tienen permitido cuestionar su validez.<sup>334</sup>

La interpretación de las leyes (*Statute Law*) por los jueces ha sido principalmente restrictiva. Los métodos de interpretación de la ley inglesa son muy complejos pero distinguen tres enfoques fundamentales: la *literal rule*, la *Golden rule* y la *mischief rule*. Según la *literal rule* el juez debe considerar la letra de la ley en su sentido ordinario y darle una interpretación literal; la *Golden rule* posibilita al juez evitar una interpretación absurda de la ley y darle otro sentido; la *mischief rule* permite al juez avocarse al sentido de la ley para ponderar el fundamento y motivación del legislador. Las reglas de interpretación fueron sensiblemente alteradas por el derecho comunitario que exige interpretar las leyes de conformidad con el derecho europeo.<sup>335</sup>

Para limitar al máximo la incidencia de las leyes sobre el *Common Law*, el juez aplica lo expresado estrictamente en el texto de ley, en consecuencia, la técnica de redacción de leyes también es diferente a la europea. Mientras en la familia romano-germánica se busca expresar fórmulas generales, la legislatura inglesa debe especificar las particularidades de todos los casos y las modalidades que pretende regular, sabiendo que ante la falta de indicación de un caso, el juez se sentirá libre de ignorar ley y aplicar el *Common Law* al caso concreto.<sup>336</sup>

## **B. La costumbre**

La tercera fuente del derecho es la costumbre. La idea de que este derecho es consuetudinario es una simple ficción, de hecho, el proceso mismo de constitución del *Common Law* consistió en elaborar un derecho jurisprudencial que se fundó en la razón y desplazó el derecho de la época anglosajona que se fundaba en la costumbre. Actualmente, la costumbre tiene una aplicación muy restringida en Inglaterra pues no es considerada obligatoria a menos que se prueba que existiera desde 1189, además dado que cuando una costumbre es consagrada por la ley o por los precedentes pierde su carácter de costumbre, su importancia es cada vez más limitada.<sup>337</sup>

---

<sup>334</sup> En el caso de las convenciones internacionales, éstas no tienen efecto para el derecho inglés interno hasta que el Parlamento por acto legislativo puede darle fuerza de ley, sea por una ley especialmente redactada con miras a adoptar lo que está prescrito en una convención ratificada por el gobierno, o por la integración del texto de la convención a una ley inglesa. Jolowicz, *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>335</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 273.

<sup>336</sup> Losano, *op. cit.*, p. 175.

<sup>337</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 276; Losano, *op. cit.*, p. 174.



### C. La doctrina

La doctrina y la razón son fuentes subsidiarias del derecho que permitirá colmar las lagunas del derecho y conducir la evolución del sistema ya que el desarrollo de los precedentes e incluso las reglas de *Equity* se han basado en la razón misma.<sup>338</sup> En cuanto a la doctrina, sólo ciertas obras doctrinarias han tenido gran influencia en el derecho inglés como las de Glanvill, Bracton, Littleton o Coke y se les considera con una autoridad tal que actualmente algunas son citadas por los jueces.<sup>339</sup>

### 8. El precedente judicial

El *Common Law* se ha creado como un derecho jurisprudencial gracias a las reglas de derecho contenidas en los precedentes emitidos por las Cortes de Westminster. La multiplicación y división de precedentes han creado un organismo completo pero no podría llamarse regla si cualquier juez pudiera alterarlo; entonces, cuando se forma un precedente éste se vuelve tan rígido como la rama de un árbol.<sup>340</sup> Es natural que en estas condiciones, a la jurisprudencia se la haya atribuido en Inglaterra mayor autoridad a la conferida en el continente europeo.<sup>341</sup>

Al inicio de la doctrina los jueces procuraban emitir decisiones consistentes y coherentes con el derecho pero eso no significa que ellos estuvieran obligados a seguir el modelo de casos decididos previamente (*stare decisis*). La citación de casos se volvió más frecuente sólo del siglo XVI en adelante, pero por algún tiempo, los casos fueron citados a manera de ejemplo o analogía más que como precedente o autoridad. En opinión de Hood, es difícil determinar cuándo la doctrina del precedente se convirtió a su forma moderna aunque los historiadores jurídicos estiman que fue entre la segunda mitad del siglo XVIII y mediados del XIX.<sup>342</sup>

La práctica de observar las reglas que han sido creadas por los jueces (*stare decisis*) y de respetar los precedentes judiciales es el fundamento de un sistema de derecho jurisprudencial, pero como se ha visto, la necesidad de certeza y de seguridad no siempre se ha experimentado en el mismo grado. De acuerdo a René David, fue después de la primera mitad del siglo XIX cuando la regla del precedente se estableció con rigor y se impuso a los jueces la obligatoriedad de

<sup>338</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 277.

<sup>339</sup> *Ibidem.*, p. 280.

<sup>340</sup> Jaffe, *op. cit.*, p. 1.

<sup>341</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 265.

<sup>342</sup> Hood, *op. cit.*, pp. 211-212; Geldart, *op. cit.*, pp. 5-6.

observar las reglas de derecho creadas por sus predecesores y los factores que contribuyeron al desarrollo de la doctrina del precedente en su forma actual fueron: la organización de una jerarquía judicial más sistemática por las *Judicature Acts* y el mejoramiento de la calidad de las compilaciones de jurisprudencia o *Law Reports* y según Geldart, también la introducción de la imprenta.<sup>343</sup>

Cuando un juez decide un caso está emitiendo una orden que da efecto a su decisión y la incorpora a los registros de la corte. La decisión judicial o sentencia en estricto sentido es vinculante sólo para las partes del caso pero la sentencia está basada en algún principio jurídico (*ratio decidendi*) que debe ser aplicable a todos los casos de tipo similar y es inevitable que los jueces en mayor o menor grado sigan las decisiones previas de ellos mismos y de sus colegas y predecesores.<sup>344</sup>

Cuando se dice que una decisión judicial es un precedente obligatorio significa que el principio o la razón sobre el que se basa la decisión es obligatoria en casos similares; la parte vinculante de la sentencia es la *ratio decidendi*. La peculiaridad de la doctrina inglesa del precedente es que las decisiones judiciales no tienen solamente autoridad persuasiva sino que son vinculantes en los casos posteriores de tipo similar además de que son obligatorias individualmente y no necesitan ser parte de una serie de práctica judicial establecida (como en el derecho romano-germánico).<sup>345</sup> Bajo reserva del principio jerárquico, el sistema del precedente atribuye fuerza vinculante no sólo a una jurisprudencia constante sino también a un precedente único, o más bien, a una *ratio decidendi*: su razonamiento esencial.<sup>346</sup>

Como puede advertirse, las decisiones de casos análogos al examinado, contienen el derecho vigente de manera no codificada, por eso se habla a veces del *Common Law* como de un derecho no escrito, contrapuesto al *Statute Law*, el derecho emanado del Parlamento en forma de ley.<sup>347</sup> En algún sentido se puede hablar del *Common Law* como derecho no escrito aunque las fuentes de las cuales derivamos nuestro conocimiento del *Common Law* son escritas o impresas.<sup>348</sup>

---

<sup>343</sup> Cross, *op. cit.*, p. 22; David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 265.

<sup>344</sup> Hood, *op. cit.*, p. 192.

<sup>345</sup> Hood, *op. cit.*, pp. 193-194.

<sup>346</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 63.

<sup>347</sup> Los 3 significados distintos que se le atribuyen se presentan según se le contraponga al *Statute Law*, al *Civil Law* o a la *Equity*. Losano, p. 177.

<sup>348</sup> Se refieren a los reportes de las decisiones de los jueces de las cortes inglesas que desde el reinado de Eduardo I se han registrado por abogados que se han dedicado a reportar las discusiones y las sentencias de casos que parecen de interés jurídico. Los más antiguos de esos reportes son los "Year-Books" que hasta finales del siglo XVIII comenzaron a publicarse regularmente junto con las decisiones de los casos. Geldart,

De acuerdo a Losano, cuando el juez resuelve un caso concreto debe preguntarse cómo se resolvieron en el pasado los casos análogos. La situación más frecuente es que ya exista un ordenado núcleo de sentencias que determinan con claridad la decisión a tomar, ateniéndose a ellas, el juez dictará entonces una sentencia que entrará a formar parte del *Common Law* como un precedente que continúa una determinada tradición jurisprudencial. No es sin embargo infrecuente que el juez no encuentre precedentes para una situación nueva: decidirá entonces según los principios generales del derecho y su sentencia se convertirá en un “precedente original” al que deberán referirse los jueces sucesivos. De este modo el derecho consigue adaptarse.<sup>349</sup>

Algunas veces se hace distinción entre precedentes “declaratorios” que simplemente declaran el derecho existente, y precedentes “originales”, que establecen nuevo derecho. En sentido estricto, la diferencia entre ambos es de grado y no de tipo: si tenemos un caso que trata ciertos hechos, al aplicarle una regla conocida realmente tenemos una adición a la regla porque ahora sabemos que un cierto tipo de hechos encuadran dentro de esta y en la naturaleza de las cosas no podemos nunca tener dos conjuntos de hechos que sean precisamente similares. Por ello Geldart y Hood coinciden en que ningún precedente es puramente “declaratorio” o puramente “original”.<sup>350</sup>

### **A. Ratio decidendi y Obiter dictum**

La pregunta recurrente acerca de las reglas de derecho contenida en los precedentes es la manera de determinar la razón o principio en que se funda la decisión, tomando en consideración que el juez no es un legislador y que su trabajo no es, en ningún sentido, hacer reglas de derecho sino que su primer deber es resolver la disputa entre las partes.<sup>351</sup>

En cualquier caso, se trata de una cuestión complicada porque no hay una forma específica establecida para emitir sentencias por lo que se debe desentrañar el derecho establecido en la resolución, de los hechos a los cuales se

---

*op. cit.*, p. 5. Actualmente existen muchas compilaciones de jurisprudencia, lo compendios más usuales son los *Law Reports*, que se componen de muchas series: una de esas series está dedicada a las sentencias de la Cámara de los Lores y del Comité Judicial del Privy Council; tres series adicionales están dedicadas a las decisiones de las tres divisiones de la *High Court of Justice* (y a las sentencias de la *Court of Appeal* que confirman o revocan estas sentencias). Paralelamente a este compendio que tiene un carácter semi-oficial existen otros compendios a los cuales se hace referencia en forma reiterada como los *All England Law Reports* o los *Weekly Law Reports*. David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 270.

<sup>349</sup> Losano, *op. cit.*, p. 177.

<sup>350</sup> Geldart, *op. cit.*, p. 12; Hood, *op. cit.*, p. 210.

<sup>351</sup> Geldart, *op. cit.*, p. 7.

aplica y de una razón principal de las secundarias, además, un mismo caso puede generar varios precedentes si la decisión está justificada por una pluralidad de razones.<sup>352</sup>

Estrictamente hablando, el *obiter dictum* es una declaración de derecho efectuada en el transcurso de la sentencia, no necesariamente aplicable al problema actual entre las partes sino hecho por vía de explicación, ejemplo o exposición general del derecho. Tales opiniones incidentales no tienen fuerza vinculante aunque tienen autoridad que es digna de respeto y que variará de acuerdo a la reputación de cada juez particular.<sup>353</sup> La *ratio decidendi* es la razón o razones que constituyen el núcleo de la sentencia y que justifican la decisión adoptada, tales razones o principios son las únicas partes de la sentencia que son vinculantes para resoluciones posteriores.

Cuando no existen precedentes que gobiernen la cuestión, es usual que los jueces confíen en las opiniones de escritores jurídicos, el derecho de otros países modernos, el derecho romano, los principios de justicia natural o políticas públicas. Aunque su adecuada aplicación puede ser una cuestión disputada y compleja pero en cualquier caso el juez está aplicando un estándar y demuestra que no es libre de actuar como le plazca, tal como un legislador lo haría; el juez está atado a decidir de acuerdo a principios.<sup>354</sup>

Dado que la pertinencia de un precedente se determina en base a los hechos, al juez casi siempre le asiste la posibilidad de sustraerse del precedente invocado porque los hechos siempre van a diferir en menor o mayor grado de aquéllos que motivaron la regla original. En tal caso, el juez puede distinguir los hechos del caso presente de aquéllos que motivaron la regla y respecto de los cuales considera que no se encuentra vinculado. En los casos en los que el juez considera que hay razones fuertes para ignorar el precedente, puede resolver de modo distinto, emitiendo uno nuevo. Las técnicas de *distinguishing* y *overruling* evitan la cristalización del derecho y permite adaptar y hacer evolucionar el derecho gradualmente.<sup>355</sup>

Cuando la aplicación del precedente conduzca a resultados injustos, el juez puede desvincularse de éste. Si un tribunal superior decide no atenerse al precedente formulado por un tribunal inferior, no tienen más que pronunciarse en este sentido y el precedente será anulado (*overruled*) y sustituido por el nuevo y de nivel superior. El tribunal inferior en cambio, podrá desvincularse del

---

<sup>352</sup> *Ibidem.*, p. 8; Losano, *op. cit.*, p. 178.

<sup>353</sup> Geldart, *op. cit.*, p. 8.

<sup>354</sup> *Ibidem.*, p. 11.

<sup>355</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 267.

precedente del tribunal superior solamente individualizando diferencias de hecho entre el caso en examen y el caso objeto del precedente. Este procedimiento ha sido criticado frecuentemente porque genera sentencias tortuosas y llenas de sutilezas que contribuyen a hacer aún más gravoso el acervo de precedentes que todo jurista debe estudiar.<sup>356</sup>

Cuando una anulación sucede, de acuerdo a la teoría clásica del precedente judicial inglés, el juez no crea nuevas leyes sino que sólo declara lo que ya era derecho; así que si una corte suprema anula la decisión de una corte inferior, ésta declara lo que se suponía era el derecho nunca fue realmente el derecho y en consecuencia, las transacciones pasadas serán gobernadas por una regla contraria a lo que las partes creían que era el derecho.<sup>357</sup>

### **B. La fuerza persuasiva del precedente**

Los tribunales ingleses están organizados jerárquicamente al igual que su doctrina del precedente. La regla general establece que todo tribunal está vinculado por los casos que decididos por los tribunales que están por encima de él en la jerarquía y las cortes de apelación (excepto la Suprema Corte) están vinculados por sus propias decisiones.<sup>358</sup> Recordemos que la *Supreme Court of the United Kingdom* (antes *House of Lords*) está en el rango más alto, después la *Court of Appeal* y luego la *High Court of Justice*.<sup>359</sup>

El alcance se ha determinado de acuerdo a reglas sencillas:<sup>360</sup>

1) Las decisiones emitidas por la antes conocida como Comité de Apelación de la Cámara de los Lores, hoy Suprema Corte del Reino Unido, constituyen precedentes obligatorios, cuyas reglas deben ser observada por toda jurisdicción, excepto y en forma excepcional por ella misma.

2) Las resoluciones emitidas por la *Court of Appeal* constituyen precedentes obligatorios para todas las jurisdicciones inferiores en jerarquía a esta Corte y para ella misma.

3) Las resoluciones pronunciadas por un juez de la *High Court of Justice* se imponen a las jurisdicciones inferiores y sin ser estrictamente obligatorias, gozan

---

<sup>356</sup> Losano, *op. cit.*, pp. 178-179.

<sup>357</sup> Geldart, *op. cit.*, p. 7.

<sup>358</sup> Cross, *op. cit.*, p. 7.

<sup>359</sup> Losano, *op. cit.*, p. 178.

<sup>360</sup> David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 266.

de un gran valor de persuasión y son generalmente observadas por las diferentes divisiones de la *High Court of Justice* y por la *Crown Court*.

Es oportuno puntualizar que los únicos precedentes obligatorios provienen de las decisiones emanadas por las Cortes Superiores, fundamentalmente por la *Supreme Court of Judicature* y por la hoy llamada Suprema Corte del Reino Unido (antes Comité de Apelación de la Cámara de los Lores), el resto tienen sólo un valor persuasivo.

Es muy interesante observar la precisión que Geldart hace respecto a la fuerza que se atribuye a la práctica de seguir precedentes, aun cuando no se tiene siempre la obligación jurídica de hacerlo. Tomando en cuenta que una decisión de una corte inferior de primera instancia no es vinculante sobre ningún tribunal por encima de ella, Geldart señala que con el tiempo esa decisión puede adquirir autoridad tal que ni siquiera una corte superior podrá ignorar, ya sea porque la cuestión nunca se ha llevado a la corte de apelación ni a la (antes llamada) Cámara de los Lores o porque la corte inferior ha decidido del mismo modo en repetidas ocasiones y su decisión no ha sido cuestionada. En tal caso, los abogados y el público comenzarán a considerar tal decisión como derecho y actuarán como si fuera derecho: la gente hará contratos, negocios, dispondrá de su propiedad, teniendo fe en tal decisión y retractarse de esa regla acarrearía un enorme daño. "Usualmente es más importante que el derecho sea certero a que sea perfecto".<sup>361</sup>

El resultado de esto será que incluso la Corte Suprema aunque pueda pensar que la decisión de la corte inferior es equivocada en principio, generalmente se negará a anularla, sosteniendo que el terrible daño de lo que todos han tratado como establecido es mayor que el daño de permitir que permanezca una regla equivocada.<sup>362</sup> En este proceso es donde radica la fuerza del precedente que en el sistema inglés, va más allá de la obligación jurídica.

### **C. Ventajas y desventajas del precedente**

El precedente en Inglaterra permite a los ciudadanos predecir lo que decidirá un juez en tal o cual situación de hecho que se tenga en mente y aquello es relevante porque proporciona un esquema de acción, pues esta predicción puede conducir a las partes a ponerse de acuerdo; si la situación continúa siendo hipotética, al menos es necesario que las partes puedan deducir la legalidad de las acciones que tienen en mente o buscar la mejor manera de transar sus

---

<sup>361</sup> Geldart, *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>362</sup> *Idem.*

asuntos. Para facilitar tales predicciones, el cuerpo de precedentes y de doctrina judicial que se encuentra en las recopilaciones de jurisprudencia dotadas de una autoridad absoluta o persuasiva nos proporciona una fuente información muy rica y útil.<sup>363</sup>

Derivado del funcionamiento de sus precedentes, la doctrina inglesa ha identificado las ventajas así como las desventajas de esta práctica dentro del sistema jurídico.<sup>364</sup>

Las grandes ventajas de un sistema de precedentes en el sentido inglés son cuatro:

1. Certeza. El hecho de que los casos decididos son autoridades vinculantes para el futuro hace certero o al menos, altamente probable que cada caso futuro que sea esencialmente similar sea decidido de la misma forma. Las personas pueden, en consecuencia, regular su conducta con confianza sobre el derecho una vez que fue establecido por los jueces.
2. Posibilidad de crecimiento. Nuevas reglas de derecho autoritativas serán establecidas ocasionalmente para satisfacer las nuevas circunstancias y las necesidades cambiantes de la sociedad. Donde no hay sistema de precedente, el trabajo de un juez que decide un caso no deja una marca duradera en el derecho para el futuro.
3. Gran abundancia de reglas detalladas. El derecho inglés es mucho más rico en detalle de lo que cualquier código de derecho pudiera ser.
4. Carácter práctico. Porque las reglas establecidas en los casos son producto no sólo de especulación académica sino de las dificultades que de hecho han surgido, se trata de reglas prácticas que están en estrecho contacto con las necesidades de la vida diaria.

Las grandes desventajas de un sistema de precedentes en el sentido inglés son:

1. Rigidez. Una vez que la regla ha sido decidida, aun equivocadamente, es difícil o incluso imposible apartarse de ella.

---

<sup>363</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 67.

<sup>364</sup> Geldart, *op. cit.*, pp. 13-14.

2. El peligro de distinciones ilógicas. Cuando una regla que es vinculante parece funcionar con dificultades, el juez usualmente evitará aplicarla a los casos que lógicamente quedan contemplados dentro de ella, poniendo distinciones que lo habilitarán a decir que el caso posterior es diferente del primero en el que la regla fue establecida. Esta práctica puede conducir a reglas que son lógicamente inconsistentes una con otra y que son desarrolladas, algunas veces, a lo largo de diferentes líneas de casos que finalmente se encuentran y entran en conflicto.
3. Volumen y complejidad. La abundancia de detalle y el hecho de que las reglas de derecho se encuentran reunidas en 1000 o 1500 volúmenes de *Law Reports* hacen el derecho extraordinariamente engorroso y complejo de aprender y aplicar.<sup>365</sup>

## 9. Expansión del *Common Law*

El sistema jurídico inglés se extendió a otros países como producto de la dominación británica. El *Common Law* que encontramos en nuestros días en una variedad de países no es un sistema único de derecho, pues tras haber heredado los métodos y maneras inglesas de pensar, cada país (antiguas colonias inglesas) ha desarrollado de manera independiente su propia legislación y jurisprudencia.<sup>366</sup>

Como producto de la dominación británica, el *Common Law* fue aplicado en América del norte, donde fue adoptado por Canadá y Estados Unidos; Filipinas y Puerto Rico están americanizando cada vez más su derecho de origen español. Se ha adoptado en numerosos estados asiáticos como Japón, Birmania, Malasia, Pakistán e India; en las colonias africanas y en Oceanía (Australia y Nueva Zelanda) se ha superpuesto a las costumbres locales; se encuentra también en formas peculiares en Sudán e Israel.<sup>367</sup>

Un claro ejemplo de la transformación del *Common Law* en países herederos es el caso de Estados Unidos que adoptó el sistema jurídico inglés pero a partir de su independencia fue tomando forma y características propias. La organización

---

<sup>365</sup> Al parecer, cuando la masa de decisiones esparcidas es inmanejable la solución a este problema ha sido encontrada ocasionalmente en la codificación: un arreglo ordenado de las reglas establecidas en forma estatutaria, consolidando, concordando, eliminando lo viejo y unificando amplios sectores del *Common Law* que habían alcanzado gran amplitud. Geldart, *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>366</sup> Jolowicz, *op. cit.*, p. 17.

<sup>367</sup> Losano, *op. cit.*, pp. 184-185.



judicial está dividida en un sistema federal y otro local, desarrollado en cada estado.<sup>368</sup>

En términos generales, se advierte —como producto de estudios empíricos— que desde 1966 la Cámara de los Lores ha tenido una tendencia estable de cambiar precedentes de manera poco frecuente y usualmente de acuerdo a cierto criterio. La idea de fondo es que se ha vuelto muy formal y reservada respecto a su capacidad de cambiar el precedente, de hecho, muy pocos casos se han invalidado o incluso, considerado.<sup>369</sup> Mientras tanto, la Suprema Corte de Estados Unidos, goza de un alto grado de flexibilidad para usar los precedentes, “en formas casi experimentales, pronunciar una opinión y ver qué pasa” pues existe la posibilidad de que más adelante otros tribunales posteriores puedan extenderlo o rechazarlo. Por esto se considera el precedente norteamericano como una institución muy dinámica y propensa a las proclividades de jueces individuales.<sup>370</sup>

Finalmente, a pesar de los contrastes que muchos encuentran entre el *Common Law* y el derecho romano germánico, también se reconoce que actualmente, ambos derechos tienden a acercarse pues el primero está conociendo una expansión de los *statutes* en detrimento de la pura creación judicial, mientras que la jurisprudencia del segundo va ganando mayor importancia.<sup>371</sup>

#### IV. Japón y la familia jurídica asiática

Como representante de la familia asiática me ocuparé de Japón. Si bien es cierto que la riqueza cultural de un país no se agota con una clasificación, también lo es que la clasificación de familias culturales está basada en las semejanzas culturales que comparten países con antecedentes similares o afines, que toman en cuenta aspectos como las costumbres, la religión, las prácticas y la forma de incorporar y utilizar el derecho como parte de la vida social lo que hace relevante la clasificación. Lo anterior justifica elegir a Japón como un ejemplo de la familia asiática, que incluso con todas las diferencias que podrían identificarse entre este

---

<sup>368</sup> López Monroy, *op. cit.*, p. 223.

<sup>369</sup> Caldarone, Richard P., “Precedent in Operation: A Comparison of the Judicial House of Lords and the US Supreme Court”, *Public Law*, London, Winter 2004, p. 760.

<sup>370</sup> *Ibidem.*, p. 764.

<sup>371</sup> Losano, *op. cit.*, p. 185.

país y otros de la misma familia, en lo sustancial, comparten una identidad cultural suficientemente sólida.

Adicionalmente, Japón tiene una de las mayores economías a nivel mundial, cuenta con una rica historia además del profundo y representativo proceso de recuperación tras la Segunda Guerra Mundial. Japón es el claro ejemplo de una exitosa conjugación de valores y transformaciones históricas con consecuencias jurídicas. La bibliografía disponible sobre el tema resultó ser también un factor significativo en la elección. No obstante, reconozco que hay elementos para considerar este sistema jurídico más como un sistema híbrido que como un ejemplar de la familia asiática debido a las fuertes influencias del derecho romanista y del *Common Law* que actualmente incorpora, sin embargo, su estudio resulta útil en cuanto a la descripción de la práctica y la dificultad de su plena aceptación.

Es importante tener en cuenta las notas culturales muy propias de la sociedad japonesa (que guardando las proporciones debidas, son también aplicables a la cultura asiática en general) para comprender el papel y la fuerza que el derecho tiene en ellas. En ese sentido, es preciso decir que el marco cultural del sistema jurídico japonés, se caracteriza por un fuerte sentido del deber y otros imperativos morales entre las personas, mismos que guardan similitudes y son familiares a los que tienen otras naciones asiáticas. En la cultura japonesa existen una serie de obligaciones que las personas tienen hacia sus semejantes cuyo significado es cercano al *camino correcto que la vida humana debe seguir*.<sup>372</sup>

En la sociedad japonesa, mantener la armonía en la sociedad y en la familia es una prioridad y se prefiere ignorar la ofensa de la persona antes que buscar una sanción oficial, ya que la vergüenza de una persona es la vergüenza del grupo. Esta regla de vida —que incluye honrar la lealtad, la obediencia, el respeto a la autoridad, el consentimiento y la identidad de grupo son poderosos disuasorios del mal comportamiento— es respetada y seguida por la sociedad, pues social y culturalmente, la familia, el vecindario, el lugar de trabajo, ejercen una formidable sanción sobre el comportamiento de los individuos, aun cuando se trata de castigos informales.<sup>373</sup>

Posiblemente, debido al gran respeto que se tiene por esa forma de vida ancestral y la importancia que aún tiene la presión social en la vida de los individuos es que —en opinión de Dean Meryll — en tales culturas, el derecho

---

<sup>372</sup> Dean, Meryll, *Japanese Legal System*, 2<sup>nd</sup> edition, London, Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 8. Consultado en <http://books.google.com.mx/books?id=lt9jB5CjfrIC&hl=es>

<sup>373</sup> *Ibidem.*, p. 5.

tiene sólo una función limitada que representa sólo una pequeña parte de los mecanismos de control social; por esto es que en caso de disputa, tradicionalmente, los japoneses recurren a medios alternativos de resolución de disputas como la mediación y la conciliación antes de recurrir a los tribunales.<sup>374</sup>

## 1. Historia y transformación jurídica

Japón como parte de la familia asiática es una nación con una inmensa riqueza cultural que además ha sobresalido como potencia económica a nivel mundial. Jurídicamente ha vivido diferentes momentos históricos durante los cuales ha experimentado transformaciones profundas de su sistema jurídico pues de alguna manera ha recibido diversas influencias externas, siendo la del siglo XIX la más profunda.<sup>375</sup>

De manera puntual, Oda Hiroshi distingue tres grandes periodos históricos<sup>376</sup> durante los cuales Japón experimentó transformaciones caracterizadas por la recepción de elementos extranjeros, como por ejemplo, el derecho. En el primer periodo se importó y adoptó la religión y el sistema jurídico y político de China, durante los siglos VII y VIII de nuestra era. El segundo periodo, mejor conocido como el periodo de *modernización* comprende de mediados del siglo XIX —con el derrocamiento de la dictadura militar— a principios del XX cuando se inicia la industrialización del país y la importación de los códigos francés y alemán para utilizarlos como modelos del código civil japonés. Finalmente, el tercer periodo que inició después de la Segunda Guerra Mundial y se extendió durante la ocupación de los Aliados, se caracterizó por la modificación o reemplazo de algunas leyes anteriores con una importante influencia norteamericana.<sup>377</sup>

Antes de los periodos de transformaciones arriba señalados, es relevante tener en mente que (durante el siglo III) el gobierno de Japón estaba basado principalmente en las creencias religiosas, de hecho no había una clara separación entre los asuntos gubernamentales y los religiosos. La configuración social de la vida en Japón estaba fuertemente orientada al aspecto comunitario y

---

<sup>374</sup> *Idem.* Como lo refiere Guillermo Floris Margadant, el ejercicio del derecho subjetivo de una persona se considera contrario a la moral japonesa y es visto como un acto de mal gusto. Margadant, *op. cit.*, p. 220.

<sup>375</sup> Oda, *op. cit.*, p. 1

<sup>376</sup> El profesor Ryosuke Ishii divide la historia jurídica de Japón en seis periodos. Véase Dean, *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>377</sup> Oda, *op. cit.*, p. 7.

su gran dependencia de la naturaleza generó un gran respeto hacia ella, lo que a la larga derivó en la religión conocida como *shintoísmo*.<sup>378</sup>

Es probablemente esta antigua tradición vinculada con el orden en todas las cosas la que de algún modo prevalece y que influencia la actitud de las personas hacia el derecho, que favorece el sentido comunitario en las relaciones sociales y la solución extra-jurídica de disputas.

Durante el periodo arcaico de Japón o primer periodo —uno de los tres grandes periodos de transformación— el Emperador desempeñó funciones políticas y religiosas, no existía una división ni distinción entre el derecho y la religión<sup>379</sup> y el gobierno era ejercido por medio de clanes dirigidos por caciques o jefes patriarcales bajo la autoridad del Emperador. La sociedad y el Estado recibieron sus primeras influencias externas desde épocas muy tempranas, pues fue en el siglo VII cuando se importaron de China instituciones como el budismo, el confucionismo, la escritura y el sistema de rangos de la Corte, instituciones que influenciaron profundamente la forma de ser de la sociedad Japonesa.<sup>380</sup>

El Emperador fungía como suprema autoridad que centralizaba todos los poderes, mismos que ejercía sobre toda persona que estaba sujeta a su poder. No obstante hacia el año 794 esa autoridad imperial se fue debilitando, debido principalmente a la acumulación de inmunidades, propiedades y privilegios de la clase noble que gradualmente fue adquiriendo el control del gobierno sobre sus propiedades. Para conservar ese poder y control los nobles crearon una clase social de guerreros para proteger sus propiedades, quienes eventualmente tomaron el poder, se hicieron cargo del gobierno e hicieron florecer las relaciones feudales.<sup>381</sup>

Bajo el sistema feudal, la sociedad tenía obligaciones claramente definidas por la autoridad de acuerdo a su estatus social, en ese sentido, el súbdito sólo tenía deberes y no gozaba de derechos correlativos.<sup>382</sup> En ese sistema feudal, la clase militar era privilegiada por ser quienes ejercían efectivamente las funciones de gobierno en células locales. Este periodo se caracterizó por un predominio del derecho consuetudinario, pues aunque había algunas leyes, principalmente en

---

<sup>378</sup> Matsui, Shigenori, *The Constitution of Japan. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 4, 5.

<sup>379</sup> En ese aspecto sucedía algo no muy distinto de lo que aconteció en Occidente, en cuyas épocas tempranas, los asuntos relacionados con el derecho y la religión estaban mezclados. Parece ser que las experiencias sociales en ambas latitudes siguieron ciertos causes similares en alguna medida, aunque en tiempos diferentes.

<sup>380</sup> Oda, *op. cit.*, p. 13.

<sup>381</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 5.

<sup>382</sup> Itoh, Hiroshi, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, New York, Markus Wiener Publishing, Inc., 1989, p. 235.

torno a las clases relevantes de la sociedad, lo cierto es que éstas desempeñaban un papel secundario con respecto de la costumbre.<sup>383</sup>

El imperio de la dinastía Tokugawa (1600-1867) adoptó un sistema político distinto, caracterizado por recuperar el control centralizado ejercido por el líder de los guerreros pero concediendo cierta autonomía a los señores feudales que estaban subordinados a él. Aunque el Emperador conservaba el poder para nombrar al líder de los guerreros y seguía ejerciendo los poderes nominales de regular al gobierno, lo cierto es que todos los poderes políticos eran ejercidos *de facto* por el líder de los guerreros. En este periodo se prohibió la cristiandad y se promovieron políticas de aislamiento.<sup>384</sup>

Los señores feudales tenían por ejemplo, amplias atribuciones para resolver disputas y aunque en este periodo no se contaba con códigos que regularan los diferentes aspectos de la vida social, las disputas eran resueltas de manera individual basándose en precedentes y decretos individuales. Hasta 1742 se emitió el primer código integral que compiló leyes y precedentes principalmente en materia civil y penal.<sup>385</sup>

En 1867, Keiki Tokugawa renunció a su poder como jefe militar a favor del emperador, con ese acto la clase militar perdió poder al restaurarse el sistema imperial. No obstante las pretensiones imperialistas de restauración no perduraron pues las generaciones jóvenes de líderes del gobierno se dieron cuenta de la necesidad de adoptar los conocimientos, la cultura y la tecnología occidental, para modernizar Japón y estar en igualdad de condiciones para competir y negociar con otros países.<sup>386</sup>

En ese momento comenzó un proceso de apertura y modernización del sistema jurídico y político de Japón que incluyó la preparación académica de funcionarios en países occidentales y el asesoramiento de expertos extranjeros para moldear el nuevo sistema jurídico a lo largo de una lenta transición que buscaba incorporar derechos y libertades de los individuos en una Constitución. Para cumplir con esta revolucionaria tarea se tomó como modelo a diversos países occidentales y la primera medida relevante en consonancia con esta tarea fue la creación del Senado y del Tribunal en 1875.<sup>387</sup>

---

<sup>383</sup> Oda, *op. cit.*, p. 14.

<sup>384</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 6; Dean, *op. cit.*, p. 58; Margadant, *op. cit.*, pp. 216, 217.

<sup>385</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 7; Oda, *op. cit.*, p. 19.

<sup>386</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 8; Oda, *op. cit.*, p. 23.

<sup>387</sup> *Ibidem.*, p. 23.

Así pues, el segundo periodo —el de la modernización de Japón— inició después de 1868 con la llamada “restauración Meiji”, momento en el cual comenzaron a introducirse el derecho y las nociones jurídicas occidentales; antes de ese momento, Japón era gobernado por guerreros<sup>388</sup> y no existían hasta ese momento en Japón nociones como “libertades” o “derechos”, mismas que tuvieron que inventarse posteriormente junto con otras nociones e instituciones jurídicas y políticas, pues las leyes siempre estuvieron pensadas para gobernar y obligar a la gente y no al Emperador, idea general que paulatinamente se fue transformando en la sociedad japonesa.<sup>389</sup>

El establecimiento de una Constitución, junto con el sistema de cámaras y el consejo imperial configuró el nuevo régimen y eliminaron por completo el antiguo sistema feudal. Aún así, los cambios implementados resultaron todavía insuficientes para igualar a otros países occidentales en capacidad económica y militar, razón que impulsó a los líderes a pensar en las codificaciones extranjeras.<sup>390</sup>

La primer medida que se tomó en aquel momento para cumplir las expectativas fue redactar códigos<sup>391</sup> para Japón con la ayuda de académicos franceses; en un segundo momento, se adoptó el sistema jurídico alemán pero conservando algunos códigos franceses.<sup>392</sup> Aunque inicialmente, se tuvo la intención de copiar e implementar el Código civil francés, pronto se optó por estudiar los códigos francés, alemán, inglés y norteamericano para tomar de ellos sólo lo que fuera adecuado para las circunstancias de Japón, recibiendo de esos países una influencia directa aunque adaptada en buena medida. En ese proceso, evidentemente, muchas prácticas locales fueron eliminadas y muchas otras permanecieron y se adaptaron a la nueva realidad.<sup>393</sup>

Aunque la primera influencia recibida fue la francesa, lo cierto es que el derecho alemán fue mayormente adoptado e implementado, por considerarlo más conservador y adecuado a la sociedad japonesa y su sucesiva adopción se gestó

---

<sup>388</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 2.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>390</sup> Oda, *op. cit.*, p. 26; Dean, *op. cit.*, p. 59.

<sup>391</sup> En términos generales, para John Owen Haley la redacción e implementación de códigos legales representó más bien una confirmación de la transformación que ya había sucedido, pues las instituciones occidentales penetraron y se aplicaron gradualmente en la sociedad japonesa con mucha mayor anticipación que la legislación. Al respecto, el autor considera que ya existían relevantes similitudes procesales e institucionales entre Japón y Occidente antes de que comenzara incluso a utilizarse la misma terminología. Haley, Owen John, *Authority without Power. Law and the Japanese Paradox*, New York, Oxford University Press, 1991, pp. 70, 77.

<sup>392</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 9.

<sup>393</sup> Oda, *op. cit.*, p. 27.

entre 1880 y 1890. Aunque poseía incrustaciones extranjeras, el sistema japonés continuó siendo totalitario,<sup>394</sup> podemos decir, viviendo los resabios del pasado y como consecuencia de la larga tradición imperial vivida históricamente pues los ajustes al interior del país no terminaban de gestarse plenamente junto con las implicaciones materiales de las adopciones occidentales.

Gradualmente e impulsada por demandas y movimientos de sectores sociales, se sintió la necesidad social de establecer un cuerpo representativo, lo que motivó la creación de la primera Constitución japonesa en 1889. La Constitución Meiji — como se le denomina— estuvo basada en la Constitución Prusiana y tenía un corte muy conservador,<sup>395</sup> estaba basada en la soberanía del Emperador y su poder para gobernar. Aunque en muchos sentidos fue innovadora por contemplar por vez primera la separación de poderes y la democracia parlamentaria, el ejercicio del poder judicial y la protección de algunos derechos individuales, al mismo tiempo presentó serias limitaciones como la ausencia de independencia judicial real debido a la actuación de los tribunales en nombre del Emperador, las funciones judiciales limitadas y la estipulación “nominal” de protección de derechos que en la práctica no eran efectivamente protegidos ni podían ejercerse contra el gobierno.<sup>396</sup>

El tercer periodo histórico identificado por Oda Hiroshi, es el de mayores transformaciones y tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial, cuando Japón quedó bajo el control de los Poderes Aliados y en el periodo de ocupación se le impulsó a implementar fuertes reformas bajo una fuerte influencia norteamericana.<sup>397</sup> El principal producto de esta profunda transformación fue la Constitución de 1946,<sup>398</sup> adoptada como resultado de la aceptación de rendición de Japón en agosto de 1945, con la que decidió tomar las medidas necesarias para implementar los principios democráticos, garantizar las libertades de la sociedad y respetar los derechos fundamentales.<sup>399</sup>

---

<sup>394</sup> *Idem*; Itoh, Hiroshi, “How Judges think in Japan”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. XVIII, Num. 4, 1970, p. 777.

<sup>395</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 9; Dean, *op. cit.*, pp. 68, 69.

<sup>396</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 10.

<sup>397</sup> Oda, *op. cit.*, p. 29; Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, *cit.*, pp. 12-13.

<sup>398</sup> Dean, *op. cit.*, p. 70. A decir de Hiroshi Ito, después de la segunda guerra mundial, un gran número de profesionales de Japón viajaron a Estados Unidos y otros países para absorber y digerir reglas y técnicas de procedimientos judiciales y reglas sustantivas, a fin de adoptarlas en los tribunales japoneses y ha tomado mucho tiempo a los juristas japoneses comprender e implementar los conceptos de derechos y libertades ajenos al conocimiento tradicional, introducidos por la Constitución de 1946. Itoh, *The Supreme Court...*, *cit.*, pp. 39-40, 48.

<sup>399</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 19.

La Constitución japonesa actual fue promulgada —como una reforma a la Constitución Meiji— el 3 de noviembre de 1946 y entró en vigencia el 3 de mayo de 1947. Se trata de una constitución moderna sostenida por principios modernos —vigente hasta nuestros días— descansa sobre principios fundamentales que recogen en su totalidad las reformas implementadas al interior: la soberanía popular; la democracia liberal junto con la división de poderes, que implica la existencia de un cuerpo legislativo supremo electo democráticamente —aunque se mantiene al Emperador como un símbolo cultural sin poder político real—; el pacifismo, la renuncia a la guerra y la cooperación pacífica con países extranjeros; finalmente, el respeto por los derechos fundamentales y su ejercicio efectivo junto con el poder de revisión constitucional otorgado a los tribunales.<sup>400</sup>

Es relevante tener presente que quizás la característica y a la vez la diferencias más importante entre la constitución Meiji y la Constitución actual de Japón sea el poder de donde emanaron, ya que mientras la primera fue impuesta por la autoridad del Emperador, la segunda está basada en el poder de la gente;<sup>401</sup> consecuentemente, las implicaciones y alcances diversos de cada una se vieron reflejadas en la esfera jurídica y en el consecuente desarrollo de instituciones promovidas por la segunda Constitución. Aunque la Constitución Meiji contemplaba los derechos fundamentales del hombre, no eran efectivamente respetados ni asegurados e incluso podían ser restringidos por las leyes o la Dieta (poder legislativo), mientras que en la Constitución actual éstos no pueden ser limitados ni siquiera por la ley.<sup>402</sup>

Con todo, el inmenso contraste entre culturas e identidades tan opuestas no representó un obstáculo para la configuración del sistema jurídico moderno japonés, aun cuando los principios constitucionales adoptados en Japón se consideraban extraños a la sociedad, las personas los aceptaron de buen grado.<sup>403</sup> Tal como Guillermo Margadant reconoce, “Japón es un país industrializado que combina acertadamente las ventajas de la civilización occidental con su original cultura oriental”.<sup>404</sup>

---

<sup>400</sup> Oda, *op. cit.*, pp. 29, 37, 38; Matsui, *op. cit.*, p. 16; Beer, Lawrence W., “Japan’s Constitutional System and its Judicial Interpretation”, en Haley, John O. (ed.), *Law and Society in Contemporary Japan, American Perspectives*, Dubuque, Iowa, Kendall/Hunt, 1988, pp. 8-14.

<sup>401</sup> Matsui, *op. cit.*, pp. 2, 3; Von Mehren, Arthur Taylor, *Law in Japan. The Legal Order in a Changing Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1963, p. 14.

<sup>402</sup> Tanaka, Cotarro, “Japón, organización de tribunales”, *Información Jurídica*, Madrid, núm. 131, abril 1954, p. 383.

<sup>403</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 35.

<sup>404</sup> Margadant, *op. cit.*, p. 219.



Como antes vimos, las normas e instituciones jurídicas son parte de un entramado más amplio y producto de una visión específica del mundo, esa visión específica es la influencia cultural que proyecta ciertos valores y hábitos, “la cultura es siempre la herencia del pasado, un sujeto de cambio y redefinición en el presente que moldea las prácticas y modelos del futuro.”<sup>405</sup> En ese sentido, el sistema jurídico japonés se redefinió a sí mismo, creando su propia particularidad como resultado de sus procesos históricos de fusión de elementos tradicionales con extranjeros.

Hiroshi Oda considera exitoso el trasplante del derecho extranjero efectuado en Japón, pues las brechas iniciales que se presentaron entre el derecho extranjero y la realidad social fueron eliminadas y el derecho fue y sigue siendo exitosamente implementado y respetado. Como resultado de este proceso histórico, el sistema jurídico japonés se define como de derecho romano germánico con elementos de derecho norteamericano.<sup>406</sup>

En palabras de Hiroshi Itoh el derecho japonés ha sido una “mezcla de la ciencia jurídica occidental”.<sup>407</sup> No obstante, en opinión de John Owen Haley la unión de instituciones extranjeras con la cultura local japonesa produjo un híbrido con un desarrollo único que va más allá de la simple unión y mezcla de ambas, pues en el trasfondo hay una interacción creativa y a la vez destructiva entre el pasado cultural y la novedad institucional,<sup>408</sup> en cuyo proceso, los jueces han tenido un papel relevante por su actividad creativa de armonizar las normas jurídicas con los valores de la sociedad japonesa en varias materias de derecho positivo.<sup>409</sup>

## 2. Las fuentes del derecho y el sistema judicial

Como en toda sociedad, en la sociedad japonesa también hay desacuerdo respecto al nivel de importancia que la sociedad le atribuye al derecho, y más aún debido a la larga tradición colectivista del país. Dentro de esa discusión se distinguen dos posturas: la conservadora y la revisionista; la primera sostiene que la sociedad evita a toda costa recurrir a los tribunales por motivos culturales y la segunda apoya una modificación total del sistema de derecho, restando

---

<sup>405</sup> Haley, *op. cit.*, p. 67.

<sup>406</sup> Oda, *op. cit.*, p. 9.

<sup>407</sup> Itoh, “How Judges think in Japan”, *cit.*, p. 775.

<sup>408</sup> Haley, *op. cit.*, p. 67; Matsui, *op. cit.*, p. 35.

<sup>409</sup> Haley, *op. cit.*, p. 85. Meryll Dean coincide en que el trasplante y adopción de elementos de derecho extranjero, combinados con el derecho autóctono han creado un híbrido, lo que hace necesario considerar tanto el derecho escrito como la costumbre local. Dean, *op. cit.*, p. 129.

importancia a los elementos culturales; con todo, Meryll Dean considera que ambas son exageradas y que en realidad hay una postura media y moderada entre los miembros de la sociedad hacia el derecho.<sup>410</sup>

De acuerdo con Hiroshi Oda, en el sistema de derecho japonés se pueden distinguir como fuentes del derecho: la Constitución —como la fuente más importante del derecho japonés— la legislación, la legislación delegada, los tratados internacionales, los precedentes, las circulares, las recomendaciones administrativas, la regulación local, la costumbre —que aunque es admitida juega un papel secundario— y la doctrina —aunque de manera indirecta debido a la influencia que ejerce sobre los precedentes, toda vez que los jueces toman en cuenta las opiniones académicas para dictar sus fallos.<sup>411</sup>

Dadas sus características y antecedentes particulares, en Japón se tiene una mayor confianza en el derecho legislado o codificado como la fuente primaria del derecho<sup>412</sup> y éste tiene prioridad sobre otras fuentes, no obstante, aunque no se hace tanto énfasis en la revisión judicial<sup>413</sup> cada vez más se ha reconocido en Japón, así como en otros países, la importancia del precedente judicial y del papel creativo de los jueces en su integración.<sup>414</sup> De hecho el precedente judicial también es respetado y seguido como una de las principales fuentes del derecho productoras de reglas jurídicas,<sup>415</sup> prueba de ello es que las sentencias y resoluciones de la Suprema Corte de Japón, así como de los tribunales inferiores son consultados y comentados por académicos y abogados, y de hecho, las colecciones de precedentes seleccionados provenientes de la Suprema Corte y de los tribunales inferiores son publicados normalmente.

En sus inicios, la visión acerca de la judicatura —de marcada influencia francesa y alemana— fue la de que ésta se limitaba a aplicar la legislación emitida por la legislatura, cuyo verdadero significado podía ser extraído mediante lógica deductiva. Poco a poco la restricción al activismo judicial fue cediendo y éste comenzó a participar más activamente en eliminar las brechas entre la realidad social y las normas jurídicas. Este cambio de percepción fue producto de la práctica judicial que mostró que el juez no solamente aplicaba mecánicamente la

---

<sup>410</sup> *Ibidem.*, pp. 7-8.

<sup>411</sup> Para Shigenori Matsui la doctrina no es realmente una fuente del derecho. Matsui, *op. cit.*, p. 24; Oda, *op. cit.*, pp. 37, 43, 47, 49, 50-61.

<sup>412</sup> Dean, *op. cit.*, p. 130; Itoh, Hiroshi and Ward Beer, Lawrence, *The Constitutional Case Law of Japan, Selected Supreme Court Decisions, 1961-70*, Seattle, University of Washington Press, 1978, p. 8, consultado en

[http://books.google.com.mx/books?id=EHjVVFesryMC&pg=PR3&hl=es&source=gbs\\_selected\\_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.mx/books?id=EHjVVFesryMC&pg=PR3&hl=es&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false)

<sup>413</sup> Beer, *op. cit.*, p. 7.

<sup>414</sup> Oda, *op. cit.*, p. 9.

<sup>415</sup> *Ibidem.*, p. 50.

legislación sino que jugaba un papel activo, interpretando y extendiendo la legislación existente.<sup>416</sup>

Es importante considerar el más significativo cambio de postura que experimentó el sistema jurídico japonés en relación con el precedente, pues durante la primer década del siglo XX, estaba estrictamente prohibido mediante legislación<sup>417</sup> utilizar los precedentes judiciales como fuente del derecho, situación que cambió radicalmente cuando, tiempo después, la Corte reconoció las normas contenidas en los precedentes judiciales como marco de referencia en la toma de decisiones judiciales en casos posteriores.<sup>418</sup> Aún así y a pesar de la creciente práctica judicial en la utilización de precedentes, un sector importante de la academia japonesa se negaba a aceptar el precedente como fuente del derecho, situación que poco a poco fue superada por posturas más receptivas a la creatividad judicial que fueron influyendo para configurar una visión más abierta. En consecuencia, el activismo judicial fortaleció la creación del precedente, sobre todo, a partir del periodo de la posguerra y actualmente se reconoce la posibilidad de que los jueces se guíen por las reglas que fueron previamente establecidas por otro tribunal mediante la resolución de una disputa previa.<sup>419</sup>

En Japón, con la Constitución de 1947 se estableció por primera vez —en el capítulo sexto— a la judicatura como una rama independiente del gobierno, se le concedieron amplios poderes de revisión judicial<sup>420</sup> y se estipuló claramente que el Poder Judicial de Japón reside en la Suprema Corte y en los tribunales inferiores del país,<sup>421</sup> mismos que gozan de independencia judicial, lo que permite a los ciudadanos ejercer sus derechos, incluso contra actos de gobierno, lo cual constituye una transformación radical del sistema judicial.<sup>422</sup>

Hay que tener presente la importancia de este cambio trascendental en el sistema jurídico japonés, ya que la antecesora inmediata de la Suprema Corte actual fue la Gran Corte de Casación, que fue creada antes de la Constitución Meiji de 1889 y cuyas funciones se limitaban a la adjudicación de controversias privadas sin competencia para decidir controversias constitucionales. Los

---

<sup>416</sup> Itoh, “How Judges think in Japan”, *cit.*, pp. 778, 779.

<sup>417</sup> “No decisions hended down by judges shall be deemed to be a rule of law binding later cases” Ordinance no. 113, article 4. *Ibidem.*, p. 780.

<sup>418</sup> *Idem.*

<sup>419</sup> *Ibidem.*, pp. 784,785.

<sup>420</sup> Tanto los tribunales inferiores como la SC tienen el poder de revisión judicial, que les permite revisar la validez judicial de todas las leyes, ordenanzas y otros actos oficiales. Beer, *op. cit.*, p. 15.

<sup>421</sup> Como Japón no es un Estado federal, sino un Estado democrático unitario, los tribunales en Japón son parte de la organización central del gobierno. Matsui, *op. cit.*, p. 121.

<sup>422</sup> *Ibidem.*, p. 120.

tribunales eran parte de la rama ejecutiva y por lo tanto, no tenían permitido examinar actos de la autoridad y decidir sobre su constitucionalidad.<sup>423</sup>

Actualmente, como resultado de la reforma constitucional a gran escala efectuada de 1947, la Suprema Corte se convirtió en el tribunal de último recurso y el depositario de la administración judicial y en ese sentido, la Corte ha desempeñado un papel muy importante en la configuración de muchas políticas nacionales importantes a través de sus resoluciones.<sup>424</sup>

El poder judicial recae en la Suprema Corte y en los tribunales inferiores, es decir, en los tribunales superiores o de apelación (8, con seis ramas adicionales), los tribunales de distrito (50, con, 242 ramas locales) los tribunales sumarios (575) y los tribunales familiares (50, con 242 ramas locales), de los cuales éste último es el único especializado en una materia particular.<sup>425</sup>

Cada tribunal tiene competencia en diferentes materias y su organización fue establecida por la Ley Judicial del país. Los tribunales sumarios tienen jurisdicción sobre asuntos civiles de montos menores y delitos menores que admiten fianza, es decir, asuntos penales menores; los tribunales de distrito son los principales de primera instancia y tiene jurisdicción general para conocer de las causas civiles y criminales; los tribunales familiares, también de primera instancia, se especializan en asuntos familiares y de delincuencia juvenil; los tribunales de apelación revisan las apelaciones contra las sentencias de las cortes familiares y de distrito; la Suprema Corte es la encargada de estandarizar la interpretación y aplicación de la ley y de revisar la constitucionalidad de las leyes y actos administrativos, ya que funciona también como tribunal de apelación, pues revisa, las resoluciones de la corte de apelación.<sup>426</sup>

En términos generales, el procedimiento judicial consta de tres instancias: el procedimiento ordinario se inicia en el tribunal distrito o familiar, ante un resultado adverso se sigue la apelación ante el tribunal de apelación, el que evalúa los hechos y aplica el derecho de forma independiente del Tribunal de Distrito. En caso de que en esa instancia se obtenga un resultado adverso, se puede apelar por segunda ocasión ante la Suprema Corte bajo ciertos supuestos, tales como violación a la Constitución o resolución contraria a sus precedentes.<sup>427</sup>

La Suprema Corte en Tokio está integrada por 15 ministros, designados por el gabinete de entre las personas recomendadas por la propia Suprema Corte; para

---

<sup>423</sup> Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, *cit.*, p. 1.

<sup>424</sup> *Ibidem.*, p. 2.

<sup>425</sup> Oda, *op. cit.*, p. 63; Beer, *op. cit.*, p. 14.

<sup>426</sup> Oda, *op. cit.*, pp. 61-67; Matsui, *op. cit.*, pp. 119, 121, 122.

<sup>427</sup> Oda, *op. cit.*, p. 64; Matsui, *op. cit.*, pp. 121-122.

la resolución de disputas o la interpretación de leyes, la Corte se reúne en pleno o gran tribunal con los 15 ministros, o bien, en tres tribunales o salas inferiores, de 5 ministros cada una, las que se han convertido recientemente en tribunales de última instancia sobre temas constitucionales y no constitucionales.<sup>428</sup>

Generalmente, la Suprema Corte se ocupa de cuestiones de derecho y no se involucra en revisar los hechos determinados por tribunales inferiores y sólo lo hace ocasionalmente cuando considera que el tribunal inferior violó alguna ley, en cuyo caso remite el caso a un tribunal inferior para que reconstruya la versión de los hechos controvertidos.<sup>429</sup> Aunque no hay un método específico de llegar a resoluciones, los casos que llegan a la Corte a través de las salas se resuelven con tres ministros, mientras que el quórum en la gran sala o pleno es de 9 ministros.<sup>430</sup>

Al parecer, de acuerdo con diferentes ministros de la Corte, hay una tendencia entre ellos para alcanzar consensos unánimes en la resolución de los casos que les someten. Este hecho es interpretado por algunos como una muestra de experiencias y educación judicial similares, íntimamente relacionado con la identidad nacional característica de Japón tendiente a mantener la armonía entre las personas, mientras que para otros, esto es sólo el resultado de una presión invisible que existe entre colegas al interior de la Corte que los impulsa a evitar disentir de la mayoría.<sup>431</sup>

Los autores coinciden en que tradicionalmente, la Suprema Corte ha ejercido sobre sí misma la restricción judicial, en el sentido de emitir resoluciones muy conservadoras o bien, ha mostrado mayor tendencia a ratificar los actos de autoridad de los otros dos poderes que a declarar su inconstitucionalidad o incluso ha guardado silencio en los casos en los que se espera defina la constitucionalidad en asuntos relevantes, lo que indica una postura que en alguna medida se resiste al activismo judicial.<sup>432</sup> Esto es importante en la medida en la

---

<sup>428</sup> Itoh, *The Supreme Court...*, cit., pp. 54, 55.

<sup>429</sup> *Ibidem.*, p. 55.

<sup>430</sup> Hiroshi Ito refiere que no hay, formalmente hablando, una votación mínima ni un turno especial para alcanzar una decisión final, ni en el pleno de la Corte ni en las salas, *Ibidem.*, p. 74; Beer, *op. cit.*, p. 15.

<sup>431</sup> Itoh, *The Supreme Court...*, cit., p. 75.

<sup>432</sup> De acuerdo con Hiroshi Ito, la tendencia de la SC a emitir resoluciones que discrepan de la política general sostenida por órganos de otros poderes es considerada como *activismo judicial*. En temas constitucionales, se distinguen tres tipos de activismo judicial: 1) Cuando la SC sigue su propia política judicial de acuerdo al principio del *stare decisis* a pesar de un cambio político del lado de las ramas políticas; 2) Cuando la SC y las ramas políticas cambian sus políticas respectivamente pero en direcciones opuestas o en diferente grado; y 3) Cuando la SC cambia su política a pesar del estado de cosas que prevalece y al que se adhieren las ramas políticas. Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, cit., p. 186.

que la “política judicial”, conservadora o no, adoptada por la Suprema Corte tiene en la sociedad un gran valor de precedente para casos futuros.<sup>433</sup>

En el desarrollo cotidiano de sus funciones, los ministros de la Suprema Corte se suelen apoyar en los llamados *jueces de investigación*, que son una especie de asistentes judiciales de la Corte que colaboran con los ministros al proporcionarles informes de los casos que se les presentan a fin de que los conozcan mejor; las labores de estos asistentes inicialmente se limitaban a informar sobre el caso, pero poco a poco se les fue requiriendo una mayor participación para sugerir opiniones acerca de la posible resolución de los asuntos.<sup>434</sup>

Una de las funciones más importantes de la Suprema Corte es determinar la posible inconstitucionalidad de leyes y ordenanzas, así como asegurar la uniformidad de la interpretación jurídica y su aplicación.<sup>435</sup> Como resultado de las adaptaciones del nuevo *Common Law* al sistema continental previo, el papel de la creación judicial del derecho en Japón ha aumentado,<sup>436</sup> aunque solo puede decidir conflictos constitucionales derivados o surgidos en el contexto de controversias particulares que inician una acción legal.<sup>437</sup>

Para dar a conocer las resoluciones que pueden tener valor de precedente o ser de interés para los litigantes, la Suprema Corte de Japón cuenta con un comité sobre precedentes judiciales que se encarga de seleccionar y publicar las decisiones de la Suprema Corte. En un informe previamente seleccionado por los ministros encargados, se incluyen las decisiones que parecen reflejar importantes interpretaciones jurídicas y que se conviertan probablemente en nuevos precedentes, aquéllos casos que pueden ser útiles para los practicantes, así como los casos que nos muestran importantes interpretaciones jurídicas de la Suprema Corte pero que son socialmente importantes y que vale la pena preservar para futuras referencias.<sup>438</sup>

Es importante notar que el proceso judicial japonés se ve enriquecido con diferentes influencias que lo retroalimentan; Hiroshi Itoh refiere que el contacto con otros jueces, con otros tribunales y con los litigantes, retroalimenta el proceso de decisión de la Suprema Corte y una consecuencia de esto es finalmente, la implementación y reconsideración de decisiones judiciales. Las resoluciones de la Corte se ven enriquecidas con el entorno político existente y esto puede generar un cambio de política de la Suprema Corte; lo mismo sucede con las reacciones

---

<sup>433</sup> *Ibidem.*, p. 168.

<sup>434</sup> Itoh, *The Supreme Court...*, cit., pp. 59-60.

<sup>435</sup> Beer, *op. cit.*, p. 15.

<sup>436</sup> Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, cit., p. 18.

<sup>437</sup> Beer, *op. cit.*, p. 15.

<sup>438</sup> Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, cit., pp. 224-225.

de tribunales inferiores, pues aportan a la Suprema Corte una perspectiva diferente y le permiten medir el grado de aceptación de la política o criterio establecido.<sup>439</sup> De cualquier modo, las decisiones de la Corte son las más autoritativas dentro del poder judicial y sirve como una base de *stare decisis* para la decisión de casos futuros.<sup>440</sup>

### 3. El precedente judicial

La facultad de la Suprema Corte para determinar la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad va más allá del simple pronunciamiento y el efecto de sus sentencias es una cuestión debatida en el ámbito académico. Lo anterior, en virtud del origen de esa sentencia, que en opinión de Lawrence Beer, sólo debería obligar a los tribunales inferiores con respecto al caso relacionado pero no en general.<sup>441</sup>

El caso del precedente en Japón es muy peculiar, ya que la Constitución no lo distingue explícitamente como una fuente del derecho, lo cual ha desatado una controversia en torno al tema. Algunos consideran que los deberes de independencia y sujeción a la ley que tienen los tribunales no se refieren a sus resoluciones (es decir, no es fuente del derecho) mientras que otros sostienen lo contrario (es decir, sí es fuente del derecho). Esto se explica porque los tribunales inferiores pueden interpretar de manera independiente el texto de la Constitución para resolver una disputa y resolver o no en el mismo sentido del precedente en cualquier momento.<sup>442</sup>

No obstante, la opinión predominante considera que las resoluciones de los tribunales sí son una fuente del derecho, aunque de carácter suplementario, porque no tienen la misma fuerza vinculante que una ley y porque la doctrina del *stare decisis* no tiene un fundamento explícito en el derecho japonés.<sup>443</sup>

Esta opinión predominante en torno al precedente se sustenta en una característica propia del precedente japonés, ya que su fuerza vinculante y la actitud consistente de los tribunales en su uso proviene, no de un documento

---

<sup>439</sup> *Ibidem.*, p. 6. Dado que, generalmente los tribunales inferiores perciben con mayor claridad que los tribunales de mayor rango, los cambios y las problemáticas que experimenta la sociedad, es posible que la Suprema Corte cambie de criterio cuando un buen número de tribunales inferiores resuelven en contra del precedente que ésta había asentado, Oda, *op. cit.*, p. 52.

<sup>440</sup> Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, cit., p. 6.

<sup>441</sup> Lawrence Beer considera que aunque generalmente se honra la consistencia de las decisiones judiciales, no se sigue una doctrina del *stare decisis*. Beer, *op. cit.*, p. 15.

<sup>442</sup> Oda, *op. cit.*, p. 52; Matsui, *op. cit.*, p. 23.

<sup>443</sup> Oda, *op. cit.*, p. 52.

formal, sino del *principio operante* del *stare decisis* que tiende a contribuir a la estabilidad y predictibilidad de la toma de decisión judicial en los diferentes niveles judiciales.<sup>444</sup>

Además de esto, el precedente cumple dentro del sistema jurídico japonés ciertas funciones importantes:<sup>445</sup> a) han complementado de manera significativa la legislación existente en varias áreas del derecho como el caso de los derechos humanos; b) han ayudado a mitigar los efectos perniciosos de ciertas leyes que pudieran resultar injustas si se aplicaran estrictamente; c) controlar de manera más adecuada los resultados en la aplicación de la ley, desviándose de su letra cuando sea necesario;<sup>446</sup> d) proporcionar reglas procedimentales importantes que regulan no sólo el acceso a la Corte sino también el resultado de demandas sobre derechos y deberes sustantivos.<sup>447</sup>

Es posible distinguir el recurso a precedentes judiciales como una práctica consistente entre los tribunales japoneses. Concretamente, la Suprema Corte sigue su propia política o criterios judiciales y se apega a los precedentes que ha creado de acuerdo al principio operante del *stare decisis* (a pesar de una postura de cambio de las ramas políticas) y muy rara vez cambia su postura; la consistencia se ha vuelto una característica común de la vida judicial.<sup>448</sup>

Dentro de esta consistencia, Hiroshi Ito identifica varios tipos de consistencia que se practican y distinguen en los tres niveles judiciales.<sup>449</sup>

...Primero, el *stare decisis individual* se ocupa de la tendencia de un juez individual de seguir su propio patrón de votación en casos similares. En la mayoría de los casos los jueces individuales son usualmente consistentes consigo mismos y suelen citar sus propias decisiones previas para apoyar su postura actual. Segundo, el *stare decisis local* mide la propensión de algunos subgrupos (usualmente de jueces con mentalidad similar) a seguir precedentes establecidos por subgrupos anteriores. Aquí, los jueces individuales de los subgrupos, a menudo se sienten vinculados por las decisiones previas de subgrupos de jueces que sirven actualmente en el mismo tribunal. Tercero, el *stare decisis tradicional* se preocupa por la propensión del tribunal entero, como un pequeño grupo de toma de decisiones, de seguir sus propios precedentes. A menudo, un tribunal se siente obligado por las decisiones previas de tribunales de igual o mayor rango.

---

<sup>444</sup> Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, cit., p. 7.

<sup>445</sup> Algunas de dichas funciones pueden apreciarse y consultarse por materias en Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, cit., p. 9.

<sup>446</sup> Oda, *op. cit.*, p. 51.

<sup>447</sup> Dean, *op. cit.*, p. 531.

<sup>448</sup> *Idem.*; Itoh, *The Supreme Court...*, cit., p. 242; Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, cit., p. 7; Itoh, *The Constitutional Case Law...*, cit., p. 9.

<sup>449</sup> Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, cit., pp. 231, 232.



Si se evalúa cuidadosamente y se coloca al precedente en su justa dimensión, se podrá identificar el valor de la consistencia judicial japonesa. Se puede obtener una idea de ese valor si consideramos por ejemplo que, curiosamente, se ha observado un crecimiento en el número de casos resueltos por conciliación en la Suprema Corte. Aunque esta práctica no es común y los ministros no suelen promoverla, la conciliación se prefiere cuando un juez trata de sortear un precedente judicial que considera no debe obligar la disputa presente. Dicha práctica proporciona una idea de la fuerza que el precedente ejerce en los jueces.<sup>450</sup>

El precedente además, tiene un importante valor en relación con casos que surgen posteriormente y tiene incluso un impacto sobre la vida social. Esta situación se pudo observar muy particularmente en un caso muy conocido en Japón que llegó hasta la Suprema Corte, conocido como *Popolo Players*.<sup>451</sup>

Esta decisión de la Suprema Corte tuvo lugar cuando un estudiante de la Universidad de Tokio arremetió contra un policía que acudió a la representación de una obra con contenidos políticos que se celebraba en las instalaciones de la Universidad; los policías tomaban notas de las actividades que ahí se celebraban y llevaban tiempo rondando y vigilando las actividades de la universidad. El estudiante fue acusado por actos violentos. Cuando el asunto fue ventilado ante el tribunal del distrito de Tokio y luego ante el Tribunal superior, ambos tribunales desestimaron la acusación y absolviéron al estudiante, pero el caso llegó a la Suprema Corte. La Suprema Corte resolvió que la obra y la reunión, dadas sus características, no gozaban de la protección constitucional de las libertades académica y de autonomía y que, por lo tanto, la entrada del policía no constituía ninguna infracción a la libertad académica ni a la autonomía universitaria. Con esta interpretación de la Corte quedó claro que el tribunal de distrito y el tribunal superior se equivocaron en la interpretación del artículo 23 constitucional y la Corte remitió el caso nuevamente al tribunal de distrito de Tokio para la revisión de la causa.<sup>452</sup>

De acuerdo a este emblemático ejemplo y a la práctica judicial cotidiana “aunque no hay un principio formal del *stare decisis* en Japón, los jueces japoneses siempre confían en él como un principio operante de su toma de decisión.” Como se desprende del caso *Popolo*, la decisión ahí tomada ha influenciado las decisiones judiciales posteriores, adoptadas en casos similares. En ese sentido, Hiroshi Ito hace una precisión relevante con respecto a la actitud

---

<sup>450</sup> *Ibidem.*, p. 77.

<sup>451</sup> *Ibidem.*, pp. 118.

<sup>452</sup> Para una reseña detallada del caso, véase *Ibidem.*, pp. 123-141; véase también, Itoh, *The Constitutional Case Law...*, *cit.*, pp. 226-242.

de la Suprema Corte, años más tarde, cuando se presentaron casos similares en los que ésta debía resolver igualmente entre autonomía universitaria y libertad académica y la propiedad de las actividades policíacas en o alrededor de las instalaciones universitarias. En dichos casos posteriores, la Suprema Corte desestimó las apelaciones y guardó silencio acerca de la autonomía universitaria y la libertad académica pero sostuvo la absolución de los estudiantes acusados, a diferencia de su primera postura en el caso *Popolo*, lo que lleva a pensar que la Suprema Corte experimentó un cambio de criterio más liberal al separarse de su propio precedente.<sup>453</sup>

Vemos entonces que, siendo posible que el razonamiento de la Suprema Corte persuada o no en algún caso constitucional, sus decisiones proporcionan la declaración más autoritativa en derecho constitucional del país,<sup>454</sup> ya que, no obstante la libertad de los tribunales,<sup>455</sup> estos, de hecho siguen los precedentes de la Suprema Corte. Un criterio constitucional de la Suprema Corte tiene un tremendo grado de influencia sobre las cortes inferiores, tanta que es muy raro que los tribunales inferiores ignoren el criterio de la Suprema Corte.<sup>456</sup> Usualmente, una parte puede buscar la apelación ante la Suprema Corte si la decisión del Tribunal Superior va en contra de los precedentes de la Suprema Corte, por lo tanto, la Suprema Corte puede revertir la decisión del tribunal inferior que ignoró sus precedentes y consecuentemente, se ha argumentado que los precedentes deberían ser legalmente reconocidos como vinculantes y como una fuente del derecho.<sup>457</sup>

El hecho de que se mantenga la práctica de seguir precedentes aun cuando no es legalmente exigido, nos da una idea acerca de la importancia intrínseca que tiene esta institución en la sociedad japonesa, pero más allá de eso, existen algunas razones adicionales que refuerzan esta práctica: el sistema de carrera judicial, el sistema jerárquico de los tribunales, el miedo al error, la dificultad para cambiar el precedente y la cultura subyacente.

---

<sup>453</sup> Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, cit., pp. 141-147. Debe notarse que —en opinión del autor— los jueces que conocieron de los casos posteriores, recurrieron a las decisiones emitidas en la caso *Popolo* aunque fuera principalmente por implicación y aun cuando no hacen una referencia específica al caso, buscaron valor de precedente en las diferentes resoluciones que se emitieron en el caso: sea en la sentencia inicial del tribunal de distrito y el tribunal superior, la decisión de la SC o la resolución en revisión del tribunal de distrito de Tokio. *Ibidem.*, p. 142.

<sup>454</sup> Beer, *op. cit.*, p. 16.

<sup>455</sup> Dado que cada decisión refleja un amplio rango de valores, el juez es libre para decidir si un precedente dado debe o no gobernar un caso principal.

<sup>456</sup> Lawrence Beer sostiene que como en muchas otras democracias saludables, en Japón persisten agudas tensiones entre ideales y realidad, entre derecho formal y derecho consuetudinario y entre los grupos que representan valores locales y extranjeros en origen. *Ibidem.*, p. 29.

<sup>457</sup> Matsui, *op. cit.*, p. 23.

Dentro del sistema de carrera judicial, la Suprema Corte tiene la facultad para promover y transferir a jueces inferiores, lo cual desalienta las resoluciones contrarias al precedente de la Corte. De este modo aunque no se tiene claramente establecida la doctrina del *stare decisis*, el propio sistema de carrera judicial hace quizás más vinculante el precedente de la Suprema Corte.<sup>458</sup>

Otra razón que aparentemente tienen los tribunales para seguir los precedentes es el sistema jerárquico al que están vinculados que implícitamente refleja que las sentencias emitidas por los tribunales superiores tienen mayor peso que las de los tribunales inferiores y en el caso de la Suprema Corte, ésta no está obligada por sus propios precedentes.<sup>459</sup>

Dado que los tribunales inferiores por su organización jerárquica tienen un fuerte sentido de respeto hacia las resoluciones de la Suprema Corte, y aunque el principio de *stare decisis* no está expresamente establecido, éstos suelen atenerse a sus resultados, debido al miedo de equivocarse al resolver o de que la Suprema Corte cambie de criterio; por ello es que prefieren aplicar las sentencias de la Corte que para ellos tiene valor de precedente.<sup>460</sup>

Además, de acuerdo a un ministro de la Suprema Corte, normalmente, los ministros de las salas prefieren guiarse por los precedentes de la Corte reunidos en gran tribunal que cambiarlo al decidir un caso, pues resulta muy engorroso para los 15 ministros ponerse de acuerdo para llegar a una decisión en casos complicados, lo que favorece la virtud de la consistencia y los hace depender de la doctrina del *stare decisis* para justificar su razonamiento.<sup>461</sup>

Finalmente, no debemos olvidar que la larga tradición asiática lleva implícita valores como: respeto, equilibrio, armonía y consenso, que los hace propensos hacia el uso de los precedentes, además de que, como se ha visto, el conservadurismo en las decisiones han sido por largo tiempo la actitud características de la Suprema Corte de Japón.<sup>462</sup>

---

<sup>458</sup> Oda, *op. cit.*, p. 52.

<sup>459</sup> Ésta, quizás, no sea una de las razones más fuertes para seguir precedentes, ya que como antes vimos, los tribunales inferiores pueden disentir de lo establecido previamente por la Suprema Corte u otros tribunales. *Ibidem.*, p. 53.

<sup>460</sup> Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, *cit.*, pp. 231-232.

<sup>461</sup> Itoh, *The Supreme Court...*, *cit.*, p. 73.

<sup>462</sup> *Ibidem.*, p. 76.

## V. Arabia Saudita y la familia de derecho islámico

La elección de Arabia como país representativo de la familia de derecho islámico, atiende principalmente a su calificación como la cuna de la religión musulmana, donde se originó y se desarrolló con los siglos, así como la persistencia del país en la conservación de su sistema jurídico que ha sido quizás el único que ha mantenido la vigencia plena de la *sharia* (derecho islámico). La bibliografía aunque bastante escasa, resultó suficiente y un factor de suma importancia en la selección del país islámico.

Con todo, debe tenerse presente que cualquier intento de clasificación de sistemas jurídicos conlleva su propio riesgo y puede ser considerado en alguna medida “arbitrario” dado que cada sistema jurídico es hasta cierto punto, específico. El caso de la familia islámica no es la excepción y quizá la unidad en torno al Islam —que a primera vista parece uniforme— es de donde surge la riqueza y particularidades de los diferentes Estados que conforman la familia de derecho islámico, mismos que probablemente albergan una complejidad superior debido a la pluralidad de escuelas jurídicas que toleran.

Aunque en el tiempo y el espacio han existido en realidad varios derechos islámicos, es válido hablar del derecho en singular, tomando la forma actual de su corriente más representativa: el sunismo.<sup>463</sup> El derecho islámico es un derecho religioso,<sup>464</sup> que nace y se desarrolla dentro de la comunidad religiosa musulmana por eso es que el estudio del derecho es una parte de la religión.

El Islam es una religión monoteísta y profética (una de las tres principales surgidas en el Medio Oriente)<sup>465</sup> guiada por el libro sagrado del Corán —considerado por los musulmanes o seguidores del islam como la palabra de

---

<sup>463</sup> Ferrari, *op. cit.*, p. 38.

<sup>464</sup> Tradicionalmente se distingue entre derecho secular y religioso, entendiéndose por el primero, aquél producido por los Estados, organizaciones internacionales, comunidades nacionales, étnicas, lingüísticas, etc., aunque no debe darse por sentado ya que en todo derecho secular se encuentran componentes religiosos, que en la tradición occidental han sido claramente delimitados. *Ibidem.*, p. 39.

<sup>465</sup> Judaísmo, cristianismo e islamismo. La mayoría de las tradiciones jurídicas de la antigüedad se basan en la creencia de que los dioses dieron sus leyes a los humanos a través de la profecía por medio de la cual se pronunciaban las normas divinas, los imperativos y las promesas de recompensa, así como los castigos. Frank Griffel observa que aun cuando varias sociedades formadas por estas religiones se han secularizado, su práctica del derecho muestra el origen religioso de muchos de sus procedimientos, por ejemplo: las cortes están diseñadas para producir respeto resemblando los antiguos templos, jueces y abogados se visten en forma específica que refiere cierta solemnidad, el comportamiento en las cortes debe seguir ciertos procedimientos que reseñan una ceremonia. Griffel Frank, “Introduction”, Abbas, Amanat and Frank, Griffel (eds.), *Shari'a. Islamic Law in the Contemporary Context*, California, Stanford University Press, 2007, p. 5.

Dios— y la *Sunna* del profeta Mahoma. De modo que el islam es al mismo tiempo religión y organización de la existencia en todas sus formas, que se engloba en la frase “el islam es religión y mundo”.<sup>466</sup>

Algunos traducen *sharia* como “la manera correcta de practicar la religión” o simplemente como “el camino” recto que guía a los fieles a una existencia ideal más que prescribir los puntos mínimos de conducta aceptable. Lo relevante del derecho islámico es que sus reglas y normas gobiernan la vida de los musulmanes en asuntos seculares (el matrimonio, las herencias y el divorcio son un ejemplo) como religiosos y morales. En otras palabras, el derecho islámico o *sharia* contempla y regula aspectos de la vida que van más allá de lo que en occidente se considera “jurídico”, ya que abarca cuestiones morales o religiosas, por ejemplo: se ocupa de la forma adecuada de vestir, la conducta entre esposos, la piedad filial, el comportamiento en los funerales, oraciones o peregrinaciones, y otras cuestiones que en occidente se consideran asuntos morales o de etiqueta.<sup>467</sup>

La característica más representativa de la familia jurídica islámica es la ausencia de secularización que se ha presentado en occidente. En esta familia jurídica no existe ni se ha presentado una separación entre derecho, religión y moral, cuyos elementos, regulación y concepción están mezclados y son entendidos como una misma cosa, donde la ley religiosa tiene un papel central en sus ordenamientos jurídicos.<sup>468</sup> Las razones de esto son atribuidas a la falta del Estado nacional, que es un producto reciente y de importación occidental, que aunque ha sobrevivido la descolonización, no ha provocado la secularización.<sup>469</sup>

Debemos tener presente que al examinar la tradición islámica se debe tratar de comprenderla desde sus propios principios y no desde los modelos y las instituciones occidentales que conocemos. Esta observación es necesaria porque, de entrada, existen diferencias sustanciales que no encuentran equivalente en occidente, lo que nos obliga a examinar el derecho islámico desde sus propios elementos. En ese sentido, Ferrari advierte que lo “laico y la secularización” también tienen un significado distinto para medio oriente, pues no significa la

---

<sup>466</sup> Ferrari, *op. cit.*, pp. 74-75.

<sup>467</sup> Griffel, *op. cit.*, p. 1; Shapiro, Martin, *Courts, A Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981, p. 205.

<sup>468</sup> Recordemos que hasta antes del siglo XII tal era el caso en Occidente.

<sup>469</sup> Ferrari, *op. cit.*, pp.59-60. Algunos especialistas opinan que la formación de estados nacionales y la formación de organismos conduce inevitablemente a la secularización pero sólo el tiempo podrá verificar tal aseveración con respecto al Medio Oriente. Un factor en este proceso es que gran parte de la secularización que algunos países del medio oriente ha registrado ha sido producto de la colonización, no ha nacido como una necesidad progresiva y profunda como en occidente, sino como una implantación rápida y extrínseca a base de códigos y tribunales de origen extranjero. Esta situación ha generado conflicto interno y ha desencadenado el rechazo de la secularización mediante la aplicación estricta de la *sharia*. Ferrari, *op. cit.*, pp. 61-62.

autonomía total del Estado respecto de los preceptos religiosos pero está presente en Medio Oriente con un significado más restringido y sin jugar un papel central.<sup>470</sup>

La secularización de los países de Medio Oriente fue resultado en mayor o menor grado del proceso de “modernización” que se inició abiertamente con la caída del imperio Otomano, a través del domino colonial de Estados occidentales, o bien, por adopción de instituciones como los códigos y los tribunales.<sup>471</sup>

El derecho islámico es un derecho divino que tiene como características: 1) su legitimación última en la voluntad divina; 2) la validez de las normas jurídicas dependen de su conformidad con las normas de origen divino y; 3) la emisión de nuevas normas o progreso del ordenamiento jurídico es muy limitada por la necesidad de remitirse a la voluntad divina.<sup>472</sup>

Como derecho divino, el derecho islámico, según la doctrina tradicional, tiene las propiedades de ser superior al derecho humano, inmutable, pleno y universal. Es superior por haber sido puesto directamente por Dios por lo que nada puede derogarlo o contradecirlo; es inmutable porque ninguna autoridad humana puede modificarlo, aunque ésta propiedad es relativa pues cuentan con instrumentos para adaptarlo sin violar el derecho divino; es pleno porque tiene todo para llevar a cabo los fines que se propone; y es universal porque se dirige a todo hombre (que ha aceptado y acogido la revelación divina).<sup>473</sup>

El carácter divino de las principales fuentes del derecho (el Corán y la *Sunna*) por revelación y como ejemplo viviente de la práctica correcta de la *sharia* ha conducido a considerarlas como completas, razón por la cual el derecho islámico no cuenta con legislación, lo que limita su posibilidad de cambio para permanecer más bien, estático.<sup>474</sup> Con todo, es un fenómeno interesante notar que el derecho islámico tiene ya más de trece siglos de existencia<sup>475</sup> cuya explicación más atinada indica que sigue siendo adecuada para la población que gobierna y no es del todo ajeno a los cambios.

---

<sup>470</sup> Ferrari, *op. cit.*, pp. 63, 69.

<sup>471</sup> Tal fue la situación generalizada de todos los territorios que comprendía el imperio otomano. Griffel, *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>472</sup> Ferrari, *op. cit.*, p. 129.

<sup>473</sup> *Ibidem.*, pp. 130-132.

<sup>474</sup> Shapiro, Martin, *op. cit.*, p. 195.

<sup>475</sup> De Hijas y Muñoz, Pedro Martín, *Lo permanente en el derecho musulmán y las tendencias modernas del Islam*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1968, p. 5.

## 1. Derecho islámico: fuentes y elementos

Hemos dicho que la *sharia*<sup>476</sup> es el término con que se refiere al derecho islámico. Es un concepto abstracto que abarca la totalidad de los mandamientos de Alá revelados a Mahoma, el conjunto de obligaciones religiosas (y las diferentes esferas que abarca) que regula la vida de cada musulmán en todos sus aspectos.<sup>477</sup>

Las fuentes del derecho islámico son: el Corán, la *sunna*, el *ijmá* u opinión o acuerdo de los doctores que tiene una autoridad declarativa y el *quiyás* que es un método racional para acercarse a la *sharia*, concretado en el razonamiento por analogía.<sup>478</sup>

El Corán, “la lectura por excelencia” reviste (actualmente) la forma de un libro que contiene la doctrina comunicada por Dios al profeta Mahoma, dividido en 114 capítulos llamados *suras*, que en su conjunto reglamentan la vida política, social, religiosa, económica y jurídica de la comunidad musulmana. Siendo así, se encuentran mezclados lo espiritual con lo temporal, la religión, la moral y el derecho.<sup>479</sup>

Durante la vida del profeta, el Corán y su revelación fue un conocimiento transmitido verbalmente, del que se crearon algunas copias aisladas pero a su muerte se hizo necesaria una compilación accesible para todos. Habida cuenta de diversas versiones del Corán, Osman, el tercer califa ordenó la redacción de un texto único del que envió copias a las principales ciudades y ordenó la destrucción de cualquier otra versión.<sup>480</sup>

La *Sunna* son los dichos y hechos del profeta y su manera de proceder según el testimonio de sus contemporáneos. En la época del profeta Mahoma, el derecho consuetudinario era aplicado por árbitros a los que recurrían las partes para resolver sus litigios; Mahoma actuó varias ocasiones como árbitro y su dichos y actos en la práctica que realizó como árbitro adquirieron tal relevancia que a su muerte se convirtieron en otra fuente esencial del derecho además del Corán.<sup>481</sup>

---

<sup>476</sup> Frank Griffel señala que el *Sharia* no podría ser llamado derecho cuando nos referimos a su existencia previa al siglo IX pues no existían documentos ni comentarios a los que uno se pudiera referir como “derecho”, más bien se trataba de una práctica o proceso de adjudicación de disputas. Actualmente el conocimiento del *Sharia* se puede hacer a través de códigos que fueron creados durante el siglo XIX y XX. Griffel, *op. cit.*, pp. 4, 13.

<sup>477</sup> Aguilera Barchet, Bruno, *Iniciación histórica al derecho musulmán*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 117.

<sup>478</sup> *Ibidem.*, p. 118.

<sup>479</sup> De Hijas, *op. cit.*, p. 8.

<sup>480</sup> Pedro De Hijas señala que de los 6219 versículos del Corán, sólo 600 revelan derecho propiamente dicho, de los que se han hecho grandes extensiones por los expertos. De Hijas, *op. cit.*, pp. 12-14.

<sup>481</sup> Aguilera, *op. cit.*, pp. 123-124.

Al morir Mahoma no había más posibilidad de nuevas revelaciones y la solución a las lagunas se encontró en el ejemplo del profeta. La *Sunna* encontró su justificación en algunas frases del Corán que indicaban que lo que dijo e hizo Mahoma no podía menos que ser una realización del ideal por él revelado, se consideró que la conducta del profeta tenía la revelación implícita por lo que se le consideró infalible y tan importante como el Corán. Su conducta se manifestaba en tres maneras: 1) lo que dijo, preceptos extra-coránicos; 2) lo que hizo, ejemplo a imitar y 3) lo que consintió, costumbres o hechos acerca de los cuales guardó silencio, aprobándolos tácitamente, estas tres manifestaciones se comprenden en el término general de *sunna*.<sup>482</sup>

Aunque el Corán es el libro principal del Islam, la mayoría de las reglas del *Sharia* provienen de la práctica del profeta Mahoma (*sunna*) que fue recolectada a través de informes verbales. La *Sunna* fue plasmada en *hadices* (relato) que son relatos breves de lo dicho por la autoridad actuante respecto al problema jurídico y una cadena de transmisiones que vinculaba la declaración del primer transmitente con el momento en que la tradición concreta se pone por escrito.<sup>483</sup>

La forma de los *hadices* es la siguiente: El texto va precedido de la enumeración de los transmisores, cadena de apoyo o *isnad* con la forma “nos contó X que había oído de X, quien a su vez lo oyó de X, que Alí presencié cómo Mahoma dijo o hizo...” y conforme a ello se tiene por correcta toda manera de juzgar u obrar que pueda ser justificada por una tradición del comportamiento del profeta señalada por un testigo. El surgimiento de falsos *hadices* obligó la recopilación de ellos por los jurisconsultos, verificando que estuvieran autenticados por una cadena ininterrumpida de transmisores (*isnad*). Los *hadices* auténticos fueron universalmente aceptados al margen de las interpretaciones de las diversas escuelas.<sup>484</sup>

En teoría clásica, tanto el Corán como la *Sunna* forman parte de la revelación divina y por tanto, son inmutables. El Corán debe leerse a la luz de la *Sunna* y no viceversa, pues la *Sunna* ofrece materiales indispensables para su interpretación e indicaciones que no están en el Corán. De este modo, tanto el Corán como los *hadices* son las principales fuentes del derecho que son ampliadas mediante el *idjmá* y el *quiyás*.<sup>485</sup>

El *idjmá* se refiere al consenso general como una forma indirecta de revelación que se utiliza para sancionar y garantizar la interpretación correcta de las dos

---

<sup>482</sup> López Ortíz, José, *Derecho musulmán*, Barcelona, Editorial Labor, 1932, pp. 22-23; De Hijas, p. 15.

<sup>483</sup> Aguilera, *op. cit.*, p. 125.

<sup>484</sup> Griffel, *op. cit.*, p. 3; De Hijas, *op. cit.*, pp.15-16; Aguilera, *op. cit.*, p. 125.

<sup>485</sup> Ferrari, *op. cit.*, p. 189-190.



fuentes principales del derecho: el Corán y la *Sunna*, para consagrar legalmente la costumbre y para evitar el surgimiento de normas contradictorias. El *idjmá* se presenta cuando los sabios del pueblo mediante consenso o acuerdo afirman que alguna práctica o culto es regla de derecho y por lo tanto, es aceptada como inspirada por Alá.<sup>486</sup>

A diferencia del consenso de todos los musulmanes, el consenso de los doctores tiene validez geográfica limitada (al territorio en el que prevalece su escuela de adscripción) a cambio de lo cual tiene gran ventaja de ser concreto y detallado lo que le da su importancia práctica. Así, la decisión acerca de lo que constituye una práctica normativa queda en manos de la última generación de los representantes de cada escuela jurídica.<sup>487</sup>

La norma creada a partir de este proceso adquiere carácter de revelación y por tanto, ya no se puede revisar. Teóricamente, nada impide que el *idjmá* establecido en un momento determinado no pueda ser reemplazado por uno posterior, pero en los primeros tiempos las enormes distancias y la pretensión de un gobierno universal requerían la unificación de la ley para que cualquier musulmán en cualquier lugar del imperio tuviera la seguridad de actuar frente a una situación determinada. Su función era servir como un marco de referencia para el comportamiento.<sup>488</sup>

El *quiyás* es un método de razonamiento por analogía que se usa para sintetizar un precepto jurídico por la vía de establecer un paralelismo entre un supuesto concreto y otra institución o decisión. La utilización del razonamiento individual recibe el nombre de *ijtihad* y el *mujtahid* es el abogado o jurista cualificado que lo utiliza.<sup>489</sup>

Cuando las primeras tres fuentes infalibles fallan en proporcionar guía, se utiliza el razonamiento analógico o *quiyás* para extender la regla fuera de su círculo y así la solución de un caso pueda ser encontrada en un caso parecido ya resuelto por un texto. Es de suma importancia advertir que el *quiyás* o analogía es un criterio humano, por lo tanto no puede fundarse en una norma surgida de otra analogía (de origen humano), sólo puede basarse en un precepto del Corán o en los *hadices*.<sup>490</sup>

Dado su origen humano el *quiyás* es un criterio falible, sujeto al error cuyo valor depende del prestigio del jurista que la elabore, pero será una opinión doctrinal

<sup>486</sup> De Hijas, *op. cit.*, p. 17; Ferrari, *op. cit.*, pp. 189-190; López Ortiz, *op. cit.*, p. 26.

<sup>487</sup> Aguilera, *op. cit.*, pp.128-129.

<sup>488</sup> Mandirola Brieux, Pablo, *Introducción al derecho islámico*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 64, 66.

<sup>489</sup> Aguilera, *op. cit.*, p. 130; López Ortiz, *op. cit.*, p. 26.

<sup>490</sup> De Hijas, *op. cit.*, p. 18; Mandirola, *op. cit.*, p. 69.

hasta que adquiriera carácter de ley cuando el cuerpo de expertos lo convierta en regla mediante el *idjmá* o consenso.<sup>491</sup> Como resultado, existen diferentes interpretaciones de las normas que a su vez, han dado lugar a diferentes escuelas de las que el fiel musulmán puede elegir a la que quiera prestar su obediencia.<sup>492</sup>

El *ijtihad* o razonamiento jurídico islámico sirvió durante mucho tiempo para adaptar los preceptos del Corán y los *hadices* a las necesidades de la vida pública, pero los teólogos vieron peligrar la pureza del dogma y temieron que la revelación fuera suplantada por criterios humanos; con ello se estimó que ya se habían agotado los esfuerzos de búsqueda y comentarios de todo género que era posible hacer sobre los textos divinos y cesaron de utilizar el razonamiento. Las corrientes más puristas sostuvieron que no había necesidad de admitir más interpretaciones sobre un punto que ya había sido tratado y sobre el que ya hubiera consenso de la comunidad. Por eso no se permitió más interpretación individual y a mediados del siglo X se cerró la puerta del razonamiento individual, condenando como hereje a quien cuestionara la interpretación. Dicho suceso se conoce como el cierre de la puerta del esfuerzo o *taklic* y ha sido en buena medida el causante de la inmutabilidad del derecho islámico durante varios siglos.<sup>493</sup>

La exclusión absoluta del razonamiento independiente o individual (*ijtihad*) sólo deja abierta la vía de la imitación o de la repetición de la doctrina enseñada por las escuelas reconocidas oficialmente, el jurista se convierte en imitador de sus predecesores y su actividad está limitada a explicar las reglas preestablecidas. En los tiempos actuales, las exigencias de cambio y adaptación se han canalizado a través de la actividad legislativa estatal, gracias a los conceptos de necesidad e interés público que han servido para justificar la (parcial) secularización de los ordenamientos jurídicos de los países musulmanes.<sup>494</sup>

Existen largos debates entre las escuelas acerca de cuándo y en qué grado las herramientas como la analogía pueden ser utilizadas, así como su grado de autoridad. En términos generales se reconoce que la ley coránica junto con los sucesivos comentarios son incompletos e incluso contradictorias, situación en la que el último comentarista debe elegir la mejor solución entre las reglas preexistentes, cuidando que sea la que mejor se ajuste a las enseñanzas del Islam y su escuela. En su práctica debe descubrir el consenso de los creyentes o escoger la regla que se ajuste mejor a las necesidades de la comunidad. Como las recopilaciones de las interpretaciones de los especialistas no están sistematizadas, normalmente el comentarista indica la manera en que otros han

---

<sup>491</sup> De Hijas, *op. cit.*, p. 18; Mandirola, *op. cit.*, p. 69.

<sup>492</sup> Ferrari, *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>493</sup> De Hijas, *op. cit.*, p. 18; Mandirola, *op. cit.*, p. 68.

<sup>494</sup> Ferrari, *op. cit.*, pp. 191-193.

interpretado los dichos del profeta extendiéndolos a otras situaciones de hecho similares antes que él y después proporciona sus propias aplicaciones.<sup>495</sup>

Finalmente, tenemos al *fiq* o jurisprudencia islámica (surgida durante el siglo VIII) que es la disciplina a través de la cual los musulmanes describen y exploran el *Sharia*. El *fiq* es una actividad humana encargada de sistematizar los resultados obtenidos de la aplicación de las fuentes jurídicas y cobra sentido al interior de cada escuela jurídica que no puede ser adscrita a Dios o a sus profetas aunque la revelación profética es una fuente a partir de la cual se inspiran los académicos musulmanes que crean el *fiq*.<sup>496</sup>

La práctica común en la jurisprudencia musulmana obliga a reducir todos los nuevos problemas jurídicos a las reglas existentes en el Corán y en el cuerpo de *hadices* pero conscientes de que el gran número de *hadices* no pueden ser exhaustivos acerca de los problemas futuros, los juristas musulmanes comprendieron que la técnica más importante de la jurisprudencia musulmana era reducir los casos nuevos a los que ya están mencionados en esas dos fuentes por medio de la analogía o *quiyás*.<sup>497</sup>

## 2. Historia general del derecho islámico y particular de Arabia Saudita

La historia del derecho musulmán es, en parte, la historia del Islam y la historia compartida de la comunidad musulmana establecida en pequeños asentamientos sobre varios territorios del Medio Oriente, norte de África y oeste de Asia. Las diferentes configuraciones de los territorios musulmanes a lo largo de su historia han producido esta historia compartida de la comunidad musulmana que sólo comienza a diferenciarse, delimitarse más claramente y volverse más específica en el siglo XX con la caída del imperio otomano.

El inicio de este breve recuento se inicia con la obra de Mahoma, quien fue un comerciante —nacido en la ciudad de Medina, Arabia— que recibió revelación divina para predicar en el nombre de Dios hacia el año 610; los mensajes recibidos es lo que se conoce como el Corán, que significa la lectura o resucitación. A partir de ese momento Mahoma comenzó a predicar en nombre de un Dios único e indivisible en un entorno de idolatría y ritos paganos.<sup>498</sup>

---

<sup>495</sup> Shapiro, Martin, *op. cit.*, pp. 99-100.

<sup>496</sup> Griffel, *op. cit.*, p. 3; López, Ortiz, *op. cit.*, p. 31.

<sup>497</sup> Griffel, *op. cit.*, p. 3.

<sup>498</sup> Mandirola, *op. cit.*, p. 9.

En sus inicios, Mahoma y sus seguidores sufrieron persecución y se vieron obligados a huir a la ciudad de Medina en el año 622, momento conocido como la Hégira, que señala el comienzo del calendario musulmánico. Aquí surge el primer cambio fundamental en la actitud del musulmán, antes sumiso a las vejaciones, pues a partir de ese momento le es permitido oponer resistencia activa en la defensa de la fe y son autorizados a “combatir a sus enemigos”. En Medina se adopta el Islam rápidamente y Mahoma es visto como autoridad política, militar y religiosa.<sup>499</sup>

A la muerte de Mahoma en el 632, el Islam ya se había extendido por el occidente de Arabia, de Yemen hasta Jordania. La muerte del profeta fue un momento crucial porque hasta ese momento, los musulmanes se agruparon en torno a él; con su muerte surgieron los conflictos entre sus seguidores.

Las disidencias aparecieron con la muerte de Mahoma por los desacuerdos para nombrar a su sucesor. La necesidad de dar un jefe a la comunidad musulmana llevó a adoptar la figura del califa o sucesor. En su concepción clásica, el califa es el líder que ejerce el poder supremo e indivisible sobre todos los musulmanes pues el Islam constituye un solo cuerpo político. El califa concentra los poderes de gobierno, administración y justicia y es al mismo tiempo *imam* o director de la plegaria, líder religioso.<sup>500</sup>

La tarea de precisar los mandatos de la *sharia* pasó a manos de los expertos en derecho islámico (*ulema*) y los gobernantes quedaron sujetos a ello, pues sólo tenían facultad para nombrar a los *cadís*<sup>501</sup> para asegurar el cumplimiento de la *sharia*, de acuerdo con los preceptos definidos doctrinalmente por los *ulema*.<sup>502</sup>

La discusión sobre la legitimidad del poder dio lugar a dos posturas doctrinales que subsisten hasta nuestros días: la teoría ortodoxa o sunita —por reconocer el valor de la *Sunna* o praxis de Mahoma— y la teoría heterodoxa o chiítas, posturas que a su vez generaron diferentes escuelas de interpretación.<sup>503</sup> En ese sentido,

---

<sup>499</sup> Mandirola, *op. cit.*, p. 10.

<sup>500</sup> De Hijas *op. cit.*, p. 20.

<sup>501</sup> La figura del *cadí* surgió como un simple secretario jurídico del gobernador, designado por él para ejercer su autoridad delegada y cuyas decisiones eran revisadas. Inicialmente se dedicó a atender sólo disputas privadas que se le presentaban voluntariamente por las partes, sin embargo dejó de ser un funcionario administrativo para comenzar a prestar servicios en representación del gobernador local. Por los años 715 o 720 se empezó la costumbre de nombrar *cadís* de entre los académicos especialistas en el Corán, así fue como se convirtió en un experto religioso. Tal práctica convirtió al *cadí* en una profesión separada de académicos religiosos y cuando dejaron de estar subordinados al gobernador, se convirtieron en jueces especializados independientes. Dado que los *cadís* eran nombrados por los gobernadores locales de territorios, siempre estuvieron aislados y no conocieron la estructura jerárquica de instituciones. Shapiro, Martin, p. 206.

<sup>502</sup> Aguilera, *op. cit.*, p. 95.

<sup>503</sup> Mandirola, *op. cit.*, p. 13; Aguilera, *op. cit.*, p. 95; Wynbrandt, James, *A brief History of Saudi Arabia*, 2<sup>nd</sup> ed., New York, Maple-Vail Book Manufacturing Group, 2010, p. 52.

Pablo Mandirola sostiene que desde el mismo momento de la muerte de Mahoma, la sucesión representó un problema porque el profeta no designó sucesor ni indicó la manera de designarlo, lo que ha provocado inestabilidad y enfrentamientos en casi todas las transmisiones de poder. Lo anterior porque ante la ausencia de señalamiento explícito, la forma de gobierno está abierto a todas las posibilidades: desde un gobernante elegido democráticamente hasta uno que ocupe el poder de manera fáctica.<sup>504</sup>

### **A. Teoría ortodoxa o sunita**

Al no haber ningún orden sucesorio establecido, se concluye que el califa debe ser designado por la comunidad musulmana como “simple mandatario representante de la comunidad”. El cargo puede ser revocado y ejerce autoridad en asuntos religiosos y temporales sin poder para legislar ni introducir reformas religiosas. Como interpretar los mensajes divinos ha sido siempre tarea de los *ulemas* (los expertos o sabios), la designación popular debe ser ratificada por ellos.<sup>505</sup>

Dentro de la teoría sunita más pura, sólo los cuatro primeros califas son legítimos. Al no haber sido revelada ninguna indicación de la manera de proceder, no se puede asegurar que un sistema sea más legítimo que otro, entonces la legitimación sólo la pueden otorgar los expertos religiosos. Desde ese momento los *ulemas* otorgarían la legitimación a quien efectivamente detente el poder.<sup>506</sup>

### **B. Teoría heterodoxa o chiíta**

Sostienen que Mahoma en vida designó sucesor a su yerno Alí a quien le transmitió una revelación que debía permanecer en secreto entre sus descendientes. Por ello se opusieron al califato electivo que era opuesto al principio hereditario; así hay una pretensión dinástica de justificación divina y al quebrarse la línea sucesoria se opusieron a las pretensiones de cualquier gobernante.<sup>507</sup>

Los cuatro primeros califas fueron designados por elección: Abubeker, Omar, Osman y Alí del 632 al 661 pero después de que Alí fue asesinado junto con sus hijos, se impuso la dinastía de los Omeyyas que se asumió como una monarquía

---

<sup>504</sup> Mandirola, *op. cit.*, pp. 12-15.

<sup>505</sup> De Hijas, *op. cit.*, p. 21; Mandirola, *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>506</sup> Mandirola, *op. cit.*, p. 18.

<sup>507</sup> Mandirola, *op. cit.*, pp. 19-20.

militar hereditaria.<sup>508</sup> En ese momento los chiítas sostienen que muertos todos los descendientes de Mahoma el califa debe ser sustituido por un Imán, del cual se recibe la revelación del profeta. El Imán —a diferencia del califa— tiene el don de revelación, es infalible y tiene calidad de Mujdtahid (experto o sabio) lo que lo posibilita a modificar el dogma. En general los shiítas aceptan la existencia de un Imán ausente que guía a los que ocupan su lugar en la tierra y espera el momento para reaparecer.<sup>509</sup>

A partir del siglo XI iniciaron las invasiones y los pueblos islámicos —excepto Arabia— cayeron bajo la dominación turca, obligando a los abasíes<sup>510</sup> a renunciar al califato.<sup>511</sup> Para los ortodoxos sólo son califas legítimos los primeros 4 designados por elección, el resto de ellos se impusieron a sí mismos por la fuerza, así que el Califato continuó sólo como título porque los Omeyas, Abasíes y Otomanos han sido califas de hecho a los que se les ha aceptado por necesidad al no encontrar un líder que cumpla con las cualidades requeridas y por ser ese mal preferible a caer en la anarquía.<sup>512</sup>

### **C. Imperio otomano**

A inicios del siglo XII el imperio enfrentó la amenaza de las cruzadas cristianas<sup>513</sup> y poco después la invasión de Mongolia con Ghenghis Khan quien arrasó el imperio y exterminó por completo el califato.<sup>514</sup> Con la caída del sultanato seliúcida bajo los mongoles, muchos gobernadores turcos forjaron sus imperios para sí, una de esas dinastías turcas fue la Otomana. Gradualmente los otomanos adoptaron al profeta y las bases musulmanas para establecer un nuevo imperio musulmán que en mayo de 1453 conquistaría Constantinopla derrotando al imperio Bizantino. Así el imperio Otomano se extendió por tres continentes Asia, Europa y África.<sup>515</sup>

---

<sup>508</sup> De Hijas, *op. cit.*, pp. 23-24.

<sup>509</sup> Mandirola, *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>510</sup> Dinastía que llevaba el nombre de su líder Al-Mamum Abásida, tomó el poder del año 750 al 1258. En este periodo se fijó el derecho gracias a las doctrinas de cuatro escuelas ortodoxas que llevan el nombre de sus fundadores: Malek, Hanifa, Xafei y Hambal y que propiciaron el cierre de la puerta del esfuerzo por considerar que los expertos habían llegado a los límites del conocimiento de las fuentes originarias y era inútil seguir los estudios. De Hijas, *op. cit.*, p. 24; Mandirola, *op. cit.*, p. 22; Wynbrandt, *op. cit.*, p. 59.

<sup>511</sup> Los sultanes turcos adoptaron el título de califas en el año 1774.

<sup>512</sup> De Hijas, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>513</sup> Campañas militares con motivos religiosos, llevadas a cabo principalmente contra los musulmanes para recuperar y liberar Tierra Santa de la dominación musulmana.

<sup>514</sup> Simons, Geoff, *Saudi Arabia: The Shape of Client Feudalism*, New York, 1998, pp. 134.

<sup>515</sup> *Ibidem.*, pp. 137-138.

Para los otomanos el uso del término “califa” sólo significó el ejercicio efectivo del poder secular o la marca del reconocimiento como gobernante hasta que el sultán Selim y sus sucesores se autoproclamaron “sirvientes y protectores de los lugares sagrados” lo que les significó la autoridad indiscutida sobre todos los musulmanes.<sup>516</sup> El imperio otomano fue el más poderoso en los países del islamismo que hacia el siglo XVI ya constituía un sistema estatal organizado jerárquicamente con una estructura militarista, dirigido por el sultán en el que todo funcionario tenía rango militar.<sup>517</sup>

El apogeo del imperio Otomano vino con Solimán, el décimo sultán otomano (1520-1566) quien fue un gran legislador, guerrero, académico, poeta y patrón de las artes. Solimán gobernó un vasto territorio, asumiendo los poderes del califato con la supremacía espiritual entre los príncipes musulmanes.<sup>518</sup> En el siglo XVI Solimán *El Magnífico* (1520-1566) inició una agresiva campaña expansiva que extendió las fronteras del imperio hasta Viena y por el Mediterráneo, hasta Marruecos.<sup>519</sup>

Durante el imperio otomano la administración de justicia se basó en la *sharia* y garantizar su observancia se convirtió en la tarea principal del sultán que se auxiliaba del *jeque* (máxima autoridad de cada tribu árabe) para conseguirlo. Aunque en estricto sentido nadie puede crear derecho salvo Alá, cierto es que los sultanes regularon varios aspectos de la vida social que en varios casos sustituían incluso preceptos de la *sharia*.<sup>520</sup>

Desde la época del Solimán los *ulemas* elaboraron principios para acomodar la *sharia* dentro del Estado, adquiriendo con ello un papel distinto e importante como parte integrante de la jerarquía del Estado. Como la *sharia* hablaba poco o nada acerca de la administración del Estado, el sultán podía interpretar libremente y la función de los *ulemas* se redujo a verificar que las nuevas regulaciones estuvieran de acuerdo con la *sharia*.<sup>521</sup>

Así por primera vez con las regulaciones del sultán se utiliza un aparato de producción legislativa sin hacer referencia directa a los mandatos de la revelación. El entramado administrativo consolidó al imperio como una gran potencia hasta mediados del siglo XIX, pero simultáneamente albergó altos niveles de corrupción, cuya indisciplina terminó debilitando al gobierno central y cayó en una etapa de

---

<sup>516</sup> *Ibidem.*, p. 140.

<sup>517</sup> Mandirola, *op. cit.*, p. 33.

<sup>518</sup> Simons, *op. cit.*, pp. 140-141.

<sup>519</sup> Mandirola, *op. cit.*, p. 34

<sup>520</sup> Aguilera, *op. cit.*, pp. 105-107.

<sup>521</sup> Mandirola, *op. cit.*, pp. 35-36.

estancamiento.<sup>522</sup> Con el debilitamiento del Estado, los conflictos religiosos se agudizan, al tiempo que las potencias occidentales comienzan a percibirse como una amenaza por sus aspiraciones de ocupación colonial.<sup>523</sup>

A la muerte de Solimán en 1566, comenzó la decadencia del Imperio Otomano debido a factores como la invasión de otros poderes, los usuales problemas de la sucesión dinástica de la lucha por el poder y los problemas para administrar el vasto territorio así como la corrupción endémica. Del siglo XVI en adelante se perdió la disciplina que caracterizó en algún momento al imperio y los intentos por imponer de nuevo la autoridad turca en la región fracasaron.<sup>524</sup>

En tal contexto surge la idea del estado teocrático que promueve las reivindicaciones nacionalistas y la ortodoxia religiosa, volver al puritanismo del islam que se había corrompido y flexibilizado. Así la guerra santa o *jihad* se dirige contra los extranjeros y escuelas musulmanas más flexibles que permitieron la incorporación de elementos extraños y los han apartado del camino del profeta.<sup>525</sup>

A inicios del siglo XX el único centro de poder en manos musulmanas era lo que quedaba del imperio otomano. Durante la Primera Guerra Mundial, lo que quedaba del imperio otomano debilitado se une a la Triple Alianza. Con la virtual derrota que sufre por el bombardeo y ocupación de su capital, Estambul, el soberano aceptó los términos de los aliados. Socabado el imperio y tras la guerra de independencia, Kemal Atatürk asume el cargo de presidente de la República laica y democrática de Turquía y declara la disolución del califato, acto que disgregó virtualmente a la comunidad musulmana entendida como una sola tierra de pertenencia donde la religión era la ciudadanía y surgieron en su lugar diferentes países e identidades nacionales.<sup>526</sup>

Después de la Primera Guerra Mundial (1914 – 1919) sólo Yemen, Afganistán y Arabia gozaban de alguna independencia y desde ese momento la influencia occidental transformaría la vida cotidiana.<sup>527</sup> De cualquier modo, al inicio del siglo XX las sociedades musulmanas reciben un poco de influencia occidental, sea por la administración colonial o por el intento de adaptarse al modelo de desarrollo occidental y no permanecer al margen de la evolución en el resto del mundo.<sup>528</sup>

---

<sup>522</sup> *Idem.*

<sup>523</sup> *Ibidem.*, p. 36.

<sup>524</sup> Simons, *op. cit.*, p. 141-142.

<sup>525</sup> Mandirola, *op. cit.*, p. 37.

<sup>526</sup> De Hijas, *op. cit.*, p. 27.

<sup>527</sup> Mandirola, *op. cit.*, p. 38.

<sup>528</sup> *Ibidem.*, p. 39. El proceso de transformación de la comunidad musulmana por efecto de las potencias occidentales ha ocasionado sentimientos de emulación e independencia así como de nacionalismos exacerbados combinados con el sentimiento de sentirse invadidos y atentados en su intimidad. Aunque



Con el proceso de descolonización el Islam conocerá formas de gobierno distintas al califato, en la forma de nuevos Estados nacionales tomados de occidente, donde *ulemas* y ejércitos tradicionales son excluidos de la toma de decisión. Se elaboraron reglamentaciones laicas junto a la *Sharia*, se crearon universidades al estilo occidental.<sup>529</sup> Después de eso, aunque la fraternidad entre musulmanes sigue existiendo, los expertos consideran que ahora se expresa más en términos de solidaridad que de pertenencia a un proyecto común.<sup>530</sup>

#### **D. Surgimiento de Arabia**

Arabia de la casa de Saud fue constituida en 1930 bajo el nombre de una dinastía particular: Arabia Saudita. Según Simons, el proceso y contexto de toma de poder en la historia de Medio Oriente ha sido casi siempre el mismo, con violentas batallas de décadas o siglos entre facciones tribales, se reúnen y ganan aliados, se aseguran territorios, se eliminan tantos enemigos como sea posible y se hace una proclamación de protección de la deidad central y el caso de Arabia no fue la excepción.<sup>531</sup>

Al convertirse en gobernador de la Mecca y Medina, Abdul Aziz asumió la responsabilidad de protector de las mezquitas, una posición muy importante dentro del mundo musulmán y al final de la segunda guerra mundial se convirtió en el único líder árabe verdaderamente independiente, lo que lo posicionó en un papel central en la política.<sup>532</sup> Su primer decreto fue crear un Consejo Consultivo (*Majlis al Shura*) de ulemas, dignatarios y mercaderes que sirvieran como intermediarios entre el rey y la gente.<sup>533</sup>

Abdul Aziz estableció el estado saudita en tres etapas: al recuperar la ciudad de Najd en 1905, al derrotar al clan Rashid en Hail en 1921 y al conquistar la ciudad de Hijaz en 1924.<sup>534</sup>

Arabia pronto tuvo que hacer ajustes en su interior para armonizar lo viejo y lo nuevo, así como asumir un papel central como poseedora de los sitios más sagrados del Islam, todo lo cual ha hecho que su destino sea de importancia no

---

debemos recordar que las tendencias reformistas tienen varias caras, entre ellas las que pretenden secularizar y las que pretenden el renacimiento del Islam no son tendencias modernas ni occidentales. De Hijas, *op. cit.*, pp. 30, 32.

<sup>529</sup> Mandirola, *op. cit.*, p. 39.

<sup>530</sup> *Ibidem.*, p. 51.

<sup>531</sup> *Ibidem.*, p. 144.

<sup>532</sup> Federal Research Division, *Saudi Arabia, a country study*, [s.l.e.], Kessinger Publishing, 2004. Consultado en [http://books.google.com.mx/books?id=mrHn1IW\\_kSAC&hl=es](http://books.google.com.mx/books?id=mrHn1IW_kSAC&hl=es), p. 63.

<sup>533</sup> Simons, *op. cit.*, p. 180.

<sup>534</sup> Federal Research Division, *op. cit.*, p. 60.

sólo para sus habitantes sino también de millones de musulmanes en el mundo. Pero el acomodo se hizo más urgente tras el descubrimiento de grandes yacimientos de petróleo en los territorios desiertos de Arabia con lo que el Estado obtuvo una riqueza sin precedente para construir una infraestructura económica y material, comenzar grandes transformaciones e incorporarse a la economía mundial.<sup>535</sup>

Las sucesiones fueron conflictivas e interactuaron con prácticas modernizadoras occidentales, manteniendo una posición media entre la modernización y la tradición con los *ulemas*.<sup>536</sup>

### 3. Actualidad, Constitución y Sistema Judicial en Arabia

Arabia Saudita es hoy en día el único lugar en el Medio Oriente donde auténticamente se ha preservado el modelo tradicional de un solo monarca que gobierna, mientras la clase de los *ulema* interpreta el derecho de acuerdo con las doctrinas de la escuela clásica. La doctrina clásica de la escuela de derecho Hanbali<sup>537</sup> sigue teniendo un lugar dominante y el monarca oficialmente no legisla, sólo administra o regula algunos campos que la vida moderna exige. Por esto, no es coincidencia que Arabia fuera la única área importante de la región que permaneció independiente y libre de la influencia de Occidente que ha sido capaz de llevar a cabo sus programas de modernización manteniendo intactas amplias áreas del derecho.<sup>538</sup>

A lo largo de la historia árabe los *ulema* han sido líderes religiosos islámicos, cuyo principal papel ha sido proporcionar legitimación religiosa a los gobernantes del reino. Además de Irán, Arabia es el único país en el que este grupo tiene tal influencia política, se ha desempeñado como el órgano de consulta del monarca y está conformado por académicos religiosos, cadíes, abogados, maestros e *imams* (líderes religiosos) de las mezquitas.<sup>539</sup> Particularmente durante el último siglo, el reino árabe se ha mantenido gracias a la alianza entre la familia real y los *ulema* y

---

<sup>535</sup> Al-Rasheed, Madawi, *A History of Saudi Arabia*, New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 5-6.

<sup>536</sup> Federal Research Division, *op. cit.*, p. 70.

<sup>537</sup> Inicialmente Abdul Azaz ordenó que los textos jurídicos de las cuatro escuelas sunitas fueran accesibles a los tribunales y pudieran ser consultados cuando se necesitaran para más adelante restringir el derecho a la adopción institucional de la escuela hanbali únicamente, supuestamente, por su accesibilidad y la exhaustividad de su análisis. Riyadh, M. A. Nezami Talesh, "Law and Judicial System in Saudi Arabia: The Formative Years", *Rechtstheorie*, Berlin, Vol. 12, pp. 47-48.

<sup>538</sup> Mayer, Ann Elizabeth, "Law and religion in the Muslim Middle East", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 35, Num. 1, Winter 1987, p. 134.

<sup>539</sup> Federal Research Division, *op. cit.*, p. 232.

ha sido gobernada por el monarca con la asistencia del Consejo de Ministros que trabajan de acuerdo a los estatutos de 1958.<sup>540</sup>

Reconociendo la gran diversidad en la tradición jurídica islámica los gobernadores raramente han tratado de imponer una versión del Islam aunque es usual que seleccionen y promuevan una escuela como la escuela oficial para ser aplicadas por los tribunales en sus territorios.<sup>541</sup> La tolerancia de los gobernadores musulmanes a la diversidad de escuelas se explica debido a que el derecho de la *sharia* tiene poco o nada que ver con cuestiones de derecho público o asuntos del estado, se concentra más bien en asuntos de derecho privado que tienen poco impacto político. De este modo, la escasa teoría jurídica sobre gobierno, administración y finanzas, por ejemplo, ha dado a los gobiernos amplio margen para establecer sus propias reglas y procedimientos.<sup>542</sup>

El término “Constitución”, *Dustur*, no es usado comúnmente entre la población ya que consideran que el único libro que puede ser denominado así es el Corán y así lo ha sostenido el gobierno. La ausencia de un cuerpo legislativo se explica porque cualquier legislación se puede considerar inconsistente con el sistema jurídico árabe basado en la *Sharia*.<sup>543</sup>

Desde la unificación del reino se sintió la necesidad de reglamentar y sistematizar el trabajo del gobierno para manejar los problemas económicos, políticos y jurídicos emergentes así como para superar y atender las necesidades de los tiempos, para lo cual se desarrolló la herramienta de la “administración pública de acuerdo a la *sharia*” con la que el soberano emitía nuevas regulaciones para llenar las lagunas de las fuentes sagradas.<sup>544</sup>

La idea de una Constitución surgió desde los días de unificación en 1932 pero no se consolidó debido a disputas políticas en la familia real. Después de varios esfuerzos previos, en marzo de 1992, el rey Fahd emitió una serie de decretos que en conjunto se identifican como la Constitución de Arabia Saudita aunque desde el momento mismo de su introducción se evitó deliberadamente cualquier referencia a ese término (*Dustur*) y en su lugar se utilizan términos como los

---

<sup>540</sup> Aba-Namay, Rashed, “The Recent Constitutional Reforms in Saudi Arabia”, *International and Comparative Law Quarterly*, London, Vol. 42, Part 2, April 1993, 295.

<sup>541</sup> Mientras sigan los mandatos del líder musulmán y paguen impuestos, los musulmanes son libres de seguir en la esfera privada, las reglas de la escuela que decidan adoptar.

<sup>542</sup> Mayer, *op. cit.*, p. 133-134.

<sup>543</sup> Aba-Namay, *op. cit.*, p. 295.

<sup>544</sup> Riyadh, *op. cit.*, p. 49.

siguientes para referirse a la nueva Constitución: Sistema Básico de Reglas, Consejo Consultivo y Sistema Administrativo Regional.<sup>545</sup>

Los tres decretos reales que se conocen como la Constitución<sup>546</sup> versan sobre el Sistema de Reglas Básico (de gobierno), el Sistema de Provincias y el Consejo Consultivo y fueron promulgados para crear o modificar instituciones que son necesarias para aplicar el concepto de gobierno islámico y saudita. Dicha afirmación real califica los decretos como la autenticación de situaciones previamente existentes que además, habían sido diseñados y guiados con arreglo a la *sharia* y expresan las tradiciones, costumbres y normas correctas del Islam.<sup>547</sup>

Según el Sistema de Reglas Básico, el reino de Arabia Saudita es un estado soberano árabe e islámico cuya religión es el Islam y su Constitución el sagrado Corán y la *Sunna* del profeta; su lenguaje el árabe y su capital, la ciudad de Riyadh.<sup>548</sup> El Sistema Básico de Reglas describe el sistema de gobierno e instituye un nuevo sistema de sucesión al trono por medio de un colegio electoral de príncipes para elegir al nuevo rey.<sup>549</sup>

### **A. Poder Ejecutivo**

El rey retiene el ejercicio de los principales niveles de poder: las funciones ejecutiva y legislativa y ocasionalmente ejerce autoridad judicial como cabeza de la comunidad.<sup>550</sup> Es también la cabeza del Consejo de Ministros como Primer Ministro y reúne así un tremendo poder, con la capacidad para disolver y reorganizar el Consejo de Ministros y el Consejo Consultivo.<sup>551</sup>

La administración del gobierno tiene una división vertical con semi-autonomía de las áreas urbanas, un consejo local de ciudadanos designados y un emir o gobernador de cada región, controlados por la autoridad central; ninguna autoridad

---

<sup>545</sup> Flanz, Gisbert H. (ed.), *Constitutions of the Countries of the World: Kingdom of Saudi Arabia*, New York, Oceana Publications, 1995, p. IX; Aba-Namay, *op. cit.*, pp. 295, 297.

<sup>546</sup> La emisión de la Constitución ha provocado diversas reacciones entre la comunidad islámica conservadora y progresista. Por una parte, los conservadores se oponen porque temen que las innovaciones heréticas eliminen los textos sagrados que lleven a practicar el islam de acuerdo a principios extranjeros. Por el lado opuesto, los progresistas califican de insatisfactorias las reformas y piden una revisión y reparación del sistema con restricciones a la monarquía, igualdad para todos los ciudadanos y reforma de los medios de comunicación, entre otras. Aba-Namay, *op. cit.*, p. 300-301; Griffel, *op. cit.*, pp. 10-14.

<sup>547</sup> Flanz, *op. cit.*, p. IX, 1.

<sup>548</sup> Flanz, *op. cit.*, p. 4.

<sup>549</sup> Aba-Namay, *op. cit.*, p. 304.

<sup>550</sup> *Ibidem.*, p. 305.

<sup>551</sup> *Ibidem.*, pp. 305-306.

designada puede oponerse al rey o alguna institución designada por influencia de los príncipes.<sup>552</sup>

El poder ejecutivo está investido en el rey, encargado de conducir la política de la nación de acuerdo a las normas del Islam y vigilar la implementación del derecho islámico, el sistema de gobierno, las políticas generales de estado, la protección y defensa del país. En el área ejecutiva, el gobierno nacional está representado en el Consejo de Ministros y los gobiernos locales de las diferentes regiones del reino con sus propios consejos regionales; la administración de esas regiones está controlada por una constitución regional de reciente aparición pero la distribución entre poder central y el local es indefinida y ambigua.<sup>553</sup>

El artículo 56 del Sistema de Reglas Básico señala que el rey es asistido en el desempeño de sus funciones por los miembros del Consejo de Ministros, el cual será organizado de acuerdo a los asuntos internos y externos del gobierno y para la coordinación de su trabajo. Los ministros son designados por el rey y como parte del Consejo de Ministros actúan como la autoridad suprema del Estado con funciones ejecutivas bajo el control directo del rey.<sup>554</sup>

## **B. Poder Legislativo**

En muchas sociedades islámicas modernas, muchas partes de la *sharia*, en especial *moamalat*<sup>555</sup> han sido oficialmente abarcadas y reguladas por el derecho secular: herencia, uso de tierra, código penal o derecho familiar. Pero no así en Arabia Saudita donde sólo las cuestiones de *moamalat* (transacciones sociales) no contempladas en la *sharia* pueden ser objeto de regulación. Actualmente, el derecho secular en Arabia cubre principalmente los sectores de negocio, comercio y administración pública.<sup>556</sup>

Como el concepto de legislación (*tashria*) no es aceptada por los musulmanes, lo que se hace es sólo “regular” ciertos sectores del derecho.<sup>557</sup> La regulación (*Nizam*) es creada por una nueva institución legislativa conocida como Consejo

---

<sup>552</sup> *Ibidem.*, pp. 306-307.

<sup>553</sup> *Ibidem.*, pp. 307-309.

<sup>554</sup> *Ibidem.*, p. 308; Flanz, *op. cit.*, p. 12.

<sup>555</sup> Tradicionalmente el Islam consiste en dos divisiones: *eatecadath* (creencias) y *ahkam* (ordenanzas y normas) mejor conocida como la *sharia* que regula la conducta y el comportamiento humano. Dependiendo de su objeto, la *ahkam* (ordenanzas y normas) se divide adicionalmente en *ebadat* (rituales y cultos) que especifica las obligaciones del hombre hacia Dios; y *moamalat* (transacciones sociales) que regula las interacciones entre los hombres. Riyadh, *op. cit.*, p. 56.

<sup>556</sup> *Ibidem.*, pp. 56, 70.

<sup>557</sup> Abdul Aziz desde la institución del reino, se encargó de no desatender ningún precepto de la *sharia* y se aseguró de no llamar leyes sino “regulaciones” a esas promulgaciones. *Ibidem.*, p. 51.

Consultivo o “autoridad regulatoria” (no legislativa) que crea sus regulaciones basándose en el Islam, pues dicho órgano tanto en nombre como en contenido responde a la indicación de Dios de “consultar entre la gente”.<sup>558</sup>

Según el rey Fahad, Consejo Consultivo ha existido desde hace mucho tiempo aunque bajo distintas fórmulas, con la práctica del rey de consultar a los *ulemas* y hombres sabios sobre los asuntos que surgían. De este modo, el decreto no es más que una actualización y adaptación de la misma institución a los tiempos modernos que permite mayor eficiencia, vitalidad y orden en la consecución de las metas del consejo.<sup>559</sup>

El Consejo Consultivo puede debatir las políticas gubernamentales y proponer regulaciones al rey. Entre sus funciones están: estudiar las leyes internacionales, Constituciones, tratados y acuerdos y hacer sugerencias respecto a ellos; interpretar las regulaciones o discutir los informes anuales de otros cuerpos gubernamentales; cuestionar a los ministros y otros oficiales de gobierno. Según su normatividad, las acciones de gobierno deben ser aprobadas por el Consejo Consultivo o ser devueltas al rey.<sup>560</sup>

### **C. Poder Judicial**

Arabia tiene un sistema jurídico dual: tiene la *Sharia* y la legislación, llamada *nizam*, haciendo referencia al subsistema de las normas jurídicas temporales, autónomas aunque no completamente independientes de los tribunales y reglas de la *Sharia*.<sup>561</sup>

#### **a. Tribunales de la Sharia**

Un significativo acto de carácter judicial de Abdul Aziz en 1924 fue establecer la prohibición a toda persona, quienquiera que fuera, de tratar de buscar en los casos lo que ha sido establecido en los tribunales de la *sharia*.<sup>562</sup>

---

<sup>558</sup> Aba-Namay, *op. cit.*, p. 310.

<sup>559</sup> Flanz, *op. cit.*, p. 2.

<sup>560</sup> El Consejo Consultivo se compone de 61 miembros designados por las élites económicas, académicas y religiosas pero según Rashed Aba-Namay, en términos reales, el Consejo Consultivo cumple una mera función de asistencia porque sus propuestas son meras recomendaciones que solo pueden ser ejecutadas con la aprobación del Consejo de Ministros. Aba-Namay, *op. cit.*, pp. 311-312, 314.

<sup>561</sup> *Ibidem.*, p. 311

<sup>562</sup> Riyadh, *op. cit.*, p. 57.

El código organizacional de los tribunales de la *sharia* estableció en el año 1917 dos tipos de tribunal: uno expedito para faltas menores y delitos que no requerían ejecución así como para asuntos de propiedad menores a 30 libras; y un tribunal superior de la *sharia* para todos los asuntos fuera de la jurisdicción del primero. Un Consejo de Supervisión Judicial funcionaría como corte de apelación.<sup>563</sup>

En 1975 se reemplazó el código del 17 con 127 artículos que establecían un “nuevo sistema judicial” aunque en esencia seguía siendo el mismo. Las novedades fueron el señalamiento explícito de la independencia de los tribunales de la *sharia*; la extensión de tres a cuatro tribunales y los nuevos nombres de los tribunales: Supremo Consejo Judicial, Tribunal de Apelación, Tribunales Generales y Tribunales Sumarios.<sup>564</sup>

### **b. Tribunales seculares**

El surgimiento de tribunales paralelos en el caso de Arabia se debe a la negativa de los juristas de adjudicar bajo otras normas que no sean las de la *sharia*. Aunque desde el reinado de Abdul Aziz surgió la necesidad de regular problemas modernos de la vida diaria y crear un aparato judicial que lo aplicara, formal y oficialmente se llevó a cabo hasta 1973.<sup>565</sup>

En 1973 se estableció el Supremo Consejo Judicial como suprema corte de apelación que además de tareas como la designación, promoción y despido de jueces tiene facultad para revisar los asuntos en los que las autoridades consideran necesaria su participación; revisar, a solicitud del Ministro de Justicia, los asuntos que requieran la determinación general de principios de la *sharia*; revisar las opiniones en materia judicial y revisar las sentencias sobre pena de muerte, amputación y lapidación.<sup>566</sup>

Según el artículo 51 del Sistema Básico de Reglas, el Consejo Judicial Supremo podrá estar dividido en varias cortes especializadas y es un órgano independiente salvo de la autoridad de la *Sharia*.<sup>567</sup> En ese sentido, el Consejo Superior de Justicia juega un rol vital por sus poderes dentro del sistema judicial como responsable de interpretar la *sharia*, ya que puede declarar cualquier regulación incompatible con la *sharia* como inconstitucional. El Sistema de Reglas

---

<sup>563</sup> *Ibidem.*, p. 58.

<sup>564</sup> *Ibidem.*, p. 59.

<sup>565</sup> *Ibidem.*, p. 61.

<sup>566</sup> Aba-Namay, *op. cit.*, p. 320.

<sup>567</sup> Flanz, *op. cit.*, p. 11.

establece la independencia de los tribunales aunque no estipula las protecciones para asegurarla ni dice nada acerca de su organización y el sistema jerárquico.<sup>568</sup>

El sistema judicial tiene la obligación de aplicar derecho vigente: el del Suna, el Corán y el de las reglamentaciones que no los contradigan.<sup>569</sup> Por su naturaleza, los tribunales civiles o seculares son responsables de aplicar la ley no religiosa, incluyendo las futuras regulaciones promulgadas por el Consejo Consultivo.<sup>570</sup> Ejemplo de estos tribunales son:<sup>571</sup>

- El tribunal Comercial creado en 1926 se encargó de solucionar los conflictos entre comerciales de acuerdo a las costumbres y prácticas comerciales.
- El Tribunal Administrativo, se creó para regular el servicio civil junto con el código administrativo en 1931 para tratar las ofensas de los servidores públicos y el tratamiento de los demandantes. Adoptó varias formas hasta ser el Buró actual.
- Tribunal de las Fuerzas Armadas. Ratificado en 1946 resuelve en base a su propio código, las ofensas, infracciones y delitos de la clase militar.

Los asuntos temporales atendidos por tribunales especiales, podrían englobarse en comerciales, laborales y administrativos. Con el incremento de las disputas comerciales ha crecido también el número de tribunales y se han establecido precedentes con el surgimiento de casos complejos por lo que los servicios judiciales se han involucrado en establecer modelos apropiados de respuesta y procedimientos.<sup>572</sup>

Como resultado de este análisis podemos adelantar algunas conclusiones preliminares:

- La práctica judicial según la cual los tribunales siguen y aplican sentencias judiciales previas, es una práctica ampliamente recurrida y muy extendida, no sólo entre sistemas jurídicos de diferentes familias jurídicas sino también entre órganos jurisdiccionales de organismos internacionales y de origen convencional.
- Diversos factores han contrinuido a la difusión y socialización del precedente entre familias jurídicas pero la práctica se ha establecido en

---

<sup>568</sup> Aba-Namay, *op. cit.*, p. 319.

<sup>569</sup> *Ibidem.*, p. 320-321.

<sup>570</sup> *Ibidem.*, p. 323.

<sup>571</sup> Riyadh, *op. cit.*, pp. 61-62, 66.

<sup>572</sup> Aba-Namay, *op. cit.*, p. 318.



sistemas jurídicos muy diversos, adoptando además características propias muy particulares.

- La adaptación de la práctica del precedente, no obstante sus particularidades, permite identificar sus características necesarias, esto es, aquellas que son constantes y sin las cuales no podríamos hablar de precedente.
- Existen prácticas que guardan importantes similitudes con el precedente pero que, dada su naturaleza, no son ejemplares del concepto de precedente.

## CAPÍTULO 2

### ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL PRECEDENTE

#### I. Condiciones necesarias del precedente

Una vez que he delimitado y explicado las pretensiones metodológicas del trabajo de investigación, así como la descripción de la práctica de tribunales de diferentes sistemas jurídicos de seguir resoluciones pasadas, en este capítulo me propongo ofrecer una descripción de las que considero son las propiedades esenciales, necesarias o, en su caso, importantes del concepto de precedente, mismas que pretendo esclarecer, al ser las que —desde mi perspectiva— reflejan de mejor manera la forma en que entendemos y utilizamos el concepto de precedente.

Atendiendo a los elementos metodológicos proporcionados en la sección inicial denominada “Delimitación metodológica y conceptual”, estoy en posibilidad de referirnos aquéllas propiedades esenciales del concepto de precedente que 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:<sup>573</sup>

Condiciones necesarias:

1. Es una regla prescriptiva, de origen jurisdiccional, que pretende ser autoritativa, y es, al menos, vinculante.
2. Tiene la pretensión de regular, mediante el ejemplo, la conducta futura de sus destinatarios.

---

<sup>573</sup> 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 mencionadas son parte de las propiedades esenciales del concepto necesarias para entenderlo y aplicarlo.

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, pretende armonizar el pasado jurídico existente con el futuro novedoso del derecho.

Mi intuición es que las propiedades antes enunciadas son propiedades esenciales de la naturaleza del precedente,<sup>574</sup> todas ellas necesarias para la comprensión del concepto de precedente. Mi objetivo se limita a proporcionar una explicación adecuada de las propiedades que considero necesarias del concepto de precedente, sin perjuicio de que futuros análisis pudieran revelar alguna diversa adicional o suficiente. 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.<sup>575</sup>

En la filosofía 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 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) sigue siendo influyente.<sup>576</sup>

---

<sup>574</sup> 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.

<sup>575</sup> 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, “The Nature of the Theory of Law”, *op. cit.*, pp. 6-11.

<sup>576</sup> 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.

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 que pretendo explicar, considero que la tesis de la autoridad proporciona el enfoque teórico adecuado para abordar el análisis del concepto de 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 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 enfoque adecuado para entender el 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, significa subjetivizar el concepto (que es general) y concentrarnos demasiado en situaciones particulares, tal indagación no es de mi interés.

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 entiendo como una teoría que explica adecuadamente el papel de la autoridad así como de las reglas en el razonamiento práctico de las personas sujetas a ellas. La concepción de la autoridad es entonces nuestro punto de partida en el análisis del concepto de precedente, la cual proporcionará los elementos para explicar la primera y tercera propiedad del concepto de

precedente, relativas a las reglas autoritativas y a la interpretación, que son: 1. *Es una regla prescriptiva, de origen jurisdiccional, que pretende ser autoritativa, y es, al menos, vinculante* y 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.*

Por tanto, haré una breve revisión de la tesis para sentar las bases teóricas que utilizaré en el análisis que sigue.

## II. Tipos de autoridad y razones para la acción

He sostenido que los precedentes son reglas que pretenden ser autoritativas y que son comunicadas por los tribunales mediante el ejemplo; a ese elemento voy a referirme ahora. Decir que una regla es “autoritativa” es atribuir a dicha regla una calidad específica, concretamente, la calidad de poseer autoridad —para fines de este trabajo— en el ámbito jurídico.

La pretensión de poseer autoridad junto con su forma de comunicación mediante el ejemplo, quizás sean los rasgos más relevantes del precedente. Al predicar de una regla que pretende ser autoritativa es comunicada mediante el ejemplo, estamos distinguiendo esa regla de las demás reglas, es decir, dentro del sistema jurídico todas las reglas comparten una 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.

En ese sentido, 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, etcétera, cuando nos guiamos por las indicaciones de nuestro mecánico que indican ciertas acciones para proteger el funcionamiento del automóvil, así como también lo empleamos cuando seguimos el tratamiento ordenado 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.

A este 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 como 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,<sup>577</sup> de modo que la forma más adecuada 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 en la siguiente sección.

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.<sup>578</sup> 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.<sup>579</sup> Dicha autoridad de facto puede ser

---

<sup>577</sup> A este 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 al criterio del líder por sus atributos personales. Véase Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, New 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](http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198248075.001.0001/acprof-9780198248071-chapter-3)

<sup>578</sup> Raz, *La Ética en el ámbito público*, cit., p. 228.

<sup>579</sup> Raz, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 25-28 y 46.

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 especialmente interesada en la autoridad legítima para fines explicativos, que como he dicho, se divide en *autoridad teórica* y *autoridad práctica* y puede manifestarse como una, otra o ambas.<sup>580</sup>

La autoridad legítima práctica es aquella autoridad que además de asumirse como tal, proporciona a sus súbditos razones para la acción.<sup>581</sup> Por ejemplo, las indicaciones financieras sugeridas por mi hermano —financiero de carrera— son suficientes para que yo invierta, 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 reemplazar 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 reemplazar 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.<sup>582</sup>

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.<sup>583</sup> En ese sentido, 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 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,

---

<sup>580</sup> Raz, *La Ética en el ámbito público*, cit., p. 229.

<sup>581</sup> O bien, razones para la creencia, si se trata de una autoridad legítima teórica.

<sup>582</sup> Raz, *The Morality of Freedom*, cit. pp. 56 y 65.

<sup>583</sup> Giudice, Michael, “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, *IVR Encyclopedie*, 2009, pp. 2 y 3. Consultado el 9 de noviembre de 2011 en [http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph\\_Raz's\\_Legal\\_Philosophy](http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz's_Legal_Philosophy).

aunque nosotros no siempre estemos dispuestos a reconocer que las autoridades públicas tienen la autoridad que ellos pretenden.<sup>584</sup>

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, ello 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 reemplazará las razones de las partes; de este modo, en adelante la indicación del árbitro, reemplazará las razones de los súbditos de las que depende (razón excluyente).<sup>585</sup>

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 reemplaza 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 creemos importantes, pues es posible que vivamos momentos de deliberación previos, pero lo relevante aquí son las razones para la acción, no para la creencia.<sup>586</sup> 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 razones de la autoridad, pero una vez tomada la decisión significa que considero la razón elegida por la autoridad como una buena razón para actuar.<sup>587</sup>

La caracterización anterior es un bosquejo amplio de la forma en la que funcionan las reglas jurídicas 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.

---

<sup>584</sup> Raz, *The Morality of Freedom*, cit. pp. 4-5.

<sup>585</sup> Raz, *La Ética en el ámbito público*, cit., pp. 229 y 230. Véase también Raz, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 39-42.

<sup>586</sup> Raz, *The Morality of Freedom*, cit. p. 42.

<sup>587</sup> En circunstancias ideales, las reglas establecidas por los jueces serían invariablemente las mejores reglas en cada caso siempre, sin embargo, no siempre los jueces pueden actuar bajo circunstancias ideales y somos conscientes de que los jueces no siempre sientan reglas “ideales” que den respuesta a las demandas de todos, pues están sujetos de varias formas, deben considerar distintos elementos en cada caso y además emplean variados 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.



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 en base a la fuerza de las razones en conflicto pero no es así en relación a los conflictos entre razones de primer y segundo orden.<sup>588</sup>

Regularmente, decidimos tomando en consideración las razones que aplican a la situación que enfrentamos,<sup>589</sup> digamos por ejemplo, razones prudenciales o morales; tales razones se conocen como *razones de primer orden*, por ser aquéllas a las que recurrimos al tomar decisiones. Las *razones de segundo orden*, son razones acerca 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 reemplazarlas, por ello, las normas jurídicas son un tipo de razones de segundo orden institucionalmente aceptadas.<sup>590</sup>

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 al 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,<sup>591</sup> donde la razón de mayor peso,

---

<sup>588</sup> Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 19 y 40.

<sup>589</sup> Cfr. Gardner, John and Timothy Macklem, "Reasons", *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Jules, Coleman and Scott, Shapiro (eds.) New York, Oxford University Press, 2002, p. 468.

<sup>590</sup> 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. 149-150.

<sup>591</sup> 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, Num. 4, 1986.

derrota a las demás.<sup>592</sup> 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.<sup>593</sup>

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 combinado con ejercicios cardiovasculares, que prometen los resultados que Luz busca.

Al evaluar el entrenamiento a desarrollar y para decidir qué debe hacer, Luz considera sus razones dependientes y observa que: 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 hacen 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 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 en base a las razones de primer orden (ejercitarse arduamente todos los días durante dos horas) y en cambio, las reemplaza.

---

<sup>592</sup> 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, todas las cosas consideradas, uno debe actuar de acuerdo al balance de razones.

<sup>593</sup> Gardner, “Reasons”, *op. cit.*, p. 462.

En el ejemplo anterior vemos como 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, reemplazar sus razones dependientes con la razón excluyente que es la indicación. En este caso, la razón excluyente no suprime el razonamiento de Luz, solo lo reemplaza.

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 coincidan con el curso de acción indicado por las razones de segundo orden, en cuyo caso, se tomará la misma acción, solo 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 mantengan 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, así como también me lleva a considerar que requiero contar con cierta cantidad de dinero para realizarlo, que debo invertir además varias horas del día para llevar el auto a verificar, entre otras.

Para mí como ciudadana, el gobierno del Distrito Federal es una autoridad legítima, por lo que, no obstante mis razones dependientes, en mi caso aplica una razón excluyente: la Ley Ambiental del Distrito Federal, que considero como una razón para no actuar en base a 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 en el balance de mis razones de primer orden, y simplemente las reemplaza, por lo cual, haré lo que de todos modos me parecía

adecuado en el caso, esto es, verificar mi automóvil, sólo que lo haré por una razón distinta: que la Ley Ambiental así lo establece.<sup>594</sup>

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.<sup>595</sup> 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.<sup>596</sup>

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 y para no actuar con base en ellas. Es importante tener presente que las razones excluyentes sólo eliminan la motivación de guiarse por las razones de primer orden (razones dependientes), más no cancelan ni eliminan el actuar en correspondencia con ellas.<sup>597</sup>

---

<sup>594</sup> 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 reemplaza la posibilidad de recurrir a razones de primer orden para 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 en base a 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 al balance de razones, es decir, tiene una razón excluyente. Raz, *Practical Reasoning*, cit., p. 131.

<sup>595</sup> El papel de las decisiones en el comportamiento de una persona, ayudan al esclarecimiento de esta tesis que 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.<sup>595</sup> 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.

<sup>596</sup> Raz, *Practical Reasoning*, cit., p. 143.

<sup>597</sup> 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.

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 aquéllos quienes las siguen y creen en ellas, las reglas son consideradas como 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.<sup>598</sup>

### III. 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 reemplazan 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 reemplaza o excluye algunas otras razones de primer orden. En ese sentido, cada vez que los súbditos deban decidir, deberán actuar en base a *razones de segundo orden* (normas jurídicas) en lugar de deliberar sobre el curso de acción correcto en cada situación.<sup>599</sup>

Como se ha explicado, la deliberación y balance de razones de las personas acerca del mejor curso de acción en cada caso, se presentan siempre en un escenario en el que no existen razones de segundo orden (derecho por ejemplo); 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, aunque por otra parte, 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

---

<sup>598</sup> *Ibidem.*, pp. 140 y 141.

<sup>599</sup> Raz, *Practical Reasoning*, *cit.*, p. 141; Giudice, “Joseph Raz's Legal Philosophy” *cit.*, p. 2.

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 reemplazado 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 reemplazada 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 identifiqué, es precisamente la que señala que es una regla que pretende ser autoritativa y pretende serlo 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 ese sentido, la tesis de la autoridad sostiene que la autoridad legítima reúne las siguientes tres tesis centrales:<sup>600</sup>

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.<sup>601</sup> El hecho de que una autoridad exija el cumplimiento de una acción debe reemplazar a las demás razones

---

<sup>600</sup> Raz, *La Ética en el ámbito público*, cit., pp. 229 y 231; Giudice, “Joseph Raz’s Legal Philosophy” cit., p. 3.

<sup>601</sup> 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.

relevantes (*razón excluyente*). Esto es, las normas jurídicas reflejan y reemplazan a las *razones dependientes*.

La “tesis de la dependencia” indica que todas las instrucciones de la autoridad deben basarse en razones que ya se aplican 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).<sup>602</sup> 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 autoridad, no pueden estar revisando y cuestionando sus indicaciones cada ocasión porque entonces, ésta 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 seguirlas, en lugar de seguir directamente y por su cuenta, las razones (dependientes) que le aplican.<sup>603</sup>

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, qué razón es la adecuada para actuar. Por supuesto, una autoridad es legítima solamente y en el grado en que sirve a sus súbditos,<sup>604</sup> de este modo y por las razones antes expuestas resulta viable, dado que en varios aspectos de la vida cotidiana pasamos el poder de decisión a otras personas.<sup>605</sup>

Entonces ¿por qué se dice que los súbditos normalmente están justificados en seguir las reglas? La tesis sostiene que se actuará en el balance adecuado de razones si se sigue la regla porque existen objetivos compartidos que como sociedad perseguimos, que 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

---

<sup>602</sup> Raz, *Practical Reasoning*, cit. p. 140; Raz, *The Morality of Freedom*, cit. p. 47.

<sup>603</sup> *Ibidem.*, p. 53.

<sup>604</sup> Shapiro, Scott J., “Authority”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Jules, Coleman y Scott, Shapiro (eds.) New York, Oxford University Press, 2002, p. 402.

<sup>605</sup> Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, cit., p. 721.

sobre la base del balance personal de razones, sino sobre la base de las instrucciones de la autoridad.<sup>606</sup>

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, por ejemplo, que en última instancia son algunas de las razones principales por las que existen sociedades. Cuando pensamos en este hecho, es simple 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 ese sentido, la medida autoritativa del gobierno del Distrito Federal consistente en cambiar la dirección en la circulación del Eje vial 6 Sur Ángel Urraza, de 6:30 de la mañana a 9:30, de lunes a viernes, responde precisamente a una necesidad de eficientar el tránsito vehicular durante las horas de mayor congestión vehicular en la Ciudad de México.

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, tan sólo posibilitar que la sociedad siga funcionando al posibilitar nuestras actividades cotidianas; así, un gran número de intervenciones de la autoridad no están relacionadas con problemas de naturaleza moral sino 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*”, esta tesis quiere transmitir la idea del papel limitado que tienen las autoridades legítimas, al basar sus directivas en razones dependientes. El papel de las autoridades legítimas<sup>607</sup> es servir al gobernado al brindar 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

---

<sup>606</sup> Raz, *Razón práctica y normas*, cit., p. 73.

<sup>607</sup> Scott Shapiro señala que las autoridades son legítimas cuando satisfacen las necesidades de mediación que tienen los sujetos que requieren de sus servicios mediadores. Shapiro, “Authority”, cit., p. 403.



bien, al mediar entre las propias consideraciones y las decisiones— y también porque al estar mejor posicionada que cualquier miembro de la sociedad para implementar medidas que contribuyan a los objetivos comunes que perseguimos, es ella quien juzga lo que las personas deben hacer.<sup>608</sup>

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.<sup>609</sup>

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, la consideramos obligatoria, ya que es más probable que alcancemos nuestros objetivos comunes si todos seguimos sus indicaciones que si cada uno actúa en base al balance personal de razones. Por eso tiene sentido la afirmación de que “las reglas permiten acuerdos al estar frente a desacuerdos”.<sup>610</sup>

Si bien la concepción de la autoridad legítima no se encuentra fácilmente en la práctica, explicar el ideal 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 el ideal 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 reemplazaran 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.<sup>611</sup>

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 obedecemos sus órdenes aun cuando pensemos que la

---

<sup>608</sup> Raz, *La Ética en el ámbito público*, cit., pp. 232.

<sup>609</sup> Raz, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 57-58.

<sup>610</sup> Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, cit., pp. 721-723.

<sup>611</sup> Raz, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 47-48.

directiva está equivocada.<sup>612</sup> 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 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,<sup>613</sup> lo cual puede verse como una obediencia racional<sup>614</sup> a la autoridad legítima<sup>615</sup> 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 reemplaza el balance de cualesquiera otras razones que los sujetos de la regla pudieran tener para actuar o no en concordancia. En otras palabras, el hecho de que la autoridad requiera una acción es una razón para hacerla, no es una razón que se agrega a otras que ya tenemos, sino que las reemplaza.

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”,<sup>616</sup> en ese 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—. <sup>617</sup>

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 indicaciones, por tanto, tenemos nuestra razón para la acción: las reglas de la autoridad con las que podemos guiarnos.<sup>618</sup>

---

<sup>612</sup> 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*, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>, consultado el 20 de septiembre de 2013, p. 14.

<sup>613</sup> Véase Raz, *Razón práctica y normas*, cit., p. 72.

<sup>614</sup> “Racionalidad” es la capacidad maestra de actuar por razones. Gardner, “Reasons”, *op. cit.*, p. 462.

<sup>615</sup> Véase Shapiro, “Authority”, cit., p. 406-407.

<sup>616</sup> Gardner, “Reasons”, *op. cit.*, p. 464.

<sup>617</sup> Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, cit., p. 725.

<sup>618</sup> Raz, *Practical Reasoning*, cit., p. 140.

Por ejemplo, todos tenemos razones de primer orden relacionadas con nuestra seguridad y la de otros para coordinar nuestra conducta siguiendo las reglas de tráfico, sin embargo, una vez que se ha expedido una regla jurídica que regule esa práctica, no necesitamos recurrir a razones prudenciales de seguridad (primer orden) para determinar de qué lado del camino conducir o si es conveniente detenerse en un cruce de avenida, pues las reglas jurídicas que establecen manejar del lado derecho o la que indica detenerse cuando hay semáforo en rojo, sirven como razones excluyentes que nos previenen de recurrir al balance de nuestras razones de primer orden.<sup>619</sup>

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 beneficiosa<sup>620</sup> 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 10 am, de lunes a viernes, a fuerza de practicar y aprender la acción que indica la regla, con el transcurso del tiempo, es posible que 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 solo es una razón para no actuar en base a nuestro propio balance de razones sino 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 combinación de razones de primer orden y razones excluyentes.<sup>621</sup>

---

<sup>619</sup> Giudice, “Joseph Raz’s Legal Philosophy” *cit.*, p. 2.

<sup>620</sup> Raz, *Practical Reasoning*, *cit.*, p. 140; Raz, *The Morality of Freedom*, *cit.*, pp. 49-50.

<sup>621</sup> Raz, *Practical Reasoning*, *cit.*, pp. 141-142; Raz, *Razón práctica y normas*, *cit.*, pp. 87 y 92.

## IV. Acerca de las reglas

Es momento de retomar la primera propiedad necesaria del concepto de precedente para explicar las partes que la integran y sus relaciones con otros conceptos.

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

Empecemos por entender por qué el precedente es una regla prescriptiva. Las reglas ocupan un lugar preeminente en la vida humana, una importante cantidad de actividades humanas requieren de reglas para su ejecución, para guiar, conducir, controlar, modificar, mantener o limitar la conducta; las reglas están presentes en todos los campos del conocimiento y la vida, algunos piensan incluso que “las reglas tienen una omnipresencia e importancia como fenómeno social”. Tal afirmación 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 a un convicto e incluso pelear una guerra.<sup>622</sup>

Existe una distinción general entre reglas prescriptivas y reglas descriptivas, toda vez que 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

---

<sup>622</sup> Como miembros de grupos sociales, perseguimos ciertos propósitos y debemos satisfacer ciertas necesidades, para lo cual es indispensable que ciertas actividades se lleven a cabo. Karl Llewellyn distinguió cinco actividades y funciones esenciales que cumplen las reglas en los grupos sociales: 1) Canalizar 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*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1976, p. 57.

alterarlo.<sup>623</sup> 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,<sup>624</sup> en oposición a las reglas descriptivas que se limitan a referir regularidades fácticas en el comportamiento. Una regla es general porque pretende regular 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).<sup>625</sup>

En ese sentido, cuando hablo en este trabajo de una regla me estoy refiriendo a una prescripción<sup>626</sup> de carácter general que tiene por objeto normar o regular la conducta en un determinado tipo de situación.<sup>627</sup> La regla típica prescribe que, dadas las circunstancias X, las personas de la clase Z deben, no deben o pueden

---

<sup>623</sup> Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 1-2.

<sup>624</sup> En términos de 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 la instrucción en un caso concreto no será exitosa, podemos ignorarla y seguir nuestro propio juicio. *Ibidem.*, pp. 3-4.

Un ejemplo claro de instrucciones, se presenta en el caso de las personas que desean tramitar por vez primera o renovar su pasaporte. 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 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 aquéllos a quienes les interesa obtener un pasaporte y por nadie más, lo que las convierte en alguna medida, en opcionales.

<sup>625</sup> *Ibidem.*, pp. 2-3; Twining, *op. cit.*, p. 48.

<sup>626</sup> 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 sujeto, denominados sujetos normativos, con el 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, ed. Tecnos, 1979, p. 27.

<sup>627</sup> 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 éstas últimas divididas en instrucciones, mandatos y reglas constitutivas, por ejemplo, Schauer, *Playing by the Rules...*, *cit.*, pp. 1-10.

comportarse de la forma Y.<sup>628</sup> Estas reglas pretenden cambiar conductas, o bien, prevenir o evitar un cambio de conducta, esto es, desinhibir las inclinaciones de las personas a actuar de manera inconsistente con la regla.<sup>629</sup>

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.<sup>630</sup>

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 deóntico de la prescripción, —obligatorio, prohibido, permitido—<sup>631</sup> 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 permiso, una prohibición, o bien una atribución o competencia;<sup>632</sup> 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

---

<sup>628</sup> Twining, *op. cit.*, p. 48.

<sup>629</sup> Schauer, *Playing by the Rules...*, *cit.*, pp. 2-3.

<sup>630</sup> Von Wright, *op. cit.*, p. 87.

<sup>631</sup> Ramos, Pedro, “Lógica deóntica”, [www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/020919ramos.doc](http://www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/020919ramos.doc), consultado el 13 de octubre de 2012.

<sup>632</sup> Si bien, la competencia no es parte de las modalidades deónticas 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 deóntica 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 deóntica de “puede” en este tipo de normas jurídicas. Carla Huerta señala que tienen carácter prescriptivo “aún 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.” Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 21-23; Huerta Ochoa, Carla, “La discusión sobre el carácter deóntico de las normas de competencia: obligación o permiso”, *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, número 4, 2010, pp. 243-275.

“condición de aplicación” que es aquella situación (es) que debe (n) satisfacerse para la aplicación de la regla.<sup>633</sup>

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 ser explicada por referencia a la posibilidad de emitir reglas prescriptivas,<sup>634</sup> “las reglas son la inevitable columna vertebral de cualquier estructura de autoridad”,<sup>635</sup> por esta razón, las reglas prescriptivas son el tipo de normas en las que estamos interesados, pues el precedente, como hemos sostenido, necesariamente es una regla prescriptiva.

A diferencia de otro tipo de reglas, las reglas jurídicas autoritativas prescriptivas (de mandato) traen aparejada una consecuencia, es decir, 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.<sup>636</sup>

Las reglas de tránsito son un claro ejemplo de reglas vinculantes: aquella regla que establece que debemos conducir por el carril derecho del camino, 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 inmutable y absoluta, antes bien, todas las reglas son vulnerables a eventos o hechos futuros que harán insuficiente la medida que previamente había sido satisfactoria o necesaria la modificación de sus condiciones de aplicación. Lo anterior atiende a varias razones, entre ellas, la falibilidad humana, nuestro conocimiento incompleto e

---

<sup>633</sup> 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.

<sup>634</sup> Raz, *The Morality of Freedom, cit.*, p. 44.

<sup>635</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...* *cit.*, p. 219.

<sup>636</sup> Schauer, *Playing by the Rules...*, *cit.*, p. 5.

imperfecto del futuro, al mundo cambiante,<sup>637</sup> 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 ser ajustadas o modificadas en diversos aspectos a fin de hacerlas útiles y suficientes nuevamente.

Cuando actuamos porque así lo requiere una norma jurídica autoritativa estamos tratando a esa regla como la razón para nuestra 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.<sup>638</sup> 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.

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.<sup>639</sup>

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 “*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 y lo deseable de la acción que requiere.<sup>640</sup>

Una tercera característica de las razones 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.<sup>641</sup>

Hart señaló 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—

---

<sup>637</sup> *Ibidem.*, p. 35.

<sup>638</sup> Como antes vimos, las reglas descriptivas no son razones para la acción.

<sup>639</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., pp. 205-207.

<sup>640</sup> *Ibidem.*, pp. 208-212.

<sup>641</sup> *Ibidem.*, pp. 210-2012.



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, independientemente de su contenido.<sup>642</sup>

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 es precisamente porque 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 corredores de correr diariamente 30 minutos; las razones que justifican la regla son las mismas que motivan la acción objeto de la rutina: mantenerse en forma, liberar el estrés y bajar de peso.<sup>643</sup> O bien, pensemos en una razón prudencial, por ejemplo, en la regla personal de no pasear por el barrio de Tepito a altas horas de la noche; en este caso, la razón que justifica la regla es prudencial porque Tepito es una zona insegura de la ciudad de México, 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 mi acción, ya que es mejor evitar ser asaltado.

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, esto se conoce como "*falta de transitividad*".<sup>644</sup>

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) 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 efectuar 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

---

<sup>642</sup> Hart, H.L.A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1982, p. 254.

<sup>643</sup> *Ibidem.*, pp. 210-211.

<sup>644</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 214.

cumplimiento no está relacionado o no depende de la conveniencia o atractivo de las acciones requeridas por la regla.

Consideremos 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 muestra la conveniencia de que los condóminos paguen por usar el *roof garden*,<sup>645</sup> 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 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 súbditos y proporcionarles las respuestas correctas.<sup>646</sup>

Como resultado de las características que muestran las reglas autoritativas, entre ellas las normas jurídicas, es posible identificar una regla en base al siguiente parámetro: una regla autoritativa puede hacer una diferencia en nuestro razonamiento práctico porque cuando es válida proporciona razones para la acción, adicionales y diferentes a las razones (de primer orden) que sustentan la acción requerida por la regla, razones que no tendríamos de no ser por la regla.<sup>647</sup> Esto se conoce como la “*tesis de la autonomía*”, pues las reglas proporcionan razones adicionales, 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.<sup>648</sup> De modo que la regla no elimina las razones de primer orden que tenemos para actuar, sino que

---

<sup>645</sup> 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, de la asamblea.

<sup>646</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 215.

<sup>647</sup> *Ibidem.*, p. 214.

<sup>648</sup> Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, *op. cit.*, pp. 716 y 717.

asegura el actuar en correspondencia con ellas de manera indirecta (por razones distintas).<sup>649</sup>

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. Pero más aún, las reglas de precedente son opacas, no muestran porqué aquello que establecen es deseable, lo cual deriva en la brecha normativa: no hay relación directa entre la acción 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 acción establecida por la 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”,<sup>650</sup>

---

<sup>649</sup> 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.

<sup>650</sup> Jurisprudencia, Clave 159946, 10a. Época, Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 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.”

previene a la persona *X* de entrar al balance razones de primer orden acerca de si debe o no aportar pruebas sobre su necesidad de recibir alimentos, ya que ése 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 de la regla es que su justificación no depende de esas 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, para incrementar la probabilidad de ser favorecida en el resultado de referir la regla autoritativa al tribunal a cargo o por la posibilidad de lograr acuerdos a través de procedimientos unificados. En última instancia, se cumple con las indicaciones de la autoridad porque lo dice la autoridad.

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 una regla es válida, no necesariamente por las razones que sustentan la acción requerida por la regla, sino por las razones excluyentes que proporciona.<sup>651</sup>

Debe sin embargo, hacerse una precisión. El hecho de que *X*, actora en el juicio que promueve, 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 de acuerdo a su propio juicio: dicho actuar revela que la regla de precedente es una razón excluyente para *X*.

Evidentemente, *X* se encuentra en el supuesto que establece la norma y desea promover una acción que el derecho local le ofrece, lo cual la coloca en el rango de alcance de la regla de precedente —dadas las circunstancias de su caso—. En

---

<sup>651</sup> Raz, *Razón práctica y normas*, cit., pp. 57-58; Vega, “El positivismo excluyente de Raz”, cit., p. 716.

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, aseguren su ejercicio. 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,<sup>652</sup> 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 profesional 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 particular, una regla de precedente autoritativa solo me incumbe si mi caso queda comprendido dentro del rango de aplicación del precedente y su aplicación pasa por la autoridad.

### **1. Reglas de origen jurisdiccional: división del trabajo y estructuras jerárquicas**

Ahora bien, que la regla de precedente tenga origen jurisdiccional tiene ciertas implicaciones y consecuencias. La regla prescriptiva 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. Esto significa que la regla de precedente surge derivado de la labor cotidiana que desempeñan los tribunales al impartir justicia, labor que se desarrolla dentro de la estructura judicial establecida en un sistema jurídico.

Al considerar 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. Es cierto que la regla de precedente en estricto sentido se encuentra contenida dentro de una resolución judicial, lo que a simple vista no es distintivo del precedente ya que los tribunales dictan diversos tipos de

---

<sup>652</sup> 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.

resoluciones judiciales. Pero debe 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 partes), para las partes involucradas en el proceso judicial y, en su caso, para terceros: autoridades y particulares que no participan en el juicio.

Por otra parte, 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.<sup>653</sup> 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 sus 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 es planteada ante el tribunal, es su función resolverla de acuerdo a la legislación vigente, si la hay, o de acuerdo a los principios generales del sistema jurídico, haciendo explícitos en su resolución aquéllos 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 ese sentido, la función de

---

<sup>653</sup> Si bien es cierto, 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, 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.

crear reglas permite a los tribunales desarrollar, cambiar o modificar el derecho con la intención indicar cómo habrán de decidirse futuras disputas.<sup>654</sup>

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<sup>655</sup> — 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) 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.

El caso al que me refiero, es el discutido en el Amparo directo en revisión 2806/2012 y consistió en lo siguiente: El señor APH es el fundador y actual Presidente del Consejo de Administración del periódico “S”, el cual es un medio de comunicación con circulación en el Estado de Puebla. El 21 de agosto de 2003, en dicho 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”, el cual es otro medio de comunicación con circulación en la Ciudad de Puebla, Puebla. En dicha 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 de dicho medio de comunicación.

La nota “El cerdo hablando de lodo”, fue publicada nuevamente, casi 6 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”, misma 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

---

<sup>654</sup> Dyzenhaus, David, “Reasoned Decisions and Legal Theory”, *Common Law Theory*, Douglas E. Edlin (Ed.), New York, Cambridge University Press, 2007, pp. 146-147.

<sup>655</sup> En lo sucesivo SCJN o la Corte.

la postre suscitó un amparo directo en revisión del que se desprendió la siguiente tesis aislada.<sup>656</sup>

Derivado del análisis de este caso, la SCJN sentó un criterio en la tesis aislada 1a. CXLIV/2013 (10a.) de rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES OFENSIVAS U OPROBIOSAS SON AQUELLAS QUE CONLLEVAN UN MENOSPRECIO PERSONAL O UNA VEJACIÓN INJUSTIFICADA,<sup>657</sup> haciendo explícito aquello que no lo era en el derecho positivo vigente aplicable al caso, referida a 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 incorporada 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

---

<sup>656</sup> 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: [http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/CONCEPTOS%20PEYORATIVOS%20ADR%202806-2012\\_0.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/CONCEPTOS%20PEYORATIVOS%20ADR%202806-2012_0.pdf)

<sup>657</sup> “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES OFENSIVAS U OPROBIOSAS 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 para expresar opiniones o informaciones según tengan o no relación con lo manifestado. Así, en torno al primer requisito en comento, 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 menosprecio personal o una vejación injustificada, en virtud de realizar inferencias crueles que inciten a una respuesta en el mismo sentido, al contener un desprecio personal.”

Registro: 2,003,641. Tesis aislada. Materia(s):Constitucional. Décima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1. Tesis: 1a. CXLIV/2013 (10a.). Página: 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.



seguida o considerada por terceros particulares o funcionarios para tomar decisiones acerca de su curso de acción cuando enfrenten problemas similares.

Hasta ahora hemos hablado de tribunales en plural, pero es momento de hacer algunas precisiones al respecto, ya que en el caso del 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 en seguida abordaremos.

En términos generales, en una jerarquía, el poder de decisión está distribuido y es dosificado de acuerdo a 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 lo que hace/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 la última palabra.

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 pudieran actuar y decidir ilimitadamente sobre los mismos asuntos pues aquello no sería más una jerarquía, sin mencionar que difícilmente podría tener la forma de una organización 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 parecen seguir un formato jerárquico similar. El tribunal z que emite la resolución es quien 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 en términos de autoridad para todo aquél tribunal que se encuentre en un nivel inferior.<sup>658</sup> 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.

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 (es) y emite una solución definitiva, es decir, no es susceptible de ser recurrida y, por la misma razón, es susceptible de gozar de carácter autoritativo y de mayor alcance, dado su status.

De acuerdo a la explicación proporcionada, las únicas resoluciones que pueden tener 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.<sup>659</sup> 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 alteradas ni modificadas por un tribunal posterior. Además, el hecho de que el tribunal superior tenga la última palabra 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 un ejemplo fijo que puede ser observado por los tribunales inferiores, funcionarios y particulares en casos concretos.

---

<sup>658</sup> Grant Lamond hace una referencia semejante respecto de las estructuras judiciales inglesa y norteamericana. Lamond, *op. cit.*, p. 4.

<sup>659</sup> Guest sostiene una opinión semejante, Guest, A. G. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, First Series, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 156.

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 regular el caso concreto de cuya solución surge sino también los demás casos futuros que reúnan condiciones similares de aplicación, es decir que tienen un alcance mayor.<sup>660</sup> 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 su alcance, pues se evidencia que todas las reglas de origen jurisdiccional pretenden ser autoritativas, sin embargo, el alcance de esa cualidad sobre casos futuros está reservada para algunos tribunales de rango superior que podrán servir como ejemplo en el futuro. La posibilidad de ser 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 prevalecían indeterminada en alguna medida.<sup>661</sup> La práctica en su conjunto, pretende 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.

Recordemos que toda autoridad tiene pretensiones autoritativas, así, todo tribunal judicial tiene pretensiones autoritativas, de modo que —por razones de coordinación— es preciso disponer de un sistema para mantener orden y coherencia al interior del sistema judicial cuando se emiten reglas autoritativas 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

---

<sup>660</sup> 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.

<sup>661</sup> 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.

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 y sus reglas tendrán alcance futuro, es la jerarquía.

La jerarquía es necesaria, no como generadora de “autoridad legítima” sino como mecanismo de coordinación y aplicación de reglas autoritativas de precedente. En ausencia de un criterio —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 atendernos, dado que todo tribunal que emite una sentencia, sienta una regla en la misma.

Así, si todo tribunal pretende que sus sentencias sean autoritativas ¿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 así como casos futuros? La jerarquía resuelve esta cuestión, al proporcionar el criterio que permite identificar qué tribunales están posibilitados para sentar reglas autoritativas con alcances más allá del caso que resuelven.

## **2. El precedente como regla y su calidad autoritativa y vinculante**

Una de las inquietudes que surgen en este punto —al explicar la primer propiedad necesaria del concepto y sus elementos, a saber: “Es una regla prescriptiva, de origen jurisdiccional, que pretende ser autoritativa, y es, al menos, vinculante”— 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 habilitará, si es el caso, a distinguir entre lo vinculante y lo dotado de autoridad, así como a establecer su relación. En el caso del precedente, distinguir además ambas propiedades, dado que concurren en la misma institución.

Como hemos visto, el concepto de autoridad 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.

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 las determinaciones de la autoridad 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 de 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 autoridad de facto. De cualquier modo, asumir aquello no significa renunciar a la posibilidad de tener una autoridad legítima, pues sucede que la misma autoridad acierta en muchas de sus determinaciones, incluso, en las más.

La cualidad de que las determinaciones de la autoridad sean, al menos, vinculantes, independientemente del tipo de autoridad de que se hable, pone de manifiesto su permanente intención de servir como razón excluyente, por tanto, la diferencia entre una y otra radica en la forma en la 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. Aquí 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— debido a que el carácter vinculante de las determinaciones de la autoridad de facto ejerce 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, haciendo uso de la coacción, por ejemplo, a fin de obtener la conducta deseada —al menos eso nos dice el funcionamiento regular de las normas jurídicas en la mayoría de los casos—.

Puede ser que la autoridad de facto sepa que no siempre acierta en las reglas que emite —no siempre atiende adecuadamente las razones dependientes de sus

destinatarios— por esa razón, el elemento vinculante, es en su caso, necesario para asegurar que sus reglas, aun sin ser las mejores en algunos casos, sean seguidas por razones de coordinación. Por esto, aunque todas las reglas jurídicas autoritativas son vinculantes, no todas las reglas jurídicas vinculantes son autoritativas ni generan un sentido de obligación en los particulares.

En ese 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 y 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 es la forma de reemplazar la falta de alguna de las tesis de legitimidad y asegurar su cumplimiento efectivo aun cuando se le considere inadecuada y no autoritativa.

Estas apreciaciones son posibles también al interior de la estructura jurisdiccional, y provenir de alguno de los tribunales sujetos a las reglas de precedente de una autoridad jurisdiccional superior, especialmente tratándose de órganos colegiados. Esta situación quedó de manifiesto en las consideraciones recogidas en el voto particular<sup>662</sup> de la magistrada María Amparo Hernández Chong Cuy respecto del Acuerdo de Sala recaído al expediente ST-JDC-42/2013 en el que se determina la improcedencia del juicio por no haber agotado los medios de impugnación locales.

Por mayoría, la Sala Regional Toluca del Poder Judicial de la Federación decidió, basado en la jurisprudencia 5/2011<sup>663</sup> de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación<sup>664</sup>, dado su carácter obligatorio,

---

<sup>662</sup> Debe resaltarse que la sentencia a que hago referencia no está disponible temporalmente en el portal del tribunal, sin embargo, el voto particular puede consultarse también 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>

<sup>663</sup> Rubro: “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, Número 8, 2011, páginas 18 y 19.

<sup>664</sup> En adelante SSTEPJF. Consultable en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=5/2011&tpoBusqueda=S&sWord=INTEGRACI%C3%93N,DE,%C3%93RGANOS,LOCALES,DE,LOS,PARTIDOS,POL%C3%8DTICOS,NACIONALES.,COMPETE>

reencauzar el juicio para conocimiento del Tribunal Electoral del Estado de México. No obstante lo anterior, para la magistrada Hernández Chong la regla de precedente citada no era en el caso, una regla autoritativa<sup>665</sup> debido a que consideró dicha regla como 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 “válidos o vigentes” los criterios judiciales que no están en consonancia con esa reforma.

En otras palabras, la regla de precedente ha perdido su carácter autoritativo, desde la perspectiva de una juez sujeta a ella, debido a que las circunstancias actuales la han dejado obsoleta, lo cual significa que las razones de primer orden que la autoridad jurisdiccional autoritativa (SSTEPJF, en este caso) tomó en consideración y balanceó para emitir la regla, ya no son adecuadas, esto es, ya no atienden ni aciertan adecuadamente en las razones que se aplican a sus destinatarios.

## V. Reglas comunicadas mediante el ejemplo

Examinemos ahora la que consideramos es la segunda propiedad necesaria del concepto de precedente. Para esos efectos es preciso revisar las implicaciones de que algo funcione como ejemplo y la aplicación futura del mismo. Recordemos que la segunda propiedad necesaria del concepto dice:

2. Tiene la pretensión de regular, mediante el ejemplo, la conducta futura de sus destinatarios.

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 legislación y el precedente. La legislación es una forma de comunicación de reglas mediante el lenguaje general

---

NCIA,DE,LOS,TRIBUNALES,ELECTORALES,DE,LAS,ENTIDADES,FEDERATIVAS,PARA,CONOCE R,DE,ESOS,CONFLICTOS

<sup>665</sup> Para esta magistrada, la regla de precedente sólo tuvo el mínimo carácter vinculante.

mientras que el precedente es una forma de comunicación de reglas mediante el ejemplo dotado de autoridad.<sup>666</sup>

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, éstas se aplican a las situaciones que surgen con posterioridad a su entrada en vigor,<sup>667</sup> 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 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 fuerza vinculante. De esta forma, la regla de precedente así establecida proporciona una respuesta presente al caso que le dio origen y del que surge por vez primera, así como también proporciona una respuesta anticipada a casos futuros semejantes que compartan rasgos relevantes. En ese sentido —una vez establecida— la regla de precedente se aplica a futuro y comparte este rasgo con la legislación porque surte efectos también a futuro, esto es, porque se estableció como regla con pretensión autoritativa con anticipación al surgimiento de casos.

Las reglas de precedente sirven como ejemplo a futuros 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.<sup>668</sup> Pero si aceptamos la afirmación de que el precedente es una forma de comunicación de reglas con pretensión autoritativa a través del ejemplo, debemos ser conscientes de que dicha afirmación tiene implícitas varias preguntas que es

---

<sup>666</sup> Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 155, 157.

<sup>667</sup> La excepción a esta normalidad es la retroactividad de las reglas, 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*, número 1, 2007, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 267-304.

<sup>668</sup> Aunque el medio material para conocer el precedente es a través del 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.



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 autoritativo. De esta manera, la publicidad acompaña al ejemplo y posibilita su exigibilidad.

## **1. Buenos y malos ejemplos**

Pensemos en preguntas como ¿qué es un ejemplo?, ¿cuándo sucede que (algo) 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 porqué 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? Todas estas preguntas en conjunto, encierran parte del contenido de la práctica que pretendo explicar. Es muy probable que estas preguntas estén íntimamente relacionadas entre sí y que las respuestas que proporcionemos se impliquen entre sí, lo cual, si es el caso, se hará evidente en el curso de este desarrollo.

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 como 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 que algo es considerado como un buen ejemplo?

Antes de continuar, debemos hacer una aclaración que elimine de antemano cualquier confusión en torno a los “buenos o malos ejemplos”. La denominación aquí usada de “buen o 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 hablamos de buenos o malos ejemplos, lo hacemos en términos de adecuación, para indicar el grado de éxito que tiene el ejemplo cuando es aplicado al caso en cuestión, y no en el sentido moral del término. Al usar dicho adjetivo, no estamos 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 ese 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, lo cual no es de nuestro interés. Así, debemos distinguir entre el hecho y la referencia que se hace del hecho. En este trabajo, cuando hablamos de un ejemplo bueno o malo, estamos 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 ese 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 pretendemos”. 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 la 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.

Parece ser que situarnos en el contexto puede servir como una guía para responder esta pregunta. 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, éste (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 ese 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:<sup>669</sup> 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. Entonces, 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) ser aplicados o utilizados en cualquier ámbito de la vida social<sup>670</sup> —así como el precedente no es un ejemplo que utilicemos en la vida 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.<sup>671</sup> Además de este hecho, parece ser una tendencia general en los distintos sistemas jurídicos que en la ejecución de su función principal, los tribunales presten atención a la forma en la que se han resuelto controversias similares 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 aquéllos en los que no hay una obligación legal de llevarla a cabo.

---

<sup>669</sup> 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.

<sup>670</sup> 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 este tipo de razonamiento no es exclusivo del derecho. “Precedent”, *Stanford Law Review*, Vol. 39, Num. 571, February 1987, p. 2.

<sup>671</sup> 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.

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, consideraciones como la adecuación de contenidos (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 o procedencia del ejemplo.

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, descubriéndose al entrar a la iglesia, dice a su hijo: ‘Mira, esto es lo que debe hacerse en estas ocasiones’”.<sup>672</sup> Posiblemente el niño cuenta con una idea general acerca de lo que se debe y no se debe hacer en ciertos lugares, pero parece ser 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 a que el padre representa para el hijo una autoridad (posiblemente, una de gran importancia) la cual está fuertemente relacionada con una estructura jerárquica implícita en la familia, en la que el padre se sitúa en una posición superior.<sup>673</sup> 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 del ejemplo dotado de autoridad.

---

<sup>672</sup> Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 155-156.

<sup>673</sup> 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.

## 2. El ejemplo dotado de autoridad

Acentuando el carácter distintivo del derecho, en casi todas las sociedades se observa la práctica de resolver las controversias jurídicas atendiendo a la forma en que el problema fue resuelto antes, confiando en la experiencia previa. Siguiendo esa línea, los tribunales de los diferentes sistemas jurídicos (en su mayoría) 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, tratando el ejemplo de dichos tribunales (sus sentencias) como reglas, estuviera o no establecida formalmente la obligación de los tribunales de seguir precedentes.

Si el hecho de que se trate de una resolución adecuada, dígame “buen ejemplo” no es la única característica esencial que hace autoritativa a una resolución, entonces ¿qué otro elemento le da autoridad a un ejemplo?, ¿qué es lo que hace que una resolución y no otra tenga autoridad 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 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 reemplaza otras razones; además, de manera concomitante, en tal contexto prevalece una jerarquía judicial, que a su vez, supone la gradación de órganos (y de los funcionarios que los operan) dentro de una misma estructura institucional.

Es claro que para que una resolución judicial se distinga de otras resoluciones judiciales —posiblemente, igualmente valiosas— es necesario que muestre un elemento adicional que la haga preferible sobre otras. Como la descripción anterior muestra, no solamente es el contenido de la propia resolución el que le proporciona la calidad autoritativa, no es la resolución por sí misma la que nace con autoridad, ni 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 sentencia, el único lugar de donde dicha cualidad puede provenir es del órgano que emite tal resolución.<sup>674</sup>

---

<sup>674</sup> Como en el ejemplo de Hart, parece ser que lo que el niño imita no es solamente lo valioso de la conducta del padre, en tal caso el niño dispondría de otros buenos ejemplos de diversas personas, sin embargo, a pesar de tener disponibles varios buenos ejemplos, el ejemplo del padre al hijo tiene un elemento adicional que le

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 cualquier ejemplo ni todos los ejemplos— aunque no en todos los casos y sólo lo hacen en determinadas circunstancias (en algunos sistemas jurídicos, incluso, eligen seguirlos).

Esclarecer el asunto de los ejemplos dotados de autoridad es esencial para la comprensión plena del 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 emite resoluciones que revistan autoridad para el tribunal de que estamos hablando. Esto implica que el tribunal *x* puede considerar la resolución del tribunal *y* como adecuada al caso que ahora se encuentra resolviendo y por lo tanto, tomar por convicción/elección la regla (criterio) establecida por *y* para su propio caso como ejemplo para resolver el caso que le ocupa aunque *y* es su homólogo y no representa ningún tipo de autoridad para él, por lo que *x* pudo libremente seguir o no el ejemplo de *y* o cualquier otro tribunal semejante para resolver, no obstante, en este caso *x* no tuvo más razón para seguir el ejemplo de *y*, que la adecuación de la solución de *y* a su caso.<sup>675</sup>

La sentencia recaída al juicio identificado con la clave ST-JDC-97/2008<sup>676</sup> es una muestra de cuando un tribunal decide seguir un buen ejemplo. En dicho caso, el actor impugnó la resolución de la Comisión Nacional de Garantías del Partido de la Revolución Democrática, que determinó la inelegibilidad de la planilla a la

---

distingue, con la fuerza para descartar a todos 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 ésta figura es la de proporcionar buenos ejemplos, aunque ocasionalmente se equivoque y aunque haya padres que no comprendan su función y no actúen en consecuencia.

<sup>675</sup> Un claro ejemplo de 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, muchas veces 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 estos casos, algunos advierten la posibilidad de otras formas de explicar el precedente, no obstante no hay que 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.

<sup>676</sup> Sentencia consultable en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/ST/2008/JDC/ST-JDC-00097-2008.htm>

que pertenecía, en atención a que no fue notificado del procedimiento seguido contra su planilla.<sup>677</sup>

En este caso, la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación rechazó la interpretación formal que de las notificaciones efectuó la Comisión (órgano partidario), considerándolo un formalismo excesivo que menoscaba el derecho fundamental a ser oído y vencido en juicio, sustentando dicho argumento en una tesis jurisprudencial sostenida por el Tribunal Constitucional Español, a propósito de lo que se ha denominado “formalismo enervante”.<sup>678</sup> En este caso, la SRT encontró en una sentencia extranjera, un buen ejemplo a seguir que no tiene carácter autoritativo.

La descripción previa es simplemente la descripción de un tribunal siguiendo un *buen ejemplo*, más no es la descripción de un tribunal siguiendo un ejemplo dotado de autoridad (en este caso, una regla de precedente).<sup>679</sup> La descripción 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.<sup>680</sup> 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).

La regla de precedente pretende ser un ejemplo dotado de autoridad y como tal, tener una posición especial para los tribunales en relación con otros ejemplos

---

<sup>677</sup> 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.

<sup>678</sup> 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 17 de noviembre de 2013 en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/ST/2008/JDC/ST-JDC-00097-2008.htm>

<sup>679</sup> 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.

<sup>680</sup> Estos escenarios son ilustrados en términos semejantes por Schauer, “Precedent”, *cit.*, p. 4.

al tener autoridad práctica<sup>681</sup> (proporciona razones para actuar) y al reunir al mismo tiempo las características de una regla autoritativa:<sup>682</sup> 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 RD<sup>683</sup> pertinentes, por ello los sujetos a ella están justificados a obedecerla al ser más probable que acierten en su actuar si siguen la regla, además, su compromiso de obedecer la regla los previene de efectuar un balance de razones: la regla de precedente es su razón para actuar. En ese sentido, seguir la regla de precedente es válida, 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 a través de la regla autoritativa, 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.<sup>684</sup>

En el asunto conocido como “Caso Colima”, el actor impugnó la determinación del cabildo en la que se 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.<sup>685</sup> En este asunto, la SRT justificó su actuar<sup>686</sup> —de admitir el juicio y declararlo procedente— en la jurisprudencia S3ELJ 36/2002 de la Sala Superior de dicho órgano jurisdiccional, al situarse los hechos del caso dentro del rango de aplicación de la regla de precedente, evitando así evaluar los méritos en éste y otros casos de los supuestos y requisitos para la procedencia de los asuntos.

La SRT sabe que al seguir la regla de precedente actuará en base al balance adecuado de razones —balance de razones en torno a la procedencia que de

---

<sup>681</sup> 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 el énfasis en lo que el tribunal hizo, por encima de lo que dijo.

<sup>682</sup> Entendida como un criterio general y permanente que pretende guiar la conducta. Véase “regla”, en Bix, *Diccionario de teoría jurídica, cit.*, p. 238.

<sup>683</sup> Razones Dependientes.

<sup>684</sup> Sentencia disponible en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/ST/2009/JDC/ST-JDC-00069-2009.htm>

<sup>685</sup> Nieto Castillo, *op. cit.*, pp. 260-261.

<sup>686</sup> El razonamiento en la aplicación de reglas autoritativas es el mismo, en relación con las jurisprudencias 5/2008 de rubro “PETICIÓN. EL DERECHO IMPONE A TODO ÓRGANO O FUNCIONARIO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EL DEBER DE RESPUESTA A LOS MILITANTES” y la jurisprudencia VIII/2007 de rubro “BREVE TÉRMINO. EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN EN MATERIA ELECTORAL, ESTA EXPRESIÓN DEBE ADQUIRIR UNA CONNOTACIÓN ESPECÍFICA EN CADA CASO”, según aparecen en la sentencia respectiva.



hecho ya efectuó el órgano judicial superior— por ello elige actuar de acuerdo a lo que exige la regla de precedente. La conciencia de seguir una regla autoritativa tiene implícita 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), respuesta ahora es 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.<sup>687</sup> En un sentido general, podemos afirmar que no todas las reglas autoritativas son ejemplos para semejantes, ni todos los 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 cualquier 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, el precedente no podría existir— en cambio, la forma de determinar cuándo aplica un precedente, requiere determinar las semejanzas relevantes del caso actual con el precedente a través de algún criterio que permita identificar las semejanzas que son importantes de las que podemos ignorar.<sup>688</sup>

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.<sup>689</sup> Tal explicación, considero, no es excluyente ni distinta a la que proporciono relativa a la autoridad, antes bien, dichos argumentos derivan y se

---

<sup>687</sup> 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, válidamente podemos pensar que un ejemplo autoritativo (para los tribunales) necesariamente tendría que ser el mejor ejemplo pero no necesariamente 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, sienta una regla. En tal caso, es posible que la regla deje de ser una buena regla o nunca haya sido la mejor la 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 que tan buen ejemplo es una resolución.

<sup>688</sup> Schauer, “Precedent”, *cit.*, p. 5.

<sup>689</sup> Lamond, *op. cit.*, p. 15.

pueden explicar a través de la autoridad, y son por lo tanto, secundarios al argumento de la tesis de la autoridad.

La consistencia de los tribunales radica en tratar casos iguales (en aspectos relevantes) de la misma forma, lo que a veces se explica también en términos de igualdad.<sup>690</sup> Cuando se entiende al precedente como una regla autoritativa, la consistencia surge como una consecuencia natural de su aplicación, pues una regla es tratada, 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 basa en que cuando un tribunal decide en un determinado sentido, favorece la creación de expectativas de que resolverá de esa forma en el futuro, lo que posibilita a las personas para planear sus vidas tomando en cuenta tales decisiones;<sup>691</sup> esto es especialmente significativo 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 centralmente a las indicaciones de la autoridad y, al ser éstas consistentes, es razonable esperar que las personas sujetas a dicha autoridad se generen expectativas. Si los tribunales no trataran al precedente de esta forma, no sería posible que las personas generaran las expectativas de las que aquí se hablan.

Una vez que se ha adoptado una decisión autoritativa, dada su adopción institucional, ésta es susceptible de ser replicada por otros tribunales del sistema jurídico;<sup>692</sup> 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: nuevamente, esta situación se deriva de la autoridad 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<sup>693</sup> 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

---

<sup>690</sup> *Idem.*

<sup>691</sup> *Ibidem.*, p. 16.

<sup>692</sup> *Ibidem.*, p. 17.

<sup>693</sup> *Ibidem.*, p. 18.

de esa posibilidad es posible, gracias a la noción y al papel de la autoridad en el derecho.

### **3. 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. Una parte de la segunda propiedad necesaria del precedente apunta a explicar la pretensión de regular mediante el ejemplo la conducta de sus destinatarios. En los siguientes párrafos intentaré explicar —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. Ordinariamente, el actor recurriría a un balance de razones de primer orden, pero en el caso, dispone de razones de segundo orden que aplican al caso, esto significa que existen reglas jurídicas procesales aplicables, que reemplazan 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 ante 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

razones dependientes (las razones que aplican al actor) si atiende lo que dice la regla en lugar de seguir su propio criterio, además de que nos evita reevaluar constantemente nuestras acciones en base a razones de primer orden. En este caso, el precedente existente indica al actor que puede promover una aclaración de sentencia aunque la legislación aplicable no contemple 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 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 promueve un escrito en el que solicita al tribunal ordinario *A* que aclare ciertas partes de la sentencia. En este caso, 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 ser considerado como denegación de justicia, etcétera.

La existencia de un precedente en la materia, sin embargo, proporciona al tribunal ordinario *A* una razón para no actuar de acuerdo al balance de razones, — esta vez, de segundo grado— 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.—<sup>694</sup> La

---

<sup>694</sup> Jurisprudencia 11/2005. Compilación 1997-2012, Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Volumen I, Jurisprudencia, 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.

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 explicitéz 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 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 permite al tribunal tomar la decisión correcta atendiendo a la razón excluyente que aplica al caso, asimismo, le evita al tribunal ordinario A tener que reevaluar la situación cada vez que se le presente una solicitud semejante.

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 ese sentido, para conocer la materia prima con la que trabaja un juez ordinario —e incluso cuándo este juez recurre a las RD o cuándo de hecho tiene RE— es necesario identificar el tipo de escenario ante 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) Aquél escenario que se presenta cuando *el Derecho está determinado*.

Recordemos que la tesis de la autoridad del Derecho nos ha enseñado 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 reemplazan 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, reemplazan 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 Derecho está determinado, su labor consiste en asignar la respuesta adecuada que el derecho 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 3 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.<sup>695</sup>

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, no obstante, eso es precisamente lo que la existencia del precedente facilita: evita que el tribunal ordinario reevalúe constantemente los méritos de cada caso similar (en base a razones de primer y segundo orden) ya que 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 aunque se trata de un tribunal ordinario;<sup>696</sup> que las sentencias de dicho tribunal pretenden ser 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.

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

- 2) Aquél 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— ocasionando 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.

---

<sup>695</sup> 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, todos los elementos no son considerados, 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, Num. 1, March 1993, pp. 18-19.

<sup>696</sup> Al referirme a un tribunal ordinario, lo hago pensando en cualquier tribunal que no tiene una posición de tribunal final en la jerarquía judicial y cuyas sentencias tienen un alcance limitado.

La posibilidad de encontrarse con casos en los que el derecho sea parcialmente indeterminado 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 tales 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 directamente a razones dependientes, y pueden preguntarse ahora ¿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 regulan el objeto de la disputa jurídica, que tratan sobre el núcleo de la disputa o sobre temas o aspectos cercanos a ella, pero que resultan demasiado amplias para aplicarlas directamente, o son tan generales que realmente no proporcionan guía en algún sentido, o incluso son incompletas de tal forma que no contemplan ciertos aspectos específicos de una cuestión jurídicamente regulada, que resultan novedosos, y por ello, nunca antes cuestionados ni incorporados al derecho. O simplemente que su redacción es oscura al incorporar términos afectados de vaguedad.

En este segundo escenario, 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, y si no existe una respuesta por adelantado que solucione el problema, entonces el juez no tiene razones excluyentes y debe volver inevitablemente al balance y análisis de razones de primer orden para decidir.

Puede suceder que aún cuando el Derecho regule —en alguna medida— 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 por adelantado al problema que se plantea al juez que resuelve. Cuando esto sucede, no es posible hablar de que juez (que es una 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 lo cual tendría, en principio, que proporcionar una solución adecuada basada en las RD del caso, elegida 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,<sup>697</sup> el Tribunal Supremo Español se enfrentó a un caso en el que el Derecho estaba parcialmente regulado cuando se sometió 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 vigil 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 demanda de divorcio en representación de la hija, acción que les es concedida en apelación. Contra esa resolución, el esposo interpuso 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 del 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 tiene material jurídico normativo para regular la situación de los incapaces, lo cierto es que la complejidad de las relaciones humanas puede plantear conflictos novedosos para los cuales no se tiene 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, así como a la interpretación. Asimismo, 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 como las siguientes: a) si efectivamente la legislación concedía a los representantes legales de la incapaz legitimación para ejercer la acción de divorcio; b) la libertad

---

<sup>697</sup> Sentencia consultable en:

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

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) 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, es 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 al balance de razones dependientes para determinar la respuesta al caso que se estudiaba y 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 pues es su obligación como autoridad; sin embargo, su solución tendrá efectos entre las partes y es probable que sea recurrida y llevada a una instancia superior en donde pueda adquirir definitividad —tal como ocurrió en el ejemplo referido— y ser resuelta autoritativamente para el caso planteado y otros casos futuros.

Es importante notar que al interior de la rama judicial y entre autoridades, aplica también la tesis de la autoridad. Decíamos que dentro de una jerarquía judicial, ciertos tribunales de mayor jerarquía tienen reservada la función de sentar reglas autoritativas que sirvan como ejemplo para el comportamiento futuro de otros tribunales inferiores, o bien, tienen determinado el alcance de sus reglas sólo 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. En ese sentido, cuando un tribunal de primera instancia dicta sus sentencias, lo hace con

la intención de resolver el caso concreto, con la pretensión 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 a sabiendas de que la regla que en ella establece, está llamada a resolver no sólo el problema planteado en la presente disputa, sino también a servir como ejemplo autoritativo para tribunales inferiores cuando deban resolver problemas similares.<sup>698</sup>

Así pues, 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.

Hecho lo anterior, advierte que las normas jurídicas que regulan parcialmente el problema que se resuelve 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 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 que hará 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, dicho tribunal ordinario ya no tiene que entrar al balance de razones de segundo orden, no lo necesita, pues dicho balance ya ha sido efectuado, lo que debe hacer ahora es aplicar el precedente, que en este caso funciona como razón excluyente entre las normas jurídicas aplicables. Esta idea será tratada más adelante, en la sección de interpretación.

Así, en el caso, el precedente no elimina las razones las normas jurídicas parcialmente determinadas, sino que reemplaza la regla jurídica concreta de cuya interpretación procede, al ser resultado de una interpretación efectuada en torno a

---

<sup>698</sup> Me refiero únicamente a otros tribunales, dejando intencionalmente de lado a otras 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.

aspectos específicos de la regla de segundo orden aplicable. Hay dos elementos detrás de esta afirmación: a) Que la regla de precedente fue emitida por un tribunal que a su vez es una autoridad para el tribunal ordinario y b) Que la regla de precedente es resultado de un balance de razones de primer orden, en el que una vez elegida la regla aplicable, se efectuó una interpretación respecto de la regla concreta aplicable, todo lo cual dio como resultado una regla distinta a las reglas jurídicas existentes hasta el momento, ahora de segundo orden, y vinculada directamente con la necesidad planteada por las partes.

#### 4. Proyección del precedente

Ahora bien, esta pretensión 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, 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 *ratio decidendi* y *obiter dictum* continuará o establecerá una nueva línea de razonamiento jurídico que pretende tanto armonizar 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 imprevistas.<sup>699</sup>

Al hablar del momento en el que se sientan reglas de precedente por primera vez, surge una interesantísima interrogante que debe abordarse como una característica propia de estas reglas. Dicha interrogante gira en torno a la proyección del ejemplo dotado de autoridad y cuestiona esencialmente si el ejemplo dotado de autoridad actúa del presente hacia el futuro, o bien, actúa del

---

<sup>699</sup> Postema, Gerald, “Melody and Law’s Mindfulness of Time”, *Ratio Juris*, Vol. 17, Num. 2, June 2004, p. 221.

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 invariablemente 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.<sup>700</sup> Al tratarse de una regla autoritativa emanada de un órgano judicial autorizado, desde el momento de 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 actual 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 no regulados en la legislación. Esas respuestas institucionales definitivas son concebidas como tales desde su origen, dada la trascendencia que como reglas autoritativas que pretenden ser, tendrán en el sistema jurídico. Tal proyección es una condición necesaria de su naturaleza, pues no habría manera de que el juez del presente se sujetara a una resolución que no hubiera sido emitida con carácter autoritativo en el pasado, al momento preciso de su emisión.

Una respuesta alternativa a este planteamiento sugiere que la autoridad judicial del presente, cuando 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 presenta. Si se analiza con detenimiento, la explicación anterior no es, de ninguna manera, excluyente del planteamiento principal, antes bien, nos encontramos ante dos enfoques del mismo problema, o más precisamente, ante el enfoque que tienen dos autoridades distintas acerca de la misma situación: el de la autoridad que emite el ejemplo dotado de autoridad y de la autoridad que sigue el ejemplo.

---

<sup>700</sup> 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 ver hacia el futuro son las reglas de precedente.

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, como 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.”<sup>701</sup>

Decimos que hablamos en realidad de dos enfoques acerca de la misma situación, no obstante, debemos 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 pasadas que está obligado a seguir en el momento en que se le presente para resolución, alguna problemática 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 acatamiento 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.

Si se observa con detenimiento, ninguno de los escenarios expuestos es excluyente o incompatible con la afirmación principal de que el precedente tiene una pretensión de 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 que emite el precedente o la posición de la autoridad que invoca el precedente o algún ejemplo no autoritativo.

La aplicación del precedente atiende tanto a su uso en las decisiones actuales, pero también su proyección —como la he llamado— hacia el futuro, lo que demanda tratar las decisiones autoritativas actuales como los precedentes de

---

<sup>701</sup> Postema, *op. cit.*, p. 217.

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.<sup>702</sup>

Finalmente, hemos de tener en mente que la propiedad de “proyección”, esa pretensión de regular la conducta futura de sus destinatarios sólo se encuentra y es atribuible a los casos difíciles. Los casos fáciles, son casos que llamaré *casos regulados*, mismos 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 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.<sup>703</sup>

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, pues forma parte del derecho en 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.

---

<sup>702</sup> Schauer, “Precedent”, *cit.*, pp. 2-3.

<sup>703</sup> En la siguiente sección explicaré más detalladamente el tema de la interpretación como condición necesaria del concepto de precedente.

## VI. El papel de la interpretación en el 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<sup>704</sup> y de hecho, el uso de argumentos que involucran precedentes y analogías es característico del razonamiento jurídico;<sup>705</sup> 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 como un tipo especial de razonamiento, y esta 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 para que puedan ser especificadas al momento de su aplicación mediante una elección oficial informada.<sup>706</sup>

La interpretación es una condición necesaria del concepto de precedente, debido a que 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 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, la igualdad es una característica inherente a las reglas que demandan cierto tratamiento, del cual participa el propio precedente dada su naturaleza.

---

<sup>704</sup> Raz, Joseph, "On the Autonomy of Legal Reasoning", *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Vol. 6, Num. 1, March 1993, p. 1.

<sup>705</sup> Lamond, *op. cit.*, p. 2.

<sup>706</sup> Hart, *El concepto de derecho, cit.*, pp. 162, 168.



## 1. En torno a la igualdad en el concepto de precedente

En ese sentido, cabe preguntarnos ¿Cuál es el papel que juega la igualdad en nuestro concepto de precedente? 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.<sup>707</sup>

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 igualdad<sup>708</sup> entre ellos. Dicho principio de igualdad es la base de la vida social y, por la misma razón, debe ser respetado para distribuir cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad y ser restituido cuando se ha quebrantado.<sup>709</sup>

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.<sup>710</sup> Así —de acuerdo con Hart— la justicia se compone de dos elementos: uno constante y uno 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, en base a la cual hemos de juzgar si algo es o no “justo”.<sup>711</sup>

De esta forma, lo “justo” será algo distinto, dependiendo del propósito<sup>712</sup> que se tenga en mente al aplicar la denominación y según el criterio que se utilice, ya que

---

<sup>707</sup> Vega Gómez, Juan, “The Hart-Fuller Debate”, *Philosophy Compass*, Vol. 9, Num. 1, 2014, p. 51. Consultado el 10 de mayo de 2014 y disponible en <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/phc3.12096/abstract>

<sup>708</sup> 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.

<sup>709</sup> Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 198.

<sup>710</sup> *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.

<sup>711</sup> Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 199.

<sup>712</sup> Es por esto que Hart sostiene que las dos conexiones necesarias entre el Derecho y la moral son compatibles con un sistema jurídico pernicioso, tal como lo reveló el caso conocido como “The Grudge Informer Case”. Vega, “The Hart-Fuller Debate”, cit., pp. 51-52. 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.

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.<sup>713</sup>

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 dañosas.<sup>714</sup> En general, el orden jurídico proporciona una estructura de derechos y obligaciones recíprocos entre los miembros de la sociedad, como la base moral de todo grupo social<sup>715</sup> 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.<sup>716</sup>

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”.<sup>717</sup> Este mínimo de justicia, presente en los Estados modernos se refleja en el cumplimiento y satisfacción de ciertos principios procedimentales dentro del derecho.

Con una postura similar se pronunció Lon Fuller, quien sostuvo 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”, mismo que demanda acciones.<sup>718</sup> Para Fuller, este orden (moralidad interna del derecho) se obtiene cuando se satisfacen ciertos principios procedimentales, tales 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.<sup>719</sup>

Como puede advertirse, al igual que Hart, Fuller señala a la generalidad como un elemento de moralidad en el derecho, el cual como he señalado genera

---

<sup>713</sup> Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 199.

<sup>714</sup> 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 soberana de la comunidad política. Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000, p. 1.

<sup>715</sup> Al respecto, Hart señaló que cualquier orden social que desee 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, conocidos como el “contenido mínimo del derecho natural”. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 238-241.

<sup>716</sup> *Ibidem.*, pp. 205, 241.

<sup>717</sup> *Ibidem.*, p. 198.

<sup>718</sup> Fuller, *op. cit.*, p. 42.

<sup>719</sup> *Ibidem.*, pp. 46-91; Vega, “The Hart-Fuller Debate”, cit., p. 51.

igualdad “formal o procedimental” que es el mínimo de justicia que contiene el derecho.<sup>720</sup> En ese sentido, podemos comprender que en los estados modernos, el germen de la justicia se encuentra en el cumplimiento y la satisfacción de ciertos procedimientos.

En los Estados modernos, la práctica de los tribunales de crear precedentes, está respaldada o permitida por la Constitución y dicha atribución es ejercida y reafirmada cotidianamente por los propios tribunales en el marco de su labor de impartición de justicia; en dicha labor se encuentra también el germen de la justicia como se verá a continuación.

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.<sup>721</sup>

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 diferente manera.

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.

---

<sup>720</sup> En ese 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>.

<sup>721</sup> 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.

Cuando pensamos en las que he denominado las “condiciones necesarias” del precedente nos damos cuenta de que el propio concepto contiene la noción de justicia que se ha referido, la cual se hace evidente mediante la coherencia. 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.

Visto de esta forma, la coherencia está directamente relacionada con los contenidos de la regla de precedente, es decir, permite mantener un vínculo con el orden jurídico existente al pronunciar cada nueva regla de precedente. 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 debe ser resuelta 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 los contenidos y principios ya existentes. De la necesaria intervención de la coherencia en la creación jurisprudencial deriva la igualdad en el tratamiento de los destinatarios a quienes se aplican esos contenidos. Cada nueva resolución que se dicta en un mismo sentido, coherentemente, atendiendo a un aspecto normativamente relevante, está promoviendo —indirectamente— un tratamiento igualitario a los sujetos de esos casos que motivan la decisión.<sup>722</sup>

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

---

<sup>722</sup> Desde mi perspectiva, la coherencia es la condición necesaria del precedente. Podría cuestionarse, sin embargo, por qué hablar de la coherencia y no de la igualdad como condición necesaria del precedente y al respecto considero que esto es así porque el poder explicativo de la coherencia es superior, al tratarse de un concepto comprensivo y neutral, que muestra confines razonablemente delimitados y que, además contiene la noción de igualdad, tal como la hemos explicado. Si bien existe una interconexión entre ambos conceptos, como lo he reconocido, lo cierto es que el concepto de igualdad está afectado de vaguedad, al punto de tener una amplitud inmensurable e imprecisa, por lo que su uso no ayuda al esclarecimiento de otro concepto, que es lo que aquí se pretende; es decir, no es viable recurrir a un concepto vago para aportar mayor claridad a un concepto, de por sí, complejo. Así, considero que el poder explicativo de la coherencia es superior dentro de la tesis, ello sin dejar de lado la igualdad en la medida que considero adecuada en la explicación.

igualitario de sus destinatarios, revelando así que el precedente contiene, de una manera concentrada, el germen de la justicia.

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 germen 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 (quizás, 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 ese sentido, cuando un tribunal recurre al ejercicio de la interpretación, además de buscar reflejar el sentido que la autoridad legislativa quiso transmitir, puede buscar promover algunos otros fines legalmente estipulados a través de la interpretación, siendo la igualdad uno de esos posibles fines que pueden asegurarse mediante la interpretación, cuando es reconocida por el derecho vigente como un fin relevante a considerar, 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 —en este segundo sentido— 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 como relevantes o irrelevantes para la comparación de manera permanente.<sup>723</sup> En ese sentido, la igualdad como un fin a perseguir en la interpretación, es, en cierta medida, un concepto vago.

## 2. Interpretar

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

---

<sup>723</sup> Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, Madrid, 1985, pp. 19-20.

precedente, se hace buscando aplicar una regla en términos de igualdad al universo de sujetos a quienes les corresponde.

En términos generales, una interpretación es la explicación del significado de un objeto, pero no cualquier explicación, sino sólo aquella explicación que revela porqué el trabajo es importante en la medida en que lo es.<sup>724</sup> En ese 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, explica el significado de la obra. Entre más exitosamente se cubran estos aspectos, mejor es la interpretación.<sup>725</sup>

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, o prueban verdades conocidas por vez primera, o descubren verdades de formas diversas, están avanzando interpretaciones que afectan y cambian el significado del objeto de la interpretación.<sup>726</sup>

En relación con el arte, 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 cambian porque sus circunstancias cambian. El cambio no es un proceso de acumulación sino de transformación en el que algunas razones pierden su fuerza. Las obras de arte adquieren nuevos significados y pierden algunos de sus anteriores significados;<sup>727</sup> o bien, puede haber, incluso, 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.<sup>728</sup>

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

---

<sup>724</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 259.

<sup>725</sup> *Ibidem.*, p. 257.

<sup>726</sup> *Ibidem.*, p. 312.

<sup>727</sup> *Ibidem.*, p. 261.

<sup>728</sup> Raz, "Intention in Interpretation", in *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Robert P. George (ed.), New York, Oxford University Press, 1999, p. 255. Consultado en [www.oxfordscholarship.com](http://www.oxfordscholarship.com), el 2 de noviembre de 2013.

puede variar cuando surjan nuevas razones para intereses nuevos, y adquirir así un nuevo significado.<sup>729</sup>

A diferencia del caso de interpretación en las obras de arte, la interpretación como parte del proceso de toma de decisión judicial en el derecho busca asegurar la uniformidad, si 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, que pretende ser autoritativo, tanto para litigantes como para tribunales en el futuro, y a través de ellos, eventualmente, para todas las personas.<sup>730</sup>

Las reglas jurídicas, sean de origen legislativo o de origen judicial, poseen un núcleo central de significado, el cual es fácilmente reconocido por las personas que las aplican, sin embargo, algunas reglas jurídicas también presentan una zona de penumbra que se distingue cuando no es claro cuándo un término general es aplicable a un caso concreto. Esa tendencia de las reglas a la vaguedad es denominada “textura abierta” del derecho<sup>731</sup> 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, sin embargo, presenta la ventaja de permitir que los tribunales fijen su contenido mediante interpretación cuando aparecen casos complejos.<sup>732</sup>

Siguiendo a Raz, identificamos que los elementos más importantes de toda interpretación son los siguientes:<sup>733</sup>

- 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;

---

<sup>729</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 263.

<sup>730</sup> *Ibidem.*, p. 320.

<sup>731</sup> 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, 73.

<sup>732</sup> Bix, Brian, “H. L. A. Hart and the 'open texture of language'”, *Law and Philosophy*, Vol. 10, 1991, pp. 52, 54; Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 169.

<sup>733</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., pp. 268, 301-302. 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 al 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.

### 3. La intención autoritativa en la interpretación

Vemos entonces que el mero hecho de la posibilidad de interpretar un “original”,<sup>734</sup> una regla jurídica, en este caso, implica que previamente una autoridad indicó 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, la intención es un elemento central de la interpretación, así que el objeto básico de la interpretación jurídica son las decisiones de la autoridad,<sup>735</sup> su objetivo, explicar esas decisiones para entender y aplicar adecuadamente el contenido del derecho.<sup>736</sup>

Al reconocer esta posibilidad, implícitamente reconocemos la autoridad de las instituciones que se encargan de crear, aplicar y hacer cumplir las leyes,<sup>737</sup> 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,

---

<sup>734</sup> 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.

<sup>735</sup> *Ibidem.*, p. 250.

<sup>736</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 238; Dickson, Julie, “Interpretation and Coherence in Legal Reasoning”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, p. 7. Consultado el 4 de abril de 2012 en <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>.

<sup>737</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 233-234.



implica que proporciona razones para seguir el derecho que crea e interpretarlo de acuerdo con su intención autoritativa.<sup>738</sup>

El otorgar a una persona u órgano poderes para crear derecho implica encomendarle el poder para crear derecho voluntariamente mediante actos encaminados a hacerlo, o al menos, emprendidos con la intención y el conocimiento de que crean derecho.<sup>739</sup> 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.<sup>740</sup>

Esto muestra que los símbolos o palabras en cualquier lenguaje sólo reflejan lo que el autor quiere decir. Pensemos por ejemplo en mi sobrina Regina que, al preguntarle su edad, 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 Regina 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.

O cuando Ema dice que quiere a su “tita”, uno no puede recurrir a un diccionario para saber a qué se refiere, o asumir que quiere su cobiji “tita” o almohadi “tita” o cualquier cosa a la que le tiene afecto. Atendiendo a las intenciones de Ema, uno sabría que se está refiriendo a su abuelita. Ninguno de estas explicaciones pueden ser extraídas de la simple expresión manifestada a través del lenguaje, sin atender a la intención del autor.<sup>741</sup>

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;<sup>742</sup> las palabras del legislador significan lo que éste quiso decir, dadas las

<sup>738</sup> Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 274.

<sup>739</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 274.

<sup>740</sup> 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, Fall 2003, p. 9. Este problema, más allá de los usos entre diferentes lenguajes y surgen, incluso, dentro de un mismo lenguaje. Los autores refieren el ejemplo de alguien 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 en autor, bien podríamos decidir que el hablante ha efectuado una manifestación tecnológica haciendo referencia a un microchip, p. 10.

<sup>741</sup> Ejemplo semejante referido por Alexander y Prakash. *Ibidem.*, pp. 13-14.

<sup>742</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 274; Dickson, “Interpretation and Coherence...”, *cit.*, p. 14. En “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 259, 266-267, 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

circunstancias de la promulgación legislativa y las convenciones de interpretación vigentes al momento de interpretar.<sup>743</sup> 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.*<sup>744</sup>

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,<sup>745</sup> se requieren esquemas de acción que sean respetados y hechos valer por las instituciones jurídicas para que las personas puedan planear y decidir en base a un esquema previsible.<sup>746</sup> 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, también los fines individuales.<sup>747</sup>

En ese sentido, tanto el derecho como su interpretación deben ser moralmente inteligibles —esto es, 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.<sup>748</sup>

Aunque el derecho de cada país es variado y las metas de cada uno, diversas, existen características generales en todos ellos, como 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 la cual deriva de la autoridad de sus creadores. Así también, las leyes en cualquier sistema jurídico tienen una existencia continuada que perdura más allá del periodo de tiempo de la

servicio público, sabias o insensatas, pues a fin de cuentas, el derecho que aquéllos crearan no representaría sus intenciones.

<sup>743</sup> Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 272.

<sup>744</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 275; Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, pp. 260 y 273.

<sup>745</sup> 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 la caso de los jueces. Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 274.

<sup>746</sup> Raz, “On the Autonomy of Legal Reasoning”, *cit.*, p. 12.

<sup>747</sup> Postema, *op. cit.*, p. 213.

<sup>748</sup> 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. 261-262.

autoridad originaria; así, la característica de la continuidad aparece como una característica general, al proporcionar una guía estable a la sociedad.<sup>749</sup>

#### 4. Creatividad y restricción en la interpretación

La creatividad y la restricción están en constante tensión en la interpretación y al mismo tiempo, se complementan mutuamente: en alguna medida, la coherencia (que se caracteriza con la continuidad de las intenciones de la autoridad) es un elemento siempre presente que restringe el alcance que puede tener la interpretación. Por otra parte, su conjugación con la preogresividad permite encontrar soluciones que no estaban determinadas por el derecho vigente, promoviendo la innovación y el desarrollo del derecho.<sup>750</sup>

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 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.<sup>751</sup>

Esta precisión 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 interpretación puede servir como el mecanismo a través del cual los tribunales pueden introducir pequeños cambios o transformaciones en el derecho.<sup>752</sup> 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.<sup>753</sup>

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 judiciales ya existentes, conscientes de que ciertos cambios parciales introducidos pueden acarrear también conflictos internos y consecuencias

<sup>749</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 234-235.

<sup>750</sup> Endicott, Timothy, "Putting Interpretation in its place", *Law and Philosophy*, Vol. 13, 1994, p. 451; Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 237.

<sup>751</sup> Dickson, "Interpretation and Coherence...", *cit.*, p. 5.

<sup>752</sup> 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.

<sup>753</sup> Sunstein, Cass R., "Interpreting Statutes in the Regulatory State", *Harvard Law Review*, Vol. 103, Num. 2, December 1989, p. 412.

negativas en tanto no se adecúen también otras reglas;<sup>754</sup> este dilema refleja la tensión siempre presente entre conservar la coherencia y promover la progresividad en la labor jurisdiccional.

En ese 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<sup>755</sup> 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 legítima, pero las convenciones interpretan”.<sup>756</sup>

Desde esta perspectiva, la autoridad creadora del derecho hizo la ley que tuvo intención de hacer 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.<sup>757</sup> Pero al mismo tiempo, es común que las normas jurídicas subordinadas busquen promover algunos fines legalmente estipulados, así, cuando es el caso, la interpretación puede atender —además de a la intención de su creador— a estas intenciones adicionales que el derecho de cada país reconoce como relevantes,<sup>758</sup> o bien darles efecto para proyectar lo que la intención original habría establecido, de haber considerado tales fines.<sup>759</sup>

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 proceso sostenido de 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 exclusivamente al matrimonio ni tampoco es actualmente el único modelo socialmente aceptable.<sup>760</sup>

---

<sup>754</sup> Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 201-202. Consultado en [www.oxfordscholarship.com](http://www.oxfordscholarship.com), el 5 de junio de 2013.

<sup>755</sup> Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, pp. 253-254.

<sup>756</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 269, 289, 298. Raz, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 254. El contenido de cualquier intención es uno, atendiendo al momento en que se interpreta, con referencia a las convenciones interpretativas que reflejan su tiempo, *Ibidem.*, p. 270.

<sup>757</sup> *Ibidem.*, p. 252.

<sup>758</sup> 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 afectas por éstos, “Intention in Interpretation”, *cit.*, p. 250.

<sup>759</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 285, 288.

<sup>760</sup> 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”, *Revista Ius et Praxis*, Año 17, Núm. 1, 2011, p. 52.

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 deba ser ajustada en nuestras normas jurídicas, tal 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 mismo para hacerlo más adecuado a nuestra realidad actual.<sup>761</sup>

## 5. La interpretación necesaria e inevitable

Ahora bien, en su mayoría, las normas jurídicas autoritativas tienen la pretensión de ser claras en el sentido de declarar con suficiente precisión la voluntad de la autoridad al respecto del comportamiento esperado en la situación que regulan. Ése es el papel de las reglas jurídicas autoritativas y sólo puede lograrse si los sujetos a ellas pueden identificar directamente lo que éstas le 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 que surjan situaciones no reguladas por el derecho. Así, la interpretación innovadora puede presentarse a veces como inevitable, a veces como necesaria.<sup>762</sup>

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 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

---

<sup>761</sup> 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]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1; Pág. 964; VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. TRATÁNDOSE 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]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3; Pág. 2308; MENORES DE EDAD. SU DERECHO A LA CONVIVENCIA CON LA FAMILIA AMPLIADA, [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3; Pág. 1681; PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. SU CONTENIDO Y ALCANCE, [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 1210.

<sup>762</sup> 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.

que aplicar el derecho existente así 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; así cualquier respuesta que proporcione el tribunal, será una que no existía previamente.<sup>763</sup>

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,<sup>764</sup> 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, objetos 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.<sup>765</sup>

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.<sup>766</sup>

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, dado que la innovación deriva de la indeterminación, la innovación no es absoluta, pues siempre está relacionada con los significados existentes.<sup>767</sup> En ese sentido, la interpretación innovadora no es dejada a la total elección del tribunal pues depende totalmente

---

<sup>763</sup> Raz, *The Authority of Law...*, cit., pp. 182-183.

<sup>764</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 255.

<sup>765</sup> *Ibidem.*, pp. 304-305.

<sup>766</sup> *Ibidem.*, pp. 308-309.

<sup>767</sup> *Ibidem.*, p. 313.

del derecho existente y son sólo ciertos aspectos de éste los que demanden esclarecimientos.

Pero más allá de la inevitabilidad, las interpretaciones innovadoras por parte de los tribunales son también deseables: a) cuando hay necesidad de ajustes en el derecho por defecto del mismo; b) hay necesidad de integrar diferentes normas jurídicas y regulaciones 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.<sup>768</sup>

Vemos entonces que 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 única respuesta correcta o falta de claridad en la aplicación de expresiones lingüísticas.<sup>769</sup> 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.<sup>770</sup>

Ante los casos no regulados, no solo es inevitable sino también deseable el recurso a la interpretación porque: las normas jurídicas son en mayor o menor grado, vagas; porque aunque existe una especie de común acuerdo sobre el contenido de las normas, éste no es completo;<sup>771</sup> por la interdependencia de las normas que dictan el significado de los bienes culturales; porque las normas dependen de las prácticas sociales que muestran nuevas formas de entender los objetos y por tanto, les asignan nuevos significados.<sup>772</sup>

En todo caso, advertimos que las interpretaciones novedosas (en sentido fuerte)<sup>773</sup> son inevitables o incluso necesarias bajo ciertas condiciones

---

<sup>768</sup> *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, especialmente 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.

<sup>769</sup> Endicott, *La vaguedad en el derecho*, *cit.*, p. 34.

<sup>770</sup> Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, pp. 193-194.

<sup>771</sup> Al respecto, Bix precisa que, para Hart, el problema 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 reemplacen 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, 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.

<sup>772</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 309-310.

<sup>773</sup> 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.

únicamente, esto quiere decir que hay casos en los que el contenido de la regla es claro y su aplicación directa no presenta dificultades.<sup>774</sup> 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, 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,<sup>775</sup> entonces simplemente no puede tomarse como una razón de segundo orden excluyente que el juez pueda seguir.

Nos encontramos 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.<sup>776</sup>

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales,<sup>777</sup> en diversos artículos relacionados (20, párrafos 3 y 4, 218, párrafo 3, 219, párrafo 1, 220, entre otros) señala que las vacantes deben ser cubiertas por los suplentes de la fórmula electa respectiva, sin embargo, la formulación de la regla es amplia, en el sentido de que permite considerar: a) que los “suplentes” de la fórmula pueden ser hombres o mujeres, y b) que la formulación aplica sólo al principio de mayoría relativa, por lo que cualquier respuesta al respecto, habría sido igualmente posible.

---

<sup>774</sup> A este respecto se refiere Endicott al señalar la postura de Marmor, Backer 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. 464-465.

<sup>775</sup> 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, lo que serviría al juez en la creación de la nueva regla. Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 285.

<sup>776</sup> El proceso electoral 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.

<sup>777</sup> En adelante COFIPE.



Esta norma amplia fue interpretada sistemáticamente<sup>778</sup> por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,<sup>779</sup> quien advirtió que, si las fórmulas de candidatos a diputados y senadores postuladas por los partidos políticos deben 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 deben 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.

Estamos 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 debido a que hay oscuridad en el derecho y aunque se regulan cuestiones periféricas a la controvertida, no hay una respuesta al problema concreto planteado.

Encontramos un ejemplo de este fenómeno en la Jurisprudencia 12/2005 del TEPJF,<sup>780</sup> 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.

El caso de la indeterminación nos lleva a no saber si se aplica o no una norma jurídica porque no sabemos si una declaración que la aplica sería verdad o no sabemos si sería apropiado hacer tal declaración dadas las circunstancias.<sup>781</sup>

Un caso de indeterminación, llevó a la autoridad administrativa electoral a no saber si era apropiado declarar la restitución de los derechos político-electorales de una ciudadana mismos que habían sido suspendidos por sentencia judicial

---

<sup>778</sup> 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, Número 10, 2012, pp. 19 y 20.

<sup>779</sup> En adelante TEPJF.

<sup>780</sup> 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 CONSINTIÓ 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.

<sup>781</sup> Endicott, *La vaguedad en el derecho*, cit., p. 67.

condenatoria, dado que esta situación aconteció después de fenecido el plazo para reincorporación al padrón electoral y a la lista nominal de electores en año electoral.

A través de la 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 establece el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, dicha solicitud debía ser procedente, en virtud de que su rehabilitación se dio en fecha posterior a la que se establece en la ley (quince de enero del año de la elección) para realizar este tipo de trámites y la omisión de notificación oportuna no le debe causar un perjuicio.

En todos estos casos, debido a 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 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 ese 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 ningún tipo de guía o información disponible en el material jurídico normativo vigente que brinde alguna orientación al tribunal, por mínima que esta sea. Esto quiere decir que es dudoso que surgiera algún caso en cuya disputa intervinieran elementos totalmente extraños o ajenos al orden jurídico vigente, de tal suerte que no supiéramos nada acerca de cómo encuadrar el problema, ni qué tipo de relaciones y/o consecuencias jurídicas derivarían 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 dicha 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 respuesata 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.

Así fue como se hizo posible que el Tribunal Supremo Español determinara que los tutores de un 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 solos 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 cuáles normas se aplican y qué situaciones regulan, los propios tribunales recurren a esas normas jurídicas al desarrollar las respuestas específicas al efectuar el balance de razones.

La interpretación puede efectuarse en base a 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,<sup>782</sup> 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.<sup>783</sup>

Ahora bien, el hecho de que un tribunal autorizado sienta 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, dados los hechos considerados, en donde la “única interpretación verdadera” no es otra cosa que la mejor interpretación que el tribunal pudo efectuar, a la luz de los hechos, las normas y los fines subyacentes del derecho relativos al caso.<sup>784</sup>

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

---

<sup>782</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 298.

<sup>783</sup> Raz, “Intention in Interpretation”, cit., p. 271.

<sup>784</sup> Endicott, Timothy, “The One True Interpretation”, *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, 2005, Torino, G. Giappichelli Editore, pp. 133-134.

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 las 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 ajustado 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, el cual se vería infringido, si alguna otra persona copiara el trabajo completo o una “parte sustancial” del mismo. 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*” originalmente 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. 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*”.<sup>785</sup>

En el caso, se analizó un patrón textil y se estableció una respuesta para casos semejantes —si bien, no se establecieron los principios que guiaran la decisión para aplicar el estándar vago, al menos se dijo que era decisión del juez—. Sin embargo, la misma norma jurídica 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,<sup>786</sup>

---

<sup>785</sup> *Ibidem.*, pp. 131-132.

<sup>786</sup> 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

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 ahora, esta razón excluyente tendrá la función de prevenir que en el futuro, los jueces recurran a razones de primer orden cuando deban resolver un caso semejante.<sup>787</sup>

## 6. Restricciones a la interpretación innovadora

Ahora bien, cada vez que los jueces recurren a su criterio para dar solución a algún caso no regulado, 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.<sup>788</sup>

Mientras que la legislación puede surgir de la nada, atendiendo a diversos factores, intereses y necesidades sociales,<sup>789</sup> 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 solo alguna porción del orden jurídico vigente, por lo que la libertad de los tribunales para modificar el derecho es considerablemente más limitada.<sup>790</sup>

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 no regulados—<sup>791</sup> trabajan con un material más

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, 67-68.

<sup>787</sup> Grant Lamond parece sostener una postura diversa al manifestar que los tribunales posteriores tienen una gran flexibilidad para al determinar la *ratio*, esto parece revelar la posibilidad de cada tribunal la entienda de forma diversa. Desde mi punto de vista, esta explicación brinda una perspectiva demasiado amplia del margen de comprensión que tribunales posteriores pueden hacer 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 la posibilidad de ser sujeta a muchas y variadas interpretaciones, ya que esto es precisamente lo que la regla de precedente pretende evitar. Lamond, *op. cit.*, p. 7.

<sup>788</sup> Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, pp. 196, 200.

<sup>789</sup> Soy consciente, sin embargo, de que las legislaturas suelen encontrarse permanentemente bajo la presión o el influjo de poderes fácticos que podrían cuyos efectos podrían considerarse como restricciones.

<sup>790</sup> *Ibidem.*, pp. 197-198.

<sup>791</sup> Cuando el material jurídico normativo regula el problema que se plantea y proporciona una respuesta anticipada, digo que el derecho está determinado.

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 ese sentido, la falta de razones excluyentes para los jueces —en los casos no regulados— en cuyo caso éstos deben recurrir al balance de razones, sólo que esas razones son razones de primer orden contextuales:<sup>792</sup> es decir, normas jurídicas aplicables en el marco de una disputa judicial concreta que está parcialmente regulada por esas normas jurídicas (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.

Las razones con las que trabaja el juez, en los casos no regulados, son razones de primer orden, en la medida en que las normas jurídicas aplicables no dan una respuesta específica que excluya la deliberación; pero al mismo tiempo, esas razones 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 o supuestos fácticos limitados a los casos paradigmáticos de aplicación u excepción, y una vez emitido 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

---

<sup>792</sup> Las razones de primer orden empleadas por un tribunal judicial autorizado al sentar reglas de precedente son esencialmente distintas a aquéllas 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 mucho más amplio de razones dependientes.

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 permite, dentro de ciertos límites, la posibilidad de ajuste.

## **7. Analogía**

Ahora bien, tenemos claridad ahora de que cuando surge cuando 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. En ese sentido, sólo cuando no hay una norma jurídica claramente aplicable (puede ser una regla de precedente) se recurre a la analogía en el proceso de balancear las razones dependientes aplicables.

Así, la analogía se sitúa en los escenarios de disputas parcialmente reguladas, esto es, en los escenarios en los que existe la posibilidad y/o necesidad de crear una regla de precedente para un problema parcialmente regulado 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, es también empleada por tribunales ordinarios en disputas parcialmente reguladas, no obstante mi interés está en su relación con el concepto de precedente.

La analogía se entrelaza con la coherencia porque de alguna manera, esta herramienta 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 de interpretación es congruente con la coherencia 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.

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 está ante problemas sin resolver del tipo de disputas parcialmente reguladas —

esto es, aquéllas en las que habiendo normas jurídicas parcialmente aplicables no brindan una respuesta concreta al problema planteado—. En el razonamiento por analogía, el juez recurre a sentencias previas, que pueden o no ser autoritativas,<sup>793</sup> pero que son en cambio, buenos ejemplos previos con hechos semejantes o distintos que brindan guía para resolver el caso presente.

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 para 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.

Ahora bien, hemos dicho anteriormente que los tribunales pueden recurrir a buenos ejemplos previos<sup>794</sup> que presenten semejanzas o diferencias con el caso que se resuelve para guiarse en su resolución, ejemplos que no necesariamente son reglas de precedente.<sup>795</sup> Para determinar la aplicación por analogía de una solución previamente dictada, el juez subsecuente habrá de comparar el caso presente con algunos casos pasados, éstos 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.<sup>796</sup>

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.<sup>797</sup> Esto revela que el resultado de esta indagatoria y análisis

---

<sup>793</sup> Si bien, las reglas de precedente a las que se recurre por analogía no son autoritativas ni estrictamente aplicables al caso, sino simplemente son 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*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 71.

<sup>794</sup> Emily Sherwin hace también 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, Issue 5, Fall 1999, p. 1188.

<sup>795</sup> Raz, *The Authority of Law... cit.*, p. 203.

<sup>796</sup> Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict, cit.*, p. 32.

<sup>797</sup> Sherwin, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *cit.*, p. 1180.



arrojará un principio orientador que será balanceado junto con otras razones dependientes en el caso.

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 pasadas semejantes o cercanas a la problemática que resuelve y que al mismo tiempo encuentre adecuadas para el caso particular.

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 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, llegó a la regla X con los hechos B, C y D.

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

Una regla posterior en el caso Q llegó a 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 valores, entonces la razón ahí sostenida es suficientemente buena para justificar otra regla, con una similitud derivada.<sup>798</sup>

---

<sup>798</sup> Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, pp. 203, 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 estrictamente lógica que sustente esta práctica, entre ellos, Cass R. Sunstein, Larry Alexander, Emily Sherwin y Scott Brewer, éste último autor ofrece una explicación de este tipo en

Recurrir a la analogía es recurrir a un buen ejemplo, por lo que su fuerza es distinta a la fuerza del precedente, ya que se toma en consideración junto con otros elementos y tiene grados de adecuación en base a qué tan exitosa es para justificar un resultado; sin embargo, su práctica se ve favorecida ante la perspectiva de diversos operadores jurídicos que toman decisiones basados en un cuerpo rico y diverso en materiales jurídicos, cada uno con diversas posturas: un escenario semejante permite un amplio espacio para el desacuerdo.<sup>799</sup>

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 especialmente adecuada 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.<sup>800</sup>

Este tipo de acuerdo, es un acuerdo parcial, y sostiene que las personas pueden estar de acuerdo 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.<sup>801</sup>

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 sujeta a una regla ya establecida, apoyando sus resultados, como se verá en la siguiente sección.<sup>802</sup>

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 toda vez 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 equivocadas y de ese modo, la analogía simplemente afianza los errores del pasado.

---

“Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, *Harvard Law Review*, Vol. 109, Num. 5, 1996.

<sup>799</sup> Lamond, *op. cit.*, pp. 19 y 23.

<sup>800</sup> Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, *cit.*, pp. 6, 8-9.

<sup>801</sup> *Ibidem.*, pp. 5-6.

<sup>802</sup> Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, p. 206.

Para Alexander las únicas formas legítimas de razonamiento son el el razonamiento moral directo y el razonamiento deductivo con reglas autoritativas. El razonamiento analógico simplemente no existe, es una fantasía que, si existiera, estaría totalmente deformado desde su origen.<sup>803</sup>

Crítica también la posibilidad de que, con el razonamiento analógico, un tribunal pueda extraer libremente razones no sólo de la *ratio decidendi* (holding) de una sentencia previa, sino también de las razones proporcionadas como *obiter dicta*, lo cual puede hacer a) que el holding 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.<sup>804</sup>

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 emplee la analogía. No obstante esa posibilidad, me parece que Alexander da por sentado que el juez actual va a recurrir ciegamente a la *ratio* 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. 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 razones 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 me parece que eso 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 para su caso y, en esa medida, está posibilitado y debe revisar las razones que encuentre por analogía antes de determinar su aplicación concreta.

---

<sup>803</sup> Alexander, Larry, "Bad Beginnings", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 145, Num. 1, 1996, p. 57.

<sup>804</sup> *Ibidem.*, p. 59, al criticar la tesis de Cass Sunstein sobre los acuerdos teorizados incompletamente.

Por otra parte, no me parece un problema real el que el juez actual pueda hechar mano tanto de la *ratio decidenci* como del *obiter dicta* planteados en decisiones pasadas al allegarse de elementos para su propia decisión, pues ahí radica la virtud del conocimiento compartido, replicado que se va adecuando y perfeccionando gradualmente. Si eventualmente, alguna razón tomada como *obiter dicta* en el caso previo, ahora cobra relevancia, tiene cierto valor el hecho de que el juez actual la considere y/o retome 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 permiten que se consideren en el balance de razones, más no tienen fuerza excluyente ni concluyente en dicho balance, esa es quizás la razón más importante por la que no se sostiene la crítica de la “extracción libre de razones por analogía”.

Junto con las ventajas referidas, Sherwin identifica algunas otras 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.<sup>805</sup>

## 8. La práctica de distinguir

Ahora bien, he hablado de los casos que lidian con disputas no reguladas, pero también hay casos de disputas reguladas que también son parte de la complejidad de la regla de precedente, tales como la práctica de distinguir (*distinguishing*) o desautorizar (*overruling*).

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

---

<sup>805</sup> Sherwin, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *cit.*, pp. 1180, 1187. Sunstein coincide con Sherwin, véase *Legal Reasoning and Political Conflict*, *cit.*, pp.

una regla de precedente no aplica satisfactoriamente al caso actual.<sup>806</sup> La mera posibilidad de hacer esto se considera problemática ante las reglas de precedente excluyentes.

En otras palabras, “distinguir” consiste en proporcionar razones de porqué la regla en un caso autoritativo pasado no deben seguirse o aplicarse en un caso posterior, pero esto no significa que por esta razón los tribunales no están 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 menos de haber una razón de igual o mayor relevancia que las anteriores para no seguirla.<sup>807</sup>

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.<sup>808</sup>

Algunos teóricos como Grant Lamond consideran que esta práctica es razón suficiente para sostener que el precedente no es una regla debido 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.<sup>809</sup> 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 cuando distinguir. Los hechos distintos e igualmente relevantes del caso actual son, precisamente, la condición que ha de satisfacerse para considerar distinguir, 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 reglas de precedente es primaria y la práctica de distinguir es secundaria, limitada

---

<sup>806</sup> Duxbury, *op. cit.*, p. 113.

<sup>807</sup> Guest, A. G., *op. cit.*, p. 98.

<sup>808</sup> Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, p. 187.

<sup>809</sup> Lamond, *op. cit.*, p. 8.

solamente a casos en los que la regla previa no satisface plenamente el rango de hechos presentes.<sup>810</sup>

Mi opinión es que existen reglas jurídicas cuyo supuesto es suficientemente amplio como para admitir diversas combinaciones de hechos,<sup>811</sup> 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 presente muestra más hechos o menos hechos de los identificados por la regla de precedente, tales que resulten de igual o mayor relevancia<sup>812</sup> 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 le sucedió a él o porque se abstuvo de considerarla al

---

<sup>810</sup> *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, más 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 en el derecho— no obstante, el derecho contempla también medios restringidos para desarrollar el derecho como es el caso de la práctica de distinguir.

<sup>811</sup> 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. Critica que si hay posibilidad de distinguir un caso, entonces la autoridad del precedente radica en sus hechos y resultados, no en la regla. Alexander, Larry y Emily, Sherwin, “Los jueces como creadores de reglas”, trad. de Sandra Gómora Juárez, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 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 son elementos desvinculados, sino partes de una sola cosa.

<sup>812</sup> 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 serán razonablemente evaluados por el juez posterior, para el caso de que decida que el caso que resuelve debe ser distinguido.

no ser relevante. 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.<sup>813</sup>

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 (haciendo que se requieran más nuevas reglas 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 restringidos los cambios o transformaciones que pueden generarse con esta práctica.<sup>814</sup>

Si lo anterior sucede cuando hay una regla de precedente que aplica en un supuesto amplio, es decir, en disputas reguladas, cuanto más lo mismo aplica en ausencia absoluta de una regla de precedente que regule el caso que se resuelve o disputas no reguladas.

Al respecto, Alexander se pregunta si un resultado basado en hechos particulares puede vincular de alguna forma las decisiones posteriores,<sup>815</sup> 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, 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.

## 9. La práctica de desautorizar

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,

<sup>813</sup> Guest, A. G., *op. cit.*, pp. 165, 170 y 175.

<sup>814</sup> Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, p. 188; Lamond, *op. cit.*, p. 8.

<sup>815</sup> Alexander, “Los jueces como creadores de reglas”, *cit.*, p. 144.

en ello no hay conflicto. Pero ello nos lleva a considerar la práctica de desautorizar reglas de precedente.

La práctica de *overruling* o desautorizar, como aquí la he denominado, se presenta 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.<sup>816</sup>

La idea de reglas de precedente tiene implícita la noción de su carácter autoritativo, lo cual significa que los tribunales no 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.<sup>817</sup>

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 es completamente claro 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, 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.<sup>818</sup>

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, quien 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

---

<sup>816</sup> Raz, *The Authority of Law...*, cit., p. 190.

<sup>817</sup> Duxbury, *op. cit.*, p. 117; Raz, *The Authority of Law...*, cit., p. 191.

<sup>818</sup> Duxbury, *op. cit.*, p. 123.



resuelve; ésa es la tarea que le está encomendada, y partimos del supuesto de que si se trata de una autoridad legítima, lo efectuará razonablemente bien, y tenemos la obligación de atender sus indicaciones.

## VII. Coherencia y progresividad en el concepto de precedente

La última de las condiciones necesarias del concepto de precedente señala:

4. Sirve como un eslabón que a través de la coherencia, pretende armonizar el pasado jurídico existente con el futuro novedoso del derecho. Doble condición: coherencia para mantener un vínculo que pretende armonizar el pasado jurídico existente y progresividad para mirar hacia el futuro mediante transformaciones novedosas de las normas jurídicas.

Recordemos que las reglas de precedente surgen en el contexto de disputas jurídicas parcialmente reguladas, en este tipo de casos, muy posiblemente, el proceso de deliberación que viva el juez autoritativo<sup>819</sup> en los casos parcialmente regulados, 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.<sup>820</sup>

Tanto la continuidad de las reglas jurídicas existentes como su cambio gradual son posibles gracias a la interpretación. La regla de precedente es producto de un proceso de interpretación en el que el juez autoritativo acomoda la *doble condición* de las reglas de precedente 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” y para promover, simultáneamente, la progresividad

---

<sup>819</sup> 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.

<sup>820</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 315, 317.

de las doctrinas judiciales al incorporar significados novedosos, tendientes a la actualización del orden jurídico de acuerdo con las transformaciones sociales.<sup>821</sup>

## 1. Teorías de la coherencia y su aplicación al derecho

En los últimos años, la coherencia 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 para 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.<sup>822</sup>

De acuerdo con el planteamiento general de Joseph Raz,<sup>823</sup> 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). 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.<sup>824</sup>

Para la teoría epistémica basada en la coherencia, una creencia está justificada si y solo 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.<sup>825</sup>

<sup>821</sup> *Idem*; Postema, *op. cit.*, p. 205.

<sup>822</sup> Hage, Jaap, "Law and Coherence", *Ratio Juris*, Vol. 17, Num. 1, 2004, p. 87. La búsqueda de criterios para determinar el conocimiento o cuándo un 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, Num. 2, 2001, p. 212; Olsson, Erik, "Coherentist Theories of Epistemic Justification", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003 (Spring 2014 Edition). Consultado el 4 de septiembre de 2014 en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justep-coherence/>.

<sup>823</sup> 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*, New York, Oxford University Press, 1994, pp. 278-279.

<sup>824</sup> *Ibidem.*, p. 279.

<sup>825</sup> *Ibidem.*, p. 282.

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 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” aquélla que fue concebida mediante prejuicio, superstición, ingenuidad, obstinación o cualquier defecto cognitivo similar del creyente, incluso aunque las demás creencias del sujeto sostuvieran 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.<sup>826</sup>

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,<sup>827</sup> 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.<sup>828</sup>

En ese sentido, las teorías constitutivas no toman como fundamento las creencias de cada persona, pues consideran que dicha 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.<sup>829</sup>

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

---

<sup>826</sup> *Ibidem.*, pp. 282-283.

<sup>827</sup> *Ibidem.*, pp. 287-288.

<sup>828</sup> *Idem.*

<sup>829</sup> *Ibidem.*, pp. 288-289.

coherente las proposiciones.<sup>830</sup> 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.<sup>831</sup>

La explicación constitutiva basada en la coherencia, tal como 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 ese sentido, resulta plausible considerar a la coherencia como criterio permanente que las autoridades emplean para la toma de decisiones, especialmente las judiciales tal y como se mostrará más adelante.<sup>832</sup>

## 2. Coherencia general y 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, pues 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, el derecho en general probablemente no será 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,<sup>833</sup> no obstante, puede tener sentido aceptarlo debido a los beneficios que se derivan de dicha aceptación.

---

<sup>830</sup> Las teorías epistémicas consideran que esa base es el conjunto de creencias de la persona.

<sup>831</sup> Postema, *op. cit.*, pp. 212, 221.

<sup>832</sup> En lo que sigue nos atendremos a esta visión constitutiva de la coherencia proporcionada por Raz para explicar su papel en el concepto precedente.

<sup>833</sup> Dickson, “Interpretation and Coherence...”, *cit.*; *Cfr.* Raz, “Two Views of the Nature of the Theory of Law...”, *cit.*, p. 298-299.

¿Qué significa esto? El reconocimiento de la probable falta de coherencia en el derecho legislado no resta importancia a la coherencia en sí, 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 legítima.<sup>834</sup> 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 en base a las cuales deben actuar los gobernados. Dichas razones constituyen el derecho —y pretenden ser 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 es la tesis subyacente a la explicación que ofrezco y en ese 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.<sup>835</sup>

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 las autoridades jurídicas, y si el derecho que crean se basa en la

---

<sup>834</sup> El profesor 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, compartimos la idea de que el recurso de algunos tribunales a sentencias de otros tribunales de igual jerarquía es tan solo 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. 197-198. Para un estudio en torno al ejemplo vs. el precedente, véase *Ibidem.*, pp. 212-219.

<sup>835</sup> Cfr. Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 304.

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, varios 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.<sup>836</sup>

Por su parte, 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 débil, mientras que se favorece la coherencia local.<sup>837</sup>

En opinión de Joseph Raz, la tesis de la coherencia global del derecho<sup>838</sup> 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 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.<sup>839</sup>

---

<sup>836</sup> 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 basada en razones y no arbitrariamente, de lo que debe darse cuenta al interpretar el derecho: reflejar la intención del autor y las razones que tuvo para emitir alguna norma, personalmente creo que es el momento en el que la *doble condición* juega un papel relevante. *Ibidem.*, pp. 298-299; Dickson, “Interpretation and Coherence...”, *cit.*, pp. 11-12.

<sup>837</sup> Lamond, *op. cit.*, p. 23.

<sup>838</sup> Podríamos considerar el “derecho como integridad” de Ronald Dworkin como 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. 165-166.

<sup>839</sup> Dickson, “Interpretation and Coherence...”, *cit.*, pp. 14-15. 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 (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.

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.g. conjunto de proposiciones), la cual, de ser justificadas las normas aceptadas del sistema, la justificaría.”<sup>840</sup>

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<sup>841</sup> que pueden entrar en conflicto, es entonces cuando interviene la coherencia para establecer la jerarquía entre esas razones. En ese sentido, las consideraciones de autoridad se presentan en la primera etapa, al determinar qué es el derecho establecido, mientras que la coherencia determina la solución del conflicto entre razones *prima facie* establecidas por el derecho.<sup>842</sup>

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 aquéllas 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”,<sup>843</sup> 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

---

<sup>840</sup> Raz, *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, p. 302.

<sup>841</sup> Entiéndase por doctrinas judiciales, el conjunto de criterios vigentes emanados de las sentencias de los tribunales autoritativos.

<sup>842</sup> *Ibidem.*, p. 302.

<sup>843</sup> 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.

decisiones de la autoridad,<sup>844</sup> su objetivo, explicar esas decisiones para entender y aplicar adecuadamente el contenido del derecho.<sup>845</sup>

En ese sentido, el juez debe interpretar cuando la norma jurídica no da una respuesta específica al problema planteado. 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 la razones correctas para actuar en el caso. Este escenario muestra que la coherencia sí tiene un papel para determinar lo que es derecho, al menos en los casos parcialmente regulados.

Dado que en estos casos, por referencia a la autoridad solamente, el juez no puede hallar la respuesta concreta, entonces interpreta y la genera,<sup>846</sup> tanto atendiendo a la intención de la autoridad del derecho así 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 verse, 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, generalmente no improvisa un contenido radical que se desvincula del resto de la normativa existente,<sup>847</sup> por esto, si bien es cierto que la autoridad 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.<sup>848</sup>

---

<sup>844</sup> *Ibidem.*, p. 250.

<sup>845</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 238.

<sup>846</sup> En este punto coincide Michele Taruffo al afirmar que interpretar implica atribución de significado. Taruffo, *Proceso y decisión...*, *cit.*, p. 130.

<sup>847</sup> En este punto coincide también 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 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 limitado por alguna “garantía jurídica” de lo que están haciendo. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, p. 166.

<sup>848</sup> 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, Barbara, “The Role of Coherence in Legal Reasoning”, *Law and Philosophy*, Num. 3, 1984, p.



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 (razón excluyente), lo cual equivale en buena medida a determinar el derecho con ayuda de la coherencia en esos casos problemáticos.

### **A. Coherencia jurisdiccional local**

Por otra parte, algunos autores han sostenido que la coherencia se aplica de manera local,<sup>849</sup> 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.

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.<sup>850</sup>

En ese mismo sentido se ha pronunciado Barbara 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

---

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.

<sup>849</sup> Joseph Raz y Bárbara Baum Levenbook, por ejemplo.

<sup>850</sup> *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.

obtenga algún grado mínimo de coherencia general mientras se produce incoherencia local.<sup>851</sup>

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.<sup>852</sup>

### 3. La doble condición necesaria y otros criterios para decidir

¿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 estipulativo 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 —que es una explicación con la que razonablemente se le asocia. Por otra parte, la progresividad refiere la propiedad que refleja avances y transformaciones 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 atribuírseles 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, económicamente más ventajoso o socialmente conveniente —aunque no necesariamente— por ejemplo la política anti semitista de Hitler fue endureciéndose progresivamente y tal situación fue moralmente deleznable,<sup>853</sup> lo cual significa que la progresividad no está necesariamente relacionada con elementos morales.

---

<sup>851</sup> 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 a que la coherencia es una propiedad del sistema jurídico en su totalidad. *Ibidem.*, p. 356.

<sup>852</sup> *Ibidem.*, p. 371.

<sup>853</sup> Debo esta distinción a Juan Vega.

Esta 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, obliga a mantenerse en el plano descriptivo con independencia de su contenido. Así pues, 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 estado 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.

Ahora bien, he ofrecido algunas razones para considerar que la doble condición de la coherencia junto con la progresividad es necesaria más no suficiente para dar cuenta de nuestro concepto de precedente. Por una parte, porque no es ésta condición la que explica en circunstancias normales el 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 ese 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.<sup>854</sup> 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 e incluso se debe emplear otros criterios al decidir pero siempre de manera paralela a la *doble condición*.

La primera precisión 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.<sup>855</sup> 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

---

<sup>854</sup> Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 303.

<sup>855</sup> 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.

irremediablemente a eliminar la coherencia en el razonamiento. Me parece que el referente o inclinación hacia la coherencia está siempre presente aunque ocurra de manera imperceptible casi natural, pues las 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, habida cuenta de que en este punto, el solo recurso a la autoridad no ofrece una respuesta concreta.

En esa 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 están igualmente justificadas, intervienen otras consideraciones en la toma de decisión, además de la coherencia para arribar a la decisión legalmente justificada.<sup>856</sup> Precisamente, “además” de la coherencia hay 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.

Aún 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 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 permanentemente.

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 pretensión de variar el sentido de las doctrinas judiciales sostenidas, promover su desarrollo o impulsar su transformación y adecuación.<sup>857</sup> Recuérdese que esta pretensión responde a una necesidad que surge debido a la falta de respuestas en el derecho existente, por eso, las respuestas están en el cambio y conjugación de nuevos elementos con los ya conocidos.

---

<sup>856</sup> Baum, “The Role of Coherence in Legal Reasoning”, *cit.*, pp. 370-371. 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.

<sup>857</sup> 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 no es descabellado afirmar la existencia permanente de la *doble condición*.

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 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 *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 autoritativos para sentar reglas de precedente. Es innegable que puede haber un gran número de criterios diversos al interpretar, incluso que 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 solo 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.<sup>858</sup> En ese sentido, su postura es muy cercana a la idea que planteo en relación a la participación de la coherencia y progresividad en el precedente.

#### **4. Coherencia y progresividad en contexto**

Si aceptamos que la esencia del precedente radica precisamente en servir como ejemplo autoritativo para resolver disputas futuras, sabemos que al momento de su origen, la regla de precedente como respuesta institucional surge invariablemente de un contexto jurídico-normativo y autoritativo, claramente determinado y como tal, esa respuesta institucional está vinculada en alguna medida a esos contenidos jurídicos, es decir, es coherente en alguna medida con esos contenidos.

Ignorar ese contexto equivaldría a ignorar la autoridad del derecho, a ignorar las indicaciones que la autoridad ha establecido en las normas jurídicas que forman ese contexto. Como parte integrante de un sistema jurídico, los tribunales

---

<sup>858</sup> Taruffo, *Proceso y decisión...*, cit., pp. 127-128.

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 a su antojo, entonces no tendríamos realmente derecho pues según 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.<sup>859</sup> Por ello me resulta un tanto desconcertante la afirmación de Michele Taruffo según la cual el segundo juez es el que decide el contenido de la regla y quien decide 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.”<sup>860</sup>

Al respecto debo decir que difiero de la apreciación del profesor 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 expidieran o no reglas— en ese 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 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 ya hay 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 efecto, cuando hay regla de precedente al segundo juez le corresponde aplicar la regla a su caso.

---

<sup>859</sup> Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 145.

<sup>860</sup> Taruffo, Michele, “Precedente y jurisprudencia”, cit., p. 88.

No comparto plenamente la idea de que el segundo juez es quien decide si se siente vinculado por la regla de precedente, pues si bien considero que esta noción 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.<sup>861</sup> 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.

¿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 a un orden jurídico pre-existente—. 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 totalmente con la imagen que tenemos de lo que hacen los tribunales autoritativos cuando sientan reglas de precedente. Descriptivamente, 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

---

<sup>861</sup> En algunos pasajes puede leerse a Michele 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 coincido parcialmente con la observación, lo hago 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.

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.<sup>862</sup>

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 reemplazar las demás razones relevantes que tuviera el sujeto para actuar porque la indicación de la autoridad refleja y reemplaza 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 reemplazar 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,<sup>863</sup> que el derecho y los tribunales ostentan esa autoridad cuando

---

<sup>862</sup> Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 214-215; Giudice, “Joseph Raz’s Legal Philosophy” cit., p. 2.

<sup>863</sup> Al igual que el profesor Michele 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.



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 aún en los casos susceptibles de interpretación en los que se apoya en principios y normas jurídicas relevantes 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.<sup>864</sup>

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.

Como parte de un sistema jurídico tal y como lo conocemos, las reglas de precedente satisfacen una demanda mínima de seguridad jurídica la cual se materializa al evitar cualquier posibilidad de arbitrariedad por parte de la autoridad judicial, esto, 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 aún cuando procedan mediante interpretación.

---

Como puede advertirse, la explicación teórica que proporciono va de la mano con la tesis de la autoridad legítima y emplea como materia prima herramientas teóricas derivadas de ella; en contraste, la explicación que proporciona el profesor 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.*, p. 196 ss.

<sup>864</sup> 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.

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 umbral<sup>865</sup> entre pasado y futuro, por lo cual es esencial no solamente que atienda a resoluciones pasadas sino también que anticipe el futuro.<sup>866</sup> 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.<sup>867</sup>

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 directamente 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 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

---

<sup>865</sup> La *doble condición* como condición necesaria 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.

<sup>866</sup> El juez que sigue la regla de precedente autoritativa por ser autoritativa, está siendo coherente, incluso sin saberlo.

<sup>867</sup> Postema, *op. cit.*, pp. 210-211, 214.

es actualmente concebida y esa porción de derecho es actualmente concebida en esos términos debido a los cambios y ajustes que experimentó en el pasado.

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, 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 que necesitamos 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 que necesitamos 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 dable 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 deben ofrecer 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, solo en aquellos que he llamado “casos parcialmente regulados” con los cuales se enfrentan permanentemente. 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 ése y casos futuros

semejantes. El balance de razones no está abierto permanentemente, 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.<sup>868</sup> 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 avanzó explicaciones y respuestas antes no contempladas por el derecho, como producto del análisis del caso.

La Suprema Corte se apoyó en y fue coherente con los contenidos jurídicos autoritativos establecidos en la Constitución y normatividad civil y registral del Distrito Federal, pero al mismo tiempo, al resolver incorporó explicaciones novedosas en torno a la protección del derecho fundamental a la intimidad, la vida privada y la no discriminación de las personas transgénero.

A partir del caso concreto, el tribunal sentó varias tesis aisladas<sup>869</sup> 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 con el pretexto de 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

---

<sup>868</sup> 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](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/completo/rectificacion_acta). Consultado el 11 de noviembre de 2013.

<sup>869</sup> En México, las tesis aisladas son la formulaciones generales y abstractas de las reglas contenidas en las sentencias de los tribunales autoritativos, dichas tesis alcanzan el estatus de precedente a través de reiteración.

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 reasignación de sexo.

### **5. La doble condición: conceptos de grado**

Ahora bien, la interpretación en las disputas parcialmente reguladas invariablemente da lugar tanto a la continuidad de doctrinas 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 totalmente progresivo ni totalmente coherente, más bien los precedentes son parcialmente coherentes y parcialmente progresivos.

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.

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 generarlo 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 parámetro 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 a 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, puedo proporcionar una aproximación.

El extremo de la coherencia en la escala imaginaria 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 nociones 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 precisamente lo que aporta: respuestas que no teníamos para

problemas complejos. La práctica de reformular y aplicar los contenidos normativos establecidos por la autoridad no genera precedentes, hacer eso es otra cosa, es 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, éste 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. Eso 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, 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 o progresividad y esta 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 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 aquélla 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”.<sup>870</sup> 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 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

---

<sup>870</sup> Tesis aislada en materia constitucional de clave III.1o.C.1 K (10a.). Consultada en <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2006639&Clase=DetalleSemenarioBL> 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 redundaría en preservar la seguridad jurídica y hacer prevalecer un Estado democrático de derecho.”



respuesta acerca de si la transparencia en sede judicial conculca el derecho a la privacidad y qué hacer cuando se hallen 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 simultáneamente 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. 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.

## **VIII. Comentarios a la jurisprudencia mexicana desde el enfoque conceptual**

Tal como se ha advertido, este trabajo no tiene interés en los nombres con los que se denomina en cada lugar o cada idioma al precedente, sino con el concepto que de él se tiene, por ello, las diferencias lingüísticas son irrelevantes cuando se habla de la misma institución. Hecha esta aclaración, quiero referirme ahora a la jurisprudencia mexicana, denominada así también en diversos sistemas jurídicos de tradición romano-germánica.

En este punto de la investigación, es preciso dedicar unas líneas a la delimitación y ubicación de la jurisprudencia mexicana en el entramado conceptual que se ha venido desarrollando, ya que, algunos podrían pensar (de primer momento) que este estudio versa sobre algo ajeno y distinto a nuestra jurisprudencia, lo cual es un error, como en seguida se advertirá.

En los estudios de corte no conceptual, 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 este, el concepto que estamos explicando no está limitado por localismos; es mucho más amplio y general, de tal suerte que en él queda comprendida nuestra jurisprudencia.

Esto es así, ya que las divergencias terminológicas no son obstáculo en términos conceptuales y nuestro precedente (mejor conocido en México como jurisprudencia) satisface el test de las propiedades esenciales del precedente, aquéllas que se necesitan para que exista un precedente, además de mostrar algunas propiedades contingentes.

Ahora bien, cabe abrir un paréntesis al respecto, ya que 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 que contiene algún criterio novedoso, emitida por tribunales de igual o mayor rango que hayan resuelto previamente alguno de los casos como que 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. Tal asociación, sin embargo, es una práctica local, que atiende a razones distintas, diversas 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 (hablando 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.<sup>871</sup>

Según sabemos, nuestras jurisprudencias tienen la forma de reglas prescriptivas que tienen un origen jurisdiccional, posee una pretensión autoritativa y es, al menos, vinculante. La jurisprudencia es un ejemplo que regula la conducta futura de sus destinatarios. Dado su carácter de regla, pretende que sus destinatarios 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, pretende ser coherente con alguna parte, rama, materia o doctrina del sistema jurídico vigente.

---

<sup>871</sup> Lamond, *op. cit.*, p. 3.

Además de las propiedades esenciales del precedente, la jurisprudencia mexicana utiliza un sistema de reiteración, lo cual significa que es un requisito de forma, que el criterio que contiene el elemento novedoso, producto de la interpretación, sea utilizado o reiterado en cinco ocasiones. Tal peculiaridad no es una propiedad esencial ni mucho menos, necesaria del precedente, pues, como se ha visto, la calidad autoritativa de la regla no emana de la reiteración. No es que la quinta sentencia sea más convincente que la primera, cuando se trata del mismo criterio, visto desde esta óptica, la reiteración no aporta ni elimina ninguna propiedad esencial al precedente, de modo que es una propiedad contingente, a lo sumo.

El sistema de reiteración de las sentencias es una propiedad contingente del precedente, pues es indistinto que se implemente o no y aun haber concepto de precedente. Como se ha visto, existen sistemas jurídicos que emplean dicho sistema, principalmente, con la consigna de que los criterios emanados sean aquellos que deben prevalecer con el tiempo, sin embargo, también existen sistemas jurídicos que no usan la reiteración y siguen teniendo precedente; en ambos tipos de sistemas, las propiedades esenciales prevalecen.

Es importante notar que en México prevalece el principio de legalidad, previsto constitucionalmente, mismo 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 propia ley; asimismo, protege la esfera personal de los individuos de intervenciones del Estado no previstas en la ley.<sup>872</sup>

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 a atender, en el curso de la vida diaria, derechos y obligaciones contenidas en reglas de origen legislativo, exclusivamente. Los efectos del principio de legalidad en relación al precedente, generan que: a) Sólo los órganos judiciales tengan una obligación directa y real de obedecer la jurisprudencia, pues el resto de órganos del Estado debe actuar con estricto apego a ley, por tanto, no están obligados a conocer o aplicar jurisprudencia en el desempeño de sus funciones cotidianas;<sup>873</sup> 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 referente, únicamente; c) Los

---

<sup>872</sup> 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, 2010, pp. 765-766.

<sup>873</sup> 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.

particulares no perciban ni desarrollen una obligación de atender las reglas de precedente, o bien, no les concedan la misma centralidad y relevancia que conceden a las reglas de origen legislativo.

En ese contexto, es fácil advertir porqué la reiteración resulta ser en México, un elemento integrante de la jurisprudencia, no obstante como se ha explicado, señaladas las propiedades esenciales del concepto de precedente, la reiteración no es una de ellas, lo que permite que el precedente exista independientemente de la reiteración. Sabemos pues que la reiteración es simplemente una propiedad contingente del precedente, lo cual quiere decir que puede concurrir o no sin afectar la naturaleza del mismo. Así que la reiteración no es una propiedad relevante, en tanto no es una propiedad esencial del mismo.

Ahora bien, la jurisprudencia regula la conducta futura de sus destinatarios, ¿quiénes son tales destinatarios? Idealmente, los destinatarios de la regla son todos aquéllos cuya esfera pudiera verse alterada con su aplicación o deban intervenir en la misma: 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 (es decir, no se emiten reglas sobre un tema ya regulado).

El caso de la jurisprudencia mexicana y de otros sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, es algo distinto, pues 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 estar al tanto de ella o aplicarla de primera mano, debido al principio de legalidad.

Así, el precedente tiene la pretensión de ser una razón excluyente para los destinatarios de la regla; sin embargo, en México y otros sistemas de la misma tradición jurídica, el efecto limitante del principio de legalidad se extiende al alcance del precedente, pues no solo limita a las autoridades distintas a la judicial de seguirlo de primera intención, debido al estricto apego a la ley, sino que evita que los particulares atiendan las reglas de precedente que proceden de un origen distinto al legislativo, limitando así su alcance.<sup>874</sup>

---

<sup>874</sup> Un claro ejemplo del efecto limitante del principio de legalidad sobre la jurisprudencia mexicana al que nos referimos, se encuentra en las labores de las Juntas Distritales como órganos ejecutivos del Instituto Federal Electoral, que tienen entre sus atribuciones, las vinculadas al Registro Federal de Electores, como por ejemplo: la expedición y reposición de la credencial para votar con fotografía de los ciudadanos mexicanos. Es así que dichos órganos se encargan de la expedición y reposición de tales instrumentos, sin embargo, en año electoral hay un término legal para que los ciudadanos la soliciten, a fin de tener actualizado y completamente integrado el Padrón Electoral en el 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

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, debido al principio de legalidad que en este caso, al limitar sus destinatarios, limita también su alcance, anulando con ello varias virtudes del precedente, no obstante, aun con tales restricciones, sus propósitos y efectos son los mismos, aunque debe recorrer un proceso más largo para su efectividad.

Ahora bien, cotidianamente ocurren en la jurisdicción mexicana casos de fertilización jurisprudencial cruzada que se presenta cuando los tribunales de un país recurren a los precedentes emitidos por los tribunales de otro país; en tal caso, concurren relaciones horizontales entre tribunales, que no tienen entre sí un vínculo jerárquico, pues se trata de órganos pertenecientes a sistemas jurídicos distintos. Más aún, en tal caso no podemos hablar de precedente, 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.

Adicionalmente, en las relaciones horizontales de las que hablamos no concurre el elemento jerárquico que tiene un papel en las propiedades del

---

Distritales comenzaron a negar la reposición de la credencial de elector a los ciudadanos, sustentando su resolución en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (principio de legalidad). No obstante lo anterior, en tal fecha, la jurisprudencia de rubro: “CREDENCIAL PARA VOTAR. CASOS EN QUE RESULTA PROCEDENTE SU REPOSICIÓN FUERA DEL PLAZO LEGAL” ya había sido expedida (2008), la cual tiene el siguiente texto:

“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 derecho a votar en los comicios respectivos.”

Tal jurisprudencia fue emitida pensando precisamente en los casos extraordinarios, no atribuibles a los ciudadanos, en los cuales las autoridades administrativas electorales debían reponer la credencial de elector fuera de los plazos legales. Debido al principio de legalidad, las autoridades administrativas negaron a los ciudadanos su credencial, obligándolos a interponer sendos juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano que fueron resueltos por la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuyas sentencias, aplicando la ya conocida jurisprudencia, ordenaron a las autoridades responsables a emitir la credencial respectiva. Esto, 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 jurisprudencia y el conocimiento de la misma por las propias autoridades administrativas.

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, son a lo sumo, buenos ejemplos a seguir por otros tribunales extranjeros, es posible que concurren elementos como el prestigio, la trayectoria o el renombre de los jueces integrantes pero no existe la posibilidad de que tales reglas tengan para ellos el carácter de vinculante, lo cual, genera que se trate de algo más, distinto a seguir precedentes, al carecer de varios de las propiedades esenciales del precedente.

## IX. Casos dudosos del concepto de precedente

Derivado del análisis anterior, surge la interrogante acerca de ¿qué pasa con la práctica de los tribunales internacionales de seguir sus propias resoluciones anteriores o con la práctica conocida como jurisprudencia internacional? ¿Cuál es el papel de estas instituciones ante el análisis ofrecido? Es interesante notar que aunque el trasfondo de estas prácticas apunta al aseguramiento de 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.

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 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 algo debatido, algunos autores han denominado al árbitro como “un juez privado investido de una misión jurisdiccional de origen contractual”.<sup>875</sup>

Si bien el laudo arbitral tiene efectos judiciales, la intención primordial es no hacer uso de la maquinaria judicial del estado en aras de la eficiencia,

---

<sup>875</sup> González de Cossío, Francisco, “El arbitraje y judicatura. *¿Quis custodiet custodes?*”, en *Arbitraje comercial internacional*, Nuria González Martín y Sonia Rodríguez Jiménez (coords.), México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 138.

principalmente. 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.<sup>876</sup> De ahí que se sostenga que el arbitraje sólo tiene éxito entre personas e instituciones honradas.<sup>877</sup>

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 entablen, además de la facilidad de que el arbitraje se ajusta a las necesidades del comercio internacional y la voluntad de las partes en el convenio arbitral.<sup>878</sup>

Respecto a la naturaleza que presenta el arbitraje, hay diversas posturas. La *corriente jurisdiccional* sostiene 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, únicamente la ejecución del laudo se hace mediante poder público, sin que por ello pierda su origen contractual. Algunos otros le atribuyen una naturaleza autónoma al arbitraje, con un sistema flexible que no emula a los sistemas procesales nacionales.<sup>879</sup>

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.<sup>880</sup> 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

---

<sup>876</sup> *Ibidem.*, p. 159.

<sup>877</sup> Casas Alatríste, Roberto, “Arbitraje internacional”, *Finanzas y contabilidad. Revista mensual de divulgación financiera y contable*, Vol. XII, abril 1945, núm. 4, p. 109.

<sup>878</sup> 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.

<sup>879</sup> González de Cossío, *op. cit.*, pp. 149-152; Cremades *op. cit.*, p. 10.

<sup>880</sup> 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.

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.<sup>881</sup>

Como toda actividad sustentada en un texto normativo, los arbitrajes tienen la necesidad de aplicar e interpretar las normas contenidas en los convenios arbitrales y en los tratados que los sustentan, esto 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, lo que se ha denominado como “jurisprudencia”.<sup>882</sup>

No obstante, la relación que se genera entre la judicatura y el arbitraje es peculiar que bien puede explicarse a través de cinco principios.<sup>883</sup>

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 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 esa práctica es realmente precedente en sentido pleno.

Otro caso desconcertante, del 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

---

<sup>881</sup> González de Cossío, *op. cit.*, pp. 160-161.

<sup>882</sup> Chillón, *op. cit.*, p. 267.

<sup>883</sup> González de Cossío, *op. cit.*, pp. 162-163.



que 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 postguerra 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.<sup>884</sup>

Francisco 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.<sup>885</sup>

El contexto histórico de la CEDH (Convención Europea de Derechos Humanos) 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.<sup>886</sup> Así pues, la Convención y sus protocolos, contiene una serie de derechos y libertades que los Estados adherentes a la misma deben otorgar a toda persona en su jurisdicción.<sup>887</sup>

Dicho Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>888</sup> se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950 bajo los auspicios del Consejo de Europa (El Consejo de la Unión Europea («Consejo de Ministros» o «Consejo») es la principal instancia decisoria de la Unión Europea. Se reúne a nivel de los ministros de los Estados miembros y es por consiguiente la institución de representación de los Estados miembros).

Producto de este convenio es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) —según el propio Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus protocolos, en sus artículos 26 y 60 manifiesta— el cual no pretende reemplazar ni suplantar al Derecho interno que debe ser concebido como el principal instrumento de protección de los derechos y

---

<sup>884</sup> García de Enterría Eduardo, Linde Enrique, Ortega Luis Ignacio y Sánchez Morón Miguel (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.

<sup>885</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Colección Jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 16.

<sup>886</sup> García de Enterría, *op. cit.*, p. 55.

<sup>887</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>888</sup> Consultado en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/glossary/eu\\_council\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/eu_council_es.htm) el 15 de agosto de 2014.

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.”<sup>889</sup>

Existe en la materia lo que se ha dado en llamar la jurisprudencia del TEDH, que se refiere a las decisiones del propio tribunal que vinculan jurídicamente a las autoridades de los Estados parte en la Convención Europea de Derechos Humanos 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.<sup>890</sup>

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 sentencia nueva que emite.<sup>891</sup> Su trascendencia, opinan, radica en la obligatoriedad que revisten para los Estados firmantes, aunado a que los Tribunales Supremos de los Estados partes han aceptado e incorporado esa jurisprudencia a sus propias decisiones.<sup>892</sup>

Es relevante notar que las sentencias del TEDH no anulan directamente las sentencias de los estados partes que no van en conformidad con la Convención sino que el estado condenado tiene la tarea de ejecutar la sentencia, en su caso.<sup>893</sup> Principalmente es central 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 de la convención, de modo que no puede alterar el derecho interno ni poner remedio específico a una inobservancia de la Convención.<sup>894</sup>

No obstante su trascendencia 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 que 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 legislaciones nacionales mediante un “corpus jurisprudencial” común para los Estados.<sup>895</sup>

Un caso adicional e igualmente desconcertante es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La Comunidad Europea y el derecho que ella produce

---

<sup>889</sup> Eissen, Marc-André, *El tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. de Javier García de Enterría L. Velázquez, Madrid, Cívitas, 1985, pp. 81-82.

<sup>890</sup> García de Enterría, *op. cit.*, p. 53.

<sup>891</sup> Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 47.

<sup>892</sup> *Ibidem.*, p. 20.

<sup>893</sup> García de Enterría, *op. cit.*, p. 53.

<sup>894</sup> *Ibidem.*, p. 132.

<sup>895</sup> Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 131.

son un “ordenamiento jurídico *sui géneris*”, diferente tanto del internacional como del nacional de los estados miembros, en el que no obstante, se integra. Así pues, 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.<sup>896</sup>

Si bien, para lograr esto, los Estados partes 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, a diferencia de las jurisdicciones internacionales,<sup>897</sup> las decisiones del tribunal son definitivas sin posibilidad de apelación, además de que la interpretación que efectúe del tratado de los tratados de París y Roma se impone a los tribunales internos de los países signatarios.<sup>898</sup>

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 Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o al Tribunal de Justicia Internacional,<sup>899</sup> entre otros.

Es importante tener en mente que en la jurisdicción internacional, la única forma de que un Estado pueda 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.<sup>900</sup>

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 (fundamento) tanto del procedimiento arbitral como judicial en el ámbito internacional, ya que debido a la soberanía nacional, ningún estado puede ser obligado a someterse a su jurisdicción. En ese

---

<sup>896</sup> 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.

<sup>897</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>898</sup> Díaz de Velasco Vallejo Manuel, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1984, p. 6. Siendo el tratado de París de 1951, el que dio origen a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que posteriormente de las Comunidades Europeas y luego de la Unión Europea con los tratados de Roma de 1957, conocidos como los tratados constitutivos, pp. 17-19.

<sup>899</sup> 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.

<sup>900</sup> *Ibidem*, pp. 6 y 9.

sentido, el TJCE tiene la peculiaridad de tener mucho 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.<sup>901</sup>

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 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.<sup>902</sup> Lo cierto es 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,<sup>903</sup> 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.<sup>904</sup>

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 estos criterios o posturas de las sentencias del propio TJCE se ha dado en llamar la “jurisprudencia” del TJCE.<sup>905</sup> No obstante, la eficacia de las sentencias del TJCE depende de los estados miembros, toda vez 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 proporcionada nos da elementos suficientes para constatar o descartar si la práctica que llevan a cabo los tribunales internacionales o los

---

<sup>901</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>902</sup> *Ibidem*, pp. 8, 9.

<sup>903</sup> 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.

<sup>904</sup> Díaz de Velasco, *op. cit.*, p. 12.

<sup>905</sup> *Ibidem.*, p. 57.

organismos arbitrales son precedente en el sentido pleno que le atribuimos, según las propiedades necesarias que hemos identificado.

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 del carácter autoritativo y más del elemento vinculante que hemos identificado del concepto.

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 decisorios. 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 decisorio. 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 este tipo 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.

Muchas veces 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.

Ahora bien, de manera semejante a los casos de tribunales internacionales o arbitraje internacional, las prácticas de algunos de los sistemas jurídicos a que nos referimos presentan diferencias importantes con el concepto de precedente que he explicado, lo cual los sitúa como casos dudosos de precedente, es decir, no es claro que la práctica que se desarrolla sea la práctica del precedente, al carecer de las propiedades necesarias de la práctica.

El caso del precedente en Japón es muy peculiar, incluso la doctrina difiere en torno a la forma adecuada de referirse a él. Recordemos que por una parte, la Constitución no lo distingue explícitamente como una fuente del derecho aunque en la práctica no es inusual que los tribunales recurran a decisiones previas, no obstante, los tribunales inferiores siempre pueden interpretar de manera independiente el texto de la Constitución para resolver una disputa y resolver o no en el mismo sentido del precedente en cualquier momento.<sup>906</sup>

Estas circunstancias concretas eliminan directamente al menos dos condiciones necesarias de nuestro concepto de precedente. La forma en la que opera la práctica demuestra que las sentencias no tienen el carácter de una regla prescriptiva para otros tribunales, no surge abiertamente con una pretensión autoritativa y no es vinculante. Es cierto que los tribunales “suelen” recurrir a sentencias previas pero ello es solo una muestra de seguir buenos ejemplos, no de actuar por ejemplos autoritativos, pero como hemos observado el precedente implica la obligación de seguir ejemplos autoritativos que es distinto en naturaleza a elegir seguir buenos ejemplos.

Esta conclusión, se refuerza quizá con la observación que la opinión predominante de la doctrina en Japón es que las resoluciones de los tribunales

---

<sup>906</sup> Oda, *op. cit.*, p. 52; Matsui, *op. cit.*, p. 23.

son una fuente del derecho de carácter suplementario porque no tienen la misma fuerza vinculante que una ley y porque la doctrina del *stare decisis* no tiene un fundamento explícito en el derecho japonés.<sup>907</sup> Esto revela que no hay una pretensión autoritativa de los tribunales de vértice para regular la conducta de tribunales inferiores en casos semejantes, en ese sentido, las sentencias no surgen con el carácter prescriptivo de regla para guiar la conducta futura de otros casos además del caso concreto.

Por otra parte, aunque en esa misma línea, Arabia Saudita es un caso aun más dudoso que el caso japonés. Al tratarse de un sistema jurídico dual: un derecho religioso y un derecho secular, éste último no es totalmente independiente de los tribunales y reglas de la *Sharia*,<sup>908</sup> de hecho fue desarrollado para colmar temas no regulados por el derecho religioso. Primeramente, el derecho no es un sistema normativo superior y omnipresente que incluya a los demás sistemas normativos sociales dentro de su reglación, de hecho ocurre lo contrario y es el sistema normativo religioso el que tiene dominancia en caso de dudas.

Esta división se extiende a los órganos jurisdiccionales que son tribunales seculares y tribunales religiosos, dedicados a atender distintos temas, de los cuales una pequeña fracción es resuelta por los tribunales seculares, principalmente asuntos comerciales o administrativos.<sup>909</sup> La distribución de materias y competencias no traza realmente una jerarquía judicial robusta que sirva de referente para dar pie a los ejemplos autoritativos, establecerlos o seguirlos.

Si bien, se habla de que el Consejo Superior de Justicia es responsable de interpretar la *Sharia* dentro del sistema judicial, también es cierto que puede declarar cualquier regulación incompatible con la *Sharia* como inconstitucional. La interpretación de la normatividad religiosa atiende a justificaciones diversas y recursos no empleados en Occidente para interpretar el derecho secular. Esta cuestión hace prácticamente imposible hablar de precedente en el contexto referido.

Aunque se han implementado figuras occidentales para el tratamiento de algunos temas seculares, lo cierto es que esa implementación es una adaptación al contexto del derecho religioso que prevalece y no hay realmente una semejanza entre la forma de operar de ambos tribunales que permita extraer de las prácticas las mismas consecuencias. No se detectan pues, las condiciones que explican el

---

<sup>907</sup> Oda, *op. cit.*, p. 52.

<sup>908</sup> *Ibidem.*, p. 311

<sup>909</sup> Riyadh, *op. cit.*, pp. 61-62, 66.

concepto de precedente, aun cuando se habla de la aplicación consistente de la normatividad religiosa.

El desarrollo del análisis conceptual presentado ha arrojado las siguientes conclusiones preliminares:

- El concepto de precedente es susceptible de explicarse por medio de sus condiciones necesarias.
- Las propiedades necesarias del concepto de precedente revelan la naturaleza del precedente, la cual es conocida y cognoscible en todo aquel sistema jurídico que lo emplea.
- La explicación más satisfactoria del concepto es aquella que explica el precedente considerando que es una regla de origen jurisdiccional, autoritativa o al menos vinculante, que muestra una conducta por medio del ejemplo a casos futuros, proceso en el que interviene la interpretación para generar reglas que son simultáneamente coherentes y progresivas.
- Las propiedades necesarias del concepto de precedente delimitan los ejemplares que corresponden a esta explicación, lo cual permite distinguir prácticas muy semejantes en naturaleza al precedente que, sin embargo, no son precedentes.
- La explicación conceptual que ofrezco tiene un importante poder explicativo que responde a nuestras prácticas.



## CAPÍTULO 3

### EL PRECEDENTE EN LA TEORÍA INTERPRETATIVISTA

#### I. Planteamiento inicial

En capítulos anteriores me ocupé de elaborar un panorama histórico y comparativo en torno al precedente, institución mejor conocida en algunos países como jurisprudencia, para revelar que la práctica de los tribunales de seguir decisiones pasadas es muy extendida, con particularidades y características propias, práctica que incluso tiene parecidos con otras muy semejantes que, sin embargo, no son realmente precedente.

Después del panorama histórico y comparativo, ofrecí una explicación desde la filosofía analítica del derecho en torno al concepto de precedente para proporcionar una aproximación a lo que considero la forma más adecuada de entender el precedente, revelando su naturaleza a través de condiciones necesarias que se relacionan e interactúan mutuamente, mismas que se explican a lo largo del trabajo.

Como planteamiento inicial de este capítulo deseo considerar, con Grant Almond, que hay tres formas principales en las que se ha sostenido que debe entenderse al precedente, o dicho de otro modo, tres formas que alegan ser la mejor forma de entender al precedente.<sup>910</sup>

1. Como establecimiento de reglas
2. Como aplicación de principios subyacentes
3. Como decisión del balance de razones

Evidentemente, el primer modelo opera sentando reglas que los tribunales posteriores están obligados a aplicar a los hechos que les presenta el caso que deciden. El segundo enfoque centra la atención en la justificación de la decisión pasada mediante principios, siendo éstos los de aplicación obligatoria. El tercer

---

<sup>910</sup> Lamond, *op. cit.*, p. 6.

enfoque propone que es la representación de una decisión en el balance de razones de un caso individual lo que los tribunales posteriores han de tratar como decididos correctamente.<sup>911</sup>

A los enfoques y tratamientos señalados podemos agregar enfoques adicionales desde los que puede abordarse el precedente judicial, por ejemplo, los estudios críticos del derecho, el análisis económico del derecho o el modelo de decisión judicial legal y racional post-analítico.<sup>912</sup>

Recordemos, pues, que el capítulo previo está dedicado primordialmente al enfoque que considero adecuado para entender el precedente y sus componentes esenciales, que bien puede considerarse como ejemplo del modelo 1 sugerido por Lamond. Sin embargo, mi planteamiento no es una postura que tenga aceptación uniforme, sino que puede ser objeto de diversas críticas. Una de las más importantes se halla en el trabajo de Ronald Dworkin denominado “el derecho como integridad” —que es un ejemplo del modelo 2— cuyo desarrollo es considerado de suma importancia por su novedoso planteamiento metodológico dentro de la filosofía del derecho,<sup>913</sup> razón por la cual este capítulo se ocupará de dicha teoría y su planteamiento en torno al precedente.

El objetivo en esta sección de la tesis es explicar el concepto de precedente desde la perspectiva teórica de Ronald Dworkin, para lo cual abordaré elementos teóricos fundamentales que giran en torno a este concepto tales como la interpretación, las etapas interpretativas, los principios, las características metodológicas, entre otros. La interrelación de dichos elementos dan estructura al interpretativismo y mi objetivo es explicarlo desde su mejor perspectiva para mostrar por qué la explicación que ofrezco del concepto de precedente es más satisfactoria.

---

<sup>911</sup> *Ibidem.*, pp. 6-12.

<sup>912</sup> Véase por ejemplo, Siltala, Raimo, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000.

<sup>913</sup> Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, cit., p. 120.

## II. El concepto de precedente para Dworkin: los elementos implícitos

Quiero comenzar ofreciendo una definición básica pero concreta del concepto de precedente en términos de la teoría jurídica de Ronald Dworkin, extraída de sus ideas desarrolladas, principalmente en su obra *Law's Empire*.

La definición propuesta señala que un precedente es el reporte de una decisión política previa que ejerce una fuerza gravitacional sobre casos futuros en la medida en la que se fundamenta en principios y en los términos de la extensión de tales principios.

El concepto de precedente ofrecido contiene elementos que requieren mayor explicación desde la perspectiva original para comprenderlos en su justa dimensión, pero, además, de dichos elementos se desprende un buen número de consecuencias e implicaciones concretas para el concepto de precedente que se derivan del particular enfoque teórico de la teoría del derecho como interpretación.

La definición de precedente que propongo extraída de la teoría interpretativista contempla los siguientes elementos explícitos: el carácter de las sentencias judiciales como decisiones políticas; la posibilidad de que decisiones judiciales previas regulen casos futuros; la cualidad de que decisiones judiciales previas ejerzan una fuerza gravitacional sobre casos futuros; la condición de que la fuerza gravitacional exista siempre y cuando la decisión judicial se fundamente en principios dworkinianos; la condición de que el precedente ejerza una fuerza sobre casos futuros sólo en la extensión de los principios que la sustentan.

Simultáneamente, la definición ofrecida tiene ciertos elementos implícitos que debemos desarrollar y entender para estar en posibilidad de formar un juicio respecto de los méritos de la teoría en relación con el precedente. Los elementos implícitos a los que me refiero son la calidad de ser un concepto interpretativo; los aspectos metodológicos que subyacen al estudio de los conceptos interpretativos; los elementos y etapas de la interpretación jurídica, así como la labor del juez en el derecho como integridad, principalmente.

Pues bien, quisiera comenzar ofreciendo un panorama general pero delimitado acerca del conjunto de elementos implícitos en la explicación del concepto de precedente que brindan las herramientas necesarias para analizar posteriormente los elementos explícitos del concepto.

## 1. El derecho y el precedente como conceptos interpretativos

De acuerdo con Ronald Dworkin, existen ciertos conceptos cuya naturaleza solo puede ser comprendida “interpretativamente”, esto les otorga el carácter de conceptos evaluativos y la forma más práctica de comprenderlos es a través de la idea del “punto o propósito” al que sirven. El derecho es un concepto interpretativo.<sup>914</sup>

El derecho es una práctica social y las prácticas sociales se guían por propósitos, explica Ronald Dworkin. La interpretación del derecho es creativa y constructiva, al ser así, dicha interpretación constructiva de las prácticas sociales se ocupa de los propósitos de la práctica que se interpreta, fundamentalmente de los propósitos que el intérprete de la práctica advierte en ella.<sup>915</sup>

Los conceptos interpretativos tienen —en el pensamiento y en el discurso ordinario— un valor intrínseco que podemos conocer a través de la asignación del sentido que mejor capture ese valor, el sentido que muestre de mejor manera qué es lo moralmente valioso de ese concepto para nosotros, esto significa mostrarlo desde su mejor perspectiva.<sup>916</sup>

Aunque así lo queramos, no podemos separar o aislar lo valioso de los conceptos interpretativos porque su importancia radica en ese valor integrado que tienen y que nosotros advertimos, son valiosos porque enriquecen nuestra vida de diferentes formas y tienen consecuencias positivas en nuestras vidas, individual y colectivamente. Ese aspecto normativo (lo bueno de los conceptos) es lo que se pretende explicar desde este enfoque.<sup>917</sup>

Para Dworkin, conceptos como el derecho, el precedente, la justicia, la libertad, y la cortesía son conceptos interpretativos. El derecho —desde esta perspectiva— es un concepto normativo porque tiene en sí mismo un valor moral para nosotros y es también interpretativo porque su explicación se desprende de la interpretación de otros conceptos normativos e interpretativos con los cuales se interrelaciona.<sup>918</sup>

Al tener un valor intrínseco, el análisis de los conceptos interpretativos (como derecho, precedente, igualdad o libertad) no puede surgir desde un enfoque

---

<sup>914</sup> Guest, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3<sup>rd</sup> ed., Stanford University Press, California, 2013, p. 66.

<sup>915</sup> Dworkin Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Belknap-Harvard University Press, 1986, pp. 51-52.

<sup>916</sup> Dworkin, Ronald, “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, Num. 1, 2004, pp. 9, 13.

<sup>917</sup> *Ibidem.*, p. 15.

<sup>918</sup> Vega Gómez, Juan, “La postura metodológica de Dworkin: lo interesante de la crítica”, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, Madrid, Dykinson, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014, p. 45. *Ibidem.*, p. 9.

moralmente neutral puramente descriptivo porque se malinterpreta su verdadero contenido. En ese sentido, el análisis de los conceptos interpretativos es sustantivo, normativo y comprometido.<sup>919</sup>

Desde esta perspectiva, el argumento jurídico es un argumento moral. Al tener el derecho este carácter, debemos tratar de abordar los problemas jurídicos de esta manera: asumir que la forma adecuada de entender esos conceptos valiosos es a la luz de otros valores morales, de sus conexiones y relaciones mutuas, a través de una red de convicción que brinda apoyo mutuo entre valores.<sup>920</sup>

En ese sentido, Dworkin considera que lo valioso del derecho es la legalidad o Estado de derecho. Así, la explicación del concepto de derecho debe capturar el valor de la legalidad y explicarlo desde su mejor perspectiva, de tal forma que podamos saber lo que la legalidad requiere en un sistema jurídico concreto y en un caso concreto, atendiendo a las prácticas institucionales y a la historia de esa jurisdicción. Ése es el trabajo de los filósofos del derecho (en el plano abstracto) y de jueces y abogados (en el plano práctico).<sup>921</sup>

Si lo valioso del derecho es la legalidad y lo valioso de la legalidad es que establece límites y requisitos para el ejercicio del poder por parte del Estado, entonces la explicación del concepto de derecho debe partir de una noción que justifique la coerción del Estado e interpretar las relaciones mutuas de este concepto normativo con otros conceptos normativos para después considerar el material jurídico, de tal forma que genere una interpretación que muestre el derecho desde su mejor perspectiva.<sup>922</sup>

Así cabe preguntarnos concretamente ¿cuál es el valor o propósito del precedente? De los diferentes pasajes de los textos de Dworkin se desprende que la integridad, la justicia y la equidad son principios que tienen un papel central en la administración de justicia y la toma de decisiones judiciales; no obstante, parece ser que lo valioso del precedente es la integridad, en razón de que es el valor decisivo para los jueces acerca de lo que deben reconocer como derecho.

En ese sentido, la teoría del concepto de precedente debe poder explicar el aspecto normativo del mismo, es decir, debe poder explicar la integridad como lo valioso del precedente y la manera de hacerlo es a través de la interpretación constructiva que muestre la interrelación de la integridad con la justicia y la equidad.

---

<sup>919</sup> Dworkin, "Hart's Postscript...", *cit.*, p. 3.

<sup>920</sup> *Ibidem.*, pp. 4, 17, 23.

<sup>921</sup> *Ibidem.*, pp. 24, 35.

<sup>922</sup> Vega, "La postura metodológica de Dworkin...", *cit.*, p. 46.

## 2. Algunos aspectos metodológicos

Partiendo de la idea central de que el derecho es un concepto interpretativo, parece que un punto importante a tomar en cuenta en la explicación del precedente es la caracterización de su teoría como abstracta, pues pretende interpretar la práctica jurídica de manera general, para lo cual se requiere la interpretación constructiva que intenta mostrar la práctica jurídica en su mejor forma, al lograr un equilibrio entre la práctica jurídica como la conocemos y su mejor justificación.<sup>923</sup>

A diferencia de otros planteamientos teóricos, para el interpretativismo no existe una línea divisoria entre la teoría del derecho y la administración de justicia o cualquier otro aspecto de la práctica jurídica. Desde esta perspectiva, la labor de los filósofos consiste en debatir el fundamento interpretativo como la parte general de cualquier argumento jurídico, mientras que cualquier argumento jurídico práctico asume algún tipo de fundamento abstracto que ofrece la filosofía del derecho. En ese sentido, “la opinión de un juez es en sí misma una pieza de filosofía del derecho... La filosofía del derecho es la parte general de la administración de justicia, el prólogo silencioso de cualquier decisión jurídica.”<sup>924</sup>

La idea central de la teoría propone que el derecho tiene como su objetivo más fundamental guiar y constreñir el poder del gobierno y brindar la justificación de la coerción del Estado, por lo que cada decisión debe reflejar la interpretación que brinde la mejor justificación posible.<sup>925</sup> Un Estado es legítimo si su estructura constitucional y sus prácticas son tales que sus ciudadanos tienen una obligación general de obedecer las decisiones políticas que les imponen deberes.<sup>926</sup>

El derecho es completamente moral, así como la teoría del derecho y las leyes particulares; el derecho es una rama de la política que es una rama de la moralidad, en ese sentido, ningún hecho social determina el derecho, sólo los valores pueden hacerlo.<sup>927</sup>

El derecho como integridad es un enfoque en el cual lo jurídico no está separado de lo político o lo moral, sino que ambos aspectos se interrelacionan para ofrecer la respuesta adecuada. Estos elementos muestran que se trata de una teoría normativo-justificativa, cuyo objetivo no es describir neutralmente la

---

<sup>923</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 90.

<sup>924</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>925</sup> *Ibidem.*, p. 93.

<sup>926</sup> Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, cit., p. 121; Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 191.

<sup>927</sup> Guest, *op. cit.*, p. 58.

práctica social del derecho sino imponer un propósito o valor al derecho, que resulta ser precisamente, proporcionar una justificación general para el ejercicio de la coerción por parte del Estado. La moral es parte de los fundamentos del derecho en el derecho.<sup>928</sup>

Además de sus características normativas, la teoría exhibe características propias de una teoría conceptual ya que pretende explicar el concepto de derecho, solo que el concepto de derecho (desde esta teoría) es un concepto político y moral, lo cual significa que al tener ese carácter el concepto requiere ser interpretado para poder ser explicado.<sup>929</sup> La teoría integra lo conceptual y lo normativo en una sola teoría del derecho y conecta con otros departamentos de la filosofía.<sup>930</sup>

Estas características metodológicas de la teoría se revelan cuando Dworkin habla de las diferentes posturas posibles en torno a los principios y sobre cuál de las dos posturas “debemos” tomar.<sup>931</sup> Su explicación es plenamente normativa en el sentido de decirnos qué explicación debemos elegir. Así, al incorporarnos a la historia de una práctica interpretativa, nuestra cultura nos presenta ciertas instituciones jurídicas como parte de un sistema, de modo que corresponde a los intérpretes determinar qué características tienen; lo cual es parte del proceso interpretativo: asignar un significado a aquello que encontramos.<sup>932</sup>

Asimismo, queda en evidencia que la teoría es sensible a los participantes de la práctica pues, particularmente, toma en cuenta el punto de vista interno de tales participantes para tratar de comprender el carácter argumentativo de nuestra práctica jurídica, concretamente, al centrarse en el argumento jurídico formal desde el punto de vista del juez, por ser el que típicamente está mejor estructurado.<sup>933</sup>

Un elemento central de la teoría es la actitud interpretativa que para tener éxito y florecer requiere que la comunidad comparta un acuerdo inicial acerca de las prácticas que son jurídicas para que puedan argumentar en torno a la misma información en un momento determinado: “las proposiciones jurídicas...son

---

<sup>928</sup> Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, cit., p. 125; Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 190, 94.

<sup>929</sup> Dworkin, “Hart's Postscript...”, cit., p. 5.

<sup>930</sup> Flores, Imer B., “The Legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): A Legal Theory and Methodology for Hedgehogs, Hercules and One Right Answers”, consultado el 10 de enero de 2015 en <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1454>, pp. 5-6.

<sup>931</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977 pp. 30-31.

<sup>932</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 91.

<sup>933</sup> *Ibidem.*, pp. 14-15.

interpretativas de la historia jurídica, que combina elementos de ambas descripción y evaluación pero es distinta de las dos.”<sup>934</sup>

Ronald Dworkin señaló que Hart y él están en el mismo barco, con lo cual reveló que ambos realizan la misma labor, ambos pretenden ofrecer una explicación general del concepto de derecho. Las dos explicaciones son conceptuales, solo que en el enfoque de Hart la forma adecuada de hacerlo es mediante una descripción pura de la práctica jurídica, mientras que Dworkin considera que el derecho es un concepto político-moral, por lo que su explicación solo puede ofrecerse mediante la interpretación de la práctica jurídica, la cual emplea afirmaciones éticas y morales.<sup>935</sup>

La ambición de una explicación general se revela en el cuestionamiento de Dworkin: “¿Podemos decir cualquier cosa, en general, sea de Alabama o Afghanistan, o cualquier otro lugar? ¿Podemos decir cualquier cosa, en general, acerca de lo que hace verdadera una afirmación de derecho, donde sea que ésta sea cierta?”<sup>936</sup> Las dudas y preguntas en torno al derecho son cuestionamientos que quieren responderse en la teoría interpretativista no sólo para un sistema jurídico particular sino como respuestas del derecho en general.

El análisis conceptual que desarrolla Dworkin es distinto del análisis conceptual que desarrolla Hart en el sentido de que el primero considera que el análisis del derecho como concepto político-moral es sustantivo, normativo, moral y de justificación, mientras que el segundo considera que el derecho se puede explicar descriptivamente y de manera moralmente neutral.<sup>937</sup>

La integridad se acepta como un ideal político, porque en este enfoque se quiere tratar a la comunidad política como una comunidad de principio, es decir, como una comunidad que comparte los mejores principios comunes que se puedan encontrar. No obstante la integridad es distinta de la equidad y la justicia, pues éstas últimas se persiguen a través de la integridad.<sup>938</sup>

Se asume entonces que la comunidad como entidad puede comprometerse con los principios de equidad, justicia o debido proceso de manera semejante a como lo haría una persona común; esta idea identifica a la comunidad como una entidad distinta de las personas que la componen, capaz de tener voluntad moral y

---

<sup>934</sup> Dworkin, “How Law is Like Literature”, p. 147, citado por Flores, “The Legacy of Ronald Dworkin...”, *cit.*, p. 20.

<sup>935</sup> Dworkin, “Hart’s Postscript...”, *cit.*, p. 5; Stavropoulos, Nicos, “Legal Interpretivism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), consultado el 29 de abril de 2015 en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>.

<sup>936</sup> Dworkin, “Hart’s Postscript...”, *cit.*, p. 19.

<sup>937</sup> Vega, “La postura metodológica de Dworkin...”, *cit.*, p. 43.

<sup>938</sup> Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, p. 263.



responsabilidad.<sup>939</sup> En general se asume que la propia comunidad tiene ciertas obligaciones de imparcialidad hacia sus miembros y que los funcionarios actúan como agentes de esa comunidad, de modo que esa responsabilidad es previa a aquella de los funcionarios quienes actúan a nombre de la comunidad.<sup>940</sup>

Una comunidad de principio acepta que sus derechos y obligaciones no se agotan en las decisiones políticas tomadas por las instituciones, sino que dependen más bien del esquema de principios que esas decisiones presuponen y respaldan. Cada miembro, por consiguiente, tiene derechos y obligaciones que surgen de ese esquema, aun cuando no hayan sido nunca formalmente identificados o declarados.<sup>941</sup>

Dichos derechos y obligaciones no dependen de su aceptación sino del hecho histórico de que su comunidad ha adoptado ese esquema. La aceptación de la integridad política como un ideal es un elemento constitutivo de la comunidad política.<sup>942</sup> Así, pues, parece que de aquí se desprende que las obligaciones que surgen del derecho como integridad son moralmente obligatorias.

### 3. Interpretación constructiva

La interpretación es una herramienta esencial para explicar los conceptos interpretativos. Al igual que otros teóricos, Dworkin distingue la interpretación que se puede llevar a cabo en distintas esferas y contextos, por ejemplo la interpretación de una conversación, la interpretación artística de pinturas u obras literarias. Interpretamos cuando escuchamos a otras personas hablar para decidir qué es lo que se dijo; se interpretan poemas o pinturas para defender su significado, punto o tema. Desde este enfoque se considera a la interpretación artística semejante a la interpretación de prácticas sociales en el sentido de que ambas son *creativas* y están asociadas directamente a propósitos.<sup>943</sup>

La *interpretación constructiva* consiste en imponer propósito o valor a un objeto o práctica para hacer de ésta el mejor ejemplo posible del género al que pertenece.<sup>944</sup> Esto significa que la interpretación de las prácticas sociales (y obras de arte) es constructiva en el sentido de que los propósitos a los que atiende son fundamentalmente aquellos propósitos impuestos por el intérprete, no por el autor de la práctica u objeto.

---

<sup>939</sup> *Ibidem.*, p. 168.

<sup>940</sup> *Ibidem.*, p. 175.

<sup>941</sup> *Ibidem.*, p. 211.

<sup>942</sup> *Idem.*

<sup>943</sup> *Ibidem.*, pp. 50-51.

<sup>944</sup> *Ibidem.*, p. 52.

En ese sentido, la interpretación es una labor de asignación de valor o propósito pero eso no significa que en la interpretación constructiva el intérprete pueda asignar cualquier propósito al objeto o práctica, ya que la historia o forma de la práctica restringen las posibles interpretaciones a las que se puede recurrir; la interacción entre propósito y objeto de interpretación está delimitada según el tipo de metas, principios o intereses a los que la práctica ha servido. Esto no significa que todas las prácticas sean moralmente buenas, simplemente que debemos verlas a la luz de los mejores argumentos posibles para dicha práctica.<sup>945</sup>

Así, una interpretación constructiva se lleva a cabo en tres etapas: la etapa pre-interpretativa, la etapa interpretativa y la etapa pos-interpretativa, cada una de las cuales requiere de distintos grados de consenso dentro de la comunidad.<sup>946</sup>

En la *etapa pre-interpretativa* se identifican las reglas y estándares vigentes que proporcionan el contenido tentativo de la práctica. En la *etapa interpretativa* el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificados en la etapa previa: por qué es valiosa la práctica tal como es, si bien no requieren cubrirse todos los aspectos de la práctica si debe ser adecuada para mostrar que se trata de esa práctica y no de una nueva. La etapa *pos-interpretativa* es la etapa final, se conoce como etapa de reforma en la que el intérprete decide lo que la práctica realmente “requiere” para servir mejor a su justificación, en esta etapa es cuando se puede asignar un nuevo valor que justifique mejor la práctica.<sup>947</sup>

De esta forma la interpretación constructiva da cuenta de que todas las prácticas sociales cambian y van adquiriendo nuevas formas, de modo que el contenido que tiene hoy cierta práctica puede ser distinto mañana. Este hecho está directamente vinculado a la “actitud interpretativa” de la comunidad, la cual consta de dos elementos constitutivos: El primero, es la asunción de que la práctica además de existir tiene un valor, sirve a algún propósito o refuerza algún principio. El segundo, es la asunción de que los requerimientos de la práctica no son necesaria ni exclusivamente los que se asumían sino que son sensibles al propósito de la práctica para entenderla, aplicarla, extenderla, modificarla o limitarla según ese propósito. De esta forma, las personas imponen significado a la institución o práctica para verla desde su mejor perspectiva y reestructurarla a la luz de ese significado.<sup>948</sup>

---

<sup>945</sup> Guest, *op. cit.*, p. 68.

<sup>946</sup> Dworkin, *Law's Empire, cit.*, pp. 52, 65.

<sup>947</sup> Flores, “The Legacy of Ronald Dworkin...”, *cit.*, p. 19; Dworkin, *Law's Empire, cit.*, pp. 65-66.

<sup>948</sup> Flores, “The Legacy of Ronald Dworkin...”, *cit.*, pp. 18-19; *Law's Empire, cit.*, p. 47.

Conforme la actitud interpretativa se va desarrollando se vuelve crítica y va demandando incluir nuevas acciones dentro de la práctica o excluir algunas previamente reconocidas, según las cuales se sirve mejor al valor de esa práctica. La interpretación entonces se aplica sobre la práctica, cambiando su forma, la cual está sujeta a constante reinterpretación según lo requiera la práctica. Como he señalado, desde esta perspectiva, conceptos como derecho, precedente, justicia o cortesía son conceptos interpretativos, susceptibles de abordarse con la actitud interpretativa y las tres etapas de la interpretación.<sup>949</sup>

Esto se ilustra más claramente con los ciudadanos de la cortesía, quienes en el pasado consideraron que el valor de la práctica de la cortesía era el respeto el cual requería a los hombres acciones como quitarse el sombrero ante la nobleza. La actitud interpretativa muestra como primer elemento constitutivo que la práctica de la cortesía sirve a un propósito: mostrar respeto, pero al mismo tiempo muestra el segundo elemento constitutivo, ya que la actitud interpretativa es sensible a los requerimientos y propósitos de la cortesía, por lo que en una época posterior la práctica puede cambiar y así los ciudadanos pueden considerar que la cortesía ya no requiere las acciones pasadas sino que ahora requiere que los hombres se quiten el sombrero ante las mujeres, por ejemplo, modificando las acciones que sirven mejor a su propósito: el respeto.<sup>950</sup>

Es preciso notar que para realizar la labor de identificar el contenido tentativo de la práctica (etapa pre-interpretativa) se requiere que los miembros de la comunidad interpretativa compartan —incluso ampliamente— las mismas asunciones acerca de lo que cuenta como parte de la práctica, así como qué tanto ha de ajustarse la justificación propuesta en la etapa interpretativa para ser aceptada como una interpretación de la propia práctica.<sup>951</sup>

De este modo, aunque los miembros de la comunidad comparten un sentido pre-interpretativo de la práctica, éste es aproximado porque según indica Dworkin, la interpretación es necesaria aun en esta etapa inicial debido a que las reglas sociales no tienen etiquetas de identificación,<sup>952</sup> por tanto, los límites de la práctica no son seguros o precisos ni siquiera en esta etapa,<sup>953</sup> lo más relevante en este

---

<sup>949</sup> Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 48, 73.

<sup>950</sup> *Ibidem.*, p. 47.

<sup>951</sup> *Ibidem.*, p. 67.

<sup>952</sup> Al parecer por interpretación en este pasaje se refiere únicamente a la distinción-identificación de la práctica a interpretar. *Ibidem.*, p. 66.

<sup>953</sup> *Ibidem.*, pp. 75, 425; En la nota al pie 22 se señala que dado que la etapa pre-interpretativa requiere interpretación, dichos límites alrededor de la práctica no son precisos ni seguros.

punto es que la comunidad comparta de manera general qué es lo que cuenta como parte de la práctica.<sup>954</sup>

En este orden de ideas encuentran sentido los paradigmas dentro del proceso de interpretación ya que son relevantes para el razonamiento jurídico al afianzar ciertas interpretaciones de manera temporal y aunque prevalecen por algún tiempo, ningún paradigma está exento de ser desafiado por una nueva interpretación que establezca un nuevo y diverso paradigma que relegue el anterior como una equivocación. Los paradigmas hacen posible una forma estandarizada de argumento de manera provisional.<sup>955</sup>

No obstante, de manera particular, quienes adoptan una actitud interpretativa consideran no que su interpretación es distinta a otras sino que su interpretación es objetivamente mejor que otras interpretaciones.<sup>956</sup> Aunque se acepta que las convicciones de los propios jueces pueden diferir, esta divergencia se mitiga al asegurar que hay varias fuerzas que promueven la convergencia.

Una de las influencias más poderosas a favor de la convergencia es el precedente, que al no poder ser ignorado por los jueces impulsa el acuerdo; el ambiente intelectual y el lenguaje común son otros aspectos que ejercen limitaciones prácticas a la idiosincrasia así como limitaciones conceptuales a la imaginación; finalmente la educación jurídica es otra de las influencias que promueve la convergencia, así como los procesos de selección de jueces.<sup>957</sup>

Ahora bien, esta concepción del derecho insiste en que al ser juicios interpretativos, las afirmaciones jurídicas combinan elementos de visión hacia el pasado y visión hacia el futuro, de modo que la práctica jurídica se interpreta vista como una narrativa política desdoblada.<sup>958</sup>

#### **4. Los principios en el razonamiento judicial**

Llevar a cabo la interpretación constructiva es una labor sumamente compleja que no sería posible en un esquema que admita solo hechos sociales como fuentes del derecho. Es por ello que —en el derecho como interpretación— el material jurídico no se agota con las reglas jurídicas sino que hay otros estándares

---

<sup>954</sup> Al respecto, Stephen Guest señala que el planteamiento de Hart sobre el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias puede ser entendido como una actitud pre-interpretativa en el sentido de que intenta describir un consenso en torno al derecho. Guest, *op. cit.*, p. 71.

<sup>955</sup> Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 72, 89, 92.

<sup>956</sup> *Ibidem.*, p. 76.

<sup>957</sup> *Ibidem.*, p. 88.

<sup>958</sup> *Ibidem.*, p. 225.

que son parte del derecho, esto es, políticas y principios. Una *política* es un estándar que establece una meta a alcanzar para lograr alguna mejora económica, política o social en la comunidad. Por otra parte, los *principios* son estándares que se aplican por su requerimiento de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.<sup>959</sup>

Al respecto Dworkin explica que un gran número de casos judiciales son resueltos tomando como sustento principal, no las normas jurídicas sino este otro tipo de estándares. El ejemplo que tradicionalmente revela el papel central de los principios en el derecho es el caso *Riggs vs. Palmer* en el que se discute acerca de si un nieto (Elmer E. Palmer) que asesinó a su abuelo (Francis B. Palmer) puede heredarle, situación no determinada por el derecho de sucesiones del estado de Nueva York. En el caso, los argumentos vertidos para negar la herencia a Elmer se basaron en el principio general del *Common Law* de que “A nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen”.<sup>960</sup>

Este caso muy particularmente muestra el papel de los principios en el razonamiento judicial, materializado por el juez Earl, quien señaló la necesidad de construir las normas jurídicas desde los textos, no en aislamiento histórico sino a la luz de los principios, lo cual significa que los jueces deben construir la norma jurídica para adecuarla tanto como sea posible a los principios de justicia asumidos en el derecho y hacer al sistema coherente en principio.<sup>961</sup>

Los principios inclinan la decisión en una dirección particular, sin embargo — opina Dworkin— el empleo de principios morales no significa que los jueces tengan discreción, porque los principios pueden dictar un resultado. Cualquiera que sea el resultado, es un resultado que proporcionó el principio y no uno que generó el juez libremente. El juez que decide mediante un principio está en la misma posición del soldado que tiene la obligación de elegir a los subordinados más experimentados, en el sentido de que ninguno tiene discreción, porque ambos tienen el deber de alcanzar una comprensión (controvertida o no) de lo que el principio o la experiencia requieren y actuar de acuerdo con ello.<sup>962</sup>

Me parece que la aportación y distinción de los principios en el razonamiento judicial es de gran importancia. Los jueces efectivamente emplean principios

<sup>959</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 22.

<sup>960</sup> Jiménez Cano, Roberto M., Fabra Zamora, Jorge Luis y Guzmán Buelvas, Carolina Esther, “Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York - 115 NY 506”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007/2008, p. 363.

<sup>961</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 19-20.

<sup>962</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 35-36.

cuando resuelven asuntos aunque incluso los principios requieren interpretación para obtener los beneficios de su aplicación al caso concreto. El solo hecho de citar un principio no resuelve el asunto porque los principios no dictan un resultado específico, solo conducen en una dirección.

## 5. La tarea judicial en el derecho como integridad

Este esquema nos conduce a la pregunta indispensable: ¿Qué es la integridad? La integridad puede entenderse como un principio de actuación moral correcta, demandamos integridad porque independientemente de las diferencias de opinión entre nosotros, las demandas de moralidad son coherentes a tal grado que eliminan los comportamientos caprichosos. Cuando actuamos moralmente, actuamos con integridad.<sup>963</sup>

La falta de integridad implica una falta de compromiso con un comportamiento moral, por esto es que valoramos el actuar íntegro porque indistintamente refleja un compromiso con una visión moral coherente y defendible. Esto es así porque las demandas de moralidad son coherentes en sí mismas, por esto es que la integridad está asociada indistintamente a la moral.<sup>964</sup>

La integridad en el derecho puede entenderse como un ideal y como una demanda que exige que éste se cree o interprete siempre de manera que forme una unidad integral.<sup>965</sup> Según Dworkin, la integridad en el derecho tiene dos principios uno legislativo y uno de administración de justicia. El primero instruye a los legisladores a intentar hacer el conjunto total de leyes moralmente coherente, el segundo instruye a los jueces a ver al derecho como portador de un conjunto moralmente coherente de principios tanto como sea posible e interpretar con la idea de encontrar estándares implícitos entre y más allá de los estándares explícitos.<sup>966</sup>

Es posible, sin embargo que se ignore la integridad cada vez que se aprueban leyes coherentes en sí mismas pero que no se ajustan al universo de principios de justicia y equidad en su conjunto, de hecho continuamente se viola la integridad de esta manera pero aunque no se pueda reunir a todas las normas jurídicas bajo un

---

<sup>963</sup> Hershovitz, Scott (ed.), “Integrity and Stare Decisis”, *Exploring Law’s Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, 2008, p. 114.

<sup>964</sup> *Idem.*

<sup>965</sup> Guest, *op. cit.*, p. 78.

<sup>966</sup> Dworkin, *Law’s Empire, cit.*, pp. 176, 217.

esquema de principio coherente, la integridad debe aceptarse como un ideal político.<sup>967</sup>

En el caso concreto del precedente, la integridad es de gran importancia ya que implica reconocer que la actuación pasada es relevante para las decisiones que los jueces toman en el presente, la integridad les requiere mantener un compromiso con una visión moral concreta, la cual solo puede mostrarse a través de un patrón de comportamiento a lo largo del tiempo; los cambios constantes demuestran capricho y no integridad.<sup>968</sup>

Particularmente, Scott Hershovitz explica con profunda claridad que los tribunales son agentes morales capaces de desplegar integridad tanto como las personas físicas y señala que “un tribunal muestra integridad cuando sus decisiones reflejan un compromiso con una visión coherente y defendible acerca de los derechos y obligaciones que las personas tienen bajo el derecho. Tal compromiso solo puede mostrarse a través de un patrón de decisiones a lo largo del tiempo.”<sup>969</sup>

Aceptar el derecho como integridad parece ofrecer ciertas ventajas en un plano más práctico, una de ellas es la ventaja de convertirse en una forma especial de comunidad que promueve su autoridad moral para ejercer el monopolio de la coerción. La integridad brinda protección contra la parcialidad, el engaño o cualquier otra forma de corrupción. Contribuye a la eficiencia del derecho porque cuando las personas aceptan que están gobernados no solamente por normas explícitas sino también por otros estándares que se derivan de los principios implícitos en otras decisiones, entonces las personas podrán ir advirtiendo gradualmente qué principios se requieren en las nuevas circunstancias sin necesidad de una legislación detallada sobre cada punto de conflicto. Finalmente, la integridad sirve como un vehículo para el cambio orgánico aun cuando no es completamente efectivo.<sup>970</sup>

Ahora bien, Dworkin señala que los jueces desempeñan una labor distinta a la de los legisladores, en tanto están llamados a resolver los asuntos en términos de principio y no de política para argumentar por qué las partes tienen o no los derechos que se determinan en su sentencia. El juez puede desarrollar posibles interpretaciones aplicables al caso y contrastar cada una contra decisiones judiciales pasadas, incluso buscando más allá del tema específico que pudieran

---

<sup>967</sup> *Ibidem.*, p. 184.

<sup>968</sup> Hershovitz, *op. cit.*, p. 114.

<sup>969</sup> *Ibidem.*, p. 115.

<sup>970</sup> Dworkin, *Law's Empire, cit.*, pp. 188-189.

relacionarse para determinar cuál podría formar parte de una teoría coherente que justifique la totalidad de decisiones.<sup>971</sup>

Esta forma de proceder del juez se conoce como una serie de círculos concéntricos que consiste en contrastar los casos que se ajusten sobre el tema inmediato para después ir expandiendo la búsqueda gradualmente a casos cada vez más generales.<sup>972</sup> Por supuesto, esta no es una tarea simple sino más bien una tarea sumamente compleja.

En buena medida, la labor de los jueces consiste en construir la “verdadera” norma jurídica a partir del texto contenido en la ley, de la misma forma en la que un crítico necesita una teoría, digamos de interpretación para reconstruir un poema desde el texto, de la misma forma los jueces necesitan hacer algo semejante con las leyes. Esta labor, no se limita a las normas jurídicas vagas o ambiguas sino que es una labor necesaria en todos los casos, incluso si la redacción es impecable, justo como sucedió en el caso *Riggs vs. Palmer* en el que las palabras en la ley de sucesiones no eran vagas ni ambiguas sino que el desacuerdo radicó en cómo construir la norma jurídica en las circunstancias especiales del caso.<sup>973</sup>

En el plano jurisdiccional, desde el derecho como integridad los jueces tienen la misión de identificar derechos y obligaciones bajo la idea de que fueron creados por un solo autor —la comunidad personificada— para expresar a través de ellos una concepción coherente de justicia y equidad.<sup>974</sup> Los jueces deben asumir (tanto como les sea posible) que el derecho está estructurado por un conjunto de principios coherentes acerca de la justicia, la equidad y el debido proceso, los cuales habrán de aplicarse a los nuevos casos, de modo que los casos sean resueltos con los mismos estándares.<sup>975</sup>

En la toma de decisión judicial es fundamental atender a la distinción entre *argumentos de política*, que justifican una decisión política al mostrar que la decisión avanza o protege alguna meta colectiva de la comunidad en su conjunto, o *argumentos de principio*, que justifican una decisión política al mostrar que ésta asegura derechos individuales o de grupo. Dado que los argumentos de principio establecen derechos individuales, mientras que los argumentos de política son argumentos políticos que intentan establecer metas colectivas, Dworkin propone

---

<sup>971</sup> *Ibidem.*, pp. 244-245.

<sup>972</sup> *Ibidem.*, p. 250.

<sup>973</sup> *Ibidem.*, p. 17.

<sup>974</sup> *Ibidem.*, p. 225.

<sup>975</sup> *Ibidem.*, p. 243.



que las decisiones judiciales, particularmente en los casos difíciles se generan y deben generarse por principios, no por política.<sup>976</sup>

Esto, debido a que las políticas promueven metas que no aseguran recursos, oportunidades o libertades para individuos particulares, quienes quedan supeditados al interés de los grupos, por ejemplo la eficiencia económica es una política que promueve el bienestar de la mayoría sin importar el individuo. En ese sentido, se entiende que un derecho no puede pesar más ni estar supeditado a una meta social, de ahí que las decisiones judiciales se sustenten en principios.<sup>977</sup>

## 6. La tesis de la respuesta correcta

Dado el entramado teórico hasta ahora planteado, sale a luz que la labor de los jueces, incluso en los casos difíciles es “descubrir” los derechos que tienen las partes, no inventar nuevos derechos.<sup>978</sup> ¿Pero qué tipo de derechos? De acuerdo con la teoría de Dworkin, los jueces deciden los casos difíciles al confirmar o negar derechos concretos que deben ser institucionales y jurídicos. Al ser institucionales, se trata de derechos claramente establecidos y reconocidos jurídicamente, derechos que guían la decisión aun cuando la regla para aplicarlo no sea del todo clara.<sup>979</sup>

Este esquema conduce al deber institucional que tienen los jueces de resolver las disputas que se les presentan, aun cuando se trate de casos difíciles, pues al estar inmersos en una estructura de derechos institucionales debemos “suponer” que incluso los casos difíciles tienen una respuesta correcta, no porque las reglas sean exhaustivas y completamente claras sino como una afirmación acerca de los oficiales y sus responsabilidades.<sup>980</sup>

Esta postura tiene la idea implícita de la completitud del derecho, es decir, la idea de que toda situación está regulada y determinada en un sistema jurídico si es que existe una regla o principio en ese sistema que cualifique la acción. La afirmación de los contenidos implícitos del derecho evita la indeterminación

---

<sup>976</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 82, 84, 90, 97.

<sup>977</sup> *Ibidem.*, pp. 91-92.

<sup>978</sup> Flores, “The Legacy of Ronald Dworkin...”, *cit.*, pp. 24-25; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 81.

<sup>979</sup> Dworkin, Ronald, “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Vol. 88, Num. 6, April 1975, p. 1079-1080; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 101-102.

<sup>980</sup> *Ibidem.*, p. 104.

jurídica y conduce a una “determinación *ex post facto*” para cualquier caso que se presente.<sup>981</sup>

El que exista una respuesta correcta no significa que se trate de una respuesta a descubrir o que se pueda deducir sino de una respuesta que ha de ser construida desde los materiales jurídicos pre-existentes, por otra parte, tampoco significa que sea una respuesta inventada o modificada, sino una respuesta surgida de la interpretación.<sup>982</sup> La noción de que el derecho (reglas y principios) siempre puede determinarse aun cuando se trate de un caso disputado descansa en la asunción de que cualquier problema jurídico puede resolverse con mecanismos de interpretación jurídica.<sup>983</sup>

La mejor forma de entender la tesis de la respuesta correcta es, en mi opinión, como una demanda procedimental porque el planteamiento no sugiere que la respuesta correcta se pueda deducir sino que se puede encontrar siempre y cuando se sigan las etapas interpretativas y se cumplan los requerimientos que para cada una de ellas se establecen. Esto significa que cuando seguimos las etapas interpretativas y satisfacemos sus requerimientos podemos llegar a la respuesta correcta, es decir podemos encontrar la mejor respuesta posible, que al satisfacer los estándares morales más altos, es la respuesta correcta. Al menos no habría ninguna otra respuesta que fuera superior y, en ese sentido hemos de aceptarla como la respuesta correcta.

En cualquier caso, la respuesta o decisión que tome el juez debe justificar por qué reconoce o niega el derecho controvertido por el actor; debe aportar una teoría general de por qué en el caso concreto las reglas reconocen o niegan un derecho y debe mostrar cuál es la decisión que dicha teoría requiere. Si el juez acepta las prácticas establecidas de su sistema jurídico, debe aceptar alguna política general que justifique dichas prácticas.<sup>984</sup>

Así, lo que hacen los jueces es prácticamente ejecutar derechos políticos pre-existentes, de esta forma la historia institucional funciona como un elemento de la decisión. En este enfoque no existe tensión entre originalidad judicial e historia institucional porque las decisiones que tomen los jueces deben reflejar las decisiones políticas del pasado. Básicamente, las decisiones no se toman individualmente sino tomando en consideración una teoría global de principios y

---

<sup>981</sup> Del Real Alcalá, Juan Alberto, “The Controversies about Legal Indeterminacy and the Thesis of the ‘Norm as a Framework’ in Kelsen”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 6, Num. 2, Autumn-Winter 2013-2014, pp. 176, 178.

<sup>982</sup> Flores, “The Legacy of Ronald Dworkin...”, *cit.*, p. 26.

<sup>983</sup> Del Real, “The Controversies about Legal Indeterminacy...”, *cit.*, p. 179.

<sup>984</sup> Dworkin, “Hard Cases”, *cit.*, p. 1082-1083; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 105.

políticas que sean consistentes con otras decisiones.<sup>985</sup> Las respuestas correctas surgen en el marco del pasado y de la historia institucional, que importan en la medida en que sirven al presente para justificar las decisiones políticas del pasado.<sup>986</sup>

### **III. El concepto interpretativo de precedente y sus elementos explícitos**

#### **1. Una visión general del precedente: la novela en serie**

Los elementos revelados hasta ahora, son elementos implícitos que subyacen a la explicación del concepto de precedente y con los cuales podemos conocer la correcta dimensión de la explicación. Con estos elementos implícitos en mente podemos ahora atender y analizar los elementos explícitos del concepto de precedente de Ronald Dworkin.

Recordemos que un precedente es el reporte de una decisión política previa que ejerce una fuerza gravitacional sobre casos futuros en la medida en la que se fundamenta en principios y en los términos de la extensión de tales principios.

Los precedentes presentan la particularidad de que no están formulados de manera canónica o no contienen proposiciones específicas de la misma forma que las leyes, por esto es que la práctica del precedente no puede ser tratada como se trata la legislación porque ésta última, por muy vaga o general que sea, está redactada mediante formulaciones concretas, mismas que establecen los límites de las decisiones políticas. Esto conduce a una particularidad del precedente que radica en que su fuerza no está limitada por los términos lingüísticos en los que está redactada sino que ejerce una fuerza gravitacional en decisiones posteriores aun cuando el caso posterior quede fuera de su órbita particular.<sup>987</sup>

En general, los jueces concuerdan en que las decisiones pasadas contribuyen a la formación de nuevas decisiones y que tales decisiones pasadas tienen una fuerza gravitacional sobre los casos futuros pero no están de acuerdo —señala Dworkin— acerca de qué tanta fuerza poseen tales decisiones, cómo debe

---

<sup>985</sup> Dworkin, “Hard Cases”, *cit.*, p. 1064; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 87.

<sup>986</sup> Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, p. 227.

<sup>987</sup> Dworkin, “Hard Cases”, *cit.*, p. 1087-1089; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 110-111.

interpretarse una regla o principio, si lo que se cita es realmente una regla o principio o incluso acerca de cuál es la regla o principio que estableció el precedente.<sup>988</sup>

Por ello al definir la fuerza de un precedente particular, el juez debe tomar en cuenta los argumentos de principio que justifican ese precedente. La fuerza del precedente depende de los argumentos de principio que lo sustentan, entonces un precedente particular está justificado cuando recomienda un resultado concreto y dicho resultado debe alcanzarse en casos posteriores siempre que no se haya revocado.<sup>989</sup>

Esta forma de proceder tiene está directamente relacionada con la integridad y la coherencia. El precedente es el instrumento que promueve la integridad, se puede decir que es la justificación o propósito al que sirve. La actuación de los tribunales de conducirse y resolver en base a principios morales en los casos presentes es resultado del compromiso de integridad que mantienen porque toman en cuenta los principios morales que otros tribunales o ellos mismos han sostenido previamente y saben que ese compromiso redundará también en los casos futuros.

Cuando los tribunales recurren a un precedente, confían en los principios que fundamentan la decisión en el precedente, de esta forma se favorece la coherencia moral del derecho al resolver de forma correcta en base a principios que han probado ser correctos en el pasado. Al acudir al precedente se refuerza una justificación concreta en base a principios y la sentencia de hoy es coherente con el derecho y la historia institucional, pues recordemos que el derecho no es un departamento separado de la moral.

El precedente permite materializar el ideal de la integridad al mostrar los derechos y obligaciones de los ciudadanos como el producto de un solo autor, permite expresar una concepción coherente de justicia y equidad<sup>990</sup> siempre que se aplican los mismos estándares a los casos nuevos. Actuar con integridad implica reconocer que lo que uno ha hecho en el pasado es relevante para lo que uno debe hacer en el presente.<sup>991</sup>

La labor del juez consiste no sólo en descubrir los principios que se ajusten al precedente particular que se invoca sino aquellos que se ajusten a todas las demás decisiones judiciales dentro de su jurisdicción así como legislación. Ese esquema de principios proporciona una justificación coherente para todos los

---

<sup>988</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 112.

<sup>989</sup> Dworkin, "Hard Cases", cit., pp. 1092-1093; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 115.

<sup>990</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 225.

<sup>991</sup> Hershovitz, *op. cit.*, p. 114.

precedentes.<sup>992</sup> La historia institucional juega un papel central en la explicación del precedente.<sup>993</sup>

Es importante notar que los argumentos de decisiones previas en los que se basa el juez para tomar su decisión tienen un peso inicial en su esquema de justificación cuyo objeto es satisfacer la noción de que el gobierno debe otorgar a todas las personas los derechos reconocidos para algunos. Tal argumento de equidad que implica tratar casos semejantes de la misma manera tiene fuerza en su aplicación futura y no hacia el pasado para permitir a otros exigir derechos ya reconocidos en casos previos. La consistencia por sí misma requiere que la justificación emplee principios y razonamientos plausibles, no arbitrarios para contar realmente como una justificación.<sup>994</sup>

La posibilidad de que haya malos precedentes recuerda que el argumento de equidad que demanda consistencia en el tratamiento de casos no es el único al que los jueces deben responder pues existe la posibilidad que haya leyes o decisiones judiciales altamente rechazadas y por tanto vulnerables. Cuando este sea el caso y el juez crea que la ley o decisión es injusta, la creencia del juez es suficiente para distinguirla.<sup>995</sup> La posibilidad de cambio, no es sin embargo, incompatible con la integridad como se verá más adelante.

Este planteamiento general en torno al precedente revela que la consistencia en el marco del derecho como integridad implica no sólo la aplicación de la solución anunciada sino de manera particular, la búsqueda de afinidad con el principio que sustenta el precedente en sede judicial.<sup>996</sup> Como se aprecia, al recurrir a precedentes se busca que la solución al caso presente sea coherente con los principios morales que sustentaron la sentencia en el caso pasado.

Resulta patente que la actuación judicial hace uso de la actitud interpretativa de manera permanente, así la aplicación del precedente también hace uso de esa labor interpretativa, recurre al criterio de ajuste y justificación en la búsqueda de las respuestas a los casos concretos. Parece pues, que tales criterios funcionan en dos partes, primero con el criterio de ajuste se identifica el conjunto de normas jurídicas que se ajustan a la historia institucional existente para después en un segundo paso, con el criterio de justificación, asignar los principios que proporcionen una mejor justificación a esa historia institucional. La historia

---

<sup>992</sup> Dworkin, "Hard Cases", *cit.*, pp. 1093-1094; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 116.

<sup>993</sup> *Ibidem.*, p. 89.

<sup>994</sup> *Ibidem.*, pp. 118-119.

<sup>995</sup> Dworkin, "Hard Cases", *cit.*, p. 1100; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 122.

<sup>996</sup> *Ibidem.*, p. 88.

institucional —se observa—está compuesta por todo tipo de material jurídico como medidas legales, legislación y decisiones judiciales.<sup>997</sup>

Para aclarar cómo se interrelacionan todos estos elementos en el razonamiento judicial, Dworkin propone comparar la interpretación creativa con el crítico literario, empleando un género artificial de literatura llamado la “novela en cadena”. En este género, los jueces, igual que los críticos literarios, agregan su contribución a la tradición que interpretan, lo cual será parte del material que revise el juez del futuro.<sup>998</sup>

La novela en cadena se construye por un grupo de novelistas que está encargado de escribir una novela en serie, para lo cual cada novelista tiene la tarea de interpretar el capítulo de la novela que le es entregado, a fin de escribir el siguiente capítulo que será agregado a la serie y entregado al siguiente novelista. Esta labor pretende reflejar la complejidad de resolver casos difíciles en el derecho como integridad.

Aunque se trata de diferentes novelistas, todos tienen la misión de interpretar y escribir su propio capítulo lo mejor que puedan, tomando muy en serio la continuidad de la historia, de modo que reflejen una sola novela unificada, a tal grado que la novela parezca el trabajo de un solo autor. La labor requiere adoptar un enfoque o alguna teoría acerca de los personajes, la trama, el género o el punto de la novela para decidir qué cuenta como continuación de la misma historia y qué no.<sup>999</sup>

Al respecto —advierte Stephen Guest— el segundo autor y los subsecuentes autores tendrán ciertas limitaciones en torno al tipo de ajustes y la forma en la que pueden continuar la novela, aun cuando los cambios de dirección en la historia son posibles. En ese sentido, no cabría en términos de coherencia, la posibilidad de que el personaje central de la historia fuera llamado por otro nombre en el segundo capítulo, ni tampoco que la historia cambiara de trama drásticamente o que la historia cambiara de idioma dentro de la propia novela. Aunque la dimensión de ajuste de la interpretación está abierta también a interpretación, hay cierta información básica mínima que el segundo y subsecuentes autores deben satisfacer para actuar con integridad.<sup>1000</sup>

Así como cada autor, cada juez del sistema jurídico deberá satisfacer las dos dimensiones en su interpretación: la dimensión de ajuste y la dimensión de

---

<sup>997</sup> Solum, Lawrence B., “The Unity of Interpretation”, *Boston University Law Review*, Vol. 90, Num. 2, April 2010, pp. 553-555.

<sup>998</sup> Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, p. 229.

<sup>999</sup> *Ibidem.*, pp. 220-230.

<sup>1000</sup> Guest, *op. cit.*, p. 85.

justificación. En la dimensión de ajuste el juez —que emplea la actitud interpretativa— ha de asegurarse de que su interpretación fluye con los materiales jurídicos que conforman la historia institucional que le es presentada y de que su interpretación —el propósito que le asigna— tiene poder explicativo, que cubre y se ajusta a la mayor parte de los aspectos estructurales de la historia institucional.

En caso de que hubiera más de una interpretación que se ajuste al texto, tiene lugar la segunda dimensión de justificación, que le indica al juez cuál de las dos interpretaciones es la mejor. Ambas dimensiones se complementan mutuamente para llegar a la respuesta que mejor refleja la integridad del derecho.<sup>1001</sup> Debemos tener presente que el juez busca encontrar no sólo una respuesta al problema planteado sino la mejor respuesta posible.

El relato de la novela en serie tiene una gran complejidad y es valiosa en la medida en que captura la importancia del precedente en una dimensión temporal, lo cual hace con la asociación directa con la autoridad del derecho. La propuesta de la novela en serie explica con gran detalle los diferentes elementos que tienen lugar en la práctica del precedente así como la forma en la que el precedente hace las veces de eslabón entre pasado y futuro de manera permanente. El precedente como promotor de la integridad funciona enlazando continuamente la historia institucional a los requerimientos presentes y señala de ese modo el curso futuro que habrán de tomar los derechos y obligaciones concretos.

A este fenómeno se refirió Gerald Postema cuando designó al dios romano Jano como el patrón del razonamiento jurídico con precedentes debido a la peculiar característica que posee este razonamiento de ubicarse en el umbral entre pasado y futuro y buscar integrar ambos momentos en una comprensión normativa plena. Esto, señala, ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos que cuentan con una buena cantidad de material jurídico constitutivo de precedentes o parecido al precedente vinculado con los casos particulares en la decisión judicial.<sup>1002</sup>

## 2. Acuerdos pre-interpretativos

La forma en que entendemos conceptos e instituciones es relevante como base de las explicaciones teóricas, incluso el interpretativismo reconoce que toma en cuenta el punto de vista interno<sup>1003</sup> de los participantes, por este motivo cabe

---

<sup>1001</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 230-231.

<sup>1002</sup> Postema, *op. cit.*, p. 214.

<sup>1003</sup> *Ibidem.*, pp. 14-15.

preguntarnos ¿cuál sería el sentido de emplear el punto de vista interno si no le damos prioridad a la forma en la que los participantes se entienden a sí mismos?

De acuerdo con el interpretativismo dworkiniano, al incorporarnos a la historia de una práctica interpretativa, nuestra cultura nos presenta ciertas instituciones jurídicas como parte de un sistema,<sup>1004</sup> por ello resulta lógico pensar que el intérprete ha de comenzar su labor con la comprensión compartida y el uso que se hace de los conceptos en el momento de su incursión a la historia de la práctica interpretativa. El intérprete no se incorpora a la práctica interpretativa inventando significados a voluntad.

En ese sentido, no podemos negar que compartimos una comprensión acerca del uso de nuestros conceptos —tan general o inconsciente como se quiera— porque implicaría negar un presupuesto fundamental de la actitud interpretativa, esto es, que los miembros de la comunidad comparten las mismas asunciones acerca de lo que cuenta como parte de la práctica.<sup>1005</sup>

La ausencia de estas asunciones compartidas haría imposible explicar las prácticas jurídicas, incluso desde el interpretativismo pues éste asume que en la etapa pre-interpretativa los miembros de la comunidad comparten una idea de qué cuenta como parte de la práctica, es decir cómo entendemos y usamos nuestros conceptos, aun cuando en etapas posteriores se entiendan de forma distinta. Negar esta posibilidad es negar la posibilidad de acuerdo en la etapa pre-interpretativa tal como se planteó que sucede, de manera que la idea de la comprensión compartida del uso de nuestros conceptos no es un elemento que podamos eliminar debido a que la teoría interpretativa del derecho depende — como otras teorías— de aceptar el punto de vista interno junto con la aceptación del uso y comprensión compartida de nuestros conceptos.

Ahora bien, debemos recordar que en el planteamiento que sugiere el derecho como integridad, la etapa pre-interpretativa —en donde tienen lugar los acuerdos pre-interpretativos— sólo es el punto de partida en el proceso interpretativo. Por una parte, los miembros de la comunidad comparten un sentido pre-interpretativo de la práctica, aunque sea general acerca de lo que contiene y de lo que no contiene la práctica, por ejemplo para “distinguir concepciones de justicia que rechazamos, o incluso deploramos, de aquellas concepciones que ni siquiera incluiríamos como concepciones de justicia aun si se nos presentaran bajo ese título.”<sup>1006</sup> Mientras que por otra parte, este enfoque nos indica que se requiere

---

<sup>1004</sup> *Ibidem.*, p. 91.

<sup>1005</sup> *Ibidem.*, p. 67.

<sup>1006</sup> *Ibidem.*, p. 75.



interpretación aun en la etapa pre-interpretativa ya que los límites de la práctica ni siquiera en esta etapa son seguros o precisos.

Esto significa que los acuerdos pre-interpretativos como punto de partida se consideran solamente para poder re-examinarlos, los contenidos de esos acuerdos no son seguros ni permanentes sino provisionales y cambiantes ya que con cada aplicación del material jurídico se requiere el reinicio del proceso interpretativo con sus etapas. El acuerdo pre-interpretativo en un caso concreto servirá solamente como un medio de identificación del material con el cual trabajar, que está siempre sujeto a transformaciones y adecuaciones caso a caso.

Lawrence Solum asocia directamente este elemento con la dimensión de ajuste en la interpretación al señalar que la dimensión de ajuste sirve para mostrarnos el material o aquello que va a justificarse. Esta dimensión permite trabajar con nociones y materiales existentes y no con inventos, pero esos materiales identificados tienen siempre un carácter provisional que cambiará al pasar por el proceso interpretativo que arrojará un resultado, el cual a su vez, será tomado como el contenido del acuerdo pre-interpretativo de una nueva interpretación y así sucesivamente.<sup>1007</sup>

En otras palabras, en los conceptos interpretativos, el argumento está acabado por el momento (aunque no finalizado) y así también el acuerdo que puede considerarse como establecido para los propósitos de argumentos adicionales, lo cual puede confrontarse nuevamente con otras interpretaciones.<sup>1008</sup>

La concepción compartida del uso de nuestros conceptos es la materia prima con la que trabaja un juez que sienta un nuevo precedente, ya que como un participante que construye la *novela en serie*, necesariamente toma en consideración el material que existe, en el cual se basa para hacer su aportación y continuar la historia; ese material jurídico contiene conceptos que usamos de una manera compartida y que entendemos de cierta forma aún antes de interpretar, el juez trabaja a partir de ellos y los transforma, por eso no es posible negar que compartimos cierto acuerdo provisional acerca del uso de nuestros conceptos.

### 3. Paradigmas y precedente

El paradigma es prueba, no de la incompatibilidad del interpretativismo jurídico hacia la comprensión compartida de los conceptos sino de un compromiso hacia el uso compartido de los conceptos aunque con matices propios. En la comprensión

---

<sup>1007</sup> Solum, *op. cit.*, p. 555.

<sup>1008</sup> Guest, *op. cit.*, p. 86.

tradicional, los paradigmas son, en buena medida, la materialización del uso compartido de los conceptos e implican la aceptación de significados suficientemente claros como para usarlos de manera estandarizada en el derecho.<sup>1009</sup>

Es importante observar, sin embargo, que la comprensión tradicional del paradigma —usado por Hart, por ejemplo— no es la misma que emplea Dworkin en el marco de su teoría. El paradigma en la interpretación del derecho hartiano tiene sentido en relación a los casos centrales del derecho que sirven como los ejemplos centrales del concepto, cuya extensión se puede ir determinando por ciertos ejemplares que guardan semejanzas (casos periféricos) con los casos centrales o paradigmáticos.<sup>1010</sup>

En esta explicación es de suma utilidad el ejemplo empleado por Hart sobre la regla que prohíbe vehículos en el parque. En este ejemplo se muestra que habría un acuerdo generalizado sobre la idea de que un automóvil es un caso central o paradigmático del concepto de vehículo, lo cual revela que compartimos, de una manera relativamente estable, el uso de ciertos conceptos.

No obstante, en la teoría dworkiniana el paradigma tiene una dimensión distinta. Los paradigmas cuentan como parte del material como el que se trabaja en la etapa pre-interpretativa, son parte del acuerdo que se tiene, tan es así que ninguna interpretación podría prescindir de ellos, lo cual por cierto no los hace inmunes, seguros ni los exenta del proceso interpretativo regular. En ese sentido, los paradigmas como formas tentativas de explicación son permanentemente re-examinados e interpretados.

Podemos asumir sin embargo, que los paradigmas como parte de los acuerdos pre-interpretativos con que se trabaja en el proceso interpretativo son fácilmente identificables a través de las fuentes sociales del derecho aunque Dworkin ha señalado que aun en esta etapa es necesaria la interpretación, es dable pensar que la identificación del contenido tentativo de la práctica puede lograrse de manera directa sin requerir, a su vez de interpretación.

En ese sentido, la actividad en la etapa pre-interpretativa es describir el contenido de la regla en torno a la cual existe consenso. La diferencia entre la descripción y la interpretación en este etapa radica en el nivel de aceptación o consenso de opinión. Los paradigmas para Dworkin son comprensiones

---

<sup>1009</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 72, 89, 92.

<sup>1010</sup> Endicott, Timothy, "Herbert Hart and the Semantic Sting", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 42.

estandarizadas del derecho relativamente no controvertidas, es decir que gozan de una amplia aceptación.<sup>1011</sup>

Así, mientras que Hart ve en el uso de un concepto la aplicación indiscutible de un caso paradigmático, para Dworkin no existe tal conexión pues su teoría niega que las palabras por sí mismas tenga alguna aplicación independiente de la interpretación constructiva, de modo que cada cuestión de aplicación de un concepto abstracto es una cuestión interpretativa que no se conoce con anticipación.<sup>1012</sup>

Ahora bien, en el marco del derecho como integridad surgen preguntas interesantes que debemos plantearnos como: ¿Cuál es la relación del paradigma con el precedente? y ¿cuáles son las implicaciones del paradigma para el precedente?

Como se ha explicado, los paradigmas afianzan ciertas interpretaciones de manera temporal,<sup>1013</sup> ya que los paradigmas son en sí mismos conclusiones interpretativas sobre el contenido tentativo de los conceptos, es decir, son el resultado de un proceso interpretativo previo. El paradigma como conclusión interpretativa, afianza una justificación particular por sobre otras en relación con una práctica. Cuando los tribunales recurren al precedente, confían en la conclusión interpretativa que contiene una justificación particular (paradigma) asignada a una práctica que se interpreta en sede judicial y que se ha empleado consistentemente en el pasado hasta ese momento.

Esto no significa que el juez de aplicación omite su análisis al emplear precedentes ya que en todos los casos, los jueces emplean el proceso interpretativo con sus etapas para generar sus sentencias y solo después de aplicar las etapas interpretativas se reafirma la aceptación y se fortalece el consenso en torno al paradigma. Lo que sucede es que, al tratarse de conclusiones interpretativas sostenidas en el tiempo, es muy probable que la nueva interpretación del precedente que realice el juez de aplicación, arroje un resultado en el mismo sentido que las sentencias previas en tanto los principios de fondo sigan justificando la práctica que se interpreta.

La estabilidad relativa del paradigma contenido en y mantenido por el precedente indica que una conclusión interpretativa permanecerá intacta y será reproducida consistentemente por los tribunales mientras los principios que justificaron la práctica en la sentencia de origen sigan justificando la práctica en los

---

<sup>1011</sup> Guest, *op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>1012</sup> Endicott, "Herbert Hart and the Semantic Sting", *cit.*, p. 49.

<sup>1013</sup> Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 72, 89, 92.

casos subsecuentes. Mientras esto sea así, no hay razón para que los tribunales modifiquen o inapliquen el precedente. Mientras que al pasar por el proceso interpretativo, los mismos principios morales sigan brindando la mejor justificación de la práctica que se interpreta, los tribunales seguirán resolviendo en base a precedentes.

Como se ha visto, la labor interpretativa de los jueces les requiere satisfacer la dimensión de ajuste que consiste precisamente en identificar el material jurídico que constituye la historia institucional de la práctica, ya que su interpretación debe partir de y ajustarse a dicho material. La etapa pre-interpretativa se corresponde con la dimensión de ajuste precisamente porque es en esta etapa donde se reconoce el material que se habrá de justificar, de esta manera, la interpretación que se ofrezca será una interpretación de la práctica que existe y que es reconocida en la historia institucional y no la invención de otra práctica.

En ese sentido, se puede decir que la etapa interpretativa se corresponde con la dimensión de justificación porque en esta etapa se asigna valor a la práctica y se asignan los principios que la justifican de mejor forma. Generalmente, si los principios que mejor justifican la práctica son aquellos reiterados y afianzados por el precedente, la sentencia contará como una más en esa línea. En caso contrario, la dimensión de justificación permitirá identificar cuáles son los principios que mejor justifican la práctica en el momento actual; esto significa que el paradigma afianzado por el precedente ya no proporciona más la mejor justificación de la práctica como lo hizo en el pasado y durante algún tiempo, significa que los principios que sostenían una conclusión interpretativa reiterada ya no son los que brindan la mejor justificación sino que son nuevos principios los que brindan la mejor justificación y por ello, como producto de una nueva interpretación, el antiguo paradigma cae en desuso ante la entrada de un nuevo paradigma.

Este fenómeno provoca a su vez, el desuso de los precedentes que promovieron el antiguo paradigma pues la transformación interpretativa que se experimentó introdujo un cambio de paradigma que brindará a futuro una nueva justificación que a su vez será afianzada a través del precedente y la subsecuente reiteración en sede judicial, todo ello para volver a iniciar un nuevo ciclo de estabilidad provisional.

El ciclo de vida de los paradigmas, su uso y desuso se asocia con el precedente ya que éste tiene la virtud de funcionar tanto como un eslabón como un vehículo de cambio en el derecho como integridad. Como eslabón, el precedente promueve la coherencia de principios en el derecho con el uso y reiteración de conclusiones interpretativas (paradigmas). Como vehículo de cambio, cuando así lo demanda una nueva interpretación y se transita hacia un

nuevo paradigma, la transformación y modificación está asociada con el pasado, existe una retroalimentación permanente entre la forma que tuvieron las prácticas jurídicas en el pasado, la forma que tienen actualmente y la forma que tendrán.

El derecho como integridad, a la manera de la novela en serie, permanece en la búsqueda permanente de coherencia interna del derecho, de proporcionar respuestas que cuenten una sola historia unificada de la práctica jurídica con sus transformaciones, de tal manera que se advierta como una continuidad en la práctica y no como una ruptura. El precedente facilita las transiciones en esa historia, como eslabones que unen las diferentes etapas que caracterizan la práctica.

#### **4. Sobre el precedente y su carácter**

El precedente en este enfoque teórico se entiende como el reporte de una decisión política previa. Las decisiones políticas son todas aquellas decisiones que contribuyen a definir los contornos y contenidos del Estado como una comunidad política. Las decisiones judiciales con carácter de precedente son decisiones políticas en la medida en que ayudan establecer o modificar los contornos y contenidos que determinan la forma de ser de una comunidad política.

Debe tenerse en cuenta que la comunidad política en este enfoque es una que acepta la integridad como un ideal, es una comunidad que acepta que los derechos y obligaciones de sus miembros surgen no solo de las decisiones políticas tomadas en el pasado y que tienen forma de leyes o reglamentos sino que los derechos y obligaciones de sus miembros surgen también del esquema de principios que la propia comunidad ha aceptado respaldar aun cuando nunca antes hayan sido identificados o formalmente declarados.<sup>1014</sup>

La distinción de algunas decisiones judiciales como decisiones políticas le otorga a éstas (en un primer momento) mayor importancia que al resto de las decisiones judiciales en tanto que considera la posibilidad de recurrir a ellas pero la propia caracterización del precedente parece no ofrecer una forma clara de identificar los precedentes en el marco de la propia teoría, ya que en buena medida, toda decisión judicial puede caracterizarse como una decisión política.

A diferencia del planteamiento en la teoría hartiana en torno a las decisiones judiciales, el interpretativismo no distingue entre casos centrales y casos periféricos en la práctica jurídica sino que sitúa el universo de casos posibles en la categoría de los *pivotal cases* como cualquier caso cuya respuesta real o posible

---

<sup>1014</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 211.

se encuentra explícita o implícitamente en el derecho. La diferencia en esta teoría entre casos fáciles y casos difíciles radica en los diferentes grados de complejidad que implica cada caso dentro de la misma tipología.<sup>1015</sup>

En ese sentido, la solución de los casos fáciles como *pivotal case* entraña menor dificultad debido a que su respuesta correcta se encuentra explícita en el derecho y puede identificarse sin mayor problema; por otro lado, los casos difíciles son más problemáticos y entrañan mayor dificultad como *pivotal cases* porque la respuesta correcta se encuentra implícita en el derecho y resulta más complejo identificarla.<sup>1016</sup>

Dworkin ha señalado que no hay uniformidad en la forma real del precedente aun dentro de Estados Unidos o Gran Bretaña, tanto que difiere incluso de estado a estado en un mismo país, pero principalmente es posible que existan desacuerdos acerca de los detalles y aplicación de la doctrina del precedente en cuanto qué tribunales están sujetos a las decisiones de la Suprema Corte,<sup>1017</sup> qué decisiones tienen más peso si las recientes o las antiguas, las de los jueces famosos o las de los cualquier otro juez. En ese sentido, las opiniones de abogados al respecto pueden variar ampliamente.<sup>1018</sup>

Parece que las diferencias de opinión pueden ser tan profundas que en los casos concretos pueden conducir a los jueces a discrepar acerca de si están obligados o no a seguir un determinado precedente en la cuestión a resolver. Esto sucedió en el caso *McLoughlin*, en el que la señora demandó daños emocionales causados por ver a su familia grave en el hospital; hasta ese momento los precedentes autorizaban compensación por daño emocional a víctimas que habían estado en la escena del accidente mientras que la señora McLoughlin había sufrido el shock dos horas después en un lugar distinto.<sup>1019</sup>

El caso demuestra que los diferentes tribunales que revisaron el caso sostuvieron opiniones diversas al respecto, pero el problema —se alega— es

---

<sup>1015</sup> Del Real Alcalá, Alberto, “La decisión judicial según los tipos de casos: *clear cases*, *borderline cases* y *pivotal cases*”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 394-395.

<sup>1016</sup> *Ibidem.*, p. 395.

<sup>1017</sup> Al respecto, Kenneth Himma difiere en torno a los desacuerdos teóricos y considera que la opinión de Dworkin acerca de lo que cuenta como derecho es inconsistente con el núcleo de la práctica jurídica en Estados Unidos ya que los oficiales consideran, a manera de práctica estandarizada, los razonamientos judiciales que resultan en nuevas reglas como jurídicamente vinculantes. Además, jueces y abogados consideran y tratan las leyes declaradas constitucionales como derecho sin importar si son consistentes con las normas morales que las mostraría desde su mejor perspectiva moral. Himma, Kenneth, “Dworkin’s Third Theory of Law: The Lines Dividing Conceptual Theories of Law and Other Kinds of Theories of Law”, 2014, *Social Science Research Network*, p. 13. Consultado el 15 de enero de 2015 en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2465170](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2465170).

<sup>1018</sup> Dworkin, *Law’s Empire*, cit., p. 25.

<sup>1019</sup> *Ibidem.*, pp. 26-27.

planteado en términos de desacuerdo acerca de cuál es el derecho en el caso concreto, sobre la fuerza y carácter del precedente en ese caso como fuente del derecho, no acerca de lo que debía hacerse ante la ausencia de derecho.<sup>1020</sup>

La agrupación de los casos fáciles y casos difíciles en la categoría de *pivotal cases* permite afirmar que existe un patrón de resolución ideal en la administración de justicia, esto es, que empleando el procedimiento de interpretación constructiva y sus etapas todo caso puede ser solventado por el derecho.<sup>1021</sup> No obstante, la advertencia previa en la teoría interpretativa en torno a los desacuerdos en los detalles y aplicación de la doctrina del precedente nos conduce a la pregunta acerca de ¿cuál es realmente el carácter del precedente desde esta teoría?

Las características del precedente parecen indicar que en el enfoque del derecho como integridad, el precedente no es una regla debido a que el tratamiento que se le da permite y promueve que el contenido del precedente (digamos el principio que lo sustenta) sea re-interpretado para su aplicación al caso presente. El hecho de considerar que el precedente ha de interpretarse para su aplicación elimina automáticamente el carácter excluyente que, desde mi perspectiva, tienen las reglas jurídicas como las reglas de precedente.

Como una observación más amplia, parece derivarse que en este enfoque ninguna regla tiene la cualidad excluyente que yo les atribuyo, en vista de que para la aplicación del derecho el material jurídico que emplea el juez debe primero interpretarse, de modo que ninguna norma jurídica es realmente la que se creó mediante fuentes sociales, ya que debe pasar por las etapas interpretativas antes de estar en condiciones para aplicarse.

La sola posibilidad de interpretar precedentes indica que éstos son tratados como un elemento más en el análisis del juez para arribar a la respuesta adecuada, lo cual quiere decir que el precedente no tiene nunca un carácter concluyente para los jueces de aplicación como sus destinatarios.

Si recordamos que —en la teoría interpretativista— la fuerza del precedente depende de los argumentos de principio que lo sustentan, que las decisiones judiciales debe tomarse por argumentos de principio y no por argumentos de política y que el elemento que guía los casos futuros es el principio sostenido, estos elementos parecen indicar que el precedente en este enfoque es tratado en sí mismo como un principio aplicado, no una regla. De ser así, el precedente como principio aplicado, lo que puede hacer es recomendar la dirección que ha de tomar una decisión, pero no puede proporcionar una respuesta concreta.

---

<sup>1020</sup> *Ibidem.*, p. 39.

<sup>1021</sup> Del Real, “La decisión judicial según los tipos de casos...”, *cit.*, pp. 402-403.

## 5. La fuerza gravitacional del precedente interpretativo

El precedente —en términos de la teoría interpretativista del derecho— no posee una fuerza propia inherente a su carácter particular, la fuerza del precedente es asignada o decidida por el juez de aplicación como se advierte en el pasaje que señala “...Hércules, cuando define la fuerza gravitacional de un precedente particular, debe tomar en cuenta solo los argumentos de principio que justifican ese precedente.”<sup>1022</sup>

El pasaje revela que no es dable pensar en una aplicación directa del derecho, al contrario, la actitud interpretativa demanda considerar el material jurídico existente tal como es sólo en la etapa inicial pre-interpretativa, únicamente como punto de partida ya que en la etapa interpretativa se debe identificar cuál es el valor de la práctica que se interpreta para posteriormente analizar en la etapa reformadora si el valor identificado en la etapa interpretativa justifica adecuadamente la práctica o requiere ser reformado.

Pensemos en el caso de rectificación de acta de nacimiento por cambio de sexo, empleado en el capítulo previo con referencia al amparo directo civil 6/2008 resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>1023</sup> Atendiendo a la actitud interpretativa, la normatividad registral en este caso sólo se considera en la etapa pre-interpretativa como el punto de partida, ya que en la etapa interpretativa se ha de identificar cuál es el valor o principio al que sirve el asiento registral en las actas de nacimiento. Si consideramos que el valor al que sirve el asiento registral en las actas es la seguridad jurídica de terceros para dar seguimiento a la identidad de las personas y asegurar así el cumplimiento de cualquier obligación adquirida previamente, entonces, en la etapa pos-interpretativa o reformadora corresponde considerar si en el caso actual, en torno al asiento registral de las actas de nacimiento por cambio de sexo, la seguridad jurídica de terceros es un valor que justifica adecuadamente el asiento registral o si por el contrario, en el caso específico por cambio de sexo el asiento registral de las actas de nacimiento requiere ser interpretado a la luz de un principio distinto que justifique adecuadamente la práctica.

La teoría propone que este esquema de acción es el que opera en el razonamiento judicial, de modo que es un esquema que se aplica en la toma de decisiones judiciales de manera ordinaria y en todos los casos. Esto significa que tanto legislación como precedentes tienen siempre un carácter “provisional” en el razonamiento práctico y como tales no tienen una fuerza pre-establecida, sino que

---

<sup>1022</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 115.

<sup>1023</sup> 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](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/completo/rectificacion_acta) (consultado el 11 de noviembre de 2013).



están sujetos a interpretación permanentemente. De ahí que el juez de aplicación sea quien defina la fuerza gravitacional del precedente que desea aplicar.

El planteamiento, sin embargo responde a una razón de fondo interesante: no justificar un principio que requiera a los tribunales cometer los mismos errores una y otra vez, lo cual no tiene sentido ya que incluso en circunstancias ordinarias las personas buscamos enmendar nuestros errores y no repetirlos.<sup>1024</sup> Recordemos que lo valioso de seguir precedentes es que éstos hayan sido resueltos por principios morales,<sup>1025</sup> que serán los que sustenten en el caso presente la resolución judicial.

La virtud de atender a los principios que sustentan el precedente es la posibilidad de extenderlos a otros asuntos y que puedan cubrir un amplio espectro de casos. Esta posibilidad se ve favorecida con la actitud interpretativa porque recordemos que cada caso a resolver requiere el ejercicio interpretativo del juez de aplicación, de esta manera, los principios contenidos en el precedente serán re-interpretados y ajustados a la aplicación presente.

Los principios dworkinianos son lo relevante en este enfoque para que el juez de aplicación determine la fuerza gravitacional del precedente. Claro es que existen diversos mecanismos contingentes para determinar los procedimientos formales que asignen o retiren fuerza a ciertas sentencias judiciales, pero ello no es relevante en la explicación interpretativa.

Ahora bien, este planteamiento genera ciertas preguntas. En mi opinión, esta caracterización no hace una distinción real entre un precedente judicial y cualquier otra resolución judicial, lo cual parece contra-intuitivo porque de alguna manera creemos que los precedentes tienen alguna importancia para la práctica judicial y también sabemos que no todo el universo de resoluciones judiciales existentes se llaman precedentes ¿Cómo es posible que todos distingamos como “especiales” a las resoluciones judiciales que son precedentes, pero las tratemos como cualquier resolución? Esta contradicción ocurre al decidir la fuerza que se le asigna y eso es precisamente lo que parece indicar este enfoque teórico en contra de la práctica ordinaria.

El precedente judicial no responde exactamente a esa caracterización, ya que los jueces ordinarios no son libres de definir la fuerza del precedente. El precedente (entendido como regla) surge y se establece con el objetivo de servir como razón excluyente, ese carácter le es propio desde su origen de modo que ningún tribunal posterior está en posición de averiguar o negar ese hecho, se trata

---

<sup>1024</sup> Hershovitz, *op. cit.*, p. 103.

<sup>1025</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 84, 90, 97.

de una característica inherente a los precedentes que es conocida por los propios tribunales. Cuando un tribunal autorizado sienta una regla autoritativa, su calidad excluyente le acompaña y es del conocimiento de todos los tribunales en la jerarquía judicial por lo que ningún tribunal puede alegar ignorar su fuerza y obligatoriedad. La jerarquía judicial contribuye a este conocimiento de manera natural.

El precedente tiene una fuerza inherente propia que no puede ser asignada a voluntad de jueces posteriores, porque por muy hábiles, cultos y capacitados que sean, esto sería mermar la propia naturaleza del precedente, al grado de que realmente no estarían proporcionando la guía que se supone proporcionan. Si fuera elección del juez posterior tomarla en consideración, no habría razón de ser del precedente ni éste tendría el papel central que creemos que tiene en el derecho.

La sola idea de tratar de explicar el precedente desde la noción de que los jueces posteriores son los que deciden la fuerza y obligatoriedad del precedente se contrapone frontalmente con la tesis que sostengo, pues atenta contra la autoridad del derecho y anula el papel del precedente como regla jurídica en el razonamiento.

Para empezar, no todos los jueces tienen autoridad para sentar reglas, de modo que solo algunos tienen la posibilidad de generar a través de sus fallos reglas que sirvan de ejemplo para otros tribunales inferiores. La idea de que el tribunal posterior sea el que decida cuándo aplicar la regla de precedente viola esta condición, porque, como he dicho, los tribunales ordinarios no tienen la autoridad para tomar estas decisiones, asume además que cada tribunal actúa permanentemente en el balance de razones, como si todos tuvieran la misma jerarquía, la misma autoridad y como si no existieran reglas a las que dichos órganos están sujetos, lo cual es una explicación inadecuada de la aplicación y propiedades del precedente.

## **6. El precedente judicial *flexible***

Al describir la doctrina del precedente, Dworkin la explica como aquella doctrina que establece que las decisiones de casos pasados suficientemente semejantes al nuevo caso deben repetirse en el nuevo caso. Hace una distinción entre la doctrina *flexible* y estricta del precedente para explicar que la doctrina *estricta* obliga a los jueces a seguir decisiones pasadas (generalmente de cortes de rango superior), aun cuando personalmente consideren que son decisiones equivocadas, mientras que la doctrina flexible requiere que el juez le asigne algún

peso a las decisiones pasadas sobre el mismo tema; éstas incluyen tribunales del mismo nivel o tribunales en otros estados o países.<sup>1026</sup>

Esta explicación está directamente relacionada con la práctica del precedente vertical y horizontal, en la que se asocia la práctica entre tribunales superiores e inferiores (doctrina flexible) o bien si se trata de tribunales del mismo rango o de un mismo tribunal atendiendo sus propias resoluciones pasadas (doctrina flexible).

No obstante, en la teoría interpretativista queda a elección del juez en turno asignar algún peso a las decisiones pasadas, independientemente de la doctrina de que se trate, pues queda en evidencia que aun cuando se trata de la doctrina estricta, los jueces de aplicación deben adoptar la actitud interpretativa. Esta explicación muestra que si el juez en turno puede elegir qué peso le asigna a la decisión pasada en la solución del caso presente, entonces la doctrina no es tan estricta como parece mostrar inicialmente.

Desde mi propio planteamiento, por supuesto, si el juez de aplicación puede decidir el peso del precedente entonces no se trata de una regla autoritativa para ese juez, pero también revela que al no ser excluyente, esa decisión judicial previa es una razón para la acción con un peso semejante a otras razones, todas las cuales han de someterse a balance para llegar a la respuesta adecuada. Hay una clara distinción entre ambos planteamientos.

No obstante es interesante la explicación, sobre todo en relación con el precedente horizontal o la doctrina flexible, que yo misma he planteado a través de los buenos ejemplos. Una interpretación adecuada de la explicación apunta a que la práctica del precedente requiere adherencia en la aplicación de sentencias judiciales previas decididas de forma correcta, pero también aquellas que hayan sido decididas incorrectamente, sin embargo, la teoría dworkiniana acomoda sin tensiones la posibilidad de la anulación y la práctica de distinguir precedentes como parte de la misma práctica.<sup>1027</sup>

A diferencia de la doctrina estricta, la doctrina flexible no se explica adecuadamente por las necesidades de coordinación y eficiencia, razón por la cual los méritos de la decisión entran en juego. De esta manera, podemos ver la anulación y distinción de precedentes como parte natural de la práctica.<sup>1028</sup> En este punto cobra especial relevancia la integridad en el derecho.

Al actuar con integridad, las personas se comprometen a actuar con un enfoque moral; una buena actuación moral sostenida en el tiempo es lo que

---

<sup>1026</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 24-25.

<sup>1027</sup> Hershovitz, *op. cit.*, p. 106.

<sup>1028</sup> *Ibidem.*, p. 113.

distingue un comportamiento íntegro de uno que no lo es. En ese sentido, el derecho como integridad requiere un comportamiento moral sostenido en el tiempo, lo cual implica un compromiso con lo moralmente valioso, no un compromiso con una decisión que aunque acertada alguna vez, resulte moralmente reprochable en el presente. La integridad no exige repetir los mismo errores. Esto significa que la integridad es compatible con la continua revisión de las creencias y los comportamientos.<sup>1029</sup>

En ese sentido es deseable que los tribunales actúen con integridad y el precedente promueve este tipo de integridad en la toma de decisiones judiciales.<sup>1030</sup> Este tipo de compromiso respalda la práctica del precedente flexible, ya que el tribunal en su compromiso con la integridad busca respetar las decisiones institucionales moralmente valiosas y atenerse a ellas, busca ser moralmente coherente consigo mismo al respetar y reproducir sus propias resoluciones, así como también es coherente al respetar y reproducir las resoluciones de otros tribunales semejantes que han resuelto antes casos semejantes en términos de integridad.

Scott Hershovitz explica que anular y distinguir precedentes conserva el mismo compromiso con la integridad como la práctica de seguirlos, pues tanto como decir “reconocemos que nuestras decisiones previas son relevantes al decidir lo que debemos hacer ahora, pero por esas mismas razones no vamos a seguirlas ahora.”<sup>1031</sup> Un tribunal no comprometido con la integridad tampoco sentiría la necesidad de anular o distinguir precedentes, por esto es que todas estas prácticas son parte de la persecución de la integridad en la administración de justicia.<sup>1032</sup>

Si bien el planteamiento es atractivo en ese sentido y es hasta cierto punto compatible con mi propia explicación sobre los buenos ejemplos judiciales, esta forma de plantear el asunto es incompatible con la naturaleza autoritativa de las reglas de precedente estricto o vertical porque propicia que el juez en turno vuelva a realizar un balance sobre las razones dependientes que dieron origen a la regla de precedente, lo cual es algo que no sucede cuando se trabaja con reglas autoritativas. Una regla autoritativa es excluyente, reemplaza el balance de las demás razones dependientes que pudiera tener el sujeto de la norma jurídica, el hecho de que exista una regla autoritativa de precedente es una razón para la

---

<sup>1029</sup> *Ibidem.*, pp. 114-115.

<sup>1030</sup> *Ibidem.*, p. 116.

<sup>1031</sup> *Ibidem.*, p. 116.

<sup>1032</sup> *Ibidem.*, p. 117.

acción, no una razón que se agrega a otras razones que ya tenemos sino una razón que reemplaza las razones de primer orden que tenemos.<sup>1033</sup>

La idea de que el segundo juez es quien decide si se siente vinculado por la regla de precedente es inadecuada pues como he explicado, esta noción es cierta únicamente respecto de los buenos ejemplos no en relación con los ejemplos autoritativos. La regla de precedente establece una forma ejemplar de actuar en circunstancias semejantes, ofrece un ejemplo autoritativo, no cualquier ejemplo.<sup>1034</sup>

En mi planteamiento no hay una distinción entre un precedente flexible y un precedente estricto. El precedente es una regla prescriptiva con pretensión autoritativa mientras que el resto de sentencias judiciales pasadas que no tienen ese carácter simplemente son buenos ejemplos, que efectivamente pueden ser agregados como razones a evaluar en el balance que de ellas efectúe el juez en turno, pero no son precedentes. En este último supuesto se encuentran las sentencias de tribunales del mismo rango y las sentencias de tribunales de otros estados o países, todas las cuales son buenos ejemplos que el juez en turno puede considerar.

Al tratarse de buenos ejemplos previos<sup>1035</sup> que presenten semejanzas o diferencias con el caso que resuelve, el juez puede utilizarlos para guiarse en su resolución, agregarlos a otras razones para el balance correspondiente y asignarles el peso que considere en el contexto del caso a resolver. Solo en este supuesto el juez puede elegir el peso que se le asigna a los buenos ejemplos, porque los buenos ejemplos judiciales no son reglas de precedente autoritativas para otros tribunales. No se trata pues de precedentes flexibles o estrictos sino de buenos ejemplos y reglas de precedente propiamente.

En otras palabras, un juez o 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. Los tribunales están obligados a seguir ciertos estándares aun cuando consideren que otros pueden ser mejores, eso ocasiona la fuerza autoritativa de las normas jurídicas.<sup>1036</sup> Para conservar ese carácter, la regla autoritativa necesariamente hace una diferencia en el razonamiento práctico de otros tribunales.

---

<sup>1033</sup> Raz, *La Ética en el ámbito público*, cit., pp. 229 y 231; Raz, *Practical Reasoning*, cit., p. 140.

<sup>1034</sup> Michele Taruffo sostiene una postura semejante en torno a los buenos ejemplos aunque por razones distintas. Taruffo, "Precedente y jurisprudencia", cit., p. 97.

<sup>1035</sup> Cfr. Sherwin, "A Defense of Analogical Reasoning in Law", cit., p. 1188; Raz, *The Authority of Law...* cit., p. 203.

<sup>1036</sup> Raz, *La autoridad del derecho*, cit., p. 149.

## 7. Metas y principios en la decisión judicial y el precedente

Desde mi perspectiva hay algunos puntos reveladores y de gran interés en la teoría dworkiniana en relación con la interpretación en el precedente, he aquí algunos de ellos. Es relevante notar por ejemplo, que el planteamiento de Dworkin contempla las “metas colectivas” para referirse a cualquier decisión política que busque incrementar el bienestar social general, mismas que se toman en consideración en la resolución de casos difíciles.<sup>1037</sup>

Dworkin señala que las decisiones judiciales,<sup>1038</sup> incluso en los casos difíciles deben decidirse por principios y no por políticas pero considero que es posible que la extensión de estas últimas no siempre genere consecuencias desafortunadas. Este punto es muy importante, considero que hay diversos criterios a los que se puede recurrir para atender no solamente la intención original del autor sino también para promover otros fines legalmente estipulados, que atienden a aquello que se reconoce como relevante en cada momento histórico. Asumo que las interpretaciones no son estáticas sino que se adaptan a los fines subyacentes del derecho en cada momento histórico determinado.<sup>1039</sup>

El derecho es una práctica social, cuyo significado es cambiante porque depende de nuestras prácticas culturales, en ese sentido el derecho como un bien cultural se produce y mantiene por actividades que pretenden alcanzar ciertas metas que consideramos valiosas o por actividades que dependen de normas válidas. Así es que cuando interpretamos el derecho en sentido fuerte —revelando algún nuevo significado en el objeto de interpretación— estamos ayudando a adaptar y transformar el derecho atendiendo a esas metas<sup>1040</sup> que son valiosas y que pueden generar beneficios colectivos, tales fines pueden tener diversos contenidos.

Siguiendo la idea de Dworkin, quizás exista la posibilidad de que en las decisiones judiciales los argumentos de principio no necesariamente sean incompatibles con argumentos de política. Dado que las decisiones que se toman por principio son capaces de generar beneficios colectivos, quizás exista una posibilidad de que algunas decisiones judiciales que se toman considerando

<sup>1037</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 92.

<sup>1038</sup> *Ibidem*, p. 84. En este punto es importante recordar que la teoría jurídica tradicional, que parte de H.L.A. Hart, hace una distinción entre casos claros y casos difíciles al asociarlos con la existencia de reglas precisas y claras o con reglas imprecisas y vagas, respectivamente. Del Real, “Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza...”, *cit.*, pp. 682-684.

<sup>1039</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 285, 288; Endicott, “The One True Interpretation”, *cit.*, pp. 133-134.

<sup>1040</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, pp. 304-305.

metas valiosas puedan resultar también benéficas desde el punto de vista de los principios y quizás no siempre que se decide atendiendo a metas colectivas se sacrifiquen derechos individuales, posiblemente no siempre son incompatibles.

Pensemos por ejemplo en el caso de rectificación de acta de nacimiento en el cual se vertieron argumentos relacionados con la protección de las personas transgénero, considerando que algunas circunstancias legalmente estipuladas colocan a estas personas en situaciones de constante discriminación.<sup>1041</sup> Para la Corte es una meta valiosa proteger y garantizar a las personas transgénero, así que el derecho a la salud, el derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad fueron interpretados de tal manera que al impulsar metas colectivas valiosas se vieron beneficiados los sujetos individuales, lo cual es compatible con principios dworkinianos.

Desde su perspectiva, esta decisión es una decisión guiada fundamentalmente por principios aunque las consecuencias sean favorables para un grupo, ello sería irrelevante porque el enfoque central está en los principios y no en la política. No obstante, desde mi perspectiva las metas colectivas no siempre son totalmente incompatibles con los principios, el caso de rectificación de acta muestra la relación que existe entre los argumento de principio y las metas colectivas que los muestra hasta cierto punto como compatibles.

En relación con la forma en la que los jueces deciden los asuntos, a pesar de que se exagere el proceso de toma de decisión para mostrarlo como concretado en dos etapas o momentos mecánicos, me parece que hay más coincidencias que divergencias en lo que hacen los jueces desde ambos enfoques. En mi opinión, no es exacta la caracterización de que los jueces deciden los casos en dos etapas: primero revisando hasta dónde llega la restricción institucional para después hacer los libros a un lado y echar a andar por su cuenta.<sup>1042</sup>

Me parece que en realidad, los jueces acuden siempre al material jurídico vigente para generar su respuesta, aun cuando ésta no se desprenda fácilmente de dicho material. El “echar a andar por su cuenta” no es totalmente adecuado para caracterizar su labor en casos difíciles porque aunque no tengan la solución frente a sí, los jueces intentan que su sentencia esté vinculada al material jurídico y en general los jueces siempre tratan de conectar su decisión con otras que se han tomado en el pasado, eso funciona a manera de límites que ellos

---

<sup>1041</sup> Amparo directo 6/2008. Rectificación de acta de nacimiento por cambio de sexo. Consultable en [http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/completo/rectificacion\\_acta](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/completo/rectificacion_acta)

<sup>1042</sup> Dworkin, “Hard Cases”, *cit.*, p. 1063; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 86.

experimentan.<sup>1043</sup> El juez que adopta la actitud interpretativa, parte del material jurídico para identificar el derecho aplicable y asignarle valor para justificarlo.

En este punto inicial al menos, no son muy distintos los jueces regulares de los jueces que adoptan la postura interpretativa, pues al estar constreñidos por la historia institucional, hay muy poco espacio para la construcción y en esto, no hay una diferencia real entre la interpretación constructiva y la interpretación conversacional.<sup>1044</sup>

#### **IV. Algunas preguntas en torno al precedente interpretativo**

El desarrollo del derecho como integridad y las características propias del enfoque generan ciertas dudas, cuestionamientos y preguntas que a continuación planteo y discuto brevemente como un acercamiento general a la discusión.

##### **1. Sobre la etapa pre-interpretativa**

La caracterización ofrecida de la etapa pre-interpretativa nos lleva a cuestionar cómo se distingue realmente lo que es relativamente estable de lo que no lo es en esta etapa. Pensemos por ejemplo ¿Cómo se identifican los paradigmas en la etapa pre-interpretativa? ¿Podemos identificarlos directamente como hechos sociales o se requiere a su vez interpretación para identificar el material a interpretar?

Quizás cabe cuestionar si realmente podemos interpretar la práctica tal como es si desconocemos cómo es y no tenemos claridad acerca de sus límites, pues la posibilidad de que ni siquiera los contornos de nuestros conceptos son seguros en la etapa pre-interpretativa lo pone en duda. Si, por el contrario, asumiéramos la postura opuesta y tuviéramos certeza sobre el contenido y los límites de la práctica que interpretamos, en ese supuesto también tendríamos problemas pues de ser así ¿por qué necesitaríamos interpretar en esta etapa?

---

<sup>1043</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 112.

<sup>1044</sup> Fish, Stanley, "Still Wrong After all These Years", *Law and Philosophy*, vol. 6, núm. 3, Diciembre 1987, p. 408.



No es claro que el planteamiento sea satisfactorio. Por una parte, la interpretación constructiva requiere de un grado importante de acuerdo compartido previo a partir del cual iniciar la labor interpretativa pero, por otra parte, se cuestiona el grado de certeza que se tiene sobre los contornos de ese acuerdo, lo cual torna dudoso el supuesto mismo de trabajar con elementos que realmente forman parte de la historia institucional y no inventos del intérprete, ya que si aún en esta etapa se admite la interpretación ¿qué queda realmente como un elemento original del acuerdo compartido que es parte de esa historia institucional?

## 2. En torno a la vaguedad en el derecho

La vaguedad en el derecho en general es un problema que se identifica en un momento posterior a la identificación del derecho. Esta posibilidad se desprende de la idea más general según la cual el derecho es indeterminado y por lo tanto, incompleto debido a la imposibilidad de regular por adelantado el universo de casos reales y posibles, de ahí el recurso a la discreción judicial en la teoría jurídica tradicional.<sup>1045</sup>

Con esta idea en mente es importante observar la forma en la que se afronta la vaguedad desde el derecho como integridad porque de entrada, esta postura teórica sostiene que la vaguedad se puede subsanar con los recursos del derecho, es decir, cada caso puede resolverse mediante la interpretación constructiva de modo que al final de este proceso es imposible hablar de indeterminación jurídica.

Recordemos que toda vez que las normas jurídicas se expresan a través del lenguaje ordinario pueden verse afectadas de vaguedad, la cual consiste en la posibilidad de mostrar una textura abierta tal que no podamos determinar: a) si una declaración que aplica la expresión X, sería verdadera o falsa, o bien en las que: b) no sabemos si sería apropiado o no hacer la declaración que aplica la expresión X, dadas las circunstancias.<sup>1046</sup>

Con las observaciones previas puede verse por qué, en mi opinión, el caso *McLoughlin* es un caso claro de vaguedad en el derecho. En este caso, el esposo y los cuatro hijos de la señora resultaron heridos en un accidente automovilístico, del cual la señora tuvo conocimiento estando en su casa; al llegar al hospital se enteró de la muerte de su hija y de la condición grave de sus otros tres hijos, lo

---

<sup>1045</sup> Del Real, "The Controversies about Legal Indeterminacy...", *cit.*, p. 177.

<sup>1046</sup> Endicott, *La vaguedad en el derecho*, *cit.*, p. 67.

cual le ocasionó un colapso nervioso. Por esta situación, la señora demandó por daños emocionales al conductor y otros implicados.<sup>1047</sup>

En el caso se determinó el derecho aplicable pero los contornos y alcances de ese derecho no eran claros. La forma de la vaguedad que mostraba ese caso no permitía saber si sería apropiado hacer la declaración que aplica la expresión X,<sup>1048</sup> dadas las circunstancias. Esto es, no permitía saber si sería apropiado conceder la compensación por daño emocional a la señora McLoughlin dadas las circunstancias (que la señora no sufrió el shock en el lugar de los hechos sino en el hospital, dos horas después).

Hasta ese momento el derecho no ofrecía una respuesta clara al caso de la señora McLoughlin, solo a casos cercanos y parecidos. Los jueces debieron interpretar para generar una respuesta adecuada en el caso pero no era claro si debía concederse o no la compensación, tan fue así que diferentes instancias judiciales discreparon al respecto. De haber una única respuesta correcta, los jueces no tendrían diferencias de opinión tan serias al resolver casos de este tipo.

Ahora bien, Dworkin señala que es un error creer que existe vaguedad en el derecho, pues esto solo es posible si asumimos las normas jurídicas como incompletas pero si las asumimos como apelaciones a conceptos morales esta acusación desaparece, ya que las normas no podrían ser más precisas si se tratara de especificarlas más.<sup>1049</sup>

Si suponemos que las normas jurídicas son portadoras de conceptos morales, al enfrentarnos a un caso difícil adoptaríamos el enfoque propuesto para responder a las disputas jurídicas que se presenta y tendríamos que considerar cuál es el valor al que sirve la norma jurídica. Apelar a los aspectos morales, no parece eliminar o minimizar el problema de generar la respuesta, ya que es posible que subsistan varios principios competitivos o que dichos contenidos morales no sean tan uniformes o que se aceptación resulte controvertida en el caso concreto. Es posible que al tomar la estrategia del cambio de enfoque, la acusación o el problema, no desaparezca.

La estrategia sugiere que la vaguedad desaparece si cambiamos la óptica con la que enfocamos el problema, es decir que si en lugar de ver las normas jurídicas como normas vagas las vemos como portadoras de conceptos morales, entonces no advertiremos más vaguedad en ellas. No obstante, parece que desviar la atención de un aspecto al otro no resuelve el problema inicial y me parece que ésa

---

<sup>1047</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 23-24.

<sup>1048</sup> *Ibidem.*, p. 67.

<sup>1049</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 136.

es la estrategia adoptada en este pasaje. El problema con eso es que incluso cambiando el enfoque, los principios morales podrían no limitar la discreción ni eliminar el balance del juez sobre los méritos del caso.<sup>1050</sup>

Esto nos lleva a pensar que la vaguedad genera indeterminación y ésta es una característica de la aplicación del derecho —tanto de normas jurídicas o principios— a casos concretos que se presenta cuando no hay una única respuesta correcta o falta de claridad en la aplicación de expresiones lingüísticas.<sup>1051</sup> La comprensión y aplicación de las normas jurídicas demandan el uso del lenguaje y por esa razón el derecho siempre estará sujeto a sufrir de esa condición de generar casos parcialmente regulados, en los que se requiere la participación activa del juez.<sup>1052</sup>

Esta es la concepción de un buen número de teorías jurídicas contemporáneas —en relación con la imposibilidad de alcanzar una certeza plena en el derecho— que admiten irremediablemente tiene que lidiar con la indeterminación del derecho y por esa misma razón la teoría tiene que reconocer en la explicación la imprecisión con la que cotidianamente convivimos y no intentar ocultarla.<sup>1053</sup>

Al respecto, Endicott advierte que incluso adoptando la propuesta de asumir ciertos conceptos como conceptos que admiten concepciones diferentes no se eliminaría la vaguedad debido a que palabras como cruel, justo o cortesía son vagas y susceptibles a la paradoja de sorites<sup>1054</sup> y éste es un problema que afecta también a la teoría interpretativa. En ese caso, incluso empleando las herramientas interpretativas habrá casos en los que el derecho no determine los derechos y obligaciones de las partes.<sup>1055</sup>

Adicionalmente, no podemos olvidar que no somos libres de cambiar los hechos a placer, las circunstancias y defectos de las normas jurídicas están dados con independencia de si queremos advertirlos o ignorarlos; esta circunstancia es una realidad que podemos ver con la óptica que decidamos pero esa óptica, de ninguna manera cambia las circunstancias reales de las normas jurídicas.

---

<sup>1050</sup> Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, cit., p. 147.

<sup>1051</sup> Endicott, *La vaguedad en el derecho*, cit., p. 34; Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, cit., p. 147.

<sup>1052</sup> Raz, *The Authority of Law...*, cit., pp. 193-194.

<sup>1053</sup> Del Real Alcalá, Juan Alberto, “Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza del Derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011, pp. 676-678.

<sup>1054</sup> Existen ciertas expresiones vagas asociadas con los casos marginales que parecen no tener una delimitación precisa para su aplicación y no permite saber si una expresión es completamente verdadera o completamente falsa. Para una explicación detallada véase Endicott, *La vaguedad en el derecho*, cit., pp. 68-71.

<sup>1055</sup> *Ibidem.*, pp. 120-124.

La erradicación del problema como consecuencia de esta estrategia (cambiar de óptica) al menos para mí, no es obvia. En mi opinión incluso adoptando la estrategia sugerida la vaguedad no desaparece. Parte del conflicto radica en asumir que los conceptos morales tienen una definición clara, incontrovertible o al menos, muy estandarizada por lo que al apelar a ellos cuando tenemos dudas en torno a las normas jurídicas habremos de entender sin contratiempos su contenido. Pero está lejos de ser obvio que todos los conceptos morales se entiendan de manera uniforme, ya que incluso las nociones morales están afectadas de vaguedad de modo que no son capaces de subsanar la vaguedad de la norma jurídica, si acaso, pueden agregar más vaguedad.

### 3. Acerca de la tesis de la única respuesta correcta

Dworkin critica el uso de la discreción como resultado de la vaguedad en el derecho y el hecho de que algunas teorías planteen que en estos casos ninguna de las partes tiene un derecho jurídico a ganar el asunto —apunta— pues consideran que los únicos derechos con ese carácter son los establecidos mediante convención.<sup>1056</sup> El derecho como integridad tiene una respuesta distinta a este problema ya que las decisiones políticas del pasado indican la respuesta en todos los casos y cuál de las partes tiene, en base a esas decisiones políticas, el derecho a ganar en el caso presente.

Sin embargo, hay cuestionamientos importantes a considerar al respecto. Por ejemplo, Timothy Endicott advierte que la obligación judicial de dar una solución no fundamenta el argumento de que el derecho es determinado, pues el deber de decidir es una razón para proporcionar una decisión solamente pero no una razón para concluir que el derecho requiere una decisión concreta.<sup>1057</sup> La obligación de decidir no trae implícita cuál es la decisión o respuesta concreta en el caso.

Una interpretación favorable de Dworkin al respecto, nos invita a entender la tesis de la única respuesta correcta como un requisito formal y procedimental en el que asumimos que al seguir las etapas interpretativas sugeridas y usar principios morales en la justificación, aseguramos encontrar la “respuesta correcta”. Así, llegar a la respuesta correcta es equivalente a decir que el juez hizo lo mejor que pudo hacer en base a principios al emitir esa respuesta, sólo en ese sentido tal resultado es la respuesta correcta.

Otro cuestionamiento apunta a que, de acuerdo con Dworkin, el propio derecho contiene la mejor justificación de las normas jurídicas sin embargo la mejor

<sup>1056</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 115.

<sup>1057</sup> Endicott, *La vaguedad en el derecho*, cit., p. 249.

justificación o algunos de sus aspectos pudieron nunca haber sido considerados ni sostenidos por nadie —señala Raz— habida cuenta de que juez debe averiguar qué es el derecho. Si se toma en consideración que muchas y diversas moralidades políticas han influenciado a los gobiernos a lo largo de la historia, se advierte que “la mejor justificación” bien puede ser una que nadie en el gobierno ha sostenido nunca, de modo que gran parte del derecho de algún país puede ser desconocido y aún así ser legalmente vinculante una vez descubierto aun cuando no se presente como el juicio de una autoridad acerca de lo que sus súbditos deben hacer.<sup>1058</sup>

En ese sentido, es claro que se puede afirmar la tesis de la respuesta correcta, al respecto, Ronald Dworkin propuso que un convencionalista suave no necesita confiar en la posibilidad de lagunas en el derecho pues puede alegar que hay una forma correcta (aunque controvertida) de interpretar las convenciones abstractas de legislación y precedentes. En consecuencia, de acuerdo a esa interpretación correcta el juez puede decir que la señora McLoughlin tiene derecho a la indemnización o puede negarla; en cualquier caso, la posibilidad de considerar dos interpretaciones opuestas revela que el juez puede extraer la respuesta que considere, según la extensión implícita de la convención jurídica y negar que existan lagunas.<sup>1059</sup>

Es pues, posible afirmar que hay una respuesta correcta pero para no faltar a la verdad, debemos decir que hay más de una respuesta posible y que “la respuesta” fue elegida según el mejor criterio del juez empleando principios, en un verdadero acto de honestidad. Al conceder que el caso de indemnización de la señora McLoughlin pudo haberse decidido en cualquier sentido, se acepta que cualquiera de las dos opciones pudo haber sido “la respuesta correcta” solo basta con decir que la respuesta elegida es la correcta, lo cual me parece un acto de deshonestidad o un autoengaño.<sup>1060</sup> No es lo mismo decir que se eligió la respuesta que se consideró más adecuada que se eligió la respuesta correcta o que era la única respuesta correcta.

#### **4. El precedente como principio**

En el planteamiento relacionado con los principios, Dworkin advierte la posibilidad de que la integridad entre en conflicto con la justicia o la equidad, lo

<sup>1058</sup> Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 224.

<sup>1059</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 126.

<sup>1060</sup> Coincide en esta postura Alberto del Real cuando cuestiona si la completitud del derecho es una posibilidad real incluso posible en los sistemas jurídicos o tan solo una ficción o auto-engaño. Del Real, “La decisión judicial según los tipos de casos...”, cit., p. 412.

cual no representa un problema para la teoría ya que el principio de integridad en la administración de justicia no es absoluto en referencia a lo que los jueces deben hacer, solo es decisivo sobre lo que deben reconocer como derecho. El principio de integridad no tiene la última palabra sobre como usar el poder coercitivo del estado sino la primera.<sup>1061</sup>

Un aspecto importante que resulta problemático en torno a la tesis es que el recurso a principios morales para la persecución de la integridad, se rehúsa a admitir que al final del día en los casos difíciles es nuestro propio mejor juicio — todos los elementos considerados— el que va a generar la respuesta que necesitamos. Si bien la existencia de desacuerdos no afirma en sí misma la inexistencia de una respuesta correcta, lo cierto es que reconocer esta posibilidad crea un conflicto para la teoría ya que se asume la imposibilidad de lagunas en el derecho y de discreción judicial debido a que las respuestas están todas contenidas en el propio derecho pero al mismo tiempo, la integridad requiere interpretar constructivamente, es decir justificar la práctica interpretada y esa actividad demanda el uso del criterio judicial para generar respuestas.

Se asume que al no tener la forma canónica de la legislación, lo que establece el precedente no es una regla sino un principio abierto y sujeto a interpretación pero desde mi perspectiva, esta percepción es inadecuada.<sup>1062</sup> Si entendemos que lo que establecen los jueces investidos de autoridad en los precedentes son principios (y no reglas) entonces es posible afirmar que en cada nuevo caso, el juez de aplicación deberá interpretar y reinterpretar la resolución judicial infinitamente, lo cual indica que el precedente como material jurídico normativo no hace una diferencia en el razonamiento práctico y por lo tanto, no tiene ninguna característica especial o distintiva.<sup>1063</sup> Esta forma de entender el precedente parece contra-intuitiva, ya que solemos conceder al precedente un lugar prioritario en el razonamiento judicial por ello considero que atender a su forma y estructura para asignar su carácter no es adecuado para comprender su autoridad.

Este enfoque sugiere que los jueces de aplicación pueden —y deben— volver a poner a balance el precedente por lo que cabe preguntar ¿qué sentido o razón de ser tiene entonces el precedente, si es considerado como principio dentro del propio enfoque? Si cada caso requiere reinterpretación permanente del precedente, nunca se cuenta con material jurídico suficientemente estable para trabajar, sin mencionar que sería más práctico y menos engorroso acudir en el balance actual directamente al principio natural que sirvió de fundamento al precedente en lugar de emplear el “principio aplicado” en el precedente.

---

<sup>1061</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 188, 218.

<sup>1062</sup> Véase Duxbury, *op. cit.*, pp. 59-60.

<sup>1063</sup> Ésta es en buena medida la idea contenida en *Taking Rights Seriously* en relación el precedente.

La permanente reinterpretación del precedente resta sentido a su existencia, pues no parece razonable asignar un estatus especial en el discurso a ciertas resoluciones judiciales para guiar casos futuros si en la práctica, al momento del análisis, el peso que se le asigna es el mismo peso que el de cualquier otro elemento. La explicación teórica de la importancia del precedente en el marco del derecho como integridad no es compatible con la descripción de lo que ocurre en la práctica.

La forma de la práctica brinda orientación en este tema: observamos que los jueces de aplicación tratan al precedente con mayor centralidad, no como un elemento más en el análisis del caso presente sino como un elemento que impacta el razonamiento práctico de los jueces. Tengamos presente que en el universo de resoluciones judiciales previas hay algunas que tienen un carácter distintivo.

Esta característica que se advierte en la práctica se refleja en la explicación que ofrezco acerca del carácter que tiene el precedente pues he sostenido como una propiedad necesaria del concepto de precedente, la característica de ser una regla prescriptiva que pretende ser autoritativa para regular mediante el ejemplo la conducta futura de sus destinatarios. Regularmente las reglas se establecen con el objetivo de guiar la conducta de una manera particular, con el objetivo de decirle al destinatario cómo debe actuar. En ese sentido, el carácter del precedente de regla autoritativa implica la pretensión de tener la autoridad práctica para hacer esto, al mostrar las tres tesis de la autoridad.

Los precedentes como reglas prescriptivas con pretensión autoritativa son en sí mismos razones para la acción, debido a que modifican las razones que sus destinatarios tienen para actuar (de los jueces principalmente). Este carácter del precedente es su razón de ser. En ausencia de reglas de precedente, el juez puede y debe recurrir al balance ordinario de razones para tomar la decisión adecuada, pero cuando existe una regla de precedente, dicha regla es una razón excluyente para no actuar con base en el balance de razones dependientes del caso y en cambio actuar con base en la regla de precedente.<sup>1064</sup>

En ese sentido, otra consecuencia que se sigue de afirmar que los precedentes son principios es que, al tratarlos como principios, la indicación que el juez autoritativo estableció en el precedente no tiene la capacidad de zanjar el balance de razones para actuar en el caso sino que se agrega a las demás razones que se tienen. Esta caracterización, sugiere que el precedente no hace ninguna diferencia

---

<sup>1064</sup> Vega, "El positivismo excluyente de Raz", *cit.*, p. 713.

en el razonamiento práctico de los jueces de aplicación (y otros sujetos a su autoridad) la cual no parece una explicación adecuada.

El precedente de hecho, hace una diferencia en el razonamiento práctico de los jueces ya que les permite aplicar directamente la solución propuesta previamente por un tribunal autorizado al caso que les ocupa sin la necesidad de efectuar nuevamente el balance de razones aplicables al caso, pues ésta es una labor que el tribunal autorizado ya efectuó, de modo que excluye la motivación del juez de aplicación de actuar sobre su propio balance de razones al tiempo que le da una razón de mayor peso para actuar de acuerdo con la regla de precedente.

Esto no sería posible, si no se tratara de una regla, ya que un principio moral no tiene la fuerza para lograrlo. El principio (a diferencia de las reglas jurídicas) no tiene la capacidad de excluir el balance de razones debido a que no ofrece una respuesta específica, solamente apunta en una dirección sin proporcionar una solución concreta. Debido a su propia naturaleza carece de la capacidad para brindar una guía definitiva, por lo cual se considera como un elemento en el balance de razones dependientes como una razón dependiente. En cambio, las reglas jurídicas (de cualquier fuente) son capaces de delimitar y establecer la razón para la acción o respuesta correcta en cada caso para excluir el futuro balance de razones sobre ese tema, ésta es una determinación autoritativa.

## **5. Problemas de identificación del precedente**

Si consideramos que la guía que aporta el precedente está en los principios, nos preguntamos ¿cómo podemos identificar qué decisiones judiciales cuentan como precedentes? Resulta difícil reconocer que los jueces realmente se guían por precedentes si no hay forma suficientemente clara para identificarlos como sugiere la teoría interpretativista. Podríamos pensar que la respuesta está en la idea de que sólo aquellos casos que se resuelven por principios tienen la fuerza para abarcar casos futuros pero ello no proporciona una guía suficiente porque ése es un criterio para la toma de decisiones judiciales en general y no solo para las que tienen carácter de precedente en particular, por lo que muchas decisiones judiciales pueden ser decididas por principios sin ser precedentes y aun cuando las decisiones judiciales sean decididas por principios pueden estar sujetas a los desacuerdos señalados.

El problema de identificación del precedente en la teoría interpretativista de Dworkin es relevante en la medida en que la falta de identificación del material jurídico que constituye la historia institucional afecta profundamente el llamado “acuerdo inicial” de la etapa pre-interpretativa.



Parte del problema, considero, es que no se advierte en la teoría una distinción entre los tipos de autoridades judiciales ni acerca de las interrelaciones que se establecen entre ellas y me parece que eso contribuye a la idea de los desacuerdos teóricos, pero no tendría por qué ser así. Me parece que al menos el tema de la distinción de labores entre los niveles de la judicatura es suficientemente clara (también en Estados Unidos y Gran Bretaña) como para reconocer la distribución de labores y las competencias de cada uno. Este conocimiento —que no es controvertido al interior de los sistemas jurídicos— se pasa por alto aun cuando la estructura jerárquica y la distribución de competencias son (en la práctica) elementos esenciales para limitar los desacuerdos en torno al precedente vertical, que desde mi enfoque es el precedente propiamente dicho.

Pero hay además una consecuencia mayor derivada de transitar de la omisión al reconocimiento de la estructura jerárquica y la distribución de competencias judiciales. La estructura jerárquica y la distribución de competencias no solamente limitan los desacuerdos en torno al precedente vertical sino que también aclaran desde siempre qué tribunales están autorizados para pronunciar resoluciones judiciales con la capacidad de abarcar no sólo el caso presente sino también casos futuros. Cuando atendemos a este conocimiento esencial de las judicaturas, empiezan a desaparecer algunos de los desacuerdos, al menos aquellos acerca de qué decisiones y de qué órganos deben seguirse.

Este punto es importante, ya que una teoría del precedente debe aspirar a mostrar cómo identificar el precedente como uno de los puntos iniciales y al ignorar el elemento jerarquía-competencia se asume que no hay forma de saber por dónde empezar cuando se quiere ubicar precedentes o bien, que no se sabe qué decisiones judiciales cuentan como precedentes porque cualquier decisión podría serlo, lo cual no es una explicación adecuada de la práctica. Cada sistema jurídico proporciona una forma de identificar los precedentes a los que puede recurrirse.

Al ofrecer mi explicación de las condiciones necesarias del precedente me referí a la jerarquía como parte de la tercera condición que se explica a partir de la lógica interna de las jerarquías, lo que hace inviable la posibilidad de que todos los órganos dentro de una estructura jerárquica actúen y decidan ilimitadamente sobre los mismos asuntos, pues aquello no sería más una jerarquía, ni siquiera una organización funcional.

Una de las grandes virtudes de la jerarquía judicial es precisamente la distribución de competencias que hace posible delimitar e identificar qué tribunales y qué sentencias son las indicadas para sentar reglas de precedente con alcance

a futuro.<sup>1065</sup> El hecho de que el tribunal superior tenga la última palabra 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 un ejemplo autoritativo fijo que puede ser observado por los tribunales inferiores, funcionarios y particulares en casos concretos.

La posibilidad de que las sentencias judiciales sean identificadas y sirvan como reglas autoritativas “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. Por todas estas razones, no se puede omitir de la explicación del concepto de precedente el elemento de la jerarquía que, como he mostrado, elimina el aparente problema de identificación que parece advertirse en la teoría de Dworkin.

## 6. Coherencia en el derecho como integridad

En el derecho como integridad la coherencia tiene también un papel importante para explicar los presupuestos de la teoría, sin embargo esta concepción de la coherencia es muy distinta a mi propia concepción y la forma en la que la explico como parte de esta tesis. La principal distinción radica en que Dworkin atribuye a la coherencia una carga moral que yo no comparto pues para mí la coherencia es un concepto neutral y práctico. Veamos cómo contrastan ambas ideas apoyándonos en el siguiente pasaje de Dworkin:

En ese sentido, la integridad tiene dos principios, uno legislativo y uno de adjudicación; el primero instruye a los legisladores a intentar hacer el conjunto total de leyes moralmente coherentes, el segundo que instruye a los jueces a ver el derecho como moralmente coherente tanto como sea posible.<sup>1066</sup> Es posible, sin embargo que se ignore la integridad cada vez que se aprueban leyes coherentes en sí mismas pero que no se ajustan al universo de principios de justicia y equidad en su conjunto; de hecho continuamente se viola la integridad de esta manera pero aunque no se pueda reunir a todas las normas jurídicas bajo un esquema de principio coherente, la integridad debe aceptarse como un ideal político.<sup>1067</sup>

---

<sup>1065</sup> Grant Lamond hace una referencia semejante respecto de las estructuras judiciales inglesa y norteamericana. “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, *cit.*, p. 4.

<sup>1066</sup> Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, p. 176.

<sup>1067</sup> *Ibidem.*, p. 184.

Hay dos puntos relevantes que quiero resaltar de este pasaje. El primero es que para Dworkin la coherencia es una condición moral, las reglas de derecho coherentes son reglas de derecho cuyo contenido es moralmente afín al resto del derecho. El segundo punto es que el planteamiento muestra la coherencia como un ideal político, como algo a lo que deben aspirar legisladores y jueces en el desempeño de sus tareas. Ambas son propiedades ajenas a la explicación que yo ofrezco acerca de la coherencia y ahora se verá por qué.

Respecto del primer punto, en mi tesis se hace patente que sostengo la coherencia como una propiedad necesaria del concepto de precedente, propiedad que como tal, es particular de la práctica jurisdiccional y que se exhibe de manera local en las diferentes áreas del derecho. Adicionalmente, la explicación que ofrezco sobre el contenido del concepto de coherencia busca reflejar las nociones comúnmente compartidas al respecto y no imponer o estipular un significado que no se encuentre en la práctica y comprensión comunes en torno a la coherencia.

Así, me refiero a la coherencia como 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, la cual a su vez está estrechamente relacionada con la progresividad, como caras opuestas de la misma moneda. La progresividad entonces, se refiere la propiedad que refleja avances y transformaciones en las respuestas que ofrecen estas sentencias autoritativas, no contenidas hasta ese momento en el material jurídico-normativo vigente en la materia.

Esta caracterización muestra que el concepto de coherencia tal y como es utilizado ordinariamente es un concepto neutral que no tiene aparejada de manera natural la carga moral que el interpretativismo le atribuye, razón por la cual no resulta una explicación adecuada para nuestros fines.

Este primer punto se relaciona directamente con el segundo punto que se refiere al planteamiento de la coherencia como un ideal político. Del pasaje referido es confuso y dudoso que se trate a la coherencia únicamente como un ideal político, parece más bien que se le trata a veces como un principio práctico descriptivo de las funciones de los oficiales y otras veces como un ideal. Ambos posicionamientos creo yo, son incompatibles, el ideal es un estado de cosas inalcanzable mientras que el principio práctico describe la forma en la que opera una práctica social.

Si bien no hay nada de malo en asignar ideales que las instituciones deban perseguir, es necesario hacer una distinción entre lo que se describe y lo que se prescribe en la explicación del precedente. Desde mi punto de vista, la coherencia

puede o no señalarse como ideal —con el carácter neutral que revelé, no con el carácter moral— lo cual es irrelevante para la explicación de su naturaleza, sin embargo es indispensable que se muestre y explique su papel en la constitución de las reglas de precedente en términos descriptivos, es decir de la manera más fiel posible a la forma en la que los usuarios del precedente lo entienden.

En el marco de mi explicación, la coherencia junto con la progresividad son las causantes de la forma que adquieren las reglas de precedente. Los tribunales autoritativos tienen en sus manos, la posibilidad de calcular el equilibrio adecuado entre coherencia y progresividad para cada regla, oscilando entre esos dos extremos. Ningún precedente es totalmente progresivo ni totalmente coherente, más bien los precedentes son parcialmente coherentes y parcialmente progresivos.

Recordemos que cualquier combinación de estos elementos resguarda siempre la intención autoritativa del derecho circundante al contener, al menos, un principio o criterio relevante vigente para la controversia. Al asegurar este parámetro mínimo, el juez puede moverse en la escala propuesta que le sugiere que 'A mayor coherencia menor progresividad y a mayor progresividad menor coherencia' cuando determina las reglas de precedente.

## 7. Discreción judicial e historia institucional

La interpretación nos conduce directamente al tema de la discrecionalidad que tiene un tratamiento peculiar dentro de la estructura teórica que hemos venido delineando, la cual Dworkin explica como el espacio abierto que está rodeado por un cinturón de restricción, justo como el agujero de una dona.<sup>1068</sup>

Distingue discrecionalidad en sentido débil y en sentido fuerte.<sup>1069</sup> La discrecionalidad débil se asemeja en buena medida a la ambigüedad, cuando un enunciado puede tener diferentes significados, o bien puede referirse —según Dworkin— a una potestad de autoridad final inimpugnable. El sentido fuerte indica que el juez debe usar su juicio para discernir la aplicación de un estándar, el cual no puede aplicarse mecánicamente, se refiere a la situación en la que los oficiales no están obligados (en algunos casos) por ningún estándar emitido por la autoridad en cuestión al tomar decisiones.<sup>1070</sup>

---

<sup>1068</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 31.

<sup>1069</sup> *Ibidem.*, p. 31.

<sup>1070</sup> *Ibidem.*, p. 32.

Para ejemplificar los tipos de discreción y la diferencia entre ellas, recurre al ejemplo del sargento a quien se le ordena elegir a cinco de sus hombres más experimentados para patrullar —discrecionalidad débil— o bien en contraposición, el mismo ejemplo del sargento a quien se le ordena que elija a cinco de sus hombres para patrullar —discrecionalidad fuerte—. <sup>1071</sup> En el segundo caso, el sargento no tiene ningún estándar para tomar la decisión.

Es importante notar que Dworkin resalta el hecho de que la discreción en sentido fuerte no implica licencia absoluta ni excluye la crítica, esto quiere decir que el oficial cobijado por la discreción fuerte no está restringido (al tomar su decisión) por un estándar específico en la materia pero eso no lo libera de tener que recurrir a estándares de razón e igualdad. Los positivistas jurídicos, por lo tanto usan la discreción en sentido fuerte en tanto Dworkin cree que los jueces no tienen realmente discrecionalidad en ese sentido fuerte, <sup>1072</sup> ya que el derecho ofrece siempre una respuesta.

Por ejemplo, si un padre le da la indicación a su hijo de no tratar a otros injustamente esta instrucción no implica discrecionalidad fuerte en el enfoque dworkiniano porque la instrucción le asigna al hijo la responsabilidad de desarrollar y aplicar su propia concepción de justicia cuando surjan situaciones que lo requieran, lo cual es distinto a concederle la discreción de actuar como él quiera. <sup>1073</sup> La instrucción le impone al hijo un estándar que debe tratar de satisfacer, lo cual elimina la discrecionalidad en sentido fuerte.

En los casos concretos los jueces emplean la teoría política que han desarrollado para interpretar la ley que habrá de aplicar, teoría que será capaz de justificar un amplio rango de decisiones que no se desprenden literalmente del texto de la propia ley pero a su vez ésta constituye un límite de acción para no operar con absurdidad. <sup>1074</sup> Nótese que desde la perspectiva dworkiniana, las prácticas sociales son solo una parte que ayuda a justificar la regla, por lo que las obligaciones se extienden más allá de los hechos sociales. <sup>1075</sup>

En ese sentido, el derecho como integridad niega que los jueces tomen decisiones empleando la discreción judicial, pues desde su óptica, no existe. Pensemos nuevamente en el ejemplo del sargento a quien se le ordena elegir a

---

<sup>1071</sup> *Idem.*

<sup>1072</sup> *Ibidem.*, pp. 33-34, 69.

<sup>1073</sup> *Ibidem.*, p. 135.

<sup>1074</sup> Dworkin, “Hard Cases”, *cit.*, p. 1087; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 109.

<sup>1075</sup> *Ibidem.*, pp. 56-57.

cinco de sus hombres más experimentados para patrullar,<sup>1076</sup> la orden, señala Dworkin, no admite disceción porque brinda el parámetro para tomar la decisión.

Suponer que la indicación de elegir a los soldados “más experimentados” no concede discreción al sargento es nuevamente, la consecuencia de adoptar este enfoque particular, ya que en circunstancias ordinarias cuando enfrentamos una toma de decisión para la cual no hay una respuesta directa conocida, nos vemos en la necesidad de emplear nuestro juicio para decidir con la información de la que disponemos.

Si bien elegir a los soldados “más experimentados” es un tipo de guía para tomar la decisión se trata de una guía muy amplia que es al menos, ambigua pues permite más de dos significados acerca de lo que razonablemente puede entenderse por “experimentado”. La amplitud de la guía ocasiona que cualquier decisión judicial requiera el juicio del juez para generar la solución al caso, el cual emplea discreción en alguna medida porque aunque el parámetro acota el espacio de decisión, ése espacio sigue siendo amplio de tal suerte que permite alternativas.

El derecho como integridad depende de la idea de que todas las respuestas “fluyan” del derecho, pero esto implica hacer como si todas las respuestas fluyeran del derecho cuando en realidad son el resultado de la posibilidad de discreción del juez. En todo caso, eso no debería representar un problema ya que como señala la teoría, la respuesta correcta podría ser elegir al soldado con más batallas en su historial, al soldado con más años en el ejército o al soldado con más años de entrenamiento, cualquiera de ellas podría ser la respuesta correcta siempre que se le trate como si lo fuera.

El enfoque entonces consiste en tratar todas las respuestas posibles que aporta el parámetro como si fueran la respuesta correcta, de esta manera se puede afirmar que el intérprete no emplea su discreción sino que el parámetro por sí mismo aportó la respuesta y eso conduce a suponer que todas las respuestas que necesitamos “fluyen” del derecho, de entre los enunciados explícitos y más allá de ellos. Este enfoque, al final del día deposita una “confianza ‘ilimitada’ en los recursos interpretativos del sistema jurídico para identificar la única respuesta correcta”.<sup>1077</sup>

Difiero de este planteamiento pues parece un despropósito negar la posibilidad de discrecionalidad judicial cuando se han ofrecido pruebas acerca de cómo el derecho no da respuesta concreta a ciertos casos como en el caso de la señora

---

<sup>1076</sup> *Ibidem.*, p. 32.

<sup>1077</sup> Del Real, “La decisión judicial según los tipos de casos...”, *cit.*, p. 399.

McLoughlin, en él de ninguna manera fue claro que la respuesta del tribunal de vértice era la respuesta correcta y que todos los demás estaban equivocados, ya que las diversas instancias adoptaron respuestas diferentes. Quizás si el caso no hubiera llegado a la última instancia estaríamos convencidos de que negar la compensación era la respuesta correcta.

Por un lado se niega la posibilidad de la discreción judicial pero por otro lado se admite que cualquiera de las alternativas que sea más coherente con los principios relevantes —que no tienen contornos definidos— es la respuesta correcta y que hemos de tratarla como si lo fuera. Esta forma de proceder implica emplear las herramientas que se critican aunque de manera encubierta, pues afirmar que no usamos la discreción no cambia en hecho de que en realidad la usamos.

La discreción judicial es una consecuencia de la interpretación como condición necesaria del concepto de precedente. El empleo de la interpretación implica la existencia de casos parcialmente regulados cuya respuesta no se obtiene de manera directa del material jurídico existente y requiere la intervención judicial para generar la respuesta; esa interpretación atiende a fines y propósitos tales como los derechos humanos, pero no hace ninguna diferencia ni sirve de nada decirnos a nosotros mismos que la respuesta ya estaba en el derecho, de cualquier modo el juez emplea la discreción para responder.

Ahora bien, la discreción judicial no implica una libertad ilimitada, la discreción no libera al juez de la obligación de actuar por razones aceptadas por el derecho; en ese sentido, el juez autoritativo tiene la obligación de actuar sobre el balance adecuado de razones dependientes, mientras que el juez de aplicación tiene la obligación de actuar por razones excluyentes, en ambos casos, los jueces están actuando en base a razones que legitiman su actuar.<sup>1078</sup>

La caracterización de lo que hacen los jueces en la administración de justicia, así como la forma en la que tratan los precedentes en el marco de la tesis interpretativista genera atención en torno al criterio del juez y sus consecuencias. En un pasaje antes referido esta teoría sugiere, ante la posibilidad de que haya malos precedentes, que además de la equidad —que demanda consistencia en el tratamiento de casos los jueces— los jueces deben responder a otros principios morales de modo que cuando este sea el caso y el juez crea que la ley o decisión es injusta, la creencia del juez es suficiente para distinguirla.<sup>1079</sup>

---

<sup>1078</sup> Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, cit., p. 148.

<sup>1079</sup> Dworkin, “Hard Cases”, cit., p. 1100; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 122.

Este planteamiento es consistente con la noción de que los jueces usan su propio criterio para decidir pero es inconsistente con la idea de que todos los derechos fluyen de las decisiones políticas del pasado, elementos que causan una tensión interna en la propia teoría.

Si los derechos fluyen de las decisiones políticas del pasado, entonces no es el caso que haya malos precedentes y que los jueces tengan que usar su criterio para distinguir el caso presente de las decisiones políticas del pasado. Si, por el contrario, hay malos precedentes y los jueces tienen que usar su criterio para distinguirlos entonces no es verdad que los derechos fluyan plenamente de las decisiones políticas del pasado porque los jueces pueden distinguir esas decisiones siguiendo su criterio. Cuando distinguen, lo hacen porque la interpretación que realizan indica que ahora el derecho requiere algo distinto, en ese caso los derechos no fluyen de las decisiones políticas del pasado sino de la interpretación judicial.

Esto muestra que la interpretación del juez actual se guía por “su propio criterio” acerca de las decisiones políticas del pasado, por lo que los derechos que esta interpretación concede surgen igualmente de “su propio criterio”. Si esto es así entonces la supuesta integridad en el derecho y la pretensión de que todas las respuestas están en el derecho se ve menoscabada.

Desde mi perspectiva una tesis excluye a la otra y no pueden sostenerse simultáneamente. Podría alegarse que el criterio del juez es el mejor camino para llegar a lo que los principios requieren en el caso determinado pero. La creencia y fe que Dworkin deposita en los jueces para distinguir precedentes es amplísima y juega en contra de la postura anti-discrecional que proclama pues (insospechadamente) le concede un nivel de libertad ilimitado en la decisión, aun más de aquel que concede al juez del criticado “convencionalismo” porque asume que las opiniones del juez son criterio máximo y único para decidir. Creo que esto es inadecuado porque incluso guiados por el derecho como integridad, no considera los muchos defectos y circunstancias a las que los jueces están sujetos.

Estas inquietudes son sin embargo, sólo el preámbulo para una discusión posterior al respecto. No obstante hay ideas valiosas en el planteamiento dworkiniano que quizás convenga no descartar tan pronto, como es el caso de la novela en serie, que tiene un poder explicativo importante en relación con la operación del precedente.

Finalmente, el análisis del concepto de precedente desde el enfoque interpretativista arroja las siguientes conclusiones parciales:



- La teoría interpretativista de Ronald Dworkin ofrece una postura alternativa muy importante y competitiva en la explicación del concepto de precedente.
- El enfoque interpretativista en el concepto de precedente horizontal aporta elementos interesantes para comprender la forma en la que interactúan la historia institucional con el presente y el futuro de las prácticas, esto es, la integridad.
- El enfoque dworkiniano ofrece un tipo particular de explicación normativa que no sólo busca describir como tradicionalmente se concibe esta labor, sino que pretende indicar cómo debe ser la práctica del precedente.
- La explicación interpretativista del concepto de precedente presenta algunos problemas relacionados con la forma en la que entendemos y practicamos el precedente que, desde mi perspectiva, debilitan la explicación del concepto vertical tradicional del precedente.

## CONCLUSIONES

1. El estudio presentado nos brindó la valiosa oportunidad de analizar una de las prácticas más representativas y significativas del derecho; esta análisis reveló 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 reflexionada suficientemente en torno a ella, debido quizás al papel secundario que tradicionalmente le hemos asignado.
2. Esta investigación confirmó la hipótesis plateada al inicio de este trabajo, a saber, que tenemos un concepto de precedente que es susceptible de ser explicado a través de sus condiciones necesarias.
3. Las condiciones necesarias del concepto de precedente revelan tanto las dimensiones del concepto como el hecho de que la práctica del precedente es común a varios y diversos sistemas jurídicos que, inadvertidamente comparten el concepto de precedente.
4. El primer capítulo de esta investigación corroboró la idea de que la práctica de los tribunales de seguir resoluciones judiciales previas es una práctica muy extendida en diferentes sistemas jurídicos modernos y reconocida ampliamente.
5. Ese primer capítulo reveló, simultáneamente, que la noción general de seguir resoluciones judiciales previas es utilizada de manera muy amplia y flexible para referirse a conceptos cercanos pero diversos al de precedente.
6. Otra conclusión derivada del primer capítulo indica, no que todo sistema jurídico recurre al concepto de precedente sino que los sistemas jurídicos en los que aparece, muestran ciertas características de manera constante, independientemente de las características adicionales particulares y diversas que la práctica local muestra.
7. El conocimiento de prácticas semejantes al precedente —analizadas en el primer capítulo— arrojó elementos para distinguir entre el precedente y otros conceptos semejantes así como información de utilidad para el estudio teórico de análisis conceptual desarrollado en el segundo capítulo.
8. Este análisis mostró que tenemos un concepto de precedente que funciona como una regla prescriptiva de origen jurisdiccional, que como producto de la interpretación novedosa de un juez jerárquicamente superior, pretende

ser autoritativa y es al menos vinculante para regular mediante el ejemplo conductas futuras con el objetivo de servir como el eslabón que armonice coherencia y progresividad en el derecho.

9. A lo largo de la investigación y con el análisis del concepto de precedente en particular, abordé y desarrollé problemas a los que la práctica se enfrenta cotidianamente y respecto de los cuales persisten confusiones, en ese sentido, este desarrollo verificó la intuición inicial de que muchos problemas prácticos son producto de la falta de análisis conceptual del precedente ya que al obtener una comprensión más profunda y ordenada de las propiedades necesarias del concepto muchas de esas confusiones se desvanecieron.
10. El desarrollo de las condiciones necesarias del concepto de precedente muestran que éste se entiende mejor 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 re-examinado 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.
11. El carácter de regla-ejemplo del precedente explica, según nuestra práctica real, la forma en la que los precedentes muestran a los jueces posteriores o jueces de aplicación la forma en la que ha de resolver, siguiendo el ejemplo que tribunales autoritativos pusieron en el pasado respecto de casos semejantes.
12. La práctica del precedente alcanza un doble propósito pues no solo resuelve casos concretos sino que ejemplifica autoritativamente la solución de asuntos futuros, el tipo de guía que brinda no es una orientación opcional sino que su naturaleza se revela mejor cuando la entendemos como una regla.
13. La regla de precedente necesariamente es 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.
14. A pesar del atractivo inicial que presenta la explicación interpretativa del concepto de precedente, su desarrollo evidenció diversos problemas sin resolver en la teoría general que se extienden a la teoría del precedente afectando su capacidad de ofrecer respuestas. El más contundente de esos problemas reveló que el precedente en este enfoque no hace diferencia

alguna en el razonamiento práctico y está sujeto a reinterpretación con cada aplicación, lo cual contrasta visiblemente con la actividad cotidiana de los tribunales y la forma en la que se conducen respecto del precedente.

15. El enfoque interpretativo del precedente, no obstante ofrece elementos valiosos para explicar y comprender el concepto de precedente en sentido amplio o el precedente horizontal, de cuyo análisis puede beneficiarse el desarrollo conceptual desde mi enfoque, aunque no sin algunos ajustes y precisiones. Esto permite redimensionar el valor e importancia del interpretativismo como un enfoque que aporta elementos útiles al análisis del precedente.
16. Con todo, un balance general arroja que el análisis planteado y las reflexiones derivadas del mismo revelan que una explicación descriptiva y moralmente neutral de la práctica que conocemos tiene un poder explicativo superior para comprender el concepto de precedente que un enfoque normativo. El enfoque y propuesta de un análisis interpretativista sin embargo, podría ser adecuado para propósitos reformatorios que pretendan adecuar o modificar la práctica.
17. La propuesta descriptiva es la mejor explicación del concepto de precedente en tanto satisface exitosamente la forma en la que los usuarios del concepto la entendemos, mi explicación responde a nuestras intuiciones pero también tiene poder explicativo al ser capaz de explicarnos lo que hacemos cuando creamos y usamos precedentes de manera tan natural que nos reconocemos a nosotros mismos haciendo lo que el concepto propone.
18. Esta capacidad explicativa, aunque fácil de referir es muy compleja y es el parámetro para contrastar las teorías analíticas y el éxito que tienen en satisfacer los propósitos que se plantean. En ese sentido, la capacidad explicativa de mi planteamiento conceptual es superior a la capacidad explicativa del enfoque interpretativista al explicar de una manera más satisfactoria un mayor número de aspectos del concepto que los usuarios de la práctica reconocen implícitamente.
19. En todo caso, este estudio es solamente el primer paso para adentrarnos en un trabajo más extenso de los diferentes enfoques teóricos y herramientas conceptuales que nos ayuden a mejorar nuestro entendimiento y nuestra capacidad de generar precedentes exitosos que sean precedentes —al satisfacer sus condiciones necesarias— y no otra

cosa, para así contribuir positivamente al fortalecimiento de nuestro sistema jurídico.

## FUENTES DE CONSULTA

Aba-Namay, Rashed, "The Recent Constitutional Reforms in Saudi Arabia", *International and Comparative Law Quarterly*, London, Vol. 42, Part 2, April 1993.

Abraham, Henry J., *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of United States, England and France*, 7<sup>th</sup> ed., New York, Oxford University Press, 1998.

Acosta Romero, Miguel y Alfonso Pérez Fonseca, *Derecho Jurisprudencial Mexicano*, México, Porrúa, 1998.

Aguilera Barchet, Bruno, *Iniciación histórica al derecho musulmán*, Madrid, Dykinson, 2007.

Alexander, Larry, "Bad Beginnings", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 145, Num. 1, 1996.

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, Fall 2003.

Alexander, Larry y Emily, Sherwin, "Los jueces como creadores de reglas", trad. de Sandra Gómora Juárez, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Alonso García, Ricardo, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Al-Rasheed, Madawi, *A History of Saudi Arabia*, New York, Cambridge University Press, 2003.

Ambriz Landa, Adalid, "La jurisprudencia en México, su evolución e importancia", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 21, 2006.

Arellano García, Carlos, *El Juicio de Amparo*, 2<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 1983.

Baum Levenbook, Barbara, "The Role of Coherence in Legal Reasoning", *Law and Philosophy*, Num. 3, 1984.

Bazdresch, Luis, *El Juicio de Amparo*, 5<sup>a</sup> ed., México, Trillas, 1989.

Beer, Lawrence W., "Japan's Constitutional System and its Judicial Interpretation", en Haley, John O. (ed.), *Law and Society in Contemporary Japan, American Perspectives*, Dubuque, Iowa, Kendall/Hunt, 1988.

Berlin, Isaiah, *Concepts and Categories, Philosophical Essays*, Hardy, Henry (ed.), United Kingdom, Oxford University Press, 1980.

Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1983.

Berman, Harold, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, trad. de Utrilla de Neira, Mónica, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Berman, Harold J., "The Origins of Western Legal Science", *Harvard Law Review*, March 1997.

Berman, Harold J., "The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future", *Louisiana Law Review*, Vol. 60, num. 3, spring 2000.

Berman, Harold J., *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002.

Bernal Pulido, Carlos, "El precedente en Colombia", *Revista de Derecho del Estado, nueva serie*, Bogotá, núm. 21, diciembre, 2008.

Bix, Brian, "H. L. A. Hart and the 'open texture of language'", *Law and Philosophy*, Vol. 10, 1991.

Bix, Brian, *Jurisprudence Theory and Context*, second edition, Durham North Carolina, Carolina Academic Press, 1999.

Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro, et. al., Barcelona, Marcial Pons, 2006.

Bix, Brian, *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villareal 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 Toticagüena y Juan Vega Gómez, México, UNAM-IIJ, 2010.

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.

Bon, Pierre, "El *Conseil Constitutionnel* francés y el modelo de cortes constitucionales europeas", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, num. 2 y 3, tomo I, mayo-diciembre, 1993.

Brennan Andrew, "Necessary and Sufficient Conditions", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2012 Edition, Edward N. Zalta (ed.), URL=<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/necessary-sufficient/>

Brewer, Scott, "Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy", *Harvard Law Review*, Vol. 109, Num. 5, 1996.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 40ª ed., México, Porrúa, 2004.

Cabrera Acevedo, Lucio, "La Jurisprudencia", en Díaz Infante Aranda, Ernesto (comp.), *La Suprema Corte de Justicia y el Pensamiento Jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Caldarone, Richard P., "Precedent in Operation: A Comparison of the Judicial House of Lords and the US Supreme Court", *Public Law*, London, Winter 2004.

Canivet, Guy, "The Court of Cassation: Looking into the Future", *The Law Quarterly Review*, Vol. 123, July 2007.

Carbonell, Miguel, "Una aproximación al surgimiento histórico de la jurisprudencia en México", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLV, núms. 199-200, enero-abril, 1995.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto 1995.

Casas Alatraste, Roberto, "Arbitraje internacional", *Finanzas y contabilidad. Revista mensual de divulgación financiera y contable*, Vol. XII, abril 1945, núm. 4.

Castán Tobeñas José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2ª edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1957.

Castro Zavaleta, Salvador, *Práctica del Juicio de Amparo; doctrina, formularios y jurisprudencia*, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1971.



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.

Chloros, A. G., "Certainty and the Function of Precedent in Comparative Law, *Revue Hellénique de Droit International*, 9 année, 1956.

Cortés Ontiveros, Ricardo, "Evolución de los sistemas de interpretación a través de las distintas épocas del Semanario Judicial de la Federación", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM.

Cossío, José Ramón y Raigosa Sotelo, Luis, "Teoría del derecho y dogmática jurídica: un punto de vista", *Anuario de Derecho Público*, México, núm. 1, 1997.

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.

Cross, Rupert, *Precedent in English Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

Cruz Barney, Óscar, "El Poder Judicial en la Evolución Constitucional de México", *Documento de Trabajo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie de Derecho Constitucional, número 43, agosto de 2003.

Cummins, Richard J., "The General Principles of Law, Separation of Powers and Theories of Judicial Decision in France", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, Part 3, July 1986.

David, René y Vries de, Henry P., *The French Legal System. An Introduction to Civil Law System*, New York, Oceana Publications, 1958.

David, René y Camille, Jauffret-Spinozi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11 a. ed., trad. de Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.

Dean, Meryll, *Japanese Legal System*, 2<sup>nd</sup> edition, London, Cavendish Publishing Limited, 2002.

De Hijas y Muñoz, Pedro Martín, *Lo permanente en el derecho musulmán y las tendencias modernas del Islam*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1968.

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”, *Revista Ius et Praxis*, Año 17, Núm. 1, 2011.

Del Real Alcalá, Alberto, “La decisión judicial según los tipos de casos: *clear cases*, *borderline cases* y *pivotal cases*”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007.

Del Real Alcalá, Juan Alberto, “Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza del Derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011.

Del Real Alcalá, Juan Alberto, “The Controversies about Legal Indeterminacy and the Thesis of the ‘Norm as a Framework’ in Kelsen”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 6, núm. 2, otoño-invierno 2013-2014.

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*, Colección Jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales, Lima, Palestra Editores, 2004.

Di Castro, E. (coord.), *Conocimientos fundamentales de filosofía*. Vol. I, México, UNAM-McGraw-Hill, Colección Conocimientos Fundamentales, 2006,

*Diccionario de la Real Academia Española en línea* <http://buscon.rae.es/drae/>

*Diccionario Esencial de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española-Espasa Calpe, 2006.

Dickson, Julie, “Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey”, *Legal Theory*, Cambridge, 2004, Vol. 10, Num. 3.

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*. Consultado en <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>.

Diez Picazo, Luis, “Reflexiones sobre la jurisprudencia del tribunal supremo (la jurisprudencia en broma y en serio)”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, noviembre, 1964.

Documento relativo a las Épocas del Semanario, consultado en el portal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/AcuerGralesJurisdicPermVig/Anexo-AGP\\_9\\_11.pdf](https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/AcuerGralesJurisdicPermVig/Anexo-AGP_9_11.pdf).

Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Dworkin, Ronald, "Hard Cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 6, Abril 1975.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Belknap-Harvard University Press, 1986.

Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000.

Dworkin, Ronald, "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, Num. 1, 2004.

Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2012.

Dyzenhaus, David, "Reasoned Decisions and Legal Theory", *Common Law Theory*, Douglas E. Edlin (Ed.), New York, Cambridge University Press, 2007.

Eissen, Marc-André, *El tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. de Javier García de Enterría L. Velázquez, Madrid, Cívitas, 1985.

*El papel del Tribunal de Casación Francés*, consultado en la página oficial [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/CC\\_Espagnol\\_septembre2010.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/CC_Espagnol_septembre2010.pdf)

Endicott, Timothy, "Putting Interpretation in its place", *Law and Philosophy*, Vol. 13, 1994.

Endicott, Timothy, "Herbert Hart and the Semantic Sting", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 2001.

Endicott, Timothy, "The One True Interpretation", *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, 2005, Torino, G. Giappichelli Editore.

Endicott, Timothy A., *La vaguedad en el derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2006.

Eng, Svein, "The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law-Some Common and Specific Features", in Peter Wahlgren (ed.), *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2000.

Flanz, Gisbert H. (ed.), *Constitutions of the Countries of the World: Kingdom of Saudi Arabia*, New York, Oceana Publications, 1995.

Federal Research Division, *Saudi Arabia, a country study*, [s.l.e.], Kessinger Publishing, 2004.

Ferrari Silvio, *El espíritu de los derechos religiosos: judaísmo, cristianismo e islam*, trad. de Gilberto Canal Marcos, Barcelona, Herder, 2004.

Fish, Stanley, "Still Wrong After all These Years", *Law and Philosophy*, vol. 6, núm. 3, Diciembre 1987.

Fix-Fierro, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia, Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM-IIJ, 2006.

Fix Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el Ordenamiento Mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

Flores, Imer B., "The Legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): A Legal Theory and Methodology for Hedgehogs, Hercules and One Right Answers", consultado en <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1454>.

Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

García de Enterría Eduardo, Linde Enrique, Ortega Luis Ignacio y Sánchez Morón Miguel (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.

García Gil, F. Javier, *Jurisprudencia familiar y sucesoria*, Pamplona, Aranzadi, 1992.

García Marillo, Joaquín, *La justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, vol. IV, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.

Gardner, John and Timothy Macklem, "Reasons", *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Jules, Coleman and Scott, Shapiro (eds.) New York, Oxford University Press, 2002.

Geldart, William, *Elements of English Law*, 7th edition, Oxford, Oxford University Press, 1966.

Giudice, Michael, "Joseph Raz's Legal Philosophy", *IVR Encyclopedie*, 2009, pp. 2 y 3. Consultado en [http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph\\_Raz's\\_Legal\\_Philosophy](http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz's_Legal_Philosophy).

Giudice, Michael, "Conceptual Analysis and its Critics", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 6, 2012, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Gómora Juárez, Sandra, *La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México*, tesis presentada para obtener el grado de Maestría en Derecho en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en mayo de 2009.

González de Cossío, Francisco, "El arbitraje y judicatura. ¿*Quis custodiet custodes?*", en *Arbitraje comercial internacional*, Nuria González Martín y Sonia Rodríguez Jiménez (coords.), México, Porrúa-UNAM, 2007.

González Oropeza, Manuel, *La Jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*, México, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

Goodhart, A. L., "Case Law-A Short Replication", *The Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934.

Gosepath, Stefan, "Equality", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado 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.

Griffel Frank, "Introduction", Abbas, Amanat and Frank, Griffel (eds.), *Shari'a. Islamic Law in the Contemporary Context*, California, Stanford University Press, 2007.

Guerrero Lara, Ezequiel y Enrique Guadarrama López (comps.), *La interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917- 1982)*, México, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.

Guerrero Lara, Ezequiel y Luis Felipe Santamaría González, “La publicidad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el periodo de 1877-1887”, *La Suprema Corte de Justicia en el primer periodo del porfirismo (1877-1880)*, México, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1990.

Guest, A. G. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, First Series, Oxford, Clarendon Press, 1961.

Guest, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3<sup>rd</sup> ed., California, Stanford University Press, 2013.

Hage, Jaap, “Law and Coherence”, *Ratio Juris*, Vol. 17, Num. 1, 2004.

Haley, Owen John, *Authority without Power. Law and the Japanese Paradox*, New York, Oxford University Press, 1991.

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*, New 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.

Hershovitz, Scott (ed.), “Integrity and Stare Decisis”, *Exploring Law’s Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, 2008.

Himma, Kenneth, “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, *Law and Philosophy. Current Legal Issues 2007*, Freedman, Michael and Ross, Harrison (eds.) New York, Oxford University Press, 2007.

Himma, Kenneth, “Dworkin’s Third Theory of Law: The Lines Dividing Conceptual Theories of Law and Other Kinds of Theories of Law”, 2014, *Social Science Research Network*. Consultado en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2465170](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2465170).

Holdsworth, W. S., “Case Law”, *The Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934.

Holdsworth, William, *A History of English Law*, Vol. I, 7<sup>th</sup> edition, London, Methuen & Co. LTD- Sweet and Maxwell, 1956.

Hood Phillips, O. and Hudson, A.H., *A First Book of English Law*, 7<sup>th</sup> edition, London, Sweet & Maxwell, 1977.

Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

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*, número 1, 2007, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Huerta Ochoa, Carla, "La discusión sobre el carácter deóntico de las normas de competencia: obligación o permiso", *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, número 4, 2010.

Itoh, Hiroshi, "How Judges think in Japan", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. XVIII, Num. 4, 1970.

Itoh, Hiroshi and Ward Beer, Lawrence, *The Constitutional Case Law of Japan, Selected Supreme Court Decisions, 1961-70*, Seattle, University of Washington Press, 1978.

Itoh, Hiroshi, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies*, New York, Markus Wiener Publishing, Inc., 1989.

Itoh, Hiroshi, *The Supreme Court and benign elite democracy in Japan*, Surrey, Eng., Ashgate, 2010.

Jackson, Frank, *From Metaphysics to Ethics: A Defense of Conceptual Analysis*, New York, Clarendon Press-Oxford, 1998.

Jaffe, Louis L., *English and American Judges as Lawmakers*, Oxford, Clarendon Press, 1969.

James, Philips S., *Introduction to English Law*, 5<sup>th</sup> edition, London, Butterworths, 1962.

Jiménez Cano, Roberto M., Fabra Zamora, Jorge Luis y Guzmán Buevas, Carolina Esther, "Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York - 115 NY 506", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007/2008.

Jolowicz, J.A., *Derecho inglés*, trad. de Allan R., Brewer-Carías y Luis, Castro Leiva, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

Kavanagh, Aileen, "A New Supreme Court for the United Kingdom: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency", *Legal Research Paper Series*, paper num. 58/2010, July 2010. Consultado en <http://ssrn.com/abstract=1649994>.

Lacabarats, Alain, "The State of Case Law in France", *Loyola Law Review*, Vol. 51, Num. 1, Spring, 2005.

*La Jurisprudencia, su integración*, 2ª ed., México, Poder Judicial de la Federación- Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

*La Jurisprudencia en México*, 2ª ed., México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

Lamond, Grant, "Precedent and Analogy in Legal Reasoning", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>.

Landa, César, "Los precedentes constitucionales", *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, año III, núm. 5, enero-junio, 2007.

Laporta, Francisco J., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, núm. 67, Madrid, 1985.

*La Suprema Corte de Justicia en el primer periodo del porfirismo (1877-1880)*, México, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1990.

Lege, Joachim, "El derecho como bien de la cultura. Porqué es estéril el debate entre positivismo jurídico y iusnaturalismo", trad. Héctor Fix-Fierro, *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 3, 2009.

Linares, Sebastián, "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes", *ISONOMÍA, Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 28, abril de 2008.

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, 2010.

López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes-Legis, 2006.



López Monroy, José de Jesús, *Sistema jurídico del Common Law*, México, Porrúa, 1999.

López Ortiz, José, *Derecho musulmán*, Barcelona, Editorial Labor, 1932.

Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982.

Lowe, E. J., *The Possibility of Metaphysics. Substance, Identity and Time*, New York, Clarendon Press, 1998.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press-Oxford, 1978.

MacCormick, Neil, "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Vol. 6, Num. 1, March 1993.

Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la Jurisprudencia Mexicana*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

Magaloni Kerpel, Ana Laura, "La jurisprudencia constitucional y su carácter integrador del contenido normativo de los derechos fundamentales en Estados Unidos, España y México", *Anuario de Derecho Público, Los controles constitucionales*, México, 1997.

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.

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*, London, vol. 20, num. 3, September 1992.

Mandirola Brioux, Pablo, *Introducción al derecho islámico*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

Margadant, Guillermo Floris, *Los sistemas jurídicos contemporáneos, antecedentes y panorama actual*, México, UNAM, 1996.

Margolis, Eric y Laurence, Stephen, "Concepts", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2008 edition, Zalta, Edward N. ed., <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/concepts/>.

Matsui, Shigenori, *The Constitution of Japan. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

Mayer, Ann Elizabeth, "Law and religion in the Muslim Middle East", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 35, Num. 1, Winter 1987.

Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

Moore, Michael S., "Law as a Functional Kind", *Natural Law Theory, Contemporary Essays*, George, Robert P. (ed.), United States of America, Oxford University Press, 1992.

Moore, Michael S., "Law as a Functional Kind", *Natural Law Theory, Contemporary Essays*, George, Robert P. (ed.), New York, Oxford University Press, 1992.

Moral Soriano, Leonor, "El precedente judicial en el sistema jurídico alemán", *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, año III, núm. 5, enero-junio, 2007.

Morales Jiménez, Alberto, *La Constitución de 1857, Ensayo Histórico-Jurídico*, México, Instituto Nacional de la Juventud Mexicana, volumen I, 1957.

Moreno, Daniel, *Panorama del Derecho Mexicano; Síntesis del Derecho Constitucional*, México, UNAM-Instituto de Derecho Comparado, 1965.

Nieto, Alejandro, "Valor legal y alcance real de la jurisprudencia", *Teoría y Realidad Constitucional*, nums. 8-9, 2001-2002.

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.

Oda, Hiroshi, *Japanese Law*, 2nd ed., New York, Oxford University Press, 1999.

Olsson, Erik, "Coherentist Theories of Epistemic Justification", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003 (Spring 2014 Edition). Consultado en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justep-coherence/>.

Pollock, Frederick and Maitland, Frederic William, *The History of English Law*, Vol. I, 2<sup>nd</sup> edition, London, Cambridge University Press, 1952.

Postema, Gerald, "Melody and Law's Mindfulness of Time", *Ratio Juris*, Vol. 17, Num. 2, June 2004.

Plucknet, Theodore F. T., *A Concise History of the Common Law*, 5<sup>th</sup> edition, Boston, Little Brown and Company, 1956.

Quiroz Acosta, Enrique, "El precedente en México y en los Estados Unidos", *Lex, Difusión y Análisis*, México, año 4, núm. 34, abril, 1998.

Rabasa O. Emilio, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, 3<sup>a</sup> ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

Ramos, Pedro, "Lógica deóntica", consultado en [www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/020919ramos.doc](http://www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/020919ramos.doc).

Raz, Joseph, *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, consultado en [www.oxfordscholarship.com](http://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, *The Morality of Freedom*, New York, Oxford University Press, 1986.

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

Raz, Joseph, "On the Autonomy of Legal Reasoning", *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 6, num. 1, March 1993.

Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, New York, Oxford University Press, 1994.

Raz, "Intention in Interpretation", in *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Robert P. George (ed.), New York, Oxford University Press, 1999.

Raz, Joseph, "The Nature of the Theory of Law", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 2001.

Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2001.

Raz, Joseph, "Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison", *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Jules Coleman (ed.) New York, Oxford University Press, 2001.

Raz, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, New York, Oxford University Press, 2009.

Riyadh, M. A. Nezami Talesh, "Law and Judicial System in Saudi Arabia: The Formative Years", *Rechtstheorie*, Berlin, Vol. 12.

Rodriguez Blanco, Veronica, "A Revision of the Constitutive and Epistemic Coherence Theories in Law", *Ratio Juris*, Vol. 14, Num. 2, 2001.

Rosales Guerrero, Emmanuel Guadalupe, *Estudio sistemático de la jurisprudencia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

Salès, Jacques, "Why Judicial Precedent is a Source of Law in France", *International Business Lawyer*, Vol. 25, Num. 1, January 1997.

Schauer, Frederick, "Precedent", *Stanford Law Review*, Vol. 39, Num. 571, February 1987.

Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, New York, Oxford University Press, 2002.

Schauer, Frederick, "Necessity, Importance, and the Nature of Law", paper prepared for the conference on Neutrality and Theory of Law, University of Girona, Girona, Spain, May 20-22, 2010.

Schauer, Frederick, "Necesidad, Importancia y Naturaleza del Derecho", (trad. de J. L. RODRÍGUEZ), en J. FERRER, *et. al.* (eds.), *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Serna de la Garza "The concept of *jurisprudencia* in mexican Law", *Mexican Law Review, New Series*, México, vol. 1, num. 2, january-june, 2009.

Shapiro, Martin, *Courts, A Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981.

Shapiro, Scott J., "Authority", *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Jules, Coleman y Scott, Shapiro (eds.) New York, Oxford University Press, 2002.

Shapiro, Scott, *Legality*, Cambridge, Mas., Balknap Press, 2011.

Sherwin, Emily, "A Defense of Analogical Reasoning in Law", *University of Chicago Law Review*, Vol. 66, Issue 5, Fall 1999.

Siltala, Raimo, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Portland, Hart Publishing, 2000.

Silva, Silva, Jorge Alberto, "La función del juez como creador de normas jurídicas en el derecho internacional privado", *Revista de Derecho UNED*, Madrid, núm.1, año 2006.

Simons, Geoff, *Saudi Arabia: The Shape of Client Feudalism*, New York, 1998.

Sirvent Gutiérrez Consuelo y Villanueva Colín Margarita, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Oxford University Press Harla México, 1996.

Smith, Juan Carlos, "La autoridad del precedente judicial en el "Common Law" estadounidense", *La Ley, Jurisprudencia, Doctrina, Bibliografía*, Argentina, t. 134, año XXXIII, abril-junio, 1969.

Soberanes Fernández, José Luis, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX (notas para su estudio)*, 2ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, 4ª ed., México, Porrúa, 1996.

Solum, Lawrence B., "The Unity of Interpretation", *Boston University Law Review*, Vol. 90, Num. 2, April 2010.

Soper, Philip, "Legal Theory and the Problem of Definition", *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 50, num. 3, summer 1983.

Stavropoulos, Nicos, "Hart's Semantics", *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Coleman, Jules (ed.), New York, Oxford University Press, 2001.

Stavropoulos, Nicos, "Legal Interpretivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Consultado en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>.

Sunstein, Cass R., "Interpreting Statutes in the Regulatory State", *Harvard Law Review*, Vol. 103, Num. 2, December 1989.

Sunstein, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford University Press, 1998.

Tamayo y Salmorán, Rolando, “La formación de la doctrina del amparo. La contribución de Ignacio L. Vallarta. Una curiosa paradoja, en *La Suprema Corte de Justicia de la Nación a principios del Porfirismo (1877-1882)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1101. Consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/933/103.pdf>

Tanaka, Cotarro, “Japón, organización de tribunales”, *Información Jurídica*, Madrid, núm. 131, abril 1954.

Taruffo, Michele, *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del taller de derecho procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.

Taruffo, Michele, “Precedente y jurisprudencia”, *Precedente, Anuario jurídico*, Colombia, año 2007.

Taruffo, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Tversky, Amos y Kahneman, Daniel, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science, New Series*, Vol. 185, Num. 4157, 1974. Consultado en <http://www.jstor.org/stable/1738360>.

Tversky, Amos y Kahneman, Daniel, “Rational Choice and the Framing of Decisions”, *Journal of Business*, Vol. 59, Num. 4, 1986.

Twining, William y Miers, David, *How to do things with rules. A primer of interpretation*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1976.

Van Caenegem, R.C., *The Birth of the English Common Law*, 2<sup>nd</sup> edition, Cambridge Engl., Cambridge University Press, 1988.

Van Hoecke, Mark, “Western and non-western legal cultures”, *Rechtstheorie*, 33.Band, Heft 2-4, Berlin, 2002.

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, “La postura metodológica de Dworkin: lo interesante de la crítica”, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, Madrid, Dykinson, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014.

Vega Gómez, Juan, “The Hart-Fuller Debate”, *Philosophy Compass*, Vol. 9, Num. 1, 2014, p. 51.

Von Mehren, Arthur Taylor, *Law in Japan. The Legal Order in a Changing Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1963.

Von Mehren, Arthur Taylor, "The Judicial Process: a comparative analysis", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. V, Num. 2, Spring, 1956.

Von Mehren, Arthur Taylor, *The Civil Law System, Cases and Materials for the Comparative Study of Law*, Boston, Little Brown and Company, 1957.

Von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción: una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, ed. Tecnos, 1979.

Watt, Benjamin, "Why French Law Rejects Judicial Precedent", *International Business Lawyer*, Vol. 25, Num. 1, January 1997.

West Andrew, Desdevices Yvon, Fener Alain, Gaurier Dominique y Heussaff Marie-Clet, *The French Legal System. An introduction*, London, Fourmat Publishing, 1992.

Wynbrandt, James, *A brief History of Saudi Arabia*, 2<sup>nd</sup> ed., New York, Maple-Vail Book Manufacturing Group, 2010.

Zander, Michael, *The Law-Making Process*, London, George Weidenfeld and Nicolson Ltd., 1980.

Zárate, José Humberto, Martínez García, Ponciano Octavio y Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, McGraw-Hill, 1997.

Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, 2<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 1992.

## LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.

Acuerdo General 14/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la integración y funcionamiento de los Plenos de Circuito, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2013.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales

Amparo directo civil 6/2008. Consultable en:  
[http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/completo/rectificacion\\_acta](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/completo/rectificacion_acta)

Sentencia ST-JDC-97/2008. Consultable en:  
<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/ST/2008/JDC/ST-JDC-00097-2008.htm>

Sentencia ST-JDC-69/2009. Consultable en:  
<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/ST/2009/JDC/ST-JDC-00069-2009.htm>

Sentencia 5855 de 2011 del Tribunal Supremo Español. Consultable en:  
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematc h=TS&reference=6138614&links=%221491/2008%22%20%22625/2011%22&optimize=20111007&publicinterface=true>

Jurisprudencia, “ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES. QUIEN LOS DEMANDA DEBE PROBAR LA NECESIDAD DE RECIBIRLOS”. Clave 159946, 10a. Época, Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, página 2053.

Tesis “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES OFENSIVAS U OPROBIOSAS SON AQUELLAS QUE CONLLEVAN UN MENOSPrecio PERSONAL O UNA VEJACIÓN INJUSTIFICADA”. Registro: 2,003,641. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Décima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1. Tesis: 1a. CXLIV/2013 (10a.), página: 557.

Jurisprudencia 5/2011, “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, Número 8, 2011, páginas 18 y 19.

Jurisprudencia 11/2005. “ACLARACIÓN DE SENTENCIA. FORMA PARTE DEL SISTEMA PROCESAL ELECTORAL AUNQUE NO SE DISPONGA EXPRESAMENTE”. Compilación 1997-2012, Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Volumen I, Jurisprudencia, pp. 98-100.



Tesis aislada “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]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1; pág. 964.

Tesis aislada “VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. TRATÁNDOSE 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]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3; pág. 2308.

Tesis aislada “MENORES DE EDAD. SU DERECHO A LA CONVIVENCIA CON LA FAMILIA AMPLIADA”, [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3; pág. 1681.

Tesis aislada “PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. SU CONTENIDO Y ALCANCE”, [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; pág. 1210.

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, Número 10, 2012, pp. 19 y 20.

Jurisprudencia 12/2005. “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 CONSINTIÓ 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.

Tesis aislada “PRIVACIDAD. LA PUBLICACIÓN DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, NO CONCULCA ESE DERECHO”. *Semanario Judicial de la Federación*, clave III.1o.C.1 K (10a.). Consultada en:

<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2006639&Clase=DetalleSemanarioBL>

Jurisprudencia 8/2008 "CREDENCIAL PARA VOTAR. CASOS EN QUE RESULTA PROCEDENTE SU REPOSICIÓN FUERA DEL PLAZO LEGAL"