

## CAPÍTULO PRIMERO

### ACERCA DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL: ACLARACIONES METODOLÓGICAS

#### I. DELIMITACIÓN METODOLÓGICA

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

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

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

---

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

por una parte, y como referente, por otra.<sup>5</sup> La explicación del concepto nos ayuda a obtener un entendimiento común sobre algún fenómeno,<sup>6</sup> que es una condición previa para discutir aspectos como la bondad, la adecuación, la utilidad o la funcionalidad de algo. De ahí la relevancia de realizar este estudio, pues antes de iniciar cualquier otra empresa acerca de las instituciones jurídicas requerimos “fijar un punto de partida común para la investigación y la discusión”.<sup>7</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 que participa de la jurisprudencia analítica, en tanto considera que el precedente posee ciertas propiedades esenciales. Segundo, porque desde este momento, se advierten —aunque implícitamente y de manera general— las ambiciones y la metodología que emplea el análisis del precedente que propongo.

---

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

<sup>6</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 “sofá” en Soper, Philip, “Legal Theory and the Problem of Definition”, *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 50, núm. 3, verano de 1983, p. 1185. Wagona Makoba hace una reflexión similar, en el contexto de la comparación entre sistemas jurídicos occidentales y no occidentales, y sostiene que es posible acercarse a un consenso al ponerse de acuerdo sobre lo que se estudia (independientemente del obstáculo del lenguaje o los términos empleados), teniendo presentes los derechos y obligaciones que conlleva cada transacción o relación humana en cualquier sistema social. Makoba, J. Wagona, “On the Use and Application of Legal Concepts in the Study of Non-Western Societies”, *International Journal of the Sociology of Law*, Londres, vol. 20, núm. 3, septiembre de 1992, p. 220.

<sup>7</sup> 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, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 24.

Recordemos, pues, para continuar con nuestra labor, que la jurisprudencia analítica es un enfoque particular de la filosofía del derecho que enfatiza el análisis racional de los conceptos a partir de condiciones necesarias y suficientes para explicar y comprender partes de nuestro mundo, en oposición a enfoques teóricos empíricos u orientados a criticar o reformar el derecho.<sup>8</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, mismas que exhiben su concepto contemporáneo en cualquier lugar. Así, la teoría jurídica analítica, para ser exitosa, debe consistir en “proposiciones que *a*) son necesariamente verdaderas y *b*) explican adecuadamente la naturaleza del derecho”.<sup>9</sup>

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

---

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

<sup>9</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>10</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.

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

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

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

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

---

<sup>12</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>13</sup> Una visión general de las diferentes posturas metodológicas en la construcción de las teorías jurídicas se encuentra en Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro *et al.*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 174; Dickson, Julie, “Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey”, *Legal Theory*, Cambridge, 2004, vol. 10, núm. 3, pp. 117-156.

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

<sup>15</sup> Bix, *Filosofía del derecho...*, *cit.*, p. 19.

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

De este modo, la cosa o fenómeno que se estudie debe poder reunir las condiciones establecidas por el análisis conceptual para estar en posibilidad de recibir la etiqueta<sup>17</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 las sociedades.

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

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

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>17</sup> Término utilizado por Brian Bix, *ibidem*, pp. 15 y 16.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

Aunque toda teoría jurídica está involucrada de alguna manera con lo que Julie Dickson ha denominado “evaluación puramente metateórica” —un tipo de evaluación que permite identificar de qué información ha de ocuparse el teórico y la manera de organizarla adecuadamente para la explicación del concepto— en aras de satisfacer virtudes que las teorías deben poseer como simplicidad, claridad, consistencia y exhaustividad, lo cierto es que la evaluación metateórica no es distintiva ni ofrece ningún compromiso metodológico hacia alguna postura teórica concreta, solamente se encarga de hacer óptima la comunicación del mensaje de la teoría, pues se ocupa de la naturaleza de las teorías en general, de su construcción y no de la naturaleza de la información que éstas manejan.<sup>24</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 —de acuerdo con Dickson— es muy probable que la evaluación puramente metateórica sea insuficiente para explicar la naturaleza de ciertos conceptos que las personas utilizan para entenderse a sí mismos y su mundo social.<sup>25</sup>

---

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

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

<sup>25</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, p. 137.

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

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

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

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

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

---

<sup>26</sup> Bix, *Teoría del derecho...*, cit., p. 34.



visto instituciones perfectas en nuestro mundo, de ahí, se dice, la poca relevancia de explicar algo a partir de su ideal.<sup>27</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 *como son* o *como deben ser*, libres de valoración o empleando evaluación moral, respectivamente.<sup>28</sup> Ambas afirmaciones llevan implícitos los diferentes cometidos que se plantean, así como una metodología particular.

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

---

<sup>27</sup> Bix, “Ideals, Practices, and Concepts...”, *cit.*, p. 17.

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

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

una reconstrucción racional dentro de los límites conceptuales impuestos por la propia práctica.<sup>30</sup>

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

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

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

---

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

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

<sup>32</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,

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

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

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

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

---

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

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 119.

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

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

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

Para hacerlo aún más claro con Julie Dickson:

---

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

<sup>36</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>37</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, p. 126.

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

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

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

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

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

---

<sup>38</sup> Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, *cit.*, p. 32.

<sup>39</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, p. 126.

para identificar las características importantes de la misma.<sup>40</sup> Sin embargo, tomar en cuenta el punto de vista interno, no implica compartir las opiniones de los participantes ni tomar una postura acerca de la corrección de las mismas; de que algo sea importante, no se sigue que ese algo sea o no sea también moralmente meritorio.<sup>41</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>42</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>43</sup> La comprensión de la naturaleza de las instituciones sociales es la primera y vital labor que debe emprenderse en torno a ellas para estar así en posibilidad de efectuar evaluaciones directas acerca de las mismas.

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

---

<sup>40</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 con la postura de Julie Dickson, que ahora presento, y que considero adecuada para explicar la naturaleza del precedente.

<sup>41</sup> Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, cit., p. 67.

<sup>42</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, cit., p. 127.

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

mación en una teoría coherente y persuasiva acerca de la naturaleza del objeto de estudio”.<sup>44</sup>

Como se dijo, las instituciones y prácticas sociales son un objeto de estudio complejo, conceptualmente hablando, debido a su naturaleza mutable y a que los límites de esas categorías no son evidentes, y, por ello, suelen ser disputados. No obstante lo anterior, se puede decir que el éxito de una teoría conceptual puede evaluarse con base en su capacidad para cumplir con los propósitos que se plantee y explicar adecuadamente lo que se ha propuesto. En la perspectiva conceptual no se habla de corrección, sino más bien de adecuación o conveniencia de la teoría al explicar con claridad sus razones dentro de los límites propuestos.<sup>45</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>46</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>47</sup> *b)* la que sostiene la necesidad de crear

---

<sup>44</sup> Dickson, “Methodology in Jurisprudence...”, *cit.*, p. 132.

<sup>45</sup> Bix, *Filosofía del derecho...*, *cit.*, pp. 19 y 25.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 3-11.

<sup>47</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”. *Cf.* con el ejem-

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

## II. SOBRE EL ANÁLISIS CONCEPTUAL

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

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

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

---

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

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

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



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

Concretamente, este trabajo se inscribe en el tipo de análisis conceptual que considera posible explicar la naturaleza<sup>52</sup> de algunos objetos de estudio —el precedente en este caso— a través del análisis del concepto que explica dicho objeto.<sup>53</sup> En otras palabras, este tipo de análisis sostiene que al explicar el concepto de un objeto determinado, estamos explicando la naturaleza de ese objeto.<sup>54</sup>

---

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

<sup>51</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 18.

<sup>52</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 tiene relación con cuestiones de carácter metafísico. *Ibidem*, p. 25.

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

<sup>54</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, *cit.*, p. 24.

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

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

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

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

---

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

<sup>56</sup> Himma, “Reconsidering a Dogma...”, *cit.*, p. 4.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>58</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.

ta<sup>59</sup> —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>60</sup>

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

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

---

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

<sup>60</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”. Por otra parte, la necesidad conceptual también se distingue de la “necesidad lógica en sentido amplio” denominada por algunos como “necesidad metafísica”, la cual, en términos de E. J. Lowe, se refiere a aquellas cosas que existen, no en virtud de las leyes de la lógica ni de nuestras definiciones o conceptos, sino más allá de ellas; por ejemplo: “Agua es H<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*, Nueva York, Clarendon Press, 1998, pp. 14-15; Di Castro Stringher, Elisabetta (coord.), *Conocimientos fundamentales de filosofía*, vol. I, México, UNAM-McGraw-Hill, 2006, consultado el 24 de agosto de 2013, disponible en: <http://www.conocimientosfundamentales.unam.mx/vol1/filosofia/m01/index01.html>.

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

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

### III. ENSAYO SOBRE LAS CONDICIONES NECESARIAS Y SUFICIENTES

Pero ¿qué debemos entender por propiedades esenciales, necesarias, suficientes e importantes? Si bien se trata de conceptos amplios en sí mismos y sumamente debatidos,<sup>61</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 dicho sentido, proporcionaré una breve y modesta explicación del modo en que hemos de entender tales conceptos, la cual es una explicación que sigue las líneas generales empleadas en jurisprudencia analítica para tales conceptos.<sup>62</sup>

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

---

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

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

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

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

De esas propiedades esenciales, posiblemente sólo algunas sean *necesarias* para comprender la naturaleza del precedente.<sup>64</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 existiría en ausencia de ella, por lo que dicha propiedad está ineludiblemente ligada a la naturaleza del objeto.

Dado que no todas las propiedades esenciales que exhibe el objeto de estudio son relevantes para explicar su naturaleza, es posible que no haya nada interesante<sup>65</sup> que decir sobre algunas de ellas; por esto, no hay ningún interés especial en obtener todas y cada una de las propiedades que pudieran integrar una posible lista finita de propiedades esenciales.

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

---

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

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

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

<sup>66</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

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

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

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

---

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

<sup>67</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*, en Coleman, Jules (ed.), Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 71. Concerniente al análisis conceptual de “folk theory” véase Jackson, *cit.*, p. 31. No comparto plenamente esta percepción, pues considero que en relación con el precedente no puede hablarse de una comprensión ordinaria del concepto, ya que se trata de un concepto con cierto grado de especialización y no uno de uso ordinario fuera del ámbito jurídico. En todo caso, el conocimiento y comprensión parcial, no especializado de un ciudadano regular ofrecería solamente una idea incompleta del precedente y, por lo tanto, inadecuada para explicar su naturaleza.

<sup>68</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.

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

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

En tal sentido, las propiedades *importantes* son aquellas que ayudan a explicar de forma más acabada y comprensiva la naturaleza de determinado objeto; esto significa que si bien pueden omitirse para fines de aplicación, lo cierto es que permiten el dominio más acabado que puede obtenerse del concepto. Pensemos en los animales mamíferos, ciertamente, tener una bolsa marsupial<sup>70</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

---

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

<sup>70</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 periodo de gestación. *Diccionario de la lengua española* en línea <http://buscon.rae.es/drae/> consultado el 15 de junio de 2013.

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

Cuando pensamos en nuestro concepto de ave, consideramos varias características, como las siguientes: animal vertebrado, ovíparo, de respiración pulmonar y sangre de temperatura constante, pico córneo, cuerpo cubierto de plumas, con dos patas y dos alas (aptas por lo común para el vuelo).<sup>71</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 concepto ave, ya que existen aves que no vuelan (la avestruz, el kiwi, el ñandú, el casuario, el emú o el pingüino). Esto significa que volar no es una condición necesaria del concepto de ave pero sí es una condición que ayuda a explicar de manera más acabada la naturaleza de las aves; en este sentido, volar es una condición importante del concepto ave.<sup>72</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 identificables en algunos conceptos, aquellas propiedades esenciales que tienen además el carácter de necesarias, que posibilitan la comprensión plena de los mismos, constituyen en conjunto las propiedades suficientes del concepto. De modo que las propiedades suficientes de algo pueden ser el conjunto claramente determinado de todas y cada una de sus propiedades necesarias, con las cuales se puede

---

<sup>71</sup> *Diccionario de la lengua española* en línea <http://dle.rae.es/?id=4X8WU1M|4XANV87> consultado el 10 de julio de 2017.

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



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

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

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

#### IV. LAS CONDICIONES NECESARIAS DEL CONCEPTO DE PRECEDENTE

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

---

<sup>73</sup> Debo este ejemplo a Juan Vega.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

El hecho de que lingüísticamente, la institución que estudiamos sea conocida como “precedente” en los sistemas jurídicos del *common law* o como “jurisprudencia” en los sistemas jurídicos de derecho continental o legislado, es irrelevante para este estudio conceptual, ya que la naturaleza del precedente va más allá de contingencias lingüísticas<sup>75</sup> o de cualquier otro tipo: la naturaleza está determinada por las propiedades necesarias, y no por las propiedades contingentes de ese algo.

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

---

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

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

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

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

---

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

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

<sup>78</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 menciona-

### Condiciones necesarias:

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

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

---

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

<sup>79</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>80</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, “Two Views of the Nature of the Theory of Law...”, *cit.*, pp. 6-11.

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

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

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

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

---

<sup>81</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.

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

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

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

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