

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS REGLAS AUTORITATIVAS DE ORIGEN JURISDICCIONAL EN EL CONCEPTO DE PRECEDENTE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. TIPOS DE AUTORIDAD Y RAZONES PARA LA ACCIÓN

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

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

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

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

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

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

La autoridad legítima práctica es aquella autoridad que además de asumirse como tal, proporciona a sus súbditos razones para la acción.⁸⁶ Por ejemplo, las indicaciones financieras sugeridas por mi hermano —financiero de carrera— son suficientes para que yo invierta mi dinero, pues para mí, él es una autoridad legítima práctica en materia financiera. La característica especial de las órdenes dotadas de autoridad es su carácter decisivo o concluyente, lo cual implica que la orden dotada de autoridad legítima tiene la capacidad de 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.⁸⁷

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

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

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

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

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

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

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

El hecho de actuar conforme a la decisión del árbitro y no conforme a nuestras propias razones o, dicho de otro modo, tomar la regla de la autoridad como una razón para actuar conforme, que 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.⁹¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. LA CONCEPCIÓN DE LA AUTORIDAD Y SUS TESIS CENTRALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 53.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, la tercera tesis, denominada “tesis de la exclusividad”, sostiene que la existencia de normas jurídicas o mandatos de la autoridad hacen una diferencia práctica en nuestro razonamiento, y su objetivo es prevenir que entre en juego el balance de razones de primer orden cuando la regla requiera una conducta. Esto significa que las reglas son excluyentes porque su mera existencia reemplaza el balance de cualesquiera otras razones que los sujetos de la regla pudieran tener para actuar o no en consecuencia. En otras palabras, el hecho de que la autoridad requiera una acción es una razón para ejecutarla; no es una razón que se agrega a otras que ya tenemos, sino que las 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”;¹²¹ en dicho sentido, cuando hay una razón excluyente, el peso de las razones dependientes se traslada a la norma y a las razones que la justifican —las cuales no tienen que ver con la conducta exigida por la norma—. ¹²²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. EN TORNO A LAS REGLAS AUTORITATIVAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³³ Twining, *op. cit.*, p. 48.

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

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

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

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

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

¹³⁵ Von Wright, *op. cit.*, p. 87.

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

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

¹³⁷ Si bien la competencia no es parte de las modalidades 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 “aun las incorrectamente denominadas «definiciones jurídicas» ya que la función de este tipo de normas es enlazar los conceptos jurídicos con consecuencias jurídicas e incluso con una sanción/acto-coactivo”. *Ibidem*, pp. 21-23; Huerta Ochoa, Carla, “La discusión sobre el carácter deóntico de las normas de competencia: obligación o permiso”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 243-275.

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

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

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

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

No debemos olvidar, sin embargo, que ninguna regla es 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 y necesaria la modificación de sus condiciones de aplicación. Lo anterior atiende a varias

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴² *Ibidem*, p. 35.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 208-212.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 210-2012.

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

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

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

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

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

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 210 y 211.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵² *Ibidem*, p. 214.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶¹ Chiassoni, "The Philosophy of Precedent...", *cit.*, pp. 17-19.

¹⁶² *Ibidem*, p. 19.

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

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

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

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

¹⁶³ *Ibidem*, p. 22.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁸ “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES OFENSIVAS U 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

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

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

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

para expresar opiniones o informaciones según tengan o no relación con lo manifestado. Así, en torno al primer requisito en 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 una respuesta en el mismo sentido, al contener un desprecio personal”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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