

## CAPÍTULO TERCERO

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

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

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

#### I. REGLAS COMUNICADAS MEDIANTE EL EJEMPLO

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

---

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

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

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

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

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

---

<sup>178</sup> Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 155 y 157.

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

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

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

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

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

## II. BUENOS Y MALOS EJEMPLOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Siguiendo la línea de nuestra explicación, contextualizar nos permite saber que no todos los acontecimientos o conductas pasadas pueden servir como buenos ejemplos a seguir o emplear en cualquier ámbito de la vida social<sup>181</sup> —así como el precedente judicial, en específico, no es un ejemplo que utilicemos en la vida

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

<sup>183</sup> Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 155 y 156.

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



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

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

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

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

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

---

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

sentencias previas que contienen reglas que pueden o no ser autoritativas<sup>186</sup> para él, pero que son, en cambio, buenos ejemplos previos con características semejantes o distintas en un sentido relevante que brindan una guía para resolver el caso presente.

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

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

---

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

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

Ahora bien, hemos dicho anteriormente que los tribunales pueden recurrir a buenos ejemplos previos<sup>187</sup> que presenten semejanzas o diferencias relevantes con el caso que se resuelve para guiarse en su resolución, ejemplos que no necesariamente son reglas de precedente.<sup>188</sup> Para determinar la aplicación por analogía de una solución previamente dictada, el juez subsecuente habrá de comparar el caso presente con algunos casos pasados que son revisados para determinar si el caso pasado controla, se distingue o puede ser extendido al caso presente. El caso pasado, puede contener una opinión, una regla, un estándar o hechos que serán evaluados en cuanto a similitudes y diferencias para producir una regla o principio aplicable.<sup>189</sup>

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

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

---

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

<sup>188</sup> Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, p. 203.

<sup>189</sup> Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, *cit.*, p. 32.

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>191</sup> MacCormick, *Legal Reasoning...*, cit., p. 186.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>193</sup> Lamond, *op. cit.*, pp. 19 y 23.

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

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

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

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

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

---

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

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

<sup>196</sup> *Ibidem*, pp. 5 y 6.

<sup>197</sup> Raz, *The Authority of Law...*, cit., p. 206.



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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

Esta actitud hacia la analogía en el proceso creativo de interpretación es congruente con la coherencia<sup>204</sup> necesaria del propio concepto de precedente y hace posible que los buenos ejemplos de sentencias pasadas sean tomados en consideración y, eventualmente, trasciendan el caso particular de origen para convertirse —a través del tribunal autoritativo que interpreta— en una regla de precedente.

#### IV. EL EJEMPLO DOTADO DE AUTORIDAD

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

<sup>205</sup> En adelante, regla judicial.

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

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

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

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

---

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

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

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

La sentencia recaída al juicio identificado con la clave ST-JDC-97/2008<sup>208</sup> es una muestra de cuando un tribunal decide seguir un buen ejemplo. En ese caso, el actor impugnó la resolución de la Comisión Nacional de Garantías del Partido de la

---

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

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

Revolución Democrática que determinó la inelegibilidad de la planilla a la que pertenecía.<sup>209</sup>

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

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

---

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

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

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



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

La regla de precedente sirve como un ejemplo dotado de autoridad y, como tal, tener una posición especial para los tribunales en relación con otros ejemplos al tener autoridad práctica<sup>213</sup> (proporciona razones para actuar) y reunir al mismo tiempo las características de una regla autoritativa:<sup>214</sup> *a*) la tesis de la dependencia; *b*) la tesis normal de justificación, y *c*) la tesis de la exclusividad.

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

---

<sup>212</sup> Estos escenarios son ilustrados en términos semejantes por Schauer, "Precedent", *cit.*, p. 4.

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

<sup>214</sup> Entendida como un criterio general y permanente que pretende guiar la conducta. Véase "regla", en Bix, *Diccionario de teoría jurídica*, *cit.*, p. 238.

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

Tales elementos se ven reflejados en la actuación de tribunales judiciales que siguen el ejemplo que se les propone con la regla autoritativa emitida por el órgano autorizado para ello en la jerarquía judicial; tal es el caso de la SRT al resolver el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave ST-JDC-69/2009.<sup>215</sup>

En el asunto conocido como “Caso Colima”, el actor impugnó la determinación del cabildo que determinó omitir la discusión acerca de la solicitud de licencia del actor para separarse definitivamente del cargo de presidente municipal a fin de contender para el cargo de diputado federal por el principio de mayoría relativa.<sup>216</sup> En este asunto, la SRT justificó su actuar<sup>217</sup> —de admitir el juicio y declararlo procedente— en la jurisprudencia 36/2002 de la Sala Superior del Poder Judicial de la Federación, al colocar los hechos del caso en una situación de analogía respecto de aquellos contenidos en el ejemplo proporcionado por la regla de precedente, evitando así evaluar los méritos en éste y otros casos respecto de los supuestos y requisitos para la procedencia de los asuntos.

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

---

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

<sup>216</sup> Nieto Castillo, *op. cit.*, pp. 260 y 261.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

<sup>219</sup> Schauer, “Precedent”, *cit.*, p. 5.

<sup>220</sup> Lamond, *op. cit.*, p. 15.

<sup>221</sup> *Idem.*

<sup>222</sup> *Ibidem.*, p. 16.

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

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

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

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

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

---

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 18.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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



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

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

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

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

Así, los escenarios centrales que debemos distinguir son dos:

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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



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

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

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

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

---

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

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

## VI. LA PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

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

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

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

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

mismo—, así como avanzar soluciones no contempladas en tales normas.<sup>231</sup>

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Este fenómeno es observado por Postema, quien advierte que

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

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

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

---

<sup>233</sup> Postema, *op. cit.*, p. 217.

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

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

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

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

---

<sup>234</sup> Schauer, “Precedent”, *cit.*, pp. 2 y 3.

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

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

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

---

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