

El precedente judicial. Bases para su aplicación.

I. Introducción: elementos conceptuales.

Quizás por una cuestión de la cultura jurídica heredada en México y en la región, el precedente judicial, su concepto y método de aplicación, no ha sido incluido en la formación de los juristas. En las universidades existe una limitada y tangencial mención del uso del precedente en otros modelos comparados, particularmente en la familia jurídica del *common law*.

No obstante, particularmente por las prácticas de nuestros tribunales constitucionales, en virtud de la relevancia cada día mayor que cobran sus resoluciones, nos hemos visto en la necesidad de *hablar* con más frecuencia sobre el precedente. Cada vez los tribunales constitucionales se ven más constreñidos por sus propios precedentes, pero también cada vez se vuelve más consecuente hacer una crítica de sus resoluciones, precisamente a partir de sus propios precedentes.

Esta segunda circunstancia está propiciada, entre otros factores, por la mayor publicidad de la actuación de los tribunales, especialmente los constitucionales, en la medida en que conocen con mayor frecuencia de conflictos íntimamente relacionados con controversias sociales, del interés público. Por lo que se ejerce un seguimiento cada vez más intenso, crítico y riguroso de las sentencias.

Así, esta noción empírica que hemos adoptado del precedente nos ha permitido advertir algunas circunstancias que rodean a una sentencia:

- Una sentencia no es un acto aislado, sino que se construye a partir de elementos del pasado -los hechos del caso, el derecho aplicable y otras sentencias-;
- Si bien tiene el propósito de resolver un caso en concreto, ello no demerita su potencial de contribuir en la resolución de casos diversos en el futuro -o dificultarla-

Encontramos una típica definición del precedente judicial como un caso decidido -por un juez o un tribunal- que ofrece las bases para resolver casos futuros que involucren hechos o cuestiones similares¹. En la misma entrada, se hace una aclaración en el sentido de que el precedente únicamente se constituye a partir de aquellas consideraciones y determinaciones que, dentro de la resolución, sirvieron para establecer la regla a tomar en cuenta para casos futuros.

Esta definición, como todas las definiciones, ofrece una problemática para el momento en que nos vemos en la necesidad de distinguir precisamente lo que constituye un precedente y aquello que no lo es. Pareciera que el precedente tiene que ser declarado de una u otra manera, lo cual llama la atención, pues rara será la ocasión en la que un juez o un tribunal expresamente califique alguna determinación suya como un "precedente". La realidad de las cosas es que los precedentes, y los elementos útiles para regir casos futuros, se

¹ Black, H.C., *Black's Law Dictionary*, 6ª Edición, Springer, 1994, p. 1176.

identifican *a posteriori*. No se niega con ello que previo a la resolución o una vez emitida sea posible advertir circunstancias que permitan presumir sobre la relevancia de una sentencia, pero ni siquiera en estos supuestos se encontrará alguna alusión expresa en la resolución sobre su carácter de precedente.

Lo que nos lleva a una segunda disgregación conceptual, esto es, la distinción entre el precedente vinculante y el no vinculante o persuasivo. El primero, se entiende como aquel que un juez o tribunal “debe” aplicar y, el segundo, como aquel que debe ser cuidadosamente atendido o tomado en consideración².

Estos conceptos deben ser abordados con sus particularidades, sobre todo si hablamos del contexto mexicano; pues es posible que caigamos en equivocaciones comunes, como, por ejemplo, confundir la distinción entre el precedente vinculante y el persuasivo con la distinción entre las tesis de jurisprudencia y las tesis aisladas. Lo cierto es que, uno de los factores que han impedido la consolidación de una “cultura del precedente judicial” en México, con todo lo que ello involucra en materia de equidad e imparcialidad, se debe precisamente a nuestro sistema de “formalización” del derecho judicial.

Insertando el sistema de jurisprudencias mexicano en una teoría general del precedente, pareciera que la diferencia entre una tesis de jurisprudencia y una tesis aislada es simplemente una regulación en torno a algunas variables del precedente: la manera en que es vinculante, para qué tribunales es vinculante y para cuáles no, el número de reiteraciones necesario para su consolidación y las reglas de su publicación.

Sin embargo, como refiere Sandra Gómora-Juárez³:

“... conviene traer a la memoria que, de acuerdo con el Acuerdo General número 20/2013 del Pleno de la Corte, entendíamos la “tesis” como la “expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto. En consecuencia, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la sentencia”, con la que se trataba de transmitir un criterio con claridad tal que no hubiera necesidad de recurrir a la resolución correspondiente”.

De tal manera que el modelo de tesis, tal como se concibió y se aplicó hasta el año 2019, consistía en realidad en un esfuerzo de efectuar construcciones abstractas a partir de las resoluciones de los tribunales del poder judicial de la federación⁴, normalmente redactadas o concretizadas en la forma de reglas de aplicación que deja de lado las circunstancias de hecho que pudieran haber dado lugar al criterio en cuestión⁵.

² Lindquist, Stefanie A. y Cross, Frank B., “Empirically testing Dworkin’s Chain Novel”, *New York University Law Review*, Nueva York, Volumen 80, número 4, octubre de 2005, pp. 1159-1160.

³ Gómora-Juárez, Sandra, “El precedente judicial. Aspectos de la reforma 2021 en clave conceptual”, en Carbonel, Miguel (coord.), *El precedente judicial*, México, Centro de Estudios Carbonell, p 40.

⁴ Cabe recordar que en los sistemas de justicia de las entidades federativas es difícil ver un sistema de concentración de criterios como éste.

⁵ Aunque a partir del año 2019, mediante el Acuerdo General 17, ya referido, se incluyen referencias a los hechos en la redacción de las tesis de jurisprudencia.

Detrás de este sistema subyacen, por una parte, un fuerte dominio de una concepción positivista del derecho, bajo la cual se considera que el juez opera principalmente con normas tipo regla -de la forma *si es A, entonces debe ser B*-; y, por la otra, la justificación de que el precedente resulta aplicable primordialmente por un argumento de autoridad y no tanto por una cuestión de analogía. Lo cual invita más bien a una atención irreflexiva del criterio expuesto en una tesis, sobre todo las de jurisprudencia, donde residen únicamente dudas respecto del grado de vinculación que resiente un juez en relación con el tribunal del que haya emanado y de mera aplicabilidad. Si el criterio es vinculante y aplicable, opera de la misma forma en que lo hace una disposición legislativa.

Junto a su vinculatoriedad, otro elemento conceptual interesante para la comprensión del precedente tiene que ver con la identificación del contenido de una resolución que verdaderamente siente un precedente. Es decir, aquello que constituya las bases para un modelo de resolución a futuro. Para ello, en la doctrina del precedente se ha establecido la diferencia entre el *holding*, también llamado *ratio decidendi*, y el *obiter dicta*.

Como se dijo anteriormente, una particularidad del precedente entre la teoría y la realidad es que prácticamente cualquier resolución de un tribunal puede constituir precedentes, pero los tribunales no se dedican a establecer precedentes, sino a resolver controversias de acuerdo a la normatividad aplicable y al razonamiento jurídico según el cual se apliquen las propias normas.

Como han escrito autores como Cross y Harris⁶, lo cierto es que sería incluso peligroso dotar a los tribunales o a los jueces de la capacidad de determinar si sus determinaciones o qué partes de su contenido constituyen precedentes vinculantes hacia el futuro.

Este aspecto es el que le da un poco de razón a algunas corrientes escépticas del precedente, como pudiera ser el realismo jurídico, en el sentido de que depende, entonces, de los demás jueces, aquellos a quienes corresponde atender -o desatender- el precedente en un momento, la definición de la *ratio decidendi*.

Si ello fuera así, la realidad es que no sería ni siquiera útil establecer un sistema de precedentes como los que se han generado en los sistemas jurídicos del *common law* ni tampoco valdría la pena su adopción en otros sistemas. Pues sólo se estaría validando un sistema que naturalizaría la arbitrariedad.

De manera un poco más optimista, podríamos decir que más bien corresponde a los jueces destinatarios del precedente, aquellos llamados a resolver una controversia similar, a quienes toca *identificar* la *ratio decidendi*, es decir, el razonamiento que permitió la solución correspondiente.

En términos conceptuales, Twining y Miers enlistan 5 usos que se ha dado a la expresión *ratio decidendi*⁷:

⁶ Hollier, Rod, *The ultimate guide to the ratio decidendi and obiter dictum*, The Law Project, <https://www.thelawproject.com.au/ratio-decidendi-and-obiter-dictum>

⁷ Citados por Sobarzo, Arturo, "Bases para una teoría del precedente judicial", *cit.*, p. 62-63.

- a) La regla o reglas de derecho que de forma explícita estableció el juzgador como base de su decisión y que se muestra como la respuesta a la cuestión planteada en un caso;
- b) Las razones dadas explícitamente por el juzgador para la decisión, esto es, la justificación explícita para las respuestas de la cuestión;
- c) La regla o reglas de derecho implícitas en el razonamiento del juzgador para justificar su decisión, es decir, las respuestas implícitas a la cuestión jurídica del caso;
- d) Las razones implícitas ofrecidas por el juzgador para su decisión, es decir, la justificación implícita para las respuestas dadas a la cuestión del caso;
- e) La regla o reglas de derecho para las cuales el caso es un ejemplo o es citado como autoridad por los intérpretes subsecuentes, es decir, la respuesta *atribuida* a la cuestión planteada.

A partir de estas concepciones, Twining y Miers⁸ ofrecen una definición más completa del fenómeno. La *ratio* se compone tanto de las reglas de derecho -o respuestas- tanto explícitas como implícitas adoptadas por los juzgadores; así mismo, se integra por las justificaciones explícitas e implícitas de su razonamiento jurídico.

Por su parte, el *obiter dicta* se refiere más bien a una referencia colateral o tangencial. Citando a Cross y Harris -citados por Sobarzo⁹-:

“El término obiter dicta generalmente es usado para referirse a aquellas observaciones irrelevantes que por lo general consisten en afirmaciones hechas en el curso de la exposición de los argumentos que justifican la decisión mientras que los dicta que se refieren a temas colaterales relevantes son conocidos como dicta judicial”.

Nuevamente, surge el problema para su identificación. Un criterio simple sería el de exclusión: lo que no es *ratio*, es *dicta*. También cabe referir que aquello que pudiera ser considerado como *obiter dicta*, con el tiempo puede ir tomando relevancia para los intérpretes subsecuentes. Aunque también es pertinente sugerir que los juzgadores limiten al máximo este tipo de referencias colaterales, a fin de que sus resoluciones aborden exclusivamente el fondo de la controversia. No se ignora, por supuesto, que pudieran existir casos complejos que requieran de una cierta contextualización o una mayor descripción de antecedentes o de fenómenos relacionados con la cuestión planteada.

Encontramos un método analítico útil para identificar la *ratio* y los *dicta* en la propuesta realizada por Twining y Miers¹⁰. Aunque fue diseñada para la lectura de una sentencia, su objetivo primordial es extraer los elementos esenciales de una resolución a partir de elaborar una ficha que contenga lo siguiente:

⁸ Twining, William y Miers, David, *How to do things with rules. A primer of interpretation*, 5a Edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 304-305.

⁹ Sobarzo, Arturo, *op. cit.*, p. 65

¹⁰ *Op. cit.*, p. 275.

- Referencias para la identificación del caso (expediente, clave numérica, partes involucradas, etc.);
- Hechos, en una narración sucinta;
- La cuestión planteada, preferentemente en forma de pregunta;
- La decisión o respuesta a la cuestión planteada; y
- La justificación a la decisión planteada, que incluya la precisión de las posibles respuestas que se advirtieron en el caso.

Una ficha o *brief case*, se vería algo así:

Controversia Constitucional 81/2017 <i>TSJ Ciudad de México vs Constituyente CDMX</i>	
Hechos	<ol style="list-style-type: none"> 1. El 05 de febrero de 2017 se aprobó la Constitución de la CDMX. 2. En dicha constitución, se aprobaron los artículos 35 y 37, los cuales, entre otras cosas: <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Limitaron la presidencia del TSJ a un período de 1 año sin posibilidad de reelección. 2.2. El presidente del TSJ no lo sería del Consejo de la Judicatura; 2.3. Los integrantes del Consejo de la Judicatura serían elegidos por un Consejo Ciudadano que, a su vez, es elegido por el Congreso; 2.4. Se facultó al Consejo de la Judicatura para aprobar el presupuesto del TSJ.
Cuestión o problema jurídico.	<p>P1. ¿El período de 1 año de la presidencia del TSJ viola los principios de independencia e imparcialidad del poder judicial?</p> <p>P2. ¿El diseño normativo del Consejo de la Judicatura implican una relación de jerarquía y de injerencia sobre el poder judicial o favorece su administración y disciplina?</p>
Respuesta.	<p>P1. Por sí mismo no es inconstitucional; sin embargo, en el contexto normativo previsto, se presenta un desequilibrio frente a la judicatura, lo que viola el principio de independencia.</p> <p>P2. La respuesta se dividió en varias partes:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Que el presidente del TSJ no lo sea del Consejo de la Judicatura, presenta una disociación indebida entre ambas estructuras. b. Que el Consejo de la Judicatura sea elegido por un Consejo Ciudadano, a su vez elegido en su totalidad por el Congreso, violenta la independencia judicial y la separación de poderes. c. También es indebido facultar a la Judicatura a diseñar el presupuesto del TSJ de forma unilateral, sin la participación de este último.
Justificación	El orden constitucional mandata que sean instituciones compenetradas y equilibradas una frente a la otra. Las facultades de administración y control disciplinario de la Judicatura no pueden materializar una injerencia en el actuar del poder judicial.

	<p>En este sentido, este diseño normativo tiene como efecto, por un lado, disociar ambas instancias y, por el otro, colocar a la Judicatura en una posición privilegiada o jerárquicamente superior sobre el TSJ.</p> <p>Además, el hecho de que la Judicatura esté a su vez sujeta a un Consejo Ciudadano integrado a elección del Congreso, constituye una injerencia indebida del poder Legislativo sobre el Poder Judicial, de un grado suficiente como para poner en riesgo su independencia y la separación de poderes.</p>
--	---

Elaboración propia, siguiendo a Twining y Miers, a partir de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Controversia Constitucional 81/2017, publicada en el DOF, el 23 de septiembre de 2019.

En suma, Twining y Miers nos invitan a responder dos preguntas fundamentales: (a) ¿Qué respuestas dio el juzgador a las cuestiones de derecho planteadas por los hechos del caso?, y (b) ¿Cuáles fueron las razones principales por las cuales el juzgador justificó dichas respuestas? Tanto para la emisión de una sentencia como para su análisis el correcto planteamiento de la cuestión, es decir, la pregunta que se formula a partir del conflicto que presentan las partes, resulta fundamental.

Una vez identificados estos elementos, será posible identificar con mayor precisión la *ratio*, la relevancia que tuvieron los hechos y la forma en que se responde a la cuestión planteada. A partir de ahí, también se podrá determinar si constituye un precedente con el potencial de guiar u orientar una futura decisión.

La última característica del concepto del precedente judicial es la fórmula conocida como *stare decisis*, principio según el cual una decisión judicial debe atender a lo ya dicho o ya resuelto¹¹. Se trata de un principio estructural en los sistemas del *common law*, que no aplica en los mismos términos en otras familias de sistemas jurídicos, como lo pudiera ser aquella a la que pertenece el ordenamiento mexicano. Las resoluciones judiciales no gozan de la validez suficiente como para implicar, al menos *a priori*, la obligación de ser atendido ante resoluciones posteriores. Aunque, como veremos más adelante, desde el 2011 se han venido configurando una serie de factores que pudieran modificar radicalmente el contexto en este sentido.

Ya que describimos algunos elementos conceptuales para comprender al precedente judicial, pasaremos a comentar sobre algunos aspectos más bien prácticos. En primer lugar, la creación judicial de normas y su lugar en la clasificación de las normas jurídicas. En segundo lugar, se analizará el precedente a partir del argumento de analogía, como base operativa en su aplicación y frente al argumento de autoridad. En una tercera parada, nos detendremos en analizar algunos aspectos del contexto normativo e institucional actual en México que favorecen la consolidación de un sistema de precedentes. Finalmente, se propondrán algunas sugerencias prácticas en cuanto al uso de los precedentes en la estructura de una sentencia.

¹¹ Sobarzo, Arturo, *op. cit.*, p. 67-68.

II. La creación judicial de normas.

En la doctrina actual parece ya resuelto la discusión sobre la facultad de los jueces de crear normas jurídicas, a partir de una tipología de normas que las concibe como disposiciones que guían la acción de sus destinatarios, con cierto grado de vinculatoriedad y con la fuerza de ser exigibles por una autoridad y oponibles frente a terceras personas. Las normas no se limitan a las disposiciones legislativas.

Lo cierto es que Kelsen ya había trazado el camino para responder a esta disyuntiva a partir de su teoría del dinamismo jurídico. Según este autor, el derecho se mueve constantemente entre un estado de estabilidad y uno de dinamismo. Estabilidad en cuanto a que las normas jurídicas, sobre todo las de grado superior, deben encontrar cierta durabilidad en cuanto a su vigencia, por lo que el dinamismo tiene lugar en la creación de normas inferiores, pues constantemente se deben emitir actos de creación normativa que resulten de la concreción de las normas superiores. Schmill¹² lo simplifica del siguiente modo:

A partir del concepto del orden dinámico, tenemos una norma fundamental que establece los procesos de creación y los contenidos de las normas subsiguientes o de grado inferior, hasta llegar a las más individualizadas que ya establecen únicamente derechos y obligaciones o sanciones concretas.

El derecho es una constante actividad de concreción de las normas superiores, medio por el cual regula su propia creación y la regularidad jurídica de las normas dependerá de una *relación de conformidad* con aquella que se encuentre en un nivel superior en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como se observa, esta garantía, entendida como regularidad jurídica, en realidad tiene como objeto la unicidad y coherencia del sistema. Como lo explica también Schmill¹³, “Tenemos, en primer término, la Constitución. Se dicta la ley, se ha seguido el procedimiento y tiene el contenido correspondiente” y se continúa con las normas subsecuentes hasta llegar a las concreciones individualizadas de la norma.

Ya sea como una concreción de una norma superior, o que se entienda como una nueva norma, es innegable que los jueces participan de la creación normativa pues forman parte de esta dinámica del ordenamiento jurídico. En un escalón y con una injerencia distinta a la del Poder Legislativo o del Constituyente, pero en la misma estructura.

De acuerdo con Aguiló¹⁴, las sentencias de un órgano jurisdiccional pueden ser vistas como resultados institucionales o como documentos normativos. En el primer caso, las sentencias encajan como resultado de lo que se conoce como actos jurídicos, mismos que presuponen una regla que confiere poder a ciertos sujetos para producirlas (los jueces); son declaraciones de la voluntad de los titulares del poder conferido por la norma y su eficacia

¹² Schmill, Ulises. “Contestación a la réplica de Juan Ruiz-Manero”, en *Doxa*, 33, 2010, pp. 47-62. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32592/1/Doxa_33_03.pdf.

¹³ *Ídem*.

¹⁴ Aguiló, Josep, “Fuentes del Derecho”. En González, Daniel (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, España, Marcial Pons, 2015, p. 165 y siguientes.

se reconoce en términos de dos elementos disociados: su existencia, dependiente de que se haya seguido el procedimiento indicado por la norma para su creación, y su validez o regularidad, que atiende más bien a su contenido.

En el segundo caso, como documento normativo, consta del fallo y de su fundamentación. El fallo es la decisión particular tomada en resolución del conflicto jurídico. La fundamentación es la parte demostrativa de la corrección de tal decisión, es decir, su justificación. Ahora bien, las decisiones de los jueces deben estar encaminadas a ofrecer cierto grado de estabilidad o certeza, cuestión sugerida por la doctrina del *stare decisis*, la cual parte “del precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión” (Iturralde citada en Aguiló¹⁵).

Continuando con Aguiló¹⁶, las reglas jurídicas se pueden clasificar entre normas de derecho objetivo, entendidas como las que el juez tiene el deber de recurrir por formar parte del ordenamiento jurídico vigente, y normas que el juez aplica, es decir, las que le sirven como premisa mayor o normativa de su razonamiento. Las consecuencias previstas en las normas del derecho objetivo, por ser de carácter general, son siempre prima facie, por lo que pueden ser derrotadas por otras al momento de su aplicación una vez consideradas todas las cosas (un ingrediente de aplicabilidad “a no ser que...”). En efecto, en muchos casos, los jueces tienen que afrontar problemas de indeterminación del derecho objetivo que resuelven mediante diversos criterios que les permiten llegar a formular y justificar la norma que aplican al caso. Estos criterios, junto con la nueva norma, constituyen la norma de origen judicial.

Bajo el entendido de que una decisión no subsiste sin su correspondiente justificación, la norma jurídica de origen judicial comprende también las razones que la justificaron (*ratio decidendi*). Sin embargo, no constituye una norma *de todo o nada*; cuya aplicación por el intérprete subsecuente dependa únicamente de una cuestión de validez y/o aplicabilidad - como al día de hoy entenderíamos la jurisprudencia-, sino que, según una doctrina bien entendida, el precedente -la norma de creación judicial- deja tres alternativas al juez o tribunal que deba decidir un caso similar:

- 1) Aplicar el precedente (*declare*).
- 2) Mostrar que el caso no es lo suficientemente similar en sus aspectos relevantes como para aplicarlo (*distinguish*).
- 3) Razonar en contra de lo vertido en el precedente y anularlo (*overrule*).

El ejercicio de esta libertad para atender, disentir o incluso modificar frente al precedente, nos comenta Alexy¹⁷, deberá ejercerse con un compromiso de *universabilidad*, es decir, el de tomar la misma decisión en todos los casos iguales en sus aspectos relevantes. Bajo un

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2007, p. 377.

contexto que toma en cuenta el valor del precedente, los jueces están constreñidos a tomar sus decisiones a partir de las circunstancias propias del caso y del derecho aplicable, sin importar otros aspectos que no resulten determinantes -compromiso con su independencia-; sin importar las partes involucradas -compromiso con la imparcialidad-, a menos que existan elementos objetivos para establecer un trato diferenciado -compromiso con la equidad y la igualdad-; y siempre privilegiando la mejor solución del conflicto -corrección jurídica-.

Resolver de manera constante y congruente en casos similares es una buena manera que tiene el juez para mostrar que no tiene ningún interés personal en los asuntos, sino que se rige por la objetividad judicial¹⁸.

Por corrección jurídica no es que se asuma la teoría de *la única respuesta correcta*, simplemente se hace referencia a una cuestión de enfrentar el conflicto jurídico con la intención de ofrecer a las partes la mejor solución posible. Es precisamente esta actitud la que invita a la crítica y a partir de la cual se admite la posibilidad de distinguir o separarse del precedente; pues, frente a una controversia en concreto, lo ya resuelto no siempre constituye la mejor solución posible.

Ahora, las normas de creación judicial son el fruto de la actividad interpretativa, como de la ponderación de los principios inmiscuidos en el caso. A su vez, se pueden presentar como razones de primer orden o subyacentes, dependiendo del problema que suponga el caso: de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación¹⁹.

En este orden de ideas, se considera que las reglas o normas de fuente judicial se integrarán de los siguientes elementos:

- 1) El supuesto de hecho que resultó relevante para la resolución del caso.
- 2) La decisión propiamente hablando, es decir, la situación jurídica creada.
- 3) La justificación.

Si bien estas normas están destinadas a modificar el derecho objetivo, lo cierto es que no se pueden pensar a partir de un pensamiento sistemático, como lo serían las normas de otro tipo de fuentes, sino que tienen que ser tratadas a partir de un pensamiento problemático²⁰. De esta manera, se observa que los jueces, al momento de hacer efectivo y aplicable el derecho (objetivo), introducen nuevas normas que complementan el ordenamiento jurídico.

En la tradición jurídica mexicana se habla de la jurisprudencia para referirse al conjunto de razonamientos que han vertido los tribunales superiores o de alto rango, que genera un

¹⁸ Vicente y Guerrero, Guillermo, "Hacia la legitimidad ética de la decisión jurídica: los principios de ética judicial (CGPJ, 2016)". En Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 44, España, 2021, <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.14>, p. 355-356.

¹⁹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IJ-UNAM, 2005, p. 112 y siguientes.

²⁰ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, 2ª Edición, trad. de Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 2016, p. 55 y siguientes.

vínculo o una obligatoriedad para el resto de los jueces y tribunales de menor jerarquía. Sin embargo, este modelo de sistematización convive (cada vez más) con el modelo a partir de precedentes del *common law* -ejemplo de ello es la doctrina judicial en materia electoral-. La única diferencia sería que la jurisprudencia goza de mayor institucionalidad al haber sido objeto de una declaración a partir de una norma que confiere el poder para ello, mientras que el precedente único aún no ha sido reconocido como tal, salvo el aprobado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la reforma constitucional al artículo 94 del 11 de marzo de 2021, que quedó como sigue:

Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.

Llama la atención la redacción elegida por el constituyente al hablar de la configuración del precedente a partir de las *razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias*. Reafirma de alguna manera la estructura compleja descrita en estas páginas y también invita al análisis en cuanto a la distinción o separación respecto del precedente.

Esta disposición constitucional pudiera interpretarse en el sentido de que la obligatoriedad del precedente radica en la atención a las *razones que justifiquen las decisiones* de las sentencias de la Corte. En el *juego* de las razones, siempre habrá posibilidad de ofrecer nuevas y mejores razones; o bien, de analizar si las circunstancias del caso ameritan la misma solución por las mismas razones. En todo caso, frente a un precedente de esta naturaleza, aprobado por mayoría de ocho votos del Pleno o de cuatro votos en Salas, se impone al intérprete posterior la carga de reforzar su argumentación en atención al precedente, la cual se intensifica si decidiera separarse del mismo.

Hasta este punto, lo que se ha querido sostener es que la atención al precedente imprime todavía un mayor dinamismo al derecho a partir de los propios conflictos presentes en la sociedad.

Los jueces, caso por caso, tienen la posibilidad de transformar el derecho objetivo a partir de la ética de la universalidad, con los compromisos que conlleva asumir que la propia resolución sienta un precedente para la resolución de casos a futuro, y bajo una perspectiva crítica a la que invita la idea de la corrección jurídica.

Si bien tiene sus críticas, quizás por optimista, siempre vale la pena acudir a la metáfora propuesta por Dworkin de la *novela en cadena*²¹. Este autor piensa a los jueces como partícipes de una misma narración, en donde cada pronunciamiento se efectúa con el propósito de mejorar la historia que se cuenta a partir del derecho.

III. El precedente y la analogía.

²¹ Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press, 1986, p 228-230.

Si bien se puede intuir de lo expuesto hasta ahora, Sobarzo lo expone de mejor manera a continuación²²:

Uno de los aspectos necesarios para entender cómo funciona el precedente es la idea de asimilación de ciertos elementos de un precedente para su aplicación en otro posterior. De igual forma, es necesario referirse a la distinción, es decir, la manera como, en un momento dado, los elementos que podrían ser utilizados en un precedente no resultan aplicados a partir de destacar algunos aspectos diferenciadores. Aquí es importante señalar que en el fondo de la cuestión está la analogía y todas sus variantes y grados de manifestación.

En efecto, si la doctrina del *stare decisis* implica que los casos por resolver que sean similares a los casos decididos se deberán resolver de forma similar, tenemos que la base operativa del precedente es el argumento analógico, definido por Atienza²³ como aquel que permite la igualdad de tratamiento de dos casos, ya sea porque dos individuos u objetos poseen una cualidad en el mismo o similar grado (*a pari*), o bien porque uno de ellos lo posee en mayor grado que el otro (*a fortiori*).

Otra de las tesis de este autor, es que la analogía tiene como resultado la creación de derecho, sin embargo, no se ha de considerar como una fuente formal, pues no tiene por objeto colmar una laguna jurídica. En todo caso, las lagunas se crean a partir de la propia norma surgida de la analogía. Pues su tratamiento posterior consistirá en dilucidar si su aplicación es *extensible* o no al caso en concreto.

Para mayor ilustración, tomemos como ejemplo una regla que permita la asistencia de mascotas en un restaurante:

Supongamos que se presenta una situación en la que pretende entrar al restaurante una persona con un oso, el cual, afirma, es su mascota. En dicha situación, el propietario del restaurante estaría frente a dos posibilidades: permitir su entrada en atención estricta a la regla según la cual se permite la asistencia de mascotas o, bien, prohibirle la entrada.

Para continuar el ejemplo, asumamos que el restaurantero se inclinó por su segunda opción, es decir, prohibir la entrada a la persona acompañada del oso. Si el caso llegara al conocimiento de un juez, este tendría la posibilidad de admitir que la regla *se permite el acceso con mascotas*, incluye la regla *se permite el acceso con oso, si se tiene como mascota*; o bien, establecer una nueva regla que diga *se prohíbe el acceso con osos*. En ambos casos, el juez tendría que desarrollar la justificación correspondiente, ya sea para razonar en el sentido de que un oso pueda considerarse como una mascota y para señalar porqué es que prohibirle la entrada fue inadecuado; o bien, en el sentido de que la situación en concreto no puede guiarse por esta regla, sino por una distinta según la cual, a pesar de estar permitida la entrada de mascotas, fue adecuado prohibir la entrada de un oso.

²² *Op. cit.*, p. 71.

²³ Atienza, Manuel, "Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 02, 1985, pp. 223-229, <https://doi.org/10.14198/DOXA1985.2.15>

Nuevamente, para favorecer este ejercicio, tengamos que el juez se inclinó también por validar que el oso no podría ingresar al restaurante. Ahora, si en el futuro alguien más intentara acceder al establecimiento con un oso, quedarían pocas dudas respecto de la aplicabilidad de la prohibición creada por el precedente. Imaginemos, entonces, que un nuevo comensal que intentara ingresar con un tigre y se le impidiera el acceso y el caso llegara al mismo juez. Nuevamente, estaría frente a dos posibilidades. Extender la regla *se prohíbe el acceso con osos* al caso de los tigres, o bien, limitar la regla exclusivamente a las personas que acuden con osos. Para ello, se tendría que preguntar si existen las mismas razones -analogía *a pari*- o, incluso, mayores razones -*a fortiori*-, para prohibir el acceso con un tigre que aquellas que justificaron la prohibición del acceso con un oso.

De tal manera que se vería obligado a revisar las razones que, en un primer momento, le llevaron a establecer la regla *se prohíbe el acceso con osos*, a efectos de verificar si los tigres cumplen con condiciones que actualicen dichas razones en un grado similar o mayor. Si entre dichas razones se encontrara, por ejemplo, la peligrosidad del animal que pone en riesgo la integridad de los demás comensales entonces habría que preguntarse si es posible afirmar que el tigre es peligroso en un grado similar o mayor al oso.

La continuidad de un precedente se ubicará en una dialéctica entre extensión y reducción de su aplicabilidad. La norma que se origina no siempre tiene una formulación clara y es el argumento analógico el que la va configurando. Como se advierte en el ejemplo, la regla *se prohíbe el acceso con osos*, en realidad tenía como fundamento otra regla más general según la cual *se permite el acceso con mascotas, salvo si se trata de animales peligrosos*.

Aunque en principio parece que son las condiciones factuales las que mantienen la unidad de los casos a partir de la analogía, lo cierto es que, como refiere Atienza²⁴, dicha unidad tiene más bien una fuente axiológica²⁵. El precedente extenderá o reducirá su aplicación en casos futuros en tanto cumpla con la justificación valorativa por la cual tuvo lugar en un inicio.

El precedente frente al argumento de autoridad.

Lo cierto es que, en un caso de esta naturaleza, una resolución judicial no podría consistir exclusivamente en la nueva regla introducida: *permitir la entrada de mascotas incluye la entrada de osos* o bien, *permitir la entrada de mascotas no necesariamente incluye la entrada de osos*.

A diferencia de las disposiciones jurídicas de otra naturaleza, como lo pudieran ser las leyes u otras reglas, una resolución jurisdiccional sí exhibe las razones que dan lugar a la introducción de la solución decidida. Si le damos lectura, por ejemplo, al artículo en el Código Penal que tipifica el homicidio, no encontraríamos la conveniencia de considerar como un delito el acto de privar de la vida a otra persona. Aunque, por supuesto, lo más

²⁴ *Ídem*.

²⁵ En el caso imaginario, lo podría ser el deber de protección de la integridad de los demás comensales.

probable es que existan buenas razones para ello, que nos llevan a regirnos por la regla ahí establecida y procuramos abstenernos de realizarla.

Lo cierto es que esta legitimidad que lleva a los destinatarios de la regla a su cumplimiento puede recargarse en múltiples factores: la autoridad de quien proviene, el temor a la sanción o, justamente, las razones de principio que le preceden. La acción se definirá en función del valor que cada persona otorga a estas consideraciones -el balance de razones-²⁶.

Pareciera, entonces, que la principal característica por la que se configura es su origen autoritativo y, por lo tanto, su atención se debe más bien a un *argumento de autoridad*, lo que no debe entenderse a un argumento de *mera* autoridad. El precedente no adquiere su valor exclusivamente por ser de origen judicial.

Claramente, el argumento de autoridad adquiere un peso significativo en la aplicación del precedente de los tribunales superiores por parte de un tribunal inferior. Sin embargo, incluso en el supuesto del precedente *vertical*, el que viene desde arriba, la validez o fuerza de este no puede sujetarse exclusivamente a la autoridad que posee quien lo haya aprobado. Dependerá también de la solidez de las premisas. El argumento de autoridad es siempre *derrotable*, por lo que se sostiene lo dicho con anterioridad, en el sentido de que frente al precedente siempre cabe la posibilidad de romper con su inercia y separarse del mismo²⁷, siempre que existan buenas razones para ello.

Por lo tanto, aunque se le deba dar un peso a la autoridad detrás del precedente, el argumento analógico en función de su carga axiológica se mantiene como la operación básica en su aplicación.

IV. Contexto práctico para los jueces en México -la era de la justicia constitucional-

En el presente apartado señalaremos algunos aspectos que han consolidado el fenómeno del constitucionalismo en México y cómo es que esta transición ha generado un contexto bastante favorable para la consolidación de una cultura del precedente en México.

La reforma en materia de derechos humanos de 2011.

El proceso de desarrollo normativo para la constitucionalización del orden jurídico mexicano tuvo su avance más significativo en junio de 2011 mediante la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Entre muchas otras cosas, para el Poder Judicial, esta reforma significó más que nada un reto argumentativo. Los medios de control constitucional ya no tienen como horizonte la supremacía constitucional o los criterios de uniformidad del sistema jurídico a partir de la

²⁶ Gómora-Juárez, *El precedente judicial...*, op. cit., p. 26-27.

²⁷ Atienza, Manuel, "Los argumentos de autoridad en el Derecho", en *Curso de Argumentación Jurídica*, España, Editorial Trotta, pp. 420-422.

garantía de la constitución, sino la materialización de los derechos y principios constitucionales como último criterio de valoración y justificación del derecho.

En lo que se refiere a la cultura de vinculación del precedente, esta reforma presenta una contribución paradigmática en varios aspectos: por un lado, la construcción del modelo de control de convencionalidad de oficio, en constante diálogo con la Corte Interamericana, y, por el otro, el abandono del sistema de *oficialización* de la jurisprudencia en las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

La revolución del caso Radilla.

La sentencia de la Corte Interamericana conocida como *Caso Radilla*²⁸ motivó una verdadera “revolución” en la justicia constitucional mexicana. Entre sus efectos, se obligó al poder judicial a llevar a cabo un control de convencionalidad difuso y *ex officio*; restringir la interpretación del fuero militar y, por último, a implementar medidas administrativas de capacitación al personal jurisdiccional y jurídico respecto del sistema interamericano de derechos humanos y para el debido juzgamiento del delito de desaparición forzada²⁹.

El control de convencionalidad difuso y *ex officio* configura un verdadero caldo de cultivo en favor de un sistema de precedentes. Por un lado, si cualquier juez está facultado -u obligado- a ejercer el control convencional, significa que no sólo deberá analizar la norma aplicable al caso a partir de los tratados internacionales en materia de derechos humanos -particularmente la Convención Americana-, sino que además encontrará entre su acervo de normas aplicables aquellas presentes en las sentencias de los tribunales competentes para su interpretación y aplicación -especialmente la Corte Interamericana-. Pues el parámetro de regularidad se compone tanto de los propios tratados como de los precedentes correspondientes.

En el expediente Varios 912/2010, la Suprema Corte hizo una distinción entre aquellos asuntos en los que el Estado mexicano es parte y en los que no. En los primeros, el precedente interamericano resulta vinculante, como consecuencia de un principio de «cosa juzgada», pues las autoridades mexicanas, incluidas las jurisdiccionales, están impedidas de hacer cualquier cuestionamiento respecto de su efectividad, por lo que deben proceder a su cumplimiento en sus términos.

En los asuntos en que México no haya sido parte, el precedente sería considerado únicamente un criterio orientador (ya se habló de las alternativas de los jueces ante los precedentes). No obstante, este criterio fue matizado tiempo después para admitir el carácter vinculante de un precedente de la Corte Interamericana siempre que resulte “más

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, CASO RADILLA PACHECO VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/5.pdf>

²⁹ Cossío, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, en *Cuestiones Constitucionales*, número 26, pp. 31-63, <https://www.redalyc.org/pdf/885/88523358002.pdf>.

favorecedor para la protección de los derechos humanos³⁰ -compromiso con la corrección jurídica-.

La publicidad de las sentencias.

El 13 de agosto de 2020 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 73 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el sentido de obligar a los poderes judiciales federal y de las entidades federativas, a poner a disposición del público las versiones públicas de todas las sentencias emitidas.

Un efecto secundario al de una mejor relación de rendición de cuentas entre los tribunales y la ciudadanía, será la consolidación del precedente entre los tribunales ordinarios. Previo a esta reforma, la única manera en la que el gremio de la abogacía y la ciudadanía en general podía conocer la forma de *pensar* de los jueces era litigando. No obstante, no se contaba con ninguna garantía de que un juez se ajustara a un precedente que no constituyera jurisprudencia o un criterio de parte de un tribunal superior.

En cambio, un contexto en el cual todas las sentencias son accesibles, es decir, en el que todas las personas tengamos acceso a los razonamientos vertidos por los jueces en sus resoluciones, definitivamente compone un incentivo para atender los precedentes, pues las partes en conflicto tendrán acceso a conocer cómo se han resuelto en el pasado controversias similares a las que sostienen y cuáles son las razones para sostener una u otra postura.

Por lo que los jueces se verán en la necesidad de entablar un diálogo necesario con sus propias resoluciones e, incluso, con las de otros jueces del mismo grado -precedente horizontal-. Situación que enriquecerá *el relato en cadena* de la justicia cotidiana.

Cabe recordar que este diseño normativo e institucional no tuvo como principal objetivo la instauración de un sistema judicial basado en los precedentes. Además, aún existen resistencias culturales en contra del precedente, no sólo provenientes del formalismo sino de la generalidad de operadores jurídicos.

Sin embargo, existen algunas prácticas que pueden facilitar la atención a los precedentes, tanto los propios -*auto precedente*-, como los de otros tribunales de igual jerarquía -*precedente horizontal*- y, por su puesto, los de tribunales de mayor jerarquía -*precedente vertical*-.

V. Propuestas prácticas.

Como se señaló anteriormente, buena parte de la identificación adecuada del precedente aplicable, es decir, aquel que ofrece una posible solución al problema en cuestión, pasa por advertir sus elementos: los hechos relevantes, el razonamiento jurídico y la respuesta dada.

³⁰ Tesis P./J. 21/2014 (10ª.) Pleno. JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I.

En este sentido, pueden implementarse algunas acciones metodológicas relacionadas con la redacción y análisis de las sentencias³¹:

- a) La claridad en la redacción, privilegiando en todo momento la exposición de los hechos y criterios que sirven de base a la decisión de fondo y que reduzca al mínimo las opiniones o referencias tangenciales (*obiter dicta*).
- b) Es muy útil plantear la cuestión jurídica en forma de preguntas y ofrecer respuestas explícitas y congruentes con el problema que se expone;
- c) Si se va a atender un precedente, incluso una jurisprudencia, efectuar un ejercicio más detallado de argumentación para mostrar la analogía entre el caso decidido y el que se va a resolver;
- d) Hacer manifiesto si la resolución de fondo implica el resultado de una interpretación, ponderación o de alguna otra operación del razonamiento lógico-jurídico.

Ahora, el precedente no constituye únicamente una metodología o una forma de operar el derecho que atiende a las decisiones previas, propias o de otros tribunales; sino un sistema complejo que determina la forma en la que abordamos los problemas, es decir, los conflictos.

Por ello, junto a una adecuada metodología, su implementación trae consigo una serie de compromisos éticos:

1. Un compromiso para que sus decisiones sean universalizables, es decir, que sean válidas para casos sustancialmente iguales en el futuro;
2. Un compromiso argumentativo, según el cual una decisión se componga de *razones, razones y más razones*;
3. Un compromiso de corrección jurídica que implique la búsqueda de la mejor solución y la no vinculación con un *mal* precedente;
4. Finalmente, un compromiso con la resolución de fondo del conflicto.

En este sentido, la cultura del precedente constituye una mayor conexión entre el juez y el caso que tiene enfrente. Llevándole a rechazar la alegoría de la justicia ciega, no para distraerse, sino para fijar su mirada en los hechos relevantes, las circunstancias de las partes y en el conflicto.

³¹ Ver Bernal Pulido, Carlos *et al.*, "Hallazgos y propuestas para el sistema de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Bernal Pulido, Carlos *et al.*, (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, pp. 355-363, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-05/EI%20Precedente%20en%20la%20SCJN.pdf>