

Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes

On Summarizing Case-Law and Precedents

Álvaro Núñez Vaquero*

El gobierno de la democracia puede definirse como el gobierno del poder público en público

Bobbio (1998, p. 34)

Recepción: 14/02/2022

Evaluación: 28/03/2022

Aceptación final: 26/04/2022

Resumen: El objetivo del presente trabajo es realizar una reconstrucción y análisis crítico de los mecanismos institucionalizados de identificación de *rationes decidendi*, esto es, las normas formuladas o empleadas en decisiones jurisdiccionales para la decisión y justificación de otros casos. En primer lugar, se comienza con una introducción dando cuenta de la importancia y actualidad del fenómeno. En segundo lugar, se establecen los conceptos fundamentales de toda teoría y/o doctrina del precedente: precedente, regla del precedente y *ratio*. En tercer lugar, se analiza en qué

* Doctor en Filosofía del derecho y bioética jurídica, Università degli Studi di Genova, Italia. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia, España. Correo electrónico: a.nunezvaquero@um.es La presente publicación se enmarca dentro del Proyecto Papiit IN302422 de la Universidad Nacional Autónoma de México. Una versión previa de este trabajo fue discutida en la U. Pompeu Fabra. Agradezco a sus participantes por todos sus comentarios, a Lorena Ramírez, y Víctor García Yzaguirre por sus comentarios privados. También me han sido extremadamente útiles los comentarios sobre la materia de Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, así como de los amables evaluadores de este trabajo.

consisten estos mecanismos de identificación institucionalizada de las *rationes*. En cuarto lugar, se presentan algunas ventajas que conlleva incorporar mecanismos de este tipo en un ordenamiento jurídico. En quinto lugar, se analizan algunos de los supuestos peligros que entrañarían dichos mecanismos. En sexto lugar, se analizan dos peligros reales que sí conlleva la identificación de *rationes* mediante estos mecanismos. Se finaliza con unas brevísimas conclusiones.

Palabras clave: precedente, *ratio decidendi*, mecanismos institucionalizados de identificación, seguridad jurídica, separación de poderes.

Abstract: The objective of this work is to carry out a reconstruction and critical analysis of the institutionalized mechanisms for identifying *rationes decidendi*, that is, the norms formulated and/or used in jurisdictional decisions for the decision and justification of other cases. In the first place, it begins with an introduction giving an account of the importance and relevance of the phenomenon. Secondly, the fundamental concepts of any theory and/or doctrine of precedent are established: precedent, rule of precedent and *ratio*. Thirdly, it analyzes what these mechanisms of institutionalized identification of the *rationes* consist of. Fourth, some advantages of incorporating mechanisms of this type into a legal system are presented. Fifth, some of the supposed dangers that such mechanisms would entail are discussed. Sixthly, two real dangers that the identification of *rationes* using these mechanisms involves are analysed. It ends with some very brief conclusions.

Keywords: precedent, *ratio decidendi*, institutionalized mechanisms for the identification, legal certainty, separation of powers

1. Introducción

El objetivo del presente trabajo es llevar a cabo un análisis acerca del fenómeno de la maximización o *sumulización* del derecho de origen jurisprudencial.

dencial en los últimos años. Aunque no se trata de un fenómeno reciente,¹ los sucesivos avances en la legislación en el uso de precedentes han dotado de mayor visibilidad a los actos jurídicos mediante los que se identifica institucionalmente² la(s) *ratio(nes) decidendi* de uno o varios precedentes.

La identificación de *rationes* es una de las singularidades de la forma de entender los precedentes en el *civil law*. Es decir, se trataría de un elemento que distinguiría la manera de entender los precedentes en los ordenamientos de *civil law* frente a aquellos de *common law* (Passanante, 2018, p. 149). En efecto, resulta del todo extraño a la cultura jurídica anglosajona que un órgano –de manera institucionalizada y más aún si no es mediante un acto jurisdiccional– disponga de la competencia para establecer la *ratio* de un precedente (Passanante, 2018, p. 151). De hecho, los órganos jurisdiccionales del ámbito angloamericano se abstienen de identificar canónicamente las *rationes* de sus propias decisiones.³

Estos fenómenos de institucionalización de la identificación de las *rationes* han provocado no pocas críticas; entre otras, aquella de la supuesta desvirtualización de los sistemas de precedentes que habría corrompido uno de sus elementos más importantes y apreciables (Camarena, 2022; Garay, 2013, pp. 74 ss.; López Medina, 2016b, pp. 61-62; Marinoni, 2003, pp. 283 ss.; Taruffo, 2014, p. 13; Taruffo, 2015, p. 28): su vinculación con los hechos del caso. Por ello, se hace necesaria una valoración de los riesgos, supuestos y reales, que implica un sistema de identificación institucional de *rationes*. No obstante, también es necesario señalar las evidentes ventajas que tales sistemas producen.

¹ Se trata de un fenómeno que en el ordenamiento mexicano data de finales del siglo XIX y en el italiano al menos de 1924. Véase, para el caso mexicano Saavedra Herrera (2018, pp. 296 ss.); para el italiano, véase Passanante (2018, pp. 120) y Genovese, (2008).

² Por “identificación institucionalizada” de *rationes* entiendo todo aquel acto jurídico, reconocido por una norma del ordenamiento, para establecer o fijar cuál es la *ratio* de una decisión jurisdiccional.

³ Esta última afirmación podría ser discutible en la medida en que, en ocasiones, tribunales del ámbito angloamericano, pero especialmente estadounidense, sí formulan en sus decisiones enunciados normativos. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el *civil law*, no es nada frecuente que se afirme, expresamente, que se está identificando la *ratio*.

Más allá de la *vexeate questio* acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho,⁴ la identificación institucional de *rationes* es un fenómeno que afecta a la conformación de las normas aplicables en nuestros ordenamientos. En nuestros ordenamientos jurídicos hay decisiones jurisdiccionales que son normativamente relevantes para la decisión de otros casos, y los mecanismos institucionales de identificación de *rationes* vienen a confirmarlo.

Con todo, y más allá de qué tipo de relevancia tengan dichas decisiones para la resolución de otros casos, las decisiones jurisdiccionales muestran una importante diferencia a la hora de transmitir normas (Hart, 2004, pp. 155-157; Gómora, 2019, pp. 91 ss.) que las diferencian netamente de las normas de origen legislativo: la falta de identificación del texto que expresa la norma. En efecto, aunque tampoco faltan los ejemplos en los que órganos jurisdiccionales formulan enunciados normativos (y no únicamente proposiciones normativas de carácter descriptivo) en sus decisiones,⁵ normalmente carecemos de enunciados que identifiquen canónicamente⁶ las normas relevantes para la decisión de otros casos.

Esto es especialmente relevante en la actualidad porque, con posterioridad a los procesos de constitucionalización de nuestros ordenamientos jurídicos, la importancia de los órganos jurisdiccionales para establecer normas con carácter general ha crecido exponencialmente.⁷ De hecho, al mismo tiempo que algunos tribunales se atribúan a sí mismos competen-

⁴ Aquí no abordaré dicha cuestión debido a que considero que, formulada en los términos de la teoría normativa de las fuentes del derecho, no se puede encontrar una solución satisfactoria. Aquí, por el contrario, llevaré a cabo un ejercicio de teoría empírica de las fuentes del derecho. Véase, con todo, para el caso español, Ramírez Ludeña (2022).

⁵ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo español 3374/2021 viene a elaborar lo que el propio órgano llama el «abecedario del maltrato»: una serie de reglas conceptuales acerca de cuándo un comportamiento constituye maltrato. Véase la STS 3374/2021 de 15 de septiembre de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español.

⁶ Aquí, por identificación «canónica» hago referencia a todos aquellos actos en los que se formula, más allá de qué nombre (*ratio*, *súmula*, *massima*, tesis) reciba, en forma de enunciado normativo, la norma que el órgano encargado de identificar considera relevante para la decisión de otros casos.

⁷ Un caso paradigmático es la Corte Constitucional colombiana la cual, a partir de la idea de «doctrina probable», ha llegado a construir toda una doctrina acerca del valor de precedente de sus propias decisiones. Véase, (López Medina, 2016a, pp. 74 ss.).

cias para dictar normas de carácter general (López Medina, 2016b, pp. 28 ss.), algunos autores veían en la estabilización de sistemas de precedentes un límite para la discrecionalidad judicial (Moreso, 2009, pp. 286 ss.). La creación de un sistema de precedentes⁸ podría entonces servir para establecer normas vinculantes para otros órganos jurisdiccionales, limitando así la discrecionalidad de aquellos para innovar el derecho. Ello, como consecuencia, provocaría una estabilización en la forma de decidir los casos por parte de los tribunales y, de este modo, un aumento de la seguridad jurídica (Gascón, 2020, p. 168) y la igualdad formal.

Sin embargo, no es oro todo lo que reluce. Aunque no cabe duda de que la creación de un sistema de precedentes puede aumentar la seguridad jurídica y la certeza del derecho, en la cultura del *civil law* se ha dado una confianza desmesurada en la capacidad de los precedentes para orientar decisiones jurisdiccionales y, de este modo, limitar la discrecionalidad (cuando no la arbitrariedad) jurisdiccional (Gascón, 1993, p. 92; Marioni, 2013, p. 202). En efecto, debido precisamente a que en los países de derecho codificado la cuestión sobre si los precedentes (o la jurisprudencia) son o no fuente del derecho ha consumido demasiadas energías (véase, por ejemplo, Clemente de Diego, 2016, p. 76), se ha prestado muy poca atención a un asunto de lo más peliagudo: la interpretación de decisiones jurisdiccionales. A saber: si las decisiones jurisdiccionales tienen capacidad de orientar las decisiones posteriores a través de normas, estamos presuponiendo que podemos identificar tales normas.

Pero mientras que en la cultura jurídica del *civil law* la interpretación de decisiones jurisdiccionales ha sido una cuestión generalmente ignorada, aquella ha sido profusamente estudiada en el ámbito del *common law* (Cross y Harris, 2012, pp. 99 ss.; Goodhart, 2020a y 2020b; Montrose 1957a y 1957b; Simpson, 1958). De hecho, cuando juristas del *civil law* se han ocupado de esta cuestión, parecen haberse situado en dos polos opuestos: el Noble Sueño según el cual tendríamos un acceso inmediato e infalible al contenido de las decisiones jurisdiccionales (Garay, 2013, p. 74; López

⁸ Llamo sistema de precedentes al conjunto de normas que regulan al menos la identificación y la competencia para la creación de precedentes, y la existencia al menos de una decisión considerada como precedente.

Medina, 2016b, p. 61; Pulido Ortiz, 2018, pp. 260 ss.), y la Pesadilla más radical según la cual se puede atribuir cualquier significado a los enunciados normativos (Taruffo, 2009, pp. 447 y 559; Sierra Sorockinas, 2020, p. 74; Zorzetto, 2022).

Desde luego, podría objetarse que los precedentes tienen de por sí capacidad para orientar el comportamiento sin necesidad de que exista una formulación normativa que exprese la norma aplicada. Más allá de que la formulación del derecho en términos generales y abstractos parece un rasgo de la modernidad jurídica occidental, esto todavía no implica que los precedentes no tengan capacidad de orientar, mediante el ejemplo, el comportamiento. Sin embargo, la crítica realista al uso de los precedentes en la justificación jurisdiccional –pudiendo ser empleado el mismo precedente tanto para justificar la tesis del demandante como aquella del demandado (Tarello, 1962, pp. 162 ss.)– deben hacernos sospechar de su capacidad, al menos en la práctica habitual de nuestros ordenamientos, de guiar el comportamiento. Esto no significa que los ejemplos no orienten en absoluto, pero parece que menos que las formulaciones de carácter general.

En este contexto, en algunos ordenamientos jurídicos han establecido –como Perú o Brasil–, o han recuperado con nueva fuerza –como en México o Italia–, algunos mecanismos de identificación institucional de *rationes*: procedimientos, regidos por normas acerca de la competencia (Ferrer, 2000, p. 154), para señalar cuál es la *ratio* de un caso, es decir, qué norma(s) –formulada(s) o empleada(s) en una decisión jurisdiccional y que innova el ordenamiento⁹– es relevante para la solución de otros casos. De esta manera, se vendría a atajar uno de los problemas más importantes de la práctica de precedentes: la identificación de un texto que exprese la *ratio*.

⁹ Suele considerarse que, para que una decisión cuente como precedente, su *ratio* debe innovar el ordenamiento jurídico. Con todo, qué debemos entender por “innovar” es una cuestión más controvertida de lo que podría parecer. Véase (Núñez Vaquero, 2022b, cap. VI, 2.2.2.).

2. Los términos clave: precedente, regla del precedente y *ratio decidendi*

Antes de adentrarnos en cómo operan dichas identificaciones institucionales de *rationes*, es preciso fijar qué se puede entender por cada uno de los términos clave en relación a toda teoría (y doctrina) del precedente: precedente, regla del precedente y *ratio decidendi*.

2.1. Precedente

Desde luego, existen múltiples conceptos de “precedente”, pero no es este el lugar indicado para entrar a discutir cada uno de ellos (Chiassoni, 2012, pp. 214 ss.; Iturralde, 2013, p. 195; Núñez Vaquero, 2022b, cap. III). Aquí me limitaré a formular un concepto de precedente útil a los fines de este trabajo –mostrar la relevancia, beneficios y problemas que plantea la práctica de la identificación institucional de *rationes*– y a subrayar algunas de sus características más importantes.

Por “precedente” entenderé aquellas decisiones jurisdiccionales –i.e. el producto lingüístico del proceso de decisión– que contienen (usan o meramente mencionan) una norma (nueva) dotada de relevancia normativa para la decisión de otros casos (*ratio decidendi*), dictada por un órgano jurisdiccional. Y por “órgano jurisdiccional” entiendo aquel que tiene atribuida (o reconocida) la competencia para calificar jurídicamente casos (genéricos o individuales) basándose no únicamente en normas de tipo procedimental.

Es importante señalar tres elementos de esta definición de precedente. (i) El primero es el carácter eminentemente lingüístico de los precedentes, es decir, se trata de conjuntos de enunciados que vienen a calificar un determinado caso, pero a los que hay que dotar de significado. (ii) El segundo elemento es que se trata de órganos creados o reconocidos por algún ordenamiento jurídico, mediante una norma de competencia. (iii) El tercero es que sus decisiones no están sometidas únicamente a normas de procedimentales, lo que permitiría distinguir a tales órganos de aquellos de carácter legislativo.

Son necesarias dos acotaciones posteriores respecto de este último punto. La primera de ellas es que, más allá de alguna supuesta naturaleza de los órganos, lo fundamental es distinguir entre actos de carácter legislativo y actos de carácter jurisdiccional. Ello se debe a que hay órganos de carácter eminentemente legislativo que llevan a cabo actos de carácter jurisdiccional; y, al contrario, órganos de carácter eminentemente jurisdiccional que llevan a cabo actos de carácter (para-)legislativo. Ejemplos de lo primero lo encontramos en todos aquellos órganos que resuelven acerca de la posibilidad de desaforar a uno de sus miembros o las decisiones administrativas que toman.¹⁰ Ejemplos de órganos jurisdiccionales tomando decisiones legislativas son los Plenos no jurisdiccionales españoles, los Autos Acordados chilenos, las “acordadas” argentinas o los *provvedimenti* de la *Corte di Cassazione* italiana.¹¹

La segunda cuestión es que en los actos legislativos, se tiene que –además de aplicar determinadas normas de competencia– no violar determinadas normas sustantivas. En el caso de los actos jurisdiccionales, además de las normas de competencia y no violar normas jerárquicamente superiores, es preciso –para que el acto sea válido– aplicar también determinadas normas sustantivas, al menos cuando el ordenamiento jurídico resuelve el caso.

2.2. Regla del precedente

Una vez que tenemos claro que los precedentes son conjuntos de enunciados normativos que resuelven un caso (genérico o individual) y que

¹⁰ Me refiero a todas las decisiones jurisdiccionales que toman los órganos administrativos de las cámaras legislativas acerca del procedimiento, admisibilidad, votación, etc., en el *iter* legislativo.

¹¹ Por poner solo algunos ejemplos: la *Corte di Cassazione*, en su *Provvedimento di Motivazione Semplificata* de 22 de marzo de 2011, dicta normas, formuladas canónicamente mediante un articulado de enunciados normativos, que “llaman” a los miembros de la propia Corte a acudir a la motivación simplificada en determinados supuestos, entre ellos cuando la cuestión ya haya sido resuelta por la propia Corte, aunque especificando claramente cuál es la *ratio* de la decisión en la que se justifica la decisión simplificada.

contienen una norma (la *ratio decidendi*) relevante para la decisión de otros casos, es preciso preguntarse en qué sentido o por qué la *ratio* de un caso es relevante para la solución de otros casos. Sin embargo, nada hay aquí de misterioso: si una norma general contenida y/o aplicada en un precedente es relevante para la decisión de otros casos, es porque hay otra norma que indica tal relevancia.

Algo más difícil es precisar en qué consiste dicha relevancia. En efecto, hasta el día de hoy se sigue discutiendo en qué sentido los precedentes son vinculantes, en qué grado, qué tipo de razones generan, produciendo una ya muy abultada bibliografía. Como no es el lugar indicado para ocuparse en extenso de esta cuestión (Núñez Vaquero, 2022b, cap. IV.; id. Núñez Vaquero, 2021), bastará una breve caracterización de la regla del precedente.

No obstante, la regla del precedente, antes que una sola norma sobre la relevancia de las *rationes*, constituye un conjunto de normas que (i) sirven para identificar qué decisiones cuentan como precedentes y que (ii) limitan el contenido de otras decisiones al seguimiento, aplicación o mención de otra norma (la *ratio*), precisamente formulada en una decisión jurisdiccional considerada como precedente.

(i) Desde luego, no toda decisión jurisdiccional constituye un precedente.¹² Por el contrario, existen normas que permiten identificar qué decisiones jurisdiccionales cuentan como precedentes, aunque aquellas pueden estar infradeterminadas. Los órganos jurisdiccionales y la cultura jurídica interna emplean criterios de carácter general para identificar determinadas decisiones como precedentes.¹³ Aunque estos criterios son contingentes y pueden cambiar de uno a otro ordenamiento, algunos de estos criterios están presentes en diferentes ordenamientos jurídicos.¹⁴

¹² Esta tesis es en realidad contingente, puesto que es posible que un ordenamiento considere que todas las decisiones dictadas por sus órganos jurisdiccionales son precedentes al menos para sí mismos. Véase, no obstante, la nota siguiente.

¹³ Por ejemplo, nadie en el ordenamiento jurídico español pensaría que una decisión del Tribunal de Policía Local de Lampa (Chile) que aplica literalmente las normas del Código de Circulación chileno cuenta como precedente.

¹⁴ Por ejemplo: suele ser condición necesaria para que una decisión cuente como precedente que la *ratio* haya obtenido una mayoría de votos a la hora de votar la decisión, que la decisión haya sido publicada, etc. Véase Núñez Vaquero (2022b, cap. VI, 2).

Bien entendido: en la mayoría de ordenamientos se trata de normas que no han sido expresamente formuladas por el legislador, sino que han surgido de la propia práctica del reconocimiento de precedentes. Con todo, es importante no hacer colapsar dichos criterios de reconocimiento de precedentes con aquello que eventualmente un determinado órgano jurisdiccional reconozca como precedente. De este modo, aunque es posible que se reconozca de manera mayoritaria una decisión jurisdiccional que no satisface los criterios de identificación de precedentes, esto implicaría, primero, una violación de dichas normas para la identificación de precedentes¹⁵ y, segundo, eventualmente un cambio en tales criterios.

(ii) Con todo, la discusión se ha centrado en mucha mayor medida en el vínculo que crearían los precedentes para otros órganos (Alexander, 2015; Alexander y Sherwin, 2004; Arriagada, 2021; Horty, 2011; Lamond, 2005; Núñez Vaquero, 2021; Pulido Ortiz, 2021 y 2022). Sin embargo, la palabra “vínculo” o “vinculación” no es la más adecuada. Aunque los precedentes pueden ser vinculantes, también es posible que los órganos no estén vinculados por las decisiones previas, pero, aun así, siga teniendo sentido decir que existen precedentes porque son normativamente relevantes¹⁶ para otros casos.

Por ejemplo: cuando no existe ninguna consecuencia jurídica asociada al no seguimiento de los precedentes, es posible que aun así aquellos sean relevantes. En estos casos, no resulta buena idea reconstruir la regla del precedente como una norma permisiva o facultativa que permitiría emplear precedentes a la hora de justificar decisiones jurisdiccionales (Núñez Vaquero, 2021 y 2022a; Pulido Ortiz, 2021 y 2022). Si el seguimiento de precedentes estuviese meramente permitido, no podríamos dar cuenta de

¹⁵ Generalmente se considera que las normas constitutivas no pueden ser violadas. Sin embargo, si tenemos una norma que establece que algo cuenta como precedente si y solo si satisface determinadas características, entonces identificar otras decisiones como precedentes sí parece constituir una violación de tal norma.

¹⁶ Aquí estoy adoptando el concepto de relevancia normativa II de Alchourrón y Bulygin según el cual una propiedad del universo de propiedades es relevante si su ausencia o presencia determina un cambio en la calificación normativa de un tipo de acto. Véase Alchourrón y Bulygin (2012, pp. 151-152). Traducido en términos de normas, una *ratio* será relevante al menos cuando, frente a dos borradores de sentencia igualmente justificados, la presencia de una *ratio* que apoya uno de los borradores determina la mayor justificación de uno de ellos.

qué relevancia tendría emplear un precedente cuando un órgano, pudiendo no hacerlo, usa un precedente para justificar una decisión. Si a este interrogante respondemos diciendo que “no sucede nada”, sería tanto como afirmar que da lo mismo citarlo como no hacerlo. Sería, por decirlo de algún modo, como si los titulares de los órganos jurisdiccionales tuvieran un permiso para firmar las decisiones con bolígrafo verde: tanto si firma con verde como si lo hace con otro color, nadie emplearía este criterio para evaluar la justificación y, por tanto, la validez (corrección) de la decisión.

Pero las cosas son un poco más complicadas. Es posible que no citar un precedente no tenga ninguna relevancia, pero emplearlo para justificar otra decisión haga que se considere que la decisión está mejor justificada, siendo de este modo relevante.¹⁷ Para poder dar cuenta de esta diferencia es preciso señalar que, cuando hemos afirmado que la regla del precedente viene a condicionar el contenido de las decisiones jurisdiccionales al seguimiento, aplicación o mención de otras decisiones (*i.e.* sus *rationes decidendi*), no hemos especificado qué tipo de condición establece. Pues bien, es posible que la regla del precedente condicione de manera necesaria, suficiente, suficiente y necesaria, o únicamente de modo contribuyente, el seguimiento de precedentes.

Cuando la regla del precedente establece que el seguimiento de otras decisiones es condición necesaria para la validez de la decisión jurisdiccional, está calificando jurídicamente tanto el seguimiento como el no seguimiento: si el seguimiento es condición necesaria de la validez de la decisión, entonces el no seguimiento es condición suficiente para su invalidez. Pero no siempre la regla del precedente condiciona de este modo el seguimiento de precedentes. Por ejemplo: si la regla del precedente considera que el seguimiento de precedentes es condición suficiente (o contribuyente) para la validez de decisiones, entonces el no seguimiento no estará calificado jurídicamente.¹⁸

¹⁷ Aquí estoy presuponiendo la existencia de una norma, presente en la mayoría de nuestros ordenamientos, que considera que, entre varias decisiones jurisdiccionales posibles, es válida aquella que está más justificada. No obstante, la expresión “más justificada” adolece de una evidente ambigüedad.

¹⁸ Existe la posibilidad de tratar la relevancia normativa de los precedentes en términos de obligaciones y facultades (permisión de seguir y de no seguir). La cuestión

Si a la anterior reconstrucción le añadimos que la regla del precedente puede regular diferentes comportamientos –aplicar la misma *ratio*, aplicar una norma que sea consecuencia lógica, aplicar una norma axiológicamente coherente con la *ratio*, mencionar el precedente, hacer alguna referencia genérica a la jurisprudencia, etc. (Chiassoni, 2012, pp. 253-255; Vío, 2021; Zorzetto, 2022)– el panorama se complica enormemente. Antes que una regla del precedente, existe una variedad de reglas que condicionan de manera diferente el contenido de las decisiones judiciales.

Se trata, entonces, de una regla contingente, en el sentido de que puede estar dotada de diferentes contenidos dependiendo del ordenamiento jurídico de referencia. Es más, es perfectamente posible que un mismo ordenamiento tenga diferentes reglas del precedente vigentes en diferentes partes del ordenamiento jurídico. Pero también es contingente porque es perfectamente posible que un ordenamiento jurídico tenga una laguna sobre la relevancia normativa de los precedentes, o sencillamente que no tenga un sistema de precedentes en absoluto (Arriagada Cáceres, 2021; Núñez Vaquero, 2022a; Pulido Ortiz, 2021 y 2022).

2.3. *Ratio decidendi*

Después de aquel de la vinculatoriedad, el otro tema al que se le ha prestado mayor atención en el ámbito de los precedentes es a cómo identificar la *ratio*, esto es, la norma relevante para la decisión de otros casos. En efecto, desde principios del siglo XX se ha venido produciendo un debate en el ámbito del *common law* acerca de cómo se ha de identificar la *ratio* de los precedentes. Sin embargo, este debate acerca de cómo identificar la *ratio* ha eclipsado otra cuestión previa, de carácter conceptual: qué son las *rationes decidendi*.

Un enorme quebradero de cabeza se ha producido precisamente por no haber distinguido con suficiente cuidado entre ambas cuestiones: por un lado, qué son las *rationes* y, por el otro, cómo podemos identificarlas. En

requiere de un espacio del que aquí no dispongo, por lo que me permito remitir a Núñez Vaquero (2022a)

efecto, frecuentemente la literatura especializada ha mezclado ambas cuestiones a la hora de definir qué son las *rationes*: haciendo primero referencia a un elemento estructural que jugaría la norma considerada como *ratio* en la decisión jurisdiccional considerada como precedente, y señalando después su relevancia normativa para la decisión de otros casos (Stone, 2020, p. 168).

De este modo, concurren en la definición de “*ratio decidendi*” un elemento normativo (su relevancia para otros casos) y otro de carácter estructural (una norma que juega un papel especialmente importante en la justificación de la decisión). El problema es que disponemos de muy diferentes métodos para identificar cuál es la *ratio* de los precedentes: desde aquellos métodos que dan una especial relevancia a los hechos del caso (Goodhart, 2020a y 2020b), a quienes han sostenido que se trata de una premisa necesaria, suficiente o necesaria y suficiente para la justificación de la decisión considerada precedente (Cross y Harris, 2012, pp. 75 ss.; Marinoni, 2013, pp. 293 ss.). Así las cosas, no parece una muy buena idea incluir la forma en la que identificar las *rationes* a la hora de definir qué son.¹⁹ Por el contrario, el análisis conceptual debe estar dirigido –no ya a la elaboración de conceptos universales y/o atemporales, pero sí al menos– a la formulación de conceptos que nos sirvan para comprender el modo de funcionamiento de diferentes ordenamientos jurídicos (Bouvier, Gaido y Sánchez Brígido, 2007).

De hecho, esta diferente forma de identificar las *rationes* puede ser considerada como uno de las mayores diferencias entre la práctica de los precedentes en los ordenamientos de *civil* y *common law*. En efecto, mientras que en los países de derecho codificado se han empleado mayoritariamente técnicas de interpretación textual, en el ámbito angloamericano no se ha tenido mayor problema en afirmar que la *ratio* puede ser una norma no expresada en el texto de la decisión, por lo que su identificación no podría consistir únicamente en la atribución de sentido a fragmentos lingüísticos.

¹⁹ Dicho problema sería similar a aquel, en el que se incurre con frecuencia, de confundir el o los conceptos de validez con los criterios de validez de un determinado ordenamiento (o tipos de criterios). En efecto, aunque el concepto de validez puede ser reconstruido de múltiples maneras (pertenencia, obligatoriedad, existencia, etc.), tiene pretensiones de generalidad. En cambio, los criterios de validez son dependientes de cada concreto ordenamiento.

Aquí, para evitar este problema, definiré las “*rationes decidendi*” desde el punto de vista puramente normativo, es decir, como normas relevantes para la decisión de otros casos. Por supuesto, existen muy diferentes formas en las que las *rationes* pueden ser relevantes, pero podemos establecer un umbral mínimo de relevancia –para que siga teniendo sentido hablar de precedentes y *rationes*– según el cual las *rationes* deben funcionar al menos como condiciones contribuyentes para la justificación y, por tanto, la validez (corrección) de las decisiones jurisdiccionales.

3. Identificación institucional de *rationes decidendi*

Toca ahora adentrarse en la peculiaridad señalada al inicio del trabajo: existen, en diferentes ordenamientos, mecanismos institucionales –i.e. procedimientos regulados por normas constitutivas– que establecen quién, y en ocasiones también cómo, debe identificarse la *ratio* de los casos.²⁰ Par-
tamos con algunos ejemplos para, después, caracterizar tales enunciados.

3.1. Cuatro ejemplos

Primer ejemplo: desde hace ya algunas décadas, en Brasil existe un sistema de *súmulas*, es decir, enunciados normativos provenientes de las más altas cortes –especialmente del Supremo Tribunal Federal de Brasil– que viene a establecer, a partir del análisis de sus propias decisiones, *súmulas*, formulaciones canónicas de normas empleadas o mencionadas en sus propias decisiones anteriores (Gonçalves, 2020, pp. 161 ss.; Soares, 2015, p. 148; Zanetti Jr., 2015, pp. 578 ss.).

Segundo ejemplo: en México existe, desde hace más de un siglo, un sistema mediante el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación emana documentos –“Tesis”– que vienen a establecer, a partir del análisis de su

²⁰ En México hay una reciente normativa acerca de cómo deben ser elaboradas las tesis (Acuerdo General 17/2019). Por su parte, en Italia no hay regulación expresa, sino una práctica solo parcialmente consolidada (Passanante, 2018, p. 125).

propia jurisprudencia, la formulación canónica de algunas normas (Saavedra Herrera, 2018; Martínez Verástegui, 2018; Camarena, 2018).

Tercer ejemplo: en Perú, desde hace algunas décadas, el Tribunal Constitucional tiene la competencia para declarar que una determinada decisión cuenta como precedente (art. vii del Código de Procedimiento Constitucional), lo que implica una especial relevancia de dicha decisión (no que el resto de decisiones no sean precedentes en el sentido mencionado) (Grández, 2015, pp. 207). Pero, además, el propio Tribunal Constitucional tiene que formular expresamente en la misma sentencia cuál es la *ratio* del caso.

Cuarto ejemplo: en Italia, casi de manera contemporánea con el nacimiento de la *Corte di Cassazione*, surge en su interior el *Ufficio del Massimario*, órgano encargado de establecer cuáles son las normas que han sido aplicadas por la Corte en sus decisiones y darle publicidad a las mismas. A diferencia de las anteriores, su valor normativo es extremadamente discutido (Sacco, 1988, 53; Passanante, 2018, p. 123; Zagrebelsky, 1988, p. 106).

3.2. Los enunciados que identifican institucionalmente *rationes decidendi*

Para caracterizar estos enunciados que identifican *rationes decidendi*, lo primero que hay que decir es que se trata de enunciados, o conjuntos de enunciados, de carácter meta-jurisdiccional. Dicho de otro modo: se trata de fragmentos lingüísticos que versan sobre, o citan a, otros enunciados o conjuntos de enunciados de carácter jurisdiccional. Las formas de identificación institucional de *rationes* tienen como resultado o producto un texto (*súmula* o “tesis”) que versa acerca de otro texto.

Antes de continuar, es preciso introducir cuatro grandes criterios que nos permitirán distinguir entre diferentes formas en las que se han institucionalizado estos mecanismos de identificación de *rationes decidendi*. (i) En primer lugar, es importante distinguir entre aquellas formas en las que la *ratio* viene fijada en el mismo texto de la decisión jurisdiccional (intratextual) de aquellos casos en los que la *ratio* es fijada en un docu-

mento diferente de la propia decisión (intertextual).²¹ (ii) En segundo lugar, también hay que distinguir entre si se atribuye o no valor normativo a los enunciados que establecen las *rationes*. (iii) En tercer lugar, es preciso distinguir entre identificaciones canónicas y no canónicas, es decir, cuando el texto de la *ratio* identificada institucionalmente tiene la forma de un enunciado normativo (canónica) o tiene cualquier otra forma (no canónica). (iv) En cuarto lugar, si la identificación de la *ratio* es propia (se identifica un fragmento de la decisión considerada precedente) o bien impropia (hay reelaboración respecto del texto del precedente)

En relación con el valor normativo de la identificación de *rationes*, hay que señalar que se asemeja a aquello que Kelsen llamaba interpretación auténtica (Kelsen, 2005, p. 354), es decir, aquella interpretación llevada a cabo por un órgano jurisdiccional y que indicaba la interpretación válida. Ahora bien, nada impide que un órgano jurisdiccional tenga atribuida la competencia para identificar la *ratio* de un caso, pero su competencia se limite a la determinación de la *ratio* solo para tal caso; o bien que tal competencia esté atribuida a algún otro órgano.

De hecho, es posible que un sujeto tenga atribuida la competencia para identificar *rationes decidendi*, pero tales identificaciones carezcan totalmente de valor normativo. Tal sería el caso, por ejemplo, del *Ufficio del Massimario* de la *Corte di Cassazione* italiana, cuyas identificaciones, al menos según la doctrina mayoritaria, carecen de valor normativo (Passanante, 2018, p. 132, n. 46). No es el italiano el único caso: son múltiples los ordenamientos jurídicos que tienen órganos encargados de dar publicidad a las decisiones, identificando las normas aplicadas, sin que tenga ningún valor normativo. Tal sería el caso, entre otros, de los diferentes centros de estudios constitucionales de España, Perú y Chile, aunque se pueden encontrar órganos similares en gran parte de nuestros ordenamientos.

Ahora bien, si así están las cosas, y las identificaciones institucionales de *rationes* pueden gozar o no de reconocimiento normativo, esto abre una importante cuestión acerca de qué tipo de enunciados son aquellos que

²¹ Dentro de las identificaciones intertextuales, hay que distinguir, por un lado, entre aquellas llevadas a cabo en otras decisiones jurisdiccionales; y, por el otro, aquellas llevadas a cabo en documentos que no revistan carácter jurisdiccional.

identifican la *ratio* de una determinada decisión jurisdiccional. Una cosa sí parece clara: son enunciados meta-jurisdiccionales, aunque hay importantes diferencias entre ellos.

Cuando es un órgano dotado de la competencia normativa para establecer cuál es la *ratio*, aquel está profiriendo un enunciado de carácter normativo que expresa una norma N_1 que identifica otra norma N_2 como la *ratio* del caso. Se trata de una meta-norma, esto es, una norma que indica que otra norma es la *ratio*.²² En la medida en que identificar, y emplear, otra *ratio* diferente de aquella identificada por el órgano competente puede tener asociadas consecuencias normativas –la nulidad de la decisión, la posibilidad de interponer un recurso, etc.– no parece caber duda de que se trata de normas.²³

No ocurre lo mismo cuando es la ciencia jurídica, o un órgano con competencia para establecer las *rationes decidendi*, pero sin relevancia normativa (como el caso *del Ufficio del Massimario*), quien identifica la *ratio*. No parece que tenga mucho sentido decir que tales sujetos dictan normas. Antes bien, se trata de proposiciones normativas, en cuanto tales descriptivas, que dan cuenta de que un órgano jurisdiccional ha establecido o empleado una norma (identificación *a priori*), o bien que algún sujeto considera una norma como la *ratio* de un precedente (identificación *a posteriori*). Desde este punto de vista, al tratarse de proposiciones normativas, aquellas tienen valores de verdad.

Si tomamos, por ejemplo, la sentencia *Roe vs. Wade*, y afirmamos que su *ratio* es la norma N_1 prohibido matar jirafas, evidentemente se tratará de una proposición normativa falsa. Ahora bien, si es posible que la proposición normativa sea falsa, ello implica que hay proposiciones normativas

²² En particular, se trata de una norma constitutiva cuya formulación canónica sería “La norma N_1 cuenta como *ratio* R_1 del precedente P_1 ”.

²³ En términos de regulación de la interpretación, sería equiparable a una ley de interpretación auténtica (cuando es intertextual) o a una definición legislativa (cuando es intra-textual). Si bien ha habido mucha discusión acerca de si estos enunciados expresan realmente o no normas, al marcar los límites de las decisiones jurisdiccionales válidas (determinando su contenido), no cabe duda de que se trata de normas constitutivas (Tarello, 1980, p. 150).

que sí resultan verdaderas.²⁴ Sin embargo, las proposiciones normativas que identifican *rationes* pueden ser verdaderas en dos sentidos diferentes.

En primer lugar, un enunciado meta-jurisdiccional puede ser verdadero en sentido analítico, esto es, en la medida en que ha aplicado correctamente alguno de los criterios interpretativos para la identificación de *rationes* (Bulygin, 1992, pp. 20-21). De este modo, si el método para identificar la *ratio* consiste en establecer cuál ha sido la premisa mayor del silogismo jurisdiccional que justifica la decisión, y se identifica correctamente la norma que ha funcionado como premisa mayor del silogismo, entonces es posible decir que dicha proposición normativa que identifica la *ratio* es verdadera en sentido analítico.

Ahora bien, esto no excluye todavía que podamos afirmar que la *ratio* de *Roe vs. Wade* es “prohibido matar jirafas”. En este sentido, esta identificación podría aplicar la norma que autorice al intérprete a identificar como *ratio* la norma que considere más conveniente. Sin embargo, quien hace esto parece estar ignorando cuáles son los criterios vigentes en cada comunidad jurídica para identificar *rationes decidendi*. Podemos entonces formular un segundo significado en el que una determinada identificación de una *ratio* es verdadera, aunque en un sentido diferente.

En segundo lugar, podemos afirmar que un enunciado meta-jurisdiccional que identifica una norma como la *ratio* de un precedente es verdadero en un segundo e indirecto sentido: el criterio empleado para identificar la *ratio* del precedente es un criterio vigente en la respectiva comunidad jurídica.²⁵ Ahora bien, esto podría implicar que podrá haber tantas identificaciones de *rationes decidendi* verdaderas (*i.e.* enunciados meta-jurisdiccionales verdaderos) como criterios para la identificación de *rationes* estén vigentes en una comunidad jurídica. Ello, por supuesto, implica un amplio margen de discrecionalidad para el sujeto que identifica la *ratio*.

²⁴ Dejo aquí de lado las identificaciones a posteriori, ya que aquellas presuponen, precisamente, que algún sujeto ha identificado ya alguna *ratio*. Aquí, antes que una norma, lo que estamos es identificando es un hecho.

²⁵ En rigor, el enunciado que tendría valores de verdad es aquel que describe que, al atribuirse sentido, se ha empleado un criterio vigente en la comunidad jurídica. Se trata, por tanto, de un enunciado descriptivo empírico.

Resta por explicar cómo, dependiendo del sujeto, la identificación de *rationes* pueda ser, bien un enunciado que expresa una meta-norma (en cuanto tal, carente de valores de verdad), bien una proposición normativa de carácter descriptivo con valores de verdad. Pues bien, al limitar qué norma puede ser identificada como la *ratio* del precedente cuando se formula una Tesis o una *Súmula*, se delimita el ámbito de las decisiones válidas, por lo que parece una norma constitutiva.²⁶ No obstante, los enunciados normativos que expresan meta-normas que identifican *rationes* parafrasean proposiciones normativas de carácter descriptivo que dan cuenta de que una norma es *ratio*. De este modo, aunque no podemos decir que una norma tiene valores de verdad, sí lo tienen las proposiciones normativas que parafrasean.

Sin embargo, dada la multiplicidad de formas en las que podemos identificar las *rationes*, el margen de discrecionalidad del que dispone el operador jurídico (en general) que identifica la *ratio* es amplio, pudiendo haber varias identificaciones verdaderas. Esto vuelve especialmente relevante la tarea, de corte kelseniano (Kelsen, 2005, p. 355), de identificación de todas las posibles *rationes* que se pueden obtener a partir de una decisión jurisdiccional. Ahora bien, es precisamente porque la identificación de *rationes* es una tarea infradeterminada –en el sentido de que existen múltiples criterios para identificar las *rationes*, y aquellos no están jerarquizados por ninguna norma jurídica²⁷– que es relevante la identificación institucional de *rationes* dotadas de relevancia normativa.

²⁶ Por norma constitutiva, siguiendo a Moreso y Vilajosana (2004, p. 73) (quienes siguen a su vez a Alchourrón y Bulygin), entiendo aquellas que correlacionan un caso genérico con otro caso genérico.

²⁷ Esta tesis sobre la indeterminación del derecho causada por la multiplicidad de criterios interpretativos, y ausencia de jerarquía material entre ellos, y que ha servido para formular con carácter general la tesis de la indeterminación del derecho en autores como Guastini, tiene un antecedente en Llewellyn (1950), quien precisamente la formuló en relación a las diferentes formas en las que se podía interpretar un precedente.

4. Algunas (evidentes) ventajas de los sistemas institucionales de identificación de *rationes decidendi*

Anteriormente hemos mencionado que pueden surgir problemas de interpretación a la hora de dotar de significado a los enunciados que componen la sentencia judicial. No obstante, si adoptamos un concepto restringido de interpretación como atribución de significado a textos (Guastini, 2016, p. 327), hay un problema crucial que surge de manera anterior: identificar qué texto, qué parte de la decisión jurisdiccional (*i.e.* su producto), es el que expresa la *ratio* de la decisión. Y esto puede resultar problemático, por tres razones.

En primer lugar, tradicionalmente, dentro de las decisiones jurisdiccionales se han distinguido tres partes: la parte expositiva, la parte justificativa y la parte resolutive que expresa una norma de carácter individual. Debido a que la *ratio* es una norma de carácter general, se ha considerado que aquella debe ser hallada en la parte considerativa o justificativa de la decisión jurisdiccional (Cross y Harris, 2012, p. 61; Guastini, 2018, 192; Marinoni, 2013, p. 257). Sin embargo, dentro de la parte justificativa, es posible diferenciar entre la justificación de la premisa fáctica y aquella de la premisa normativa. Aunque esta distinción es indudablemente útil, no debemos emplearla demasiado rígidamente, dado que –aunque se trata de cuestiones diferentes– la aplicación de normas depende de cuáles han sido los hechos que se han considerado probados, y para determinar los hechos probados es necesario aplicar normas jurídicas en materia de prueba.²⁸

²⁸ Es preciso señalar que también es posible que surjan precedentes en materia de hechos. Además de precedentes interpretativos acerca de los enunciados que expresan normas relativas a la prueba (STS 3504/2019 de 4 de noviembre de 2019) es posible encontrarse con enunciados que vienen a fijar enunciados descriptivos de carácter general (Núñez Vaquero, 2018). Por ejemplo: a finales del siglo pasado, la *Corte di Cassazione* italiana confirmó una sentencia que afirmaba que una mujer con pantalones vaqueros (*jeans*) no podía ser violada porque no se le pueden sacar en contra de su voluntad (Sentencia 1636 de la *Corte di Cassazione* italiana de 1999). Más allá de lo insensata que pueda resultar la afirmación, lo cierto es que posteriormente dicho enunciado fue empleado para exculpar a personas acusadas de violación porque las víctimas llevaban vaqueros. Por lo tanto, no basta con que nos fijemos en la justificación de la premisa normativa, sino que hay que estar atentos a toda la parte justificativa.

En segundo lugar, en algunas ocasiones la *ratio* es expresamente formulada, pero no en la parte justificativa de la decisión jurisdiccional (*i.e.* su resultado). Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico peruano, donde la *ratio* es identificada institucionalmente en la propia sentencia, al menos en los casos en los que el Tribunal Constitucional considera su propia decisión como un precedente. De hecho, la referencia a las *rationes* se encuentra siempre en la parte resolutive de la decisión donde en ocasiones aparecen explícitamente formuladas en la parte resolutive,²⁹ y en otras se hace un reenvío a alguno de los fundamentos jurídicos.³⁰

En tercer lugar, es posible que la *ratio* no esté de ningún modo expresada en el texto de la decisión, sino que sea una norma implícita, no formulada, pero en algún sentido aplicada.³¹ No obstante, podría pensarse que una norma no formulada, sino meramente empleada, no puede constituir la *ratio* de una decisión jurisdiccional considerada como precedente. Pues bien, existe toda una tradición de autores, especialmente del ámbito anglosajón (Cross y Harris, 2012, 78 y 110; MacCormick, 2017, p. 269; Marshall, 2020, p. 206), que han tratado de identificar la *ratio* con una premisa necesaria, suficiente o con una condición necesaria de una condición suficiente, siendo el texto de la decisión un mero instrumento para identificar la *ratio*. Así las cosas, no es que no sea posible, sino que, de hecho, y frecuentemente, se han identificado como *rationes* normas que no habían sido expresamente formuladas ni mencionadas en el texto de la decisión.

²⁹ Por ejemplo: EXP. N. 0 00001-2010-Ccfc. Importación de vehículos usados (STC 0001-2010-CC/TC) Caso Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el Poder Judicial

³⁰ Véanse EXP. N° 00987-2014-PA/TC. Precedente vinculante 0987-2014-PA/TC. Caso Francisca Vásquez. Sentencia interlocutoria denegatoria; y EXP. N. 0 5854-2005-PA/TC. Caso Lizana Puelles.

³¹ Es preciso señalar que una norma puede ser empleada como parte de un razonamiento, incluso de carácter deductivo, y, finalmente, la consecuencia de tal razonamiento sea rechazada por el conflicto con otras normas. De este modo, cabría identificar como *ratio* una norma que ha sido solo «hipotéticamente» aplicada. Esta situación no parece tan extraña cuando nos encontramos frente a decisiones en las que hay que resolver un conflicto entre derechos, se define el alcance de ambos, y en una decisión posterior en la que tal conflicto no se produce, se aplique la norma que establece el derecho que había sido preterido en el precedente.

Si así están las cosas, y tenemos problemas para identificar la *ratio* o *rationes* de una decisión jurisdiccional, un sistema de identificación institucional de *rationes* permitiría fijar un enunciado que expresase la norma considerada como *ratio*. Si tal norma es relevante para la decisión de casos posteriores, su identificación institucional produce un mayor grado de certeza jurídica, de igualdad formal y de eficiencia a la hora tomar y justificar otras decisiones jurisdiccionales.

4.1. Eficiencia en la toma y justificación de decisiones jurisdiccionales

Evidentemente, contar con una Tesis, *Súmula*, Sumilla o *Massima*, aumenta el grado de eficiencia en la toma de decisiones jurisdiccionales (Marinoni, 2012, pp. 216 ss.; Passanante, 2018, p. 145). Allí donde el derecho se encontraba indeterminado, un órgano jurisdiccional dicta una norma de carácter general que resuelve tal indeterminación. Si, además, tenemos un enunciado que identifica institucionalmente un enunciado que expresa la norma, la indeterminación es aún menor. De esta manera, los órganos jurisdiccionales que se encuentren con casos en los que dicha norma sea aplicable, solo tendrán que interpretar el enunciado institucional que expresa la norma, derivar de aquel la correspondiente norma, aplicarla y resolver la controversia. Antes que tener que volver a abrir el debate acerca de cómo se ha de resolver un caso en el que derecho se encuentra indeterminado, o tener que ir a buscar la *ratio* al precedente, contar con una identificación institucional permite una mayor eficiencia en la toma de decisiones. Ello facilita la justificación de la decisión, puesto que ni siquiera resulta necesario hacer referencia a los hechos del caso que generaron el precedente, ni tampoco a las supuestas razones que la justifican, sino que basta con hacer referencia a la identificación institucional para justificar la decisión.³²

³² No estoy afirmando que el uso de precedentes en general, ni de máximas o tesis en particular, constituya una justificación suficiente para la decisión jurisdiccional. Lo único que estoy afirmando es que ya no será necesario recurrir al propio texto de la decisión consi-

No es ni tan siquiera necesario aportar demasiada justificación empírica para dar cuenta del colapso generalizado de los órganos jurisdiccionales de nuestros ordenamientos. No se trata de una cuestión española, ni italiana, ni argentina, sino que la sobre carga judicial parece una característica endémica de buena parte de los órganos jurisdiccionales del *civil law* latino. Una justicia lenta no es una justicia completa, y los mecanismos para identificación institucional de *rationes* tienen una importante contribución que realizar.³³

4.2. Aumento de la igualdad formal y de la seguridad jurídica

Que un sistema de identificación institucional de *rationes* aumenta la igualdad formal en la aplicación de la ley no parece requerir demasiada justificación: en la medida en que dispongamos de una formulación normativa que establece un supuesto de hecho general y abstracto, garantizamos que todos los sujetos y acciones que encajen en tal supuesto de hecho son tratados de manera igual. Si no disponemos de una tal formulación, entonces es más probable que diferentes intérpretes identifiquen como acción regulada por la norma cosas diferentes. Desde luego, y como veremos, también estos textos han de ser interpretados. Ahora bien, contar con un texto que expresa la norma considerada *ratio* va a hacer que no haya discusión acerca de si un determinado fragmento expresa o no una norma relevante para otros casos, lo que constituye un gran avance.

derada como precedente. Y ello hace que la eficiencia en la toma de decisiones aumente exponencialmente.

³³ Además, el establecimiento de sistemas de identificación institucional de *rationes* puede servir también para eliminar una práctica muy poco adecuada como es el “copia-y-pegar” de los considerandos de otras decisiones, sin haber llevado a cabo un proceso de generalización de la norma, y a veces ni tan siquiera sin interpretar *-i.e.* dotar de significado- a dicho enunciado. Dicha práctica vuelve opaca e incontrolable la decisión jurisdiccional porque no se sabe qué papel están jugando realmente dichos extractos en la justificación de la decisión.

Consecuencia necesaria del aumento de la igualdad formal es el correlativo aumento de la seguridad jurídica, al menos en el sentido de que se sabe cuáles serán los textos normativos a partir de los cuales se decidirá la controversia jurídica. En efecto, si los órganos jurisdiccionales emplean, para decidir y justificar sus decisiones, *rationes* formuladas de manera general, y no son competentes para modificar tal *ratio*, las posibilidades de prever grandes tendencias en un tipo de decisiones, o incluso el resultado final de un concreto litigio, aumentan considerablemente. Desde luego, es posible que una excesiva fragmentación del derecho debido a la formulación de múltiples enunciados que expresen normas de origen jurisprudencial puede suponer un aumento de la complejidad jurídica. Pero, pese a que en tal caso aumentaría la dificultad para conocer el derecho, sería posible identificar tales enunciados –más aún con los modernos buscadores de jurisprudencia– y, de este modo, aumentar la seguridad jurídica en el sentido precisado.

4.3. La oportunidad de una segunda lectura

El proceso de selección de qué decisiones van a ser objeto de Tesis o *Súmula* constituye un proceso bastante opaco (Passanante, 2018, p. 127). Esto supone un importante peligro para la seguridad jurídica: si no es público el mecanismo mediante el que se decide llevar a cabo la identificación institucional de una *ratio*, esto afecta a la posibilidad de prever decisiones jurisdiccionales y dota al órgano encargado de seleccionar las decisiones de un poder incontrolado. Ahora bien, es importante observar una virtud que podría acarrear el proceso discrecional de selección de decisiones jurisdiccionales, la identificación de *rationes* y su posterior formulación a través de un enunciado normativo.

Incluso en los sistemas en lo que es mayor el número de precedentes cuya *ratio decidendi* es identificada institucionalmente, como el *Ufficio del Massimario*, no se realiza una *massima* de todas y cada una de las decisiones jurisdiccionales; es más, cada vez se hacen menos (Passanante, 2018, p. 138). De hecho, ni en las abultadísimas *Rassegna mensile della giurisprudenza* elaboradas por el *Ufficio del Massimario* pueden manejar las abun-

dantísimas decisiones de la *Corte di Cassazione*. Y, cuando no se puede con todo, es necesario seleccionar.

Un sistema de identificación institucional de *rationes* puede constituir, aunque actualmente no sea así, una segunda instancia (no en sentido procesal, sino discursiva) de discusión acerca de la oportunidad de identificar una norma como *ratio*.³⁴ Más allá de que en algunos sistemas –como el brasileño, el mexicano y el peruano– tales identificaciones estén dotadas de valor normativo, lo cierto es que es más probable que la *ratio* de una decisión sea eficaz si ha sido fijada mediante algún mecanismo de identificación institucional de *rationes*.

El proceso de selección de los precedentes cuyas *rationes* serán objeto de identificación institucional, así como la identificación de la propia *ratio*, pueden ser oportunidades para la discusión acerca de la posibilidad de identificar cualquier *ratio*. Aunque, tales sujetos no gozan de legitimidad democrática de ningún tipo, lo cierto es que aquí puede favorecer un elemento deliberativo exigido por las más recientes teorías y doctrinas de la democracia (Greppi, 2017, p. 128).

5. Algunos (supuestos) peligros vinculados a la identificación institucional de *rationes decidendi*

Pese a las anteriores evidentes ventajas, la implantación de mecanismos de identificación institucional de *rationes* ha producido gran alboroto en parte de la literatura especializada. Además de establecerse una fuerte distinción entre civil y *common law*, se ha denunciado la desvirtualización de la esencia de este último al importarse de esta forma los precedentes. Sin embargo, no todas estas críticas son suficientemente atendibles.

³⁴ Que esté establecido un sistema institucionalizado de identificación de *rationes* no produce que las decisiones se conviertan en precedentes solo cuando su *ratio* es identificada institucionalmente. Las razones por las que una decisión se convierte en un precedente no dependen de su anterior aplicación, sino de un conjunto de normas que sirven para identificar tales decisiones como precedentes (Núñez Vaquero y Arriagada Cáceres, 2021).

5.1. Abstracción respecto de los hechos del caso

Una de las objeciones que con mayor frecuencia se han presentado frente a los mecanismos de institucionalización de las *rationes* es el alejamiento respecto de los hechos del caso que generó el precedente (Camarena, 2022; Passanante, 2018, 124, 152; Taruffo, 2015, p. 28; Zagrebelsky, 2012, pp. 98-99). En efecto, se ha afirmado que los hechos son imprescindibles tanto en la identificación como en la aplicación de precedentes.

Aquí es necesario hacerse cargo únicamente de la relevancia de los hechos para la identificación de la *ratio*. Pues bien, siguiendo la famosa tesis de Arthur Goodhart, se ha afirmado que para establecer cuál es la *ratio* de un precedente es necesario recurrir a los hechos del caso; en particular, a cuáles han sido los hechos que han sido considerados como relevantes en la decisión que ha dado lugar al precedente (Cross y Harris, 2012, p. 65; Duxbury, 2008, pp. 89-90; Garay, 2013, p. 74; Marinoni, 2013, p. 283; Passanante, 2018, p. 124, 152; Taruffo, 2015, p. 28; Zagrebelsky, 2012, pp. 98-99).³⁵

No se trata únicamente de que en muchas ocasiones se ignore la decisión jurisdiccional que dio lugar a la *ratio* identificada institucionalmente, lo que alguien podría caracterizar como una vulgarización de los precedentes. Antes bien, en países como México o Brasil, expresamente se ha llegado a afirmar que la Tesis y las *Súmulas* vienen a sustituir al texto de la decisión jurisdiccional; y algo similar se ha llegado a afirmar en Italia (Passanante, 2018, p. 146). Aunque en México, según una reciente norma,³⁶ las Tesis deben incluir cuáles han sido los hechos considerados como relevantes por el órgano jurisdiccional, existe la pretensión institucional de que no sea necesario acudir a la decisión jurisdiccional para saber cuál es su *ratio*, bastando con el texto que identifica la *ratio*.

³⁵ Hay un tipo de decisiones, especialmente relevantes en el ámbito de la *civil law*, que sencillamente carecen de hechos: aquellas en las que se decide acerca de la compatibilidad de normas en abstracto a nivel convencional, constitucional o reglamentario. Es más, en muchos ordenamientos donde no existe este tipo de recurso, es frecuente que se lleve a cabo un análisis de las normas implicadas en un caso individual *on its face*, es decir, no sobre los efectos que su aplicación supone para un caso individual, sino precisamente en abstracto.

³⁶ Artículo 218 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de México.

Ahora bien, ¿qué papel juegan exactamente los hechos del caso en la identificación de *rationes decidendi*? Goodhart no se refería a todos los hechos, sino únicamente a los hechos relevantes del caso (Goodhart, 2020a y 2020b). Excluye, en este sentido, cuestiones puramente contingentes como la identidad de las partes, el lugar o el momento en el que se llevan a cabo los hechos.

No obstante, no parece errado suponer que Goodhart se está refiriendo al menos a un subconjunto de los hechos considerados como probados dentro del proceso. Pues bien, una primera dificultad surge porque no siempre es fácil identificar cuáles son los hechos que han sido considerados como probados en una decisión jurisdiccional. Como ya hemos mencionado, es frecuente que se subestimen los problemas vinculados a la interpretación de decisiones jurisdiccionales. Y si bien la situación ha mejorado ostensiblemente en las últimas décadas en el ámbito del *civil law* a partir de la difusión de la teoría racionalista de la prueba, lo cierto es que la identificación de los hechos probados sigue constituyendo un primer escollo.

Sin embargo, surge un segundo problema al preguntarnos cuándo o bajo qué condiciones un hecho, además de probado, ha sido considerado como relevante en una decisión jurisdiccional (Gascón, 2020, p. 180). Más allá del problema de la inaccesibilidad a los estados mentales de los decisores, incluso aunque solo nos limitemos a establecer los hechos relevantes a la luz de la justificación de la decisión jurisdiccional, la identificación de qué hechos han sido considerados como relevantes parece dependiente de un razonamiento circular.

Decir que un hecho ha sido considerado como relevante en una decisión jurisdiccional significa que aquel está previsto en el antecedente de una norma aplicada. Por ejemplo: si tenemos un caso en el que se ha decidido condenar a una persona por asesinato, afirmar que el hecho de que el asesinato se produjo con un arma de fuego es relevante significa que hemos aplicado una norma que le otorga relevancia normativa al hecho de haber empleado un arma de fuego, es decir, contempla en su supuesto de hecho la propiedad “emplear arma de fuego”. Ahora bien, si así están las cosas, entonces estamos frente a un argumento circular: para establecer cuál es la *ratio* de un caso, debemos recurrir a los hechos relevantes del caso; pero

para saber cuáles son los hechos considerados como relevantes, debemos saber cuál es la norma –precisamente, la *ratio*– que se ha aplicado.³⁷

5.2. Exceso de generalidad

Otro problema, íntimamente relacionado con el anterior, pero diferente, es la posibilidad de que la norma identificada como *ratio* padezca de exceso de generalidad, quedando descontextualizada respecto de los hechos del caso que dieron lugar a la decisión considerada como precedente. En efecto, en el momento de identificación de la *ratio*, es posible indicar una norma que, desde luego, justifique la decisión a la luz de los hechos del caso, pero que tenga un carácter sumamente general.³⁸

Sin embargo, para entender en qué consiste esta crítica, o cuál es su justificación, resulta necesario preguntarse separadamente por qué razón, por un lado, resulta problemático que la *ratio* regule un amplio número de casos y, por el otro, que dicha norma sea posteriormente identificada mediante un proceso institucionalizado.³⁹

5.2.1. La competencia para dictar normas de carácter general

En primer lugar, quienes objetan que la *ratio* pueda ser una norma de carácter sumamente general, regulando un amplio universo de casos, están poniendo en cuestión que los órganos jurisdiccionales tengan (*lege lata*) o deban tener (*lege ferenda*) la competencia para dictar normas de carácter tan general.

³⁷ En realidad, los hechos están llamados a jugar un papel más modesto en la identificación de las *rationes*. Preguntarse sobre cuáles son los hechos del caso parece servir únicamente para descartar identificaciones de *rationes* que nada tengan que ver con los hechos del caso (Núñez Vaquero, 2020, p. 88).

³⁸ Resulta necesario precisar que, ni de mi definición de precedente ni de aquella de *ratio*, se desprende que las *rationes* sean reglas. Por el contrario, es perfectamente posible que la *ratio* de un caso sea un principio jurídico entendido como una norma de condicional abierto.

³⁹ Desde luego, además de los problemas mencionados, hay dos problemas ulteriores: en primer lugar, que la propiedad de ser “demasiado general” adolece de vaguedad; en segundo lugar, dicha vaguedad, en este caso, ha de ser precisada mediante juicios valorativos.

Que los ordenamientos jurídicos modernos resultan incompletos e incoherentes no es algo que parezca necesario argumentar ni discutir. En este sentido, parece imposible que los órganos jurisdiccionales no dicten normas generales para resolver casos individuales toda vez que el derecho se encuentre indeterminado. En caso contrario, si no fueran normas de carácter general, o directamente no se dictase ninguna norma, las decisiones jurisdiccionales aparecerían como carentes de justificación o aquella sería *ad hoc*.

Parece entonces inevitable, salvo que estemos dispuestos a aceptar decisiones no basadas en normas generales, que los tribunales dicten normas de carácter general. Cuestión diferente es que tales normas deban ser relevantes para otras decisiones jurisdiccionales. Ahora bien, tampoco aquí la alternativa parece muy plausible: debemos elegir entre que las *rationes* sean relevantes para la resolución de casos posteriores, o bien que cada órgano jurisdiccional tenga la competencia para decidir su caso como considere más oportuno. La cuestión, si la formulamos en términos de precedentes interpretativos (para simplificar), puede ser sintetizada en el siguiente dilema: bien le concedemos a un solo órgano (o a unos pocos) la competencia para fijar de manera general cómo han de ser interpretados los textos normativos, o bien le concedemos dicha competencia a todos y cada uno los órganos.

Por supuesto, de *lege data*, que uno o varios órganos jurisdiccionales tengan atribuida la competencia para dictar normas, o para dictar normas con un alto grado de generalidad, es una cuestión contingente que depende de cada ordenamiento. Ahora bien, no resulta muy plausible adoptar una posición formalista y, a partir del hecho de que no aparezca enunciada entre las fuentes del derecho o que no haya una norma expresa que le conceda tal competencia, concluir que no hay ningún órgano competente para dictar precedentes. La cuestión, con todo, excede con mucho los límites de este trabajo, pero es posible afirmar que resulta difícil explicar el funcionamiento de nuestros modernos ordenamientos sin reconocer que, al menos los órganos de cierre de nuestros ordenamientos, tienen la competencia para dictar normas interpretativas generales.

Además, más allá de nuestras preferencias normativas de *lege ferenda*, de *lege lata* los ordenamientos jurídicos modernos parecen haber optado porque determinados órganos fijen determinadas normas de carácter gene-

ral, especialmente en el ámbito de la interpretación. En efecto, podemos rastrear tales antecedentes al menos hasta la implantación de los tribunales de casación (y sus precursores), encargados de fijar la auténtica o verdadera interpretación jurídica (Romero Seguel *et al*, 2015, pp. 246 ss.; Troper, 1996, p. 69). Más allá de que existan o no interpretaciones verdaderas o correctas, desde hace siglos nuestros ordenamientos han optado por un modelo de separación de poderes en los que al menos algunos órganos jurisdiccionales tienen competencia para fijar normas de carácter general.

Sin embargo, la cuestión descriptiva acerca de si órganos jurisdiccionales tienen o no, en algún determinado ordenamiento, la competencia para dictar normas de carácter general a través de sus decisiones se ve mediada por las ideologías jurídicas y políticas que tienen los intérpretes. En efecto, la doctrina de la separación de poderes tiene una influencia determinante a la hora de establecer si los órganos jurisdiccionales tienen la competencia para dictar normas generales. En el ámbito del *civil law* ha tenido especial arraigo una determinada versión de tal doctrina: aquella que concibe a los poderes como separados, con competencias diferentes y sin posibilidad de interferir con los otros poderes (Ackerman, 2007, pp. 77 ss.; Barberis, 2008, pp. 141 ss.; Guastini, 2016, pp. 297 ss.; Greppi, 2017; Troper, 2004, pp. 106-109).

Con todo, existen al menos dos doctrinas de carácter normativo acerca de la separación de poderes en la obra de Montesquieu: por un lado, aquella del balance entre poderes, en el que los diferentes poderes tienen la capacidad de interferir en la acción de los otros, pero que no incluye al judicial; y, por el otro, aquella de la especialización de funciones en la que los órganos tienen competencias especializadas y diferencias y que va, precisamente, dirigida especialmente a los jueces. La interpretación dominante de la doctrina de Montesquieu en el *civil law* ha sido aquella de la separación de poderes entendida como poderes funcionalmente diferentes e incomunicados. Aun así, la situación real dista mucho de ser la deseada por Montesquieu, si es que alguna vez ha sido de otro modo.

Negar la existencia de precedentes, o la irritación que produce a algunos el grado de generalidad de las normas así creadas, es dependiente del entendimiento de la separación de poderes como división funcional. Pero nos guste o no, difícilmente podemos calificar a nuestros sistemas jurídicos

como ordenamientos con separación mediante especialización funcional. Es más, si en algo estimamos la separación de poderes, es necesario reconocer los poderes existentes y dotarnos de los instrumentos que garanticen un mejor equilibrio entre aquellos. Antes que negar la desnudez del rey, deberíamos buscar los mecanismos para que ninguno de ellos se exceda.

5.2.2. La competencia para identificar *rationes decidendi*

Cuestión diferente y ulterior es que, además, algún órgano tenga competencia para fijar institucionalmente la formulación de las *rationes*. Desde luego, esto implica un ulterior problema en cuanto al ejercicio de competencias normativas. En efecto, quien identifica las *rationes* de los precedentes tiene un importante poder normativo en la medida en que, al menos cuando dicha identificación tiene valor normativo (supone la emanación de una norma), viene a establecer cuáles son las normas que han de ser tenidas en cuenta en las decisiones posteriores.

En este sentido, los mecanismos de identificación institucional están llamados a jugar un papel modesto, pero no por ello irrelevante. En efecto, establecer mecanismos de identificación institucional de *rationes*, antes que violar la –ya maltrecha– separación (entendida como especialización funcional) de poderes, puede servir para crear un mejor equilibrio de poderes. Ello al menos por dos razones.

En primer lugar, los procesos de identificación canónica de *rationes* permiten un control mucho mayor por parte de los órganos con competencias legislativas. La identificación de normas de *rationes* implica ejercicio de poderes para-legislativos en la medida en que frecuentemente es posible identificar varias *rationes* y que tales órganos tienen discrecionalidad para llevar a cabo o no la identificación de alguna *ratio*. Pues bien, resulta mucho más sencillo controlar tales identificaciones institucionales de *rationes* que toda la jurisprudencia producida por los tribunales Supremo y Constitucional. De este modo, los poderes legislativos y ejecutivos tendrían la oportunidad de regular de manera diferente cuestiones reguladas por

enunciados que identifican *rationes*, dictando normas incompatibles con aquella.⁴⁰

En segundo lugar, los mecanismos de identificación de *rationes*, salvo cuando se llevan a cabo en la propia decisión jurisdiccional, podrían llegar a ser susceptibles de control jurisdiccional. Además, al no tratarse de decisiones de carácter jurisdiccional, sino meta-jurisdiccional, se abre también la posibilidad de intentar anular judicialmente el acto de identificación de la *ratio*, pero sin anular la propia decisión jurisdiccional.⁴¹

5.3. Igualdad material

A su vez, el siguiente problema, aquel de la igualdad material, está íntimamente ligado al anterior, aquel relativo al exceso de generalidad. No obstante, se trata de dos problemas diferentes, que conviene tratar separadamente. En efecto, la identificación institucional de una *ratio* muy genérica puede traer, y es más que probable que traiga, aparejados problemas de desigualdad material. En este caso, ya no tratar los casos iguales como diferentes (lo que parecería más difícil con una norma de carácter general), sino de tratar de manera igual los casos diferentes.

No se trata, con todo, de un problema vinculado exclusivamente a las *rationes*, ni tampoco a su identificación institucional. Por el contrario, se trata de un problema de carácter general acerca de la formulación de normas de carácter general. Como bien mostró en su momento Frederick Schauer (2004, pp. 82 ss.), el uso de normas de carácter general hace surgir

⁴⁰ Esto presupone una jerarquía material entre las normas de origen legislativo y aquellas de origen jurisdiccional, lo que es contingente de cada ordenamiento. Con todo, me parece que es una norma presente en la mayoría de nuestros ordenamientos. Tal norma serviría para contrapesar el poder de los órganos encargados de identificar institucionalmente *rationes* dado que el legislador podría dictar una norma contraria a la *ratio* así identificada, derogándola.

⁴¹ Dicha tarea puede ser encargada tanto al mismo órgano, que pueda entrar a revisar sus propias decisiones, así como a órganos especializados. Lo que no parece admisible son, como sucede ahora frecuentemente, los cambios subrepticios de doctrina en los altos tribunales, ignorando y dejando de lado sin justificación alguna de sus antiguas doctrinas. Para un caso extremo, véase Ratti Mendaña (2021).

casos recalcitrantes, es decir, problemas de infrainclusión –la regla regula menos casos de los que la razón subyacente justifica– y de suprainclusión –la regla regula más casos de los que la razón subyacente justifica.

Pero no es únicamente una cuestión de casos recalcitrantes, de infra y suprainclusividad. Otros autores, como Josep Joan Moreso (2009, pp. 267 ss.), han mostrado la necesidad de que, aunque se mantengan el conjunto de propiedades consideradas como relevantes en un caso anterior –esto es, aquellas identificadas en la o las *rationes* de uno o varios casos previos⁴²– no parecería posible clausurar de manera definitiva el universo de propiedades relevantes, al menos cuando surgen nuevos casos de aplicación (Moreso, 2009, pp. 267 ss.; Celano, 2009, pp. 239-244; Chiassoni, 2019, pp. 187-189).

En casos como este, si surgiesen nuevas propiedades moralmente relevantes en el caso, una identificación institucional y normativa de las *rationes* pondría las cosas especialmente complicadas. En efecto, a la hora de identificar la *ratio* los intérpretes disponen de un amplio abanico de criterios y técnicas interpretativas que le permitirían, llegado el caso, reinterpretar el texto de la decisión considerada como precedente para identificar como *ratio* una norma que sí contemple la propiedad considerada moralmente relevante en el nuevo caso.⁴³ Sin embargo, las cosas son un poco más difíciles cuando se ha identificado institucionalmente la *ratio*.

Ahora bien, la pregunta acerca de cuándo una propiedad ha de ser considerada como relevante no parece difícil de responder, sino directamente una pregunta endiablada. Disponemos de muy diversas teorías y doctrinas que indican cuándo una propiedad sería (debería ser) moralmente relevante, y teorías acerca de cuándo debería ser tomada en cuenta

⁴² En realidad, Moreso (2019) se refería tanto a casos reales como hipotéticos. Ahora bien, tanto en un caso como en otro, para conservar un determinado universo de propiedades, es irrelevante que el caso haya sido real o ficticio.

⁴³ No hace falta mucha imaginación al respecto: bastaría con construir un razonamiento con base en un enunciado contrafáctico –“qué habría realmente decidido si se hubiese encontrado en estas condiciones”– para conseguir formular una *ratio* que tenga en cuenta la nueva propiedad; o bien el recurso al *distinguish*, y la eventual formulación de un nuevo precedente. De hecho, esta constituye una técnica de identificación de *rationes* frecuentemente usada en nuestros ordenamientos y en aquellos del *common law*.

por el aplicador del derecho. Por supuesto, también podemos optar por un sistema completamente atrincherado de precedentes, y de sus *rationes* institucionalmente identificadas, insensible a los casos recalitrantes (Schauer, 2004, p. 101).

Sin embargo, más allá de cuál sea la respuesta a estos interrogantes, lo que resulta necesario preguntarse es, desde un punto de vista institucional, cuál preferimos de las siguientes tres alternativas: (i) que sean todos y cada uno de los aplicadores del derecho quienes puedan reinterpretar la *ratio* a la luz de los hechos (moralmente) relevantes del caso; (ii) que nadie pueda introducir nuevas propiedades en el antecedente de la *ratio* institucionalmente identificada; (iii) que solo determinados órganos, bajo determinados procedimientos, puedan modificar/reinterpretar la *ratio* del caso precedente.

Un sistema del tipo (i) no garantiza una mayor igualdad material. En efecto, el hecho de que todos los órganos tengan la competencia para establecer qué propiedades son relevantes y modificar la *ratio* (o no aplicarla) no garantiza en absoluto que los casos iguales sean tratados del mismo modo y los diferentes de diversa manera. Lo único que garantiza es que habrá más sujetos que tengan la competencia para decidir sobre el asunto. De hecho, atribuir de manera generalizada la competencia para identificar la *ratio* también puede conducir a la introducción de propiedades moralmente irrelevantes de manera arbitraria, de manera tal que se termine perjudicando la igualdad material.

Además, atribuir a todos los órganos esta competencia pone en cuestión algunos de los valores promovidos por un sistema de precedentes en general, y por los mecanismos de identificación institucional de precedentes: seguridad jurídica, igualdad formal y eficacia en la toma (y justificación) de decisiones jurisdiccionales. La instauración de mecanismos institucionales para la identificación de *rationes* parece ser más respetuoso con dichos valores.

6. Amenazas (muy reales) que suponen los sistemas de identificación de *rationes decidendi*

Las evidentes ventajas, y que alguno de los peligros señalados no sean en realidad tales (o no sean específicos de los sistemas institucionales de identificación de *rationes*), no debe hacernos perder de vista que tales sistemas sí implican algunos serios peligros.

6.1. La *massima mentitoria*

Retomando el título de un viejo trabajo de Rodolfo Sacco (1988), el primer peligro es la posibilidad de que se incurra en error, o directamente en una desviación del poder,⁴⁴ al momento de identificar institucionalmente la *ratio* de un precedente. Se trata, no obstante, de dos circunstancias diferentes. La primera de ellas consiste en que la *ratio* es identificada de manera errónea, mientras que en la segunda se aprovecha el proceso de identificación de la *ratio* para llevar a cabo un acto de creación intersticial del derecho.⁴⁵

Si un órgano tiene atribuida la competencia para identificar institucionalmente *rationes*, siempre es posible que tal órgano ignore tales normas, e identifique como *ratio* una norma que no puede ser reconducida a ninguno de los criterios de identificación de *rationes*. Más allá de que se trate de un error o de un acto de creación intersticial del derecho, si el órgano tiene competencia para dictar una norma que identifique como interpretación auténtica una determinada *ratio*, lo cierto es que aquella muy probablemente se convertirá, al menos, en derecho vigente.

⁴⁴ Siguiendo a Atienza y Ruiz Manero (2000, pp. 92 ss.), por desviación del poder estoy entendiendo aquellos ejercicios de competencia que no violan ninguna regla en específico, pero sí el principio que justifica tal regla. No obstante, el hecho de que haya o no una regla que establezca límites para la identificación de las *rationes* –como sucede en México– es contingente. De este modo, podría darse el caso de que se trate, antes que de un ilícito atípico, de uno típico contrario a una regla.

⁴⁵ Cabe, no obstante, señalar que la distinción es asimétrica: el caso de error hace referencia a la falta de intención de llevar a cabo un acto que exceda los límites de la identificación del derecho, mientras que el segundo hace referencia solo a que se han excedido las normas que sirven para identificar cuál es la *ratio* de un caso.

El hecho de que tal identificación se haya realizado ignorando los criterios vigentes en la comunidad jurídica para la identificación de *rationes* convierte a tal acto en susceptible de ser anulado. Ahora bien, para que un acto jurídico pueda ser anulado, algún sujeto ha de tener la competencia –otorgada por una norma de competencia expresa o implícita– para anular el acto de identificación y/o su resultado. No obstante, nuestros ordenamientos jurídicos no disponen, hasta donde llega mi conocimiento, de normas que otorguen este tipo de competencia.

De este modo, el poder de identificación institucional de *rationes* parece, al menos en algunos ordenamientos, un poder incontrolado (Pasanante, 2018, p. 136). Anteriormente se ha hecho referencia a la posibilidad de que las identificaciones institucionales de *rationes* puedan ser sometidas –de manera similar a los decretos procedentes de los diferentes ejecutivos– a control parlamentario. Sin embargo, debido a las vicisitudes políticas que acaecen en sede parlamentaria, es muy posible que se trate un mecanismo insuficiente de *accountability* de los órganos encargados de la maximización. Por dicha razón, parece más que recomendable que también algún otro órgano jurisdiccional tenga la competencia para establecer si el órgano encargado de la identificación institucional de *rationes* ha excedido los límites de su competencia.

Además, es preciso recordar que el producto o resultado de la identificación institucional de *rationes* es, a su vez, otro enunciado lingüístico. Si así están las cosas, es imprescindible subrayar que también el producto de los actos de identificación institucional de *rationes* está sometido al proceso de interpretación. En efecto, del mismo modo que los enunciados legislativos adolecen frecuentemente de equivocidad, y el producto de tales interpretaciones de vaguedad, también las tesis mexicanas, las *súmulas* brasileñas, las *massime* italianas y las *rationes* peruanas enfrentan problemas a la hora de ser interpretadas. Y no son pocos los casos en los que surgen dudas acerca del significado expresado en el texto que canoniza la *ratio*. Por ello, aunque identificar el texto que expresa la *ratio* aumenta la seguridad jurídica, esto no implica que desaparezcan los problemas de interpretación.⁴⁶

⁴⁶ Se requiere, además de un ulterior mecanismo de control de que se están siguiendo las máximas. El mecanismo del recurso por unificación de doctrina, presente ya en varios

6.2. Exclusividad y exhaustividad en las identificaciones de *rationes decidendi*

El segundo peligro real que implica un sistema institucional de identificación de *rationes* nace de dos factores diferentes: el primero, que se atribuya a un órgano de manera de manera exclusiva la competencia para identificar las *rationes* de los precedentes; el segundo, que se considere que tal identificación es exhaustiva de todas las *rationes* que expresa o puede expresar un determinado precedente. Aunque claramente vinculados, se trata de dos problemas diferentes: el primero de ellos es que debe poder haber algún órgano que tenga la competencia para poner en cuestión las identificaciones de *rationes* llevadas a cabo por el órgano competente; la segunda es que ha de existir la posibilidad de que otros órganos puedan identificar otras *rationes*, lógicamente independientes, respecto de aquella identificada como *ratio* por el órgano competente.⁴⁷

En relación al problema de la exclusividad, hay que subrayar que atribuir a diferentes órganos la competencia para identificar la *ratio* de los casos puede dar al traste con las virtudes que se han presentado acerca de los sistemas de identificación de *rationes*, toda vez que diferentes órganos identifiquen diferentes *rationes*.

Ahora bien, tampoco parece ser muy sensato que ningún órgano pueda promover la revisión del acto de identificación de la *ratio*. A falta de posibles mecanismos para impugnar judicialmente tal identificación, parecería necesario implementar, sin ánimo de exhaustividad, al menos alguno de los siguientes mecanismos. En primer lugar, cabría articular mecanismos similares a las cuestiones prejudiciales en las que el órgano jurisdiccional detiene

ordenamientos, podría absorber dicho control.

⁴⁷ Bien entendido: si un órgano tiene la competencia exclusiva para establecer cuál es la *ratio*, y si en el ordenamiento hay una cláusula de cierre (principio de legalidad) que implica que todos aquellos actos para los que no se haya atribuido expresamente competencia no son actos válidos, entonces la exclusividad de la competencia determina la exhaustividad en la identificación de *rationes*. Desde luego, es posible que se dé una sin la otra, es decir, que la competencia sea exhaustiva pero no exclusiva, pudiendo otro órgano identificar la misma *ratio*; pero también al revés, esto es, que haya un solo órgano que tenga la competencia para establecer la *ratio*, pero otros sujetos no competentes estén identificando otras *rationes*.

su procedimiento para consultar sobre la corrección de la *ratio* identificada institucionalmente. En segundo lugar, se podría considerar que la identificación de otra *ratio* diversa a la identificada institucionalmente no es condición suficiente para la anulación de una decisión jurisdiccional, al menos si aquella proviene de determinados órganos. Y, finalmente, cabría otorgar la competencia a determinados órganos jurisdiccionales para, a pesar de seguir la *ratio* identificada, habilitar alguna forma de recurso a las partes.

La exhaustividad, por su parte, no hace referencia a que otro órgano identifique otra norma lógicamente dependiente o sobre el mismo asunto como *ratio*; dicho de otro modo, no se trata de que algún órgano crea que el órgano se ha equivocado o se ha excedido a la hora de identificar la *ratio*. Más bien sostiene que al órgano competente para identificar *rationes* institucionalmente “se le ha quedado algo en el tintero”: puede haber alguna otra norma que pueda ser considerada como *ratio* del precedente, además de aquella identificada por el órgano competente.

Es importante subrayar que buena parte de las doctrinas sobre cómo identificar la *ratio* han presupuesto, sin en realidad discutirlo demasiado, que a cada precedente correspondía una, y solo una, *ratio* (Cross y Harris, 2012, p. 106-107; MacCormick, 2017, p. 269). No se trata únicamente de una tesis sobre la interpretación de precedentes⁴⁸ o sobre identificación cómo ha de ser identificada la *ratio*, sino que se ha presupuesto que la *ratio* era una norma fundamental –o alguna otra expresión equivalente– para la justificación de la decisión que cuenta como precedente y que, por lo tanto, cada precedente solo podía expresar una única *ratio*.

Ahora bien, esta idea no parece demasiado bien justificada toda vez que nos damos cuenta de la enorme variedad de *rationes* que puede haber, y que de hecho se identifican como tales. Hablando metonímicamente, podemos sí encontrar precedentes normativos cuya *ratio* funciona como premisa mayor del razonamiento judicial, pero también precedentes interpretativos, precedentes sobre la competencia de un órgano, precedentes sobre la prueba, pre-

⁴⁸ Ciertamente, se podría defender una tesis cognitivista sobre la identificación de *rationes*, pero admitir que un precedente puede contener varias *rationes* independientes; y, al contrario, sostener una tesis no cognitivista, pero afirmar que solo se puede derivar una *ratio* de cada precedente. No obstante, aunque sea contingente, es frecuente que ambas tesis se sostengan conjuntamente.

cedentes sobre los hechos o precedentes que construyen jerarquías entre normas, los cuales únicamente aparecen en la justificación externa de la decisión judicial. Es pues posible que una misma decisión (*i.e.* su resultado lingüístico) considerada como precedente contenga más de una de estas *rationes*.

Así las cosas, no tiene mucho sentido atribuir una competencia exhaustiva a los órganos de identificación de *rationes*: siempre es posible que hayan dejado de lado alguna *ratio* que resuelva problemas futuros que sencillamente no habían sido contemplados a la hora de identificar institucionalmente la *ratio*. Con todo, ello no quiere decir que el órgano que identifica una nueva *ratio* tenga la competencia normativa para identificar institucionalmente tal *ratio*. Ahora bien, lo que no parece muy conveniente es que, pudiendo apoyarse en un precedente para justificar una decisión, tenga vedado su uso o sea irrelevante por no poder identificar *rationes* ulteriores.

7. Conclusiones

El objetivo del presente trabajo ha sido reconstruir y llevar a cabo un análisis de los peligros, supuestos y reales, así como de los beneficios, que puede suponer la implantación de un sistema de identificación institucional de *rationes*. Tales sistemas han encontrado mayor acogida en algunos ordenamientos jurídicos del *civil law* latinoamericano de los cuales, en mi opinión, todos los ordenamientos jurídicos del *civil law* tienen algunas importantes lecciones que aprender. Los mecanismos institucionales de reconocimiento de *rationes* implican algunas importantes ventajas, pero también riesgos. Pero es precisamente sobre dichos riesgos sobre lo que el resto del *civil law* podría aprender algunas importantes lecciones.

No existen soluciones ni remedios mágicos: solo una barca en mar abierto que podemos reparar solo por partes. Además de los riesgos implicados, la identificación institucional de *rationes* tiene un importante límite en la propia interpretación de los enunciados que identifican *rationes*. Como todo enunciado, y especialmente los enunciados jurídicos, aquel debe ser objeto de interpretación, y los problemas que aquella genera acechan a cada esquina. Pero contar con identificaciones institucionales de *rationes*, que señalen el texto que expresaría la *ratio*, es un buen comienzo.

Bibliografía

- Ackerman, B. (2007). *La nueva división de poderes*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Alchourrón, C. y Bulygin, B. (2012). *Sistemas normativos* (2da edición). Buenos Aires. Astrea.
- Alexander, L. (2015). La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza: un breve análisis acerca de sus posibilidades y sus virtudes. En C. Bernal Pulido y Th. Bustamante, (coord.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 159-178). Bogotá: Externado de Colombia.
- Alexander, L. y Sherwin, E. L. (2004). Los jueces como creadores de reglas. *Problema*, 4, 127-167.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.
- Barberis, M. (2008). *Ética para juristas*. Trotta: Madrid.
- Bobbio, N. (1998). *La democracia y el poder invisible*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Bouvier, H., Gaido, P. y Sánchez Brígido, R., (2007). Estudio preliminar: teoría del derecho y análisis conceptual. En J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin, *Una discusión sobre teoría del derecho* (pp. 9-39). Madrid: Marcial Pons.
- Bulygin, E. (1992). Sull'interpretazione giuridica. *Analisi e diritto*. 1992, 11-30.
- Camarena, R., (2018). La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En C. Bernal Pulido; R. Camarena Rodríguez; A. González Verástegui, (eds.), *El Precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 103-142). México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Camarena, R. (2022). La *ratio decidendi* a través de ojos mexicanos. *Problema*, 16, 39-68.
- Chiassoni, P. (2012). *Desencantos para abogados realistas*. Bogotá: Universidad del Externado.
- Chiassoni, P. (2019). La balanza inexistente. *Analisi e diritto*, 165-231.
- Celano, B. (2009). “Defeseability” y ponderación. Sobre la posibilidad revisiones estables. En *Derecho, justicia, razones* (pp. 235-280). Madrid: Centro de Estudios Políticos.

- Clemente de Diego, F. (2016). *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Granada: Comares.
- Cross, R. y Harris J. W., (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.
- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ferrer, J. (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Garay, A.F. (2003). *La Doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gascón, M. (1993). *La práctica del precedente y la argumentación racional*. Tecnos: Madrid.
- Gascón, M. (2020). Motivo de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función? En M. Gascón Abellán y Á. Núñez Vaquero, (eds.), *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 165-190). Atelier: Barcelona.
- Genovese, F.A. (2008). Per una storia della Corte di Cassazione: l'Ufficio del Massimario e del Ruolo. *Le carte e la storia*, 2, 40-46.
- Gómora Juárez, S. (2019). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. Ciudad de México: UNAM.
- Gonçalves, R. de S. (2020). La regla del precedente en el sistema de justicia civil brasileño. Un modelo *sui generis*. En M. Gascón Abellán y Á. Núñez Vaquero (eds.), *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 139-162). Atelier: Barcelona.
- Goodhart, A. L., (2020a). Cómo determinar la *ratio decidendi* de un caso. En C. Ahumada (ed.), *Obligatoriedad de la jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente* (pp. 91-130). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Goodhart, A. L. (2020b). La *ratio decidendi* de un caso. En C. Ahumada (ed.), *Obligatoriedad de la jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente* (pp. 131-144). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Grández, P. (2015). Para una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional. En G. Priori Posada (ed.), *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación* (pp. 265-276). Lima: Palestra.
- Greppi, A. (2017). A la sombra de Hobbes: Sobre la ideología de la separación de poderes. *Doxa*, pp. 127-132.

- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2018). *Ensayos escépticos sobre la interpretación*. Puno: Zela.
- Hart, H.L.A. (2004). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Horty, R. (2011) Rules and reasons in the theory of precedent. *Legal Theory*, 17(1), 1-33.
- Iturralde, M^a. V. (2013). Precedente judicial. *Eunomía*, 4, 194-201.
- Kelsen, H., (2005). *Teoría pura del derecho*. México D.F.: Porrúa.
- Lamond, G. (2005). Do Precedents Create Rules? *Legal Theory*, 11(1), 1–26.
- Llewellyn, K. (1950). Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed. *Vanderbilt Law Review*, 3(3), 395-406.
- López Medina, D. (2016a). *El derecho de los jueces*, 2^a ed. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. (2016b). *Eslabones del Derecho*. Bogotá: Legis.
- MacCormick, N. (2017). *Retórica y estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra.
- Marinoni, J.G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra.
- Marshall, G. (2020). ¿Qué elementos son vinculantes en un precedente?, en C. Ahumada (ed.), *Obligatoriedad de la jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente* (pp. 189-213). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Martínez Verástegui, A. (2018). El cambio de precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En C. Bernal Pulido; R. Camarena Rodríguez; A. González Verástegui (eds.), *El Precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 143-180). México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Moreso, J.J. (2009). *Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- Moreso J.J. y Vilajosana, J.M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Montrose, J. L. (1957a). *Ratio Decidendi* and the House of Lords. *The Modern Law Review*, 20, 124-130.
- Montrose, J. L. (1957b). The *ratio decidendi* of a case. *The Modern Law Review*, 20, 587-595.
- Núñez Vaquero, Á. y Arriagada Cáceres, M. B. (2021). ¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho. *Ius et Praxis*, 27(1), 75-94.

- Núñez Vaquero, Á. (2018). Precedente en materia de hechos, *Revista de Derecho* (Valdivia), 31(1), 51-78.
- Núñez Vaquero, Á. (2020). Problemas abiertos sobre la publicación de precedentes. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 43, 104-129.
- Núñez Vaquero, Á. (2021). ¿Son obligatorios los precedentes? En Á. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres y I. Hunter Ampuero (Comp.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 333-364). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Núñez Vaquero, Á. (2022a). Sobre la regla y el uso de los precedentes. Comentarios al margen de los trabajos de Fabio Pulido Ortiz y Silvia Zorzetto. *Problema*, 16, 155-189.
- Núñez Vaquero, Á. (2022b). *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons.
- Núñez Vaquero, Á. (2022c). Constitutive rules of precedent A non-prescriptivist account of *stare decisis*. *Revus*, 46.
- Oliphant, H. (2020). Un regreso al *stare decisis*. En C. Ahumada (ed.), *Obligatoriedad de la jurisprudencia, Seis lecturas sobre el precedente* (pp. 47-90), Buenos Aires: Ad Hoc.
- Passanante, L. (2018). *Il precedente impossibile*. Torino: Giappichelli.
- Pulido Ortiz, F. (2018). *Jueces y reglas*. Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Pulido Ortiz, F., (2021) La regla del precedente. *Revista de Derecho* (Valdivia), 34(2), 9-28.
- Pulido Ortiz, F., (2022). ¿Es necesaria la regla del precedente?. *Problema*, 16, 129-154.
- Ramírez Ludeña, L. (2023). Statutory Interpretation and Binding Precedents in the *Civil law* Tradition. En T. Endicott; H. Kristjansson; S. Lewis, (eds.), *Philosophical Foundations of Precedent*. Oxford: Oxford University Press (en prensa).
- Ratti Mendaña, F. (2021) La argumentación de la Corte Suprema argentina sobre cambio de precedente: del dicho al hecho... En: I Jornadas Internacionales y II Nacionales Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI: avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica. Santa Rosa: Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa. Recuperado de <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/14081>

- Romero Seguel, A.; Aguirrezabal Grünstein, M.; Baraona González, J., (2015). Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil. *Ius et Praxis*, 14(1): 225-259.
- Saavedra Herrera, A., (2018). El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México. En C. Bernal Pulido,; R. Camarena Rodríguez; A. González Verástegui (eds.), *El Precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 279-354). México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Sacco, R. (1988). La *massima mentitoria*. En G. Visintini (ed.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente* (pp. 51-58). Padova: Cedam.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons.
- Simpson, A.W.B. (1958). The *ratio decidendi* of a case. *Modern Law Review*, 21,155-160.
- Soares, C.E. (2015). O precedente judicial e a súmula con efeito vinculante no novo Código de Processo Civil brasileiro. En L. D. López Escobar(ed.), *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes* (pp. 117-141). Medellín: Universidad de Medellín.
- Sorockinas, D. (2020). Un análisis sobre la formación del precedente. En M. Gascón Abellán y Á. Núñez Vaquero(eds.), *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 55-82). Barcelona: Atelier..
- Stone, J. (2020). La *ratio* de la *ratio decidendi*. En Ahumada, C. (ed.), *Obligatoriedad de la jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente* (pp. 145-180). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Tarello, G. (1962). *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- Taruffo, M. (2014). La jurisprudencia entre casuística y uniformidad. *Revista de Derecho* (Valdivia), 27(2), 9-19.
- Taruffo, M. (2015). Aspecti del precedente giudiziale. En L. D. López Escobar (ed.), *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes* (pp. 117-141). Medellín: Universidad de Medellín.
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre jurisprudencia civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Troper, M. (1996). La forza dei precedenti e la forza perversa del diritto. *Ragion Pratica*, 55-64.

- Troper, M. (2004). *La filosofía del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Vío, J. (2021). La práctica de citar sentencias pasadas como de Precedente en Chile. En Á. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres y I. Hunter Ampuero I. (Comp.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 279-302). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Visintini, G. (1988). *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*. Padova: Cedam.
- Zagrebelsky, G. (1988). Caso, regola di diritto, massima. En G. Visintini (ed.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente* (pp. 95-108). Padova: Cedam.
- Zanetti Jr., H. (2015). *El valor vinculante de los precedentes*. Lima: Raguel Ediciones.
- Zorzetto, S. (2022). Argumentos jurídicos y precedentes jurisprudenciales: un experimento de sociología judicial entre la práctica y la teoría. *Problema*, 16, 85-128.

