

Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes: casos de la vida real

On Summarizing Case Law and Precedents: Real Life Cases

Sandra Gómora Juárez*

Recepción: 06/10/2022

Evaluación: 28/03/2022

Aceptación final: 02/12/2022

Resumen: Este trabajo analiza algunas de las tesis planteadas en el artículo “Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes”, objeto de análisis de este número de la revista *Discusiones*. Ciertamente se trata de un trabajo tan interesante como desafiante en torno a los problemas que presenta la *maximización*, entendida en términos generales, como la práctica institucionalizada de extraer de la sentencia que se considera precedente, el texto que expresa la *ratio decidendi*. En las líneas siguientes, retomo y discuto algunos problemas derivados de la *maximización* que me parecen los más complejos, pero también los que puedan dar mayor luz acerca de la conveniencia de la práctica de institucionalizar las *rationes decidendi*.

Palabras clave: maximización de precedentes; jurisprudencia, *ratio decidendi*, regla de precedente, precedente, decisiones jurisdiccionales.

* Doctora en Derecho e investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Correo electrónico: sgomoraj@unam.mx Orcid: 0000-0002-9164-6194. Comentario realizado gracias al Programa UNAM-PAPIIT, clave: IN302422. Proyecto: La autoridad del precedente judicial. Debates teóricos y problemas prácticos.

Abstract: This contribution analyzes some thesis of the article “On Summarizing Case-Law and Precedents”, the main discussion topic in the current issue of *Discusiones*. There is no doubt that the problems derived from the so-called *summary of precedents* —broadly understood as the institutional practice of extracting in a separate document, the text expressing the *ratio decidendi* from the judgment considered as a precedent—are very interesting and need to be addressed. The following sections discuss some of the more challenging problems derived from the so-called *summary of precedents*, which are the ones that could bring light to the convenience of the very practice.

Keywords: summary of precedents, case law, *ratio decidendi*, rule of precedent, precedent, jurisdictional decision.

1. Introducción

El artículo que tengo el gusto de comentar en esta ocasión es por demás interesante, de una gran claridad analítica, ilustrativo y lleno de desafíos teóricos que, en la práctica cotidiana, colocan en una verdadera situación de perplejidad a los destinatarios del precedente. La claridad del artículo, sin embargo, no deja de suponer un reto para quien escribe debido al abanico de dificultades que se van desdoblado por sección, cada una de las cuales merece atención y cuidado.

El artículo lleva a cabo la reconstrucción, análisis y defensa de los mecanismos institucionalizados de identificación de *rationes decidendi* en abstracto, esto es, sin decantarse por alguno de estos en particular, pero destacando tanto las ventajas como los peligros reales y supuestos de su uso. Este recorrido se realiza en seis secciones: 1) La introducción; 2) Los términos clave: precedente, regla de precedente y *ratio decidendi*; 3) Identificación institucional de *rationes decidendi*; 4) Algunas ventajas (evidentes) de los sistemas institucionales de identificación de *rationes decidendi*; 5) Algunos (supuestos) peligros vinculados con la identificación institucional de *rationes decidendi*; 6) Amenazas (muy reales) que suponen los sistemas de identificación de *rationes decidendi* y 7) Conclusiones.

En virtud de la magnitud del desafío y la riqueza del artículo, procederé de la siguiente manera para el análisis: retomaré los problemas específicos que me parecen más complejos, abordados en el trabajo de Álvaro Núñez, pero también aquellos que puedan dar mayor luz acerca de la pertinencia de la “institucionalización de las *rationes decidendi*”. En ese sentido, me ocuparé de grupos de problemas que no seguirán el mismo orden planteado por el autor, pero haré las precisiones necesarias donde se requieran.

2. Un paso previo a la institucionalización de *rationes decidendi*

El primer aspecto que quiero destacar tiene que ver con la constatación que, de entrada, realiza Núñez no solo acerca de la existencia de la práctica, bastante generalizada, del uso de precedentes en los sistemas jurídicos del *Civil Law*, sino también de la particularidad de la “maximización de la jurisprudencia y los precedentes”, desarrollada en varios de estos ordenamientos.

Como hace notar el autor, este fenómeno, con sus diversos matices y configuraciones, ha tenido un desarrollo orgánico en los ordenamientos jurídicos donde se ha gestado, al tiempo que ha cubierto una serie de necesidades de diversa índole. La identificación institucional de *rationes* es un tema de discusión por demás interesante que se aborda desde la alegada “desnaturalización” de los precedentes y su consecuente “adaptación”; no obstante, en el trasfondo de este planteamiento persiste la preocupación acerca de cómo es que la identificación institucional de *rationes* afecta “la conformación de las normas aplicables en nuestros ordenamientos” (Núñez, 2022b, sección 1).

Es verdad que buena parte de la literatura en la materia ha presupuesto que los precedentes pueden orientar la toma de decisiones jurisdiccionales, pero la confianza desmesurada en su capacidad orientadora, así como su potencial limitador de discrecionalidad, son elementos de un discurso que no es claro que sea el dominante o mayoritario en nuestros contextos de derecho codificado. A pesar de que los diversos ordenamientos jurídicos son cada vez más receptivos a las bondades que puede traer consigo un

sistema de precedentes, no parece que esta afirmación sea hoy en día una premisa no disputada.

Si esto es así, la primera dificultad que enfrentamos se ubica todavía un momento previo, es decir, antes de llegar a asumir que un sistema de precedentes tiene ventajas o es necesario en los sistemas jurídicos contemporáneos. Esta primera reflexión me parece central, dado que el diagnóstico de la cuestión ha influido en la configuración de la práctica de institucionalizar la *ratio*. Parece una obviedad afirmar que, en los ordenamientos jurídicos modernos, los tribunales dictan normas de carácter general con motivo de la resolución de casos particulares, sin embargo, los ordenamientos de derecho civil se mantienen anclados a presupuestos que parecen inamovibles.

Para efecto de dar contornos a esa reflexión previa, quiero ofrecer elementos para atenderla. El constitucionalismo contemporáneo está caracterizado por el reconocimiento de los derechos que justifican la acción jurídica y política, a los cuales se suma la forma constitucional como garantía del papel que estos tienen en la comunidad (Aguiló, 2003, p. 290). Concretamente, en el contexto latinoamericano, ese constitucionalismo ha tenido un cierto desarrollo que, a pesar de las diversas transformaciones, ha mantenido sus dos rasgos característicos: una estructura de poder y una estructura de derechos (Gargarella, 2017, pp. 216-217). De acuerdo con Gargarella (2017, p. 233), en el ámbito latinoamericano se puede identificar un traslape de las cuatro etapas del constitucionalismo que se han desarrollado en la región: el constitucionalismo experimental (1810-1850); el constitucionalismo fundacional (1850-1917); el constitucionalismo social (1917-1980) y el constitucionalismo de derechos humanos (1980-2000). Ello significa que las constituciones latinoamericanas de cada periodo muestran ciertos rasgos característicos que acompañan las incorporaciones normativas que aportaron (Gargarella, 2017, pp. 216-217). En el trasfondo, subyace una tesis crítica según la cual existe un traslape y colisión de instituciones que coexisten propugnando afirmaciones diversas, las cuales pertenecen a diferentes etapas del constitucionalismo latinoamericano. Tal estado de cosas ha generado que las viejas estructuras e instituciones bloqueen las nuevas incorporaciones constitucionales o impidan su adecuada implementación (Gargarella, 2017, pp. 228-231).

En este marco teórico surgió formalmente la jurisprudencia mexicana, específicamente en la Ley de Amparo de 1882 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 62), con el objetivo de unificar la interpretación fijada por la Corte (Gómora, 2019, p. 807), cuyas sentencias eran publicadas desde 1870 en el Semanario Judicial de la Federación. Por su parte, la reforma judicial mexicana de 2021, que dispone la incorporación del precedente, así como un nuevo formato de “tesis”, se inserta en el constitucionalismo de derechos humanos.

¿Qué relación existe entre las etapas del constitucionalismo latinoamericano y la institucionalización de la *ratio*? Pues bien, me parece que este escenario da luz acerca de los contextos de surgimiento de ciertas instituciones, así como de las pretensiones que tenían asignadas. Además, esto está directamente conectado con la hipótesis que Luis Prieto planteaba, tan pertinente hoy en día, acerca de la relación que existe entre los distintos modelos de justicia constitucional y la teoría de la interpretación que se adopte, la cual a su vez está relacionada con las transformaciones del sistema jurídico por obra del constitucionalismo contemporáneo (Prieto, 2014, p. 44).

Por una parte, en nuestros ordenamientos y en el imaginario jurídico-constitucional se mantienen presupuestos como el movimiento codificador que da primacía al derecho de origen legislativo, a una labor cognitivista de las personas juzgadoras, a la excesiva confianza en la racionalidad de las leyes y su aplicación y a la pasividad o al menos desconfianza en los tribunales (Prieto, 2014, pp. 45-48). Por otra parte, y simultáneamente, tenemos también en nuestros ordenamientos, y tomando sitio gradualmente en el imaginario jurídico-constitucional, presupuestos adicionales no cognitivistas de la jurisdicción incorporados al constitucionalismo de derechos. Esto es, el reconocimiento de que el derecho es incompleto, con lagunas y contradicciones, que puede haber una pluralidad de significados e interpretaciones posibles, que siempre puede enfrentarse vaguedad en las normas jurídicas, que la interpretación como “acto de conocimiento” no existe y que, para hacer ejecutable este constitucionalismo, se requiere de tribunales que doten de significado a los enunciados normativos y creen precedentes (Prieto, 2014, pp. 64-71; Endicott, 2006, p. 34). Esta tensión constitucional prevalece en algunos ordenamientos jurídicos y forma parte

de lo que informa el proceso de institucionalización de la *ratio decidendi* en los precedentes,¹ como intentaré mostrar. De ahí que el pasaje de la afirmación de que tenemos un sistema de precedentes a la “maximización de la jurisprudencia y los precedentes” no es pacífico, antes bien es un tema todavía muy debatido y está estrechamente vinculado con la cuestión acerca de cuál es la forma más adecuada de conocer y aplicar precedentes.

La constatación de Álvaro Núñez sobre la interpretación de las decisiones jurisdiccionales ha sido sistemáticamente ignorada en nuestro contexto de derecho legislado (Núñez, 2022b, sección 1) y confirma la impermeabilidad que la mera idea tiene todavía en nuestros ordenamientos. Esta reflexión previa no debe confundirse con un rechazo a la institucionalización de las *rationes* porque me parece que es necesario repensar y ajustar nuestras instituciones a las necesidades actuales. No obstante, tiendo a percibir con menos entusiasmo el sistema de institucionalización de tesis, muy seguramente debido a los problemas advertidos desde la experiencia local mexicana. En todo caso, intentaré advertir cuáles son.

3. Los términos clave sobre el precedente

Con acierto, refiere Álvaro Núñez que mientras que en la literatura del *Common Law* se han dedicado a desentrañar las formas de identificación de la *ratio* directamente en los precedentes, la literatura del *Civil Law* debate si esto es posible en los extremos del noble sueño y la pesadilla más radical (Núñez, 2022b, sección 1). En términos de Hart, esta actitud no es otra cosa que el formalismo y el escepticismo ante las reglas (1961, pp. 169ss.); es también otra manifestación de la inquietud planteada en los párrafos previos, acerca de que en los presupuestos que constituyen el imaginario jurídico-constitucional de nuestros ordenamientos tendemos a promover la formulación expresa de los enunciados normativos.

¹ A este respecto, Rodrigo Camarena ha identificado cuatro entendimientos de la *ratio* que compiten o incluso convergen en el uso cotidiano del sistema de precedentes mexicano, en el que el modelo de la *ratio* como legislación judicial ha sido el dominante (2022, pp. 41-45).

En todo caso, el primer paso en el uso de los precedentes es conocer las normas que contiene, pero este conocimiento, o dicho de otro modo, la identificación de la *ratio*, se ha dado de dos formas características: directamente en los precedentes, como práctica característica de los ordenamientos del *Common Law*, mientras que –probablemente, dada nuestra característica desconfianza en los tribunales– la tendencia en los ordenamientos del *Civil Law* para dar cauce a este conocimiento ha sido implementar mecanismos de identificación institucional de las *rationes decidendi*. Si consideramos que estos mecanismos suelen materializarse en un texto que expresa la *ratio*, podemos pensar que esta práctica resolvería uno de los principales problemas de la práctica del precedente (Núñez, 2022, sección 1), pero parece que hemos obviado el grado de certeza que brindan tanto la legislación como los precedentes, y, en este caso, incluso hemos obviado el grado de certeza que brinda la maximización de los precedentes, que en ninguno de los ejemplos anteriores es absoluto (Hart, 1961, pp. 157-158).

La delimitación de los términos clave que guían el estudio es crucial, y Núñez (2022a, pp. 75-129) ha avanzado las distinciones que se precisan entre conceptos como precedente, *ratio decidendi* y regla de precedente. Como precedente, se ha de entender la “decisión jurisdiccional que contiene (usan o meramente mencionan) una norma (nueva) dotada de relevancia normativa para la decisión de otros casos (*ratio decidendi*), dictada por un órgano jurisdiccional” (Núñez, 2022b, sección 2.1.). Por regla del precedente, en cambio, se refiere al conjunto de normas que indicarían la relevancia normativa que tiene la *ratio decidendi* para la decisión de otros casos y 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” (Núñez, 2022b, sección 2.2). Tenemos entonces que las normas que contienen los criterios según los cuales hemos de identificar resoluciones que cuenten como precedente son las denominadas por Núñez como “reglas del precedente”² o

² Esta denominación ha sido empleada también por Fabio Pulido en *Problema*, cuando discute si la regla de precedente es necesaria para los sistemas jurídicos, refiriéndose a “la

identificadas en otros textos como “reglas de aplicación” de precedentes (Gómora, 2018, p. 176).

La caracterización de la regla del ordenamiento normativo que permite la identificación, así como la función normativa de los precedentes, me parece adecuada. Sin embargo, es posible que la denominación esté compitiendo con usos diversos, con lo cual, es conveniente hacer la precisión de que esta delimitación conceptual se separa de las distinciones que habíamos identificado en la literatura, en la materia y, concretamente, en aquella del *Common Law*. Buena parte de la literatura sobre precedentes ha hablado sobre la regla de precedente para referirse a la norma contenida en la resolución judicial que servirá para la decisión de otros casos (Gómora, 2018, p. 73). Así, por ejemplo, tenemos que John F. Horty (2004, p. 21) habla sobre “the rule of the precedent, applied to the new case”; Larry Alexander y Emily Sherwin discuten sobre “precedent rules” (2007, pp. 27 y 32 *passim*); Magaloni (2021, pp. 195 ss.) emplea la “regla del precedente”; en Goldstein (1984) encontramos “rules of precedent”, así como en Lamond (2016) y Duxbury (2008). En todos los casos refiriéndose a la norma contenida en el precedente.

Núñez tiene razón al advertir que en ocasiones se ha mezclado la idea de qué son los precedentes con su valor normativo y, ciertamente, las distinciones hechas al respecto vienen a delimitar cada elemento en su sitio. Aun así, no podemos deshacernos de la amplia literatura que en uso amplio del concepto ha venido empleando la “regla de precedente o *precedent rule*” para referirse de manera frecuente a la *ratio decidendi* o incluso precedente para hablar de la resolución judicial que la contiene. En todo caso, la precisión y advertencia a las personas lectoras me parece más que pertinente para fijar un punto de discusión común en un momento en el que la discusión de estos temas dentro de los ordenamientos jurídicos concretos está tomando fuerza.

4. No toda resolución judicial es un precedente

Es verdad que no todas las decisiones cuentan como precedentes, en todo caso, resulta más adecuado afirmar que ciertas decisiones judiciales refuerzan o reiteran la o las *ratios decidendi* establecidas por este. Parece una obviedad, pero es importante notar que el precedente es considerado como tal porque proporciona una respuesta concreta, antes inexistente en el cuerpo de derecho vigente. El precedente no se limita a reformular con otras palabras una regla de derecho ya existente, sino que necesariamente incorpora algún elemento novedoso, una variación, un razonamiento que no había sido previamente considerado en sus términos por las normas jurídicas (MacCormick, 1978, pp. 123-126; Gómora, 2018 pp. 206 y 207).

Esta afirmación presenta grandes dificultades en la práctica y es posible que la herramienta de formulación canónica de la *ratio decidendi* se haya convertido en varias ocasiones en el experimento fallido que pretendía crear un precedente sin lograrlo con éxito. Entre estos casos encontramos ejercicios que buscaban sentar una *ratio* con la generalidad suficiente, pero que terminaron relatando los particulares del caso, o el ejercicio que reformula el contenido del enunciado normativo en un orden distinto, o aquel que expresa uno que no estaba contenido en la resolución judicial que le dio origen.

A partir de una revisión tan ilustrativa como provocativa, Silvia Zorzetto (2022, pp. 87-88) advierte sobre este peligro, adelantando la posibilidad de que los usos expresos del precedente no sean verdaderos usos en el sentido relevante, sino usos “espurios” que van más allá del caso puro según el cual “la decisión en t1 se justifica sobre la base de una decisión t0 porque esta última se erige en norma vinculante para el caso posterior en t1” (pp. 92-93). Si se advierte la variedad de usos argumentativos del precedente que explica Zorzetto en la tipología propuesta (dieciocho usos diversos), podemos identificar que varios de esos usos ocurren de manera cotidiana en la práctica de los tribunales, incluso hablando de sistemas jurídicos con una “regla del precedente” o con algún sistema de “institucionalización de la *ratio*”. Aunque conviene cuidar los procesos de quién y cómo se redactan las tesis (tomando por ejemplo del caso mexicano), eso

no nos libra del peligro de cómo se les emplea. Con esto quiero decir que la formulación canónica no resuelve un problema previo, a saber, la forma de razonar con precedentes, idea estrechamente vinculada con el imaginario jurídico-constitucional que refería al inicio de este comentario.

Esta reflexión nos revela con claridad que la “institucionalización de la *ratio*” como uno de los criterios contenidos en la regla del precedente no necesariamente resuelve el problema de certeza e igualdad que en apariencia parece favorecer, precisamente, al posibilitar una gran variedad de usos diversos que los propios sistemas jurídicos no tienen forma de identificar o distinguir.

La idea anterior refuerza también la intuición según la cual la incorporación de la institucionalización no es suficiente para obtener un sistema de precedentes ordenados. Esta idea está en directa conexión con: la importancia del imaginario jurídico-constitucional del que hablé al inicio de este texto y a partir del cual se lleva a cabo el razonamiento con precedentes; la idea de que tal sistema se obtiene de la propia práctica “mediante la creación de una cultura jurídica y judicial lo más sensible, aguda, previsor y responsable posible” (Zorzetto, 2022, pp. 124-125).

Me parece que el uso de las tesis, sùmulas u otras variedades puede darnos la confortable ilusión (muy a la *Civil Law*) de un mayor grado de certeza jurídica al contar con una formulación canónica con la que estamos más familiarizados, pero esa esperanza especialmente atractiva puede desvanecerse con el paso del tiempo al advertir que también esos enunciados normativos son susceptibles de interpretación, a lo que se suma una multiplicidad de usos.

Estas reflexiones ponen de relieve la importancia de aquel problema previo, a saber, el de razonar con precedentes. Dicha tarea está claramente en manos de las personas juzgadoras que los aplican, con lo cual, trabajar en la creación y fortalecimiento de una cultura jurídica que les permita una adecuada fundamentación de las decisiones jurisdiccionales parece un presupuesto necesario para que la “institucionalización de la *ratio*” materialice las ventajas que se le pueden atribuir.

En esta línea de pensamiento, cobra fuerza la advertencia de Marina Gascón (2020, pp. 177-184), según la cual, para que los precedentes cumplan su función, es necesario trabajar previamente y corregir los defectos

que actualmente presentan, tales como la comunicación efectiva de razones que revelen una clara motivación, cuidado en la longitud y el lenguaje empleado para lograr claridad argumentativa.

5. La regla del precedente: contingencia y posibles escenarios

Siguiendo a Núñez, la “regla del precedente” es una regla de competencia cuya naturaleza conceptual es contingente, en el sentido de que puede contener criterios diversos y estar dotada de diferentes contenidos, dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate (2022a, p. 165). Así pues, la regla de precedente puede contener una variedad de combinaciones posibles y, en ese sentido, es razonable admitir que los potenciales desafíos se multiplican también en función de las combinaciones posibles que pueden derivarse de la práctica concreta de dichos rasgos contingentes. Al advertir que es posible que un órgano jurisdiccional reconozca como precedente alguna decisión jurisdiccional por algún otro criterio que no sea alguno de los identificados en la regla del precedente establecida en un determinado ordenamiento jurídico, Núñez deriva dos consecuencias: la primera, que dicho acto constituiría una violación a la regla de precedente y, la segunda, que ello produciría un cambio en la referida regla.

Vayamos a la segunda consecuencia, la cual implica que el uso no autorizado –y en franca violación de la regla del precedente– de una decisión jurisdiccional que sea empleada como precedente, conduciría un cambio en la regla del precedente. Si la he entendido bien, me parece que esta lectura de la cuestión es inadecuada porque implicaría la convalidación sistemática de actos violatorios a la regla del precedente que dice cuándo alguna resolución judicial cuenta como precedente. No veo cómo esta segunda consecuencia se siga del uso no autorizado de una resolución judicial. En cambio, sería factible considerar que el uso no autorizado de alguna resolución judicial que algún tribunal empleara como precedente (sin serlo), cambiaría la *ratio decidendi* empleada y, potencialmente, la línea jurisprudencial que se derivara de ella; todo esto, suponiendo que ese “uso no autorizado” haya seguido su curso sin haber sido antes invalidado o expulsado del sistema.

Un fenómeno distinto, pero cercano a este, ha ocurrido, de hecho, con alguna frecuencia en el sistema jurídico mexicano. Sucede que el precedente indica alguna *ratio decidendi*, que luego no es la misma que recoge la “tesis jurisprudencial”.³ En estricto sentido, la *ratio decidendi* aplicada por tribunales sucesivos respeta la regla del precedente admitida en el propio ordenamiento jurídico, sin embargo, el problema surge cuando la *ratio* “institucionalizada” (contenida en la tesis jurisprudencial) no es la *ratio* contenida en la resolución judicial que el tribunal de origen tuvo la intención de identificar como norma de decisión. Esta cuestión ha derivado en una serie de decisiones que toman como fundamento *ratios* que no lo eran, o que se apliquen *ratios* en contextos diversos y alejados de aquellos en los que se produjeron, todo lo cual arroja resultados subóptimos. Primero, este problema real en el proceso de maximización desvirtúa el sentido mismo que tiene contar con la formulación expresa de la *ratio decidendi*, situándonos en un escenario incluso inferior al razonamiento casuístico, habida cuenta de que trabajamos con una *ratio* viciada de origen. Peor, si ocurre que “la *ratio* que no debió ser” va trazando, a través del tiempo, una línea jurisprudencial de decisiones que no fueron consideradas como tales en la decisión jurisdiccional de origen.

Otra variedad de dificultades se erige en torno a lo que Rodrigo Camarena (2018, pp. 109-110) ha denominado “bifurcación de normas adscritas” para referirse a las consecuencias de contar con dos doctrinas legislativas del precedente. En este caso, el problema radica en que la regla del precedente, que establecía la reiteración en cinco ocasiones más una votación calificada en casos de amparo, establecía también la posibilidad de establecer un precedente vinculante con una sola sentencia votada por mayoría calificada en casos de acción de constitucionalidad y controversia consti-

³ En México, la “tesis” se había definido por el Acuerdo General 20/2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto, precisando en todo caso, que no es un extracto, una síntesis o un resumen de la sentencia. Esta definición prevalece en el AG 17/2019 como el criterio jurídico para un caso concreto, adicionando que la tesis debe tener la estructura de una regla: incluir un supuesto de hecho que describa las circunstancias fácticas que muestren el campo de aplicación de la regla y una consecuencia jurídica donde se establezca la solución normativa.

tucional. En ambos escenarios, se puede presentar una variedad de combinaciones, como usar (o no) como “precedentes” sentencias previas que no satisfacen los criterios de la regla del precedente, en este caso, la reiteración o la votación; tanto el uso como el no uso de sentencias previas, que no tienen el estatus de precedente, conduce a resultados diversos, problema que, en principio, no es generado por la regla del precedente.

Además de las dos consecuencias señaladas por Núñez, hay –desde mi perspectiva– una tercera, no mencionada pero central, y es colocar la etiqueta de “precedente” a todo aquello que presente algún rasgo similar; esto es un problema porque se vacía de todo sentido el hecho mismo de tener reglas de identificación de precedentes ahí donde existen, lo cual provoca que tampoco tratemos de la misma forma a todas las posibles prácticas que se asemejan. Esto se conecta con la dificultad conceptual de asignar la etiqueta de manera “no relevante” a otros casos, pues en muchos espacios del ámbito administrativo es posible que el foro se refiera a ciertas resoluciones materialmente jurisdiccionales como “precedentes” por tratarse de una resolución emitida previamente, o por cualquier otra razón. El mero uso de la etiqueta, sin embargo, no le da el carácter de precedente a la resolución, sino que se requiere la existencia de una norma jurídica previa que disponga cómo y bajo qué condiciones, una resolución judicial constituye un precedente. En ese sentido, al identificar otras decisiones como precedentes se violan las normas constitutivas (regla del precedente) (Núñez, 2022b, sección 2.2).

Parece entonces que el uso casual de la categoría de “precedente” en diferentes contextos y por diferentes órganos puede promover el efecto contrario al que se está buscando con la delimitación de los conceptos centrales (Núñez, 2022a, pp. 76-82).

La delimitación conceptual ha sido parte central de las preocupaciones de Álvaro Núñez y ha dedicado esfuerzos a la clarificación y delimitación de las categorías conceptuales de precedente y jurisprudencia. Aunque no explicitado, presumo que los está empleando de manera intercambiable, habida cuenta de su planteamiento previo sobre la posibilidad de establecer entre ambos una relación de sinonimia (Núñez, 2022a, pp. 81-82).

En esta posibilidad de discutir acerca de los precedentes o la jurisprudencia en el sentido relevante se ha pronunciado también Marina Gascón

(2020, pp. 165-166), al destacar que hablar de esta práctica implica reconocer que hablamos en ambos casos de una regla de decisión para casos futuros que es generalizable y que tiene un valor para la toma de decisiones jurisdiccionales subsecuentes.

Podemos compartir la premisa según la cual en diversas esferas de la vida humana hay prácticas que suelen tomar en consideración decisiones previas para tomar decisiones actuales. Podríamos aceptar que esta forma de proceder cuenta como precedente y, sin embargo, solamente identificamos ciertas prácticas como relevantes para la etiqueta.

Tengo afinidad con la idea de que las nociones de jurisprudencia y precedente se pueden emplear como conceptos intercambiables al tratarse de una misma práctica conceptualmente hablando, esto es, aquella de emplear las decisiones jurisdiccionales precedentes (las normas en ella contenidas) para la decisión de casos semejantes. Hay unas ciertas características exhibidas por las instancias de precedente que la propia jurisprudencia exhibe también, pero existen otros rasgos que pueden o no aparecer en todos los casos, lo cual los convierte en contingentes (Gómora, 2018, pp. 2017-220).

Sin embargo, más allá de esta afinidad, advierto que la práctica concreta de identificar la *ratio decidendi* para “maximizarla” colocándola en una tesis, por ejemplo, (como una de las formas de institucionalización de la *ratio decidendi*) sí produce resultados distintos, que pueden ser deseados e indeseados, en la subsecuente construcción jurisprudencial, de aquellos que se habrían producido sin la maximización. En todo caso, conviene tenerlo presente para asumir las consecuencias de ello, lo cual no parece haberse reflexionado suficientemente.

Obsérvese que no he evaluado si aquello es mejor o peor, simplemente quiero enfatizar la importancia de notar que cada uno de los escenarios conduce a caminos y resultados distintos, con lo cual hay que asumir que esto es así para allegarnos de elementos concretos de evaluación. El problema, creo yo, es que lo hemos asumido sin cuestionarlo y analizarlo suficientemente.

Además del efecto no deseado recién comentado, hay otra posibilidad a considerar: que la regla del precedente, cuyos criterios son contingentes, establezca los criterios que se han de satisfacer para que una resolución judicial cuente como precedente vinculante, pero no se pronuncie respecto

a la no satisfacción de dichos criterios. En el ordenamiento jurídico mexicano tenemos dicha regla del precedente, pero coexiste también con la regla del precedente según la cual se puede emplear un precedente en calidad de “persuasivo” en tanto que no se haya reiterado en cinco ocasiones sin que medie un criterio en contrario. El estatus “híbrido” que la reciente reforma de 2021 incorporó en las reglas de aplicación del sistema de precedentes parece complejizar la cuestión de cuándo se actualiza la violación o no violación de dichas normas constitutivas.

6. Lo que se puede hacer con la *ratio decidendi*

La complejidad que se agrega al uso de precedentes cuando se considera que la regla del precedente puede admitir varios comportamientos es tremenda. Núñez lo reconoce:

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 (2022b, sección 2.2).

Este reconocimiento, no obstante, parece dejar de lado que tales diferentes comportamientos pueden ocurrir sin estar regulados en la regla del precedente, y lo que es más, que la propia regla no prevea soluciones para ello. Este escenario que “complejiza la cuestión” cae fuera de los confines de la regla de precedente, pero afecta de manera importante la operación de la práctica que se busca describir. No es un rasgo característico de los sistemas jurídicos que cuentan con *ratios* institucionalizadas que dispongan expresamente los “usos” admitidos de la *ratio*: basta con citarla, parafrasearla, resumirla o se requiere razonar usándola en el caso actual como alguna de las premisas normativas. Esto me parece un verdadero problema y me temo que es uno que no se resuelve con la maximización de la *ratio*.

En el espectro del análisis, tiendo más a pensar que la descripción de nuestras prácticas ha de considerar rasgos característicos mínimos que las distinguan, a diferencia de quien piensa que todos los usos que podamos identificar en la práctica son usos de precedente, con independencia de si exhiben o no dichos rasgos. De que la regla de precedente tiene la posibilidad de regular diferentes comportamientos, esto es, contener diferentes criterios, no se sigue que dichos comportamientos deban, en efecto, ejecutarse cuando en la regla del precedente (cuyo contenido es contingente) no disponga que se pueda emplear para “referir” la jurisprudencia.

Que podamos usar un florero para detener una puerta, no implica que debamos usarlo de esa manera, en razón de que surgió para resolver un concreto tipo de problema en el mundo y, según entiendo, de eso va la conceptualización de nuestras prácticas en un sentido relevante. De ahí que, aunque podamos ampliar ilimitadamente los “usos” que podemos dar al precedente o que en la práctica hagamos de todo con ellos, sigue siendo necesario identificar los límites de las categorías, so pena de sacrificar claridad, orden y operatividad de los sistemas de precedente posibles.

Si admitimos, con Núñez (2022b, sección 2.3), que el 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, entonces reconocemos que la *ratio* de un precedente es igualmente relevante como alguna otra *ratio* que quizá no tiene ese reconocimiento según una concreta regla del precedente. Sospecho que si la caracterización de la *ratio* es tan mínima, entonces no hay nada que le separe de cualquier otra razón relevante a considerar y, si esto es así, no tendría siquiera sentido tener una regla del precedente o discutir sobre precedentes. Parece que la *ratio* tiene un carácter más central que el de una mera condición contribuyente para la justificación de las decisiones.

Hay, por cierto, una distancia entre la *ratio* de la resolución judicial y los enunciados que identifican *rationes decidendi* que son “enunciados, o conjuntos de enunciados, de carácter meta-jurisdiccional” (Núñez, 2022b, sección 3.2) pero hay también diferencias importantes en la forma en la que ha ocurrido la referida institucionalización. Núñez hace una valiosa contribución a este respecto al distinguir: a) el sitio donde se fija la *ratio*:

intratextual o intertextual; b) si asigna o no un valor normativo a los enunciados que establecen las *rationes*; c) si el texto de la *ratio* tiene forma de enunciado normativo o no, y d) si la identificación de la *ratio* es propia o impropia (reelaboración). Esta distinción abre la puerta para analizar los desafíos concretos que se derivan de tener una determinada combinación de elementos en la institucionalización.

7. De las ventajas y amenazas de los sistemas institucionalizados de la *ratio decidendi*

La certeza jurídica, la igualdad formal y la eficiencia son algunas de las ventajas que Álvaro Núñez identifica en los sistemas institucionales de identificación de *rationes decidendi*, en la medida en que facilitan la identificación de la norma general que resuelve una determinada indeterminación del derecho. Esta aparente “eficiencia” que evita acudir a la decisión jurisdiccional que le dio origen para conocer los hechos que dieron lugar a la *ratio* que guía la decisión tiene dos caras (Núñez, 2022b, sección 4.1).

La otra cara de la cuestión es que la toma de decisiones privilegiando el uso de máximas o tesis produce también resultados adversos. No pocas veces ha conducido al desarrollo de doctrina jurisprudencial diversa a la que fue proyectada en la decisión, fuera de contexto o incluso inaplicable, debido al desconocimiento de los hechos de origen. Otra consecuencia indeseada de la identificación institucional de las *rationes* ha sido el afianzamiento de la práctica del “copia-pegar” (que, en teoría, habría de evitarse), ya no de los considerandos de otras decisiones, sino de la “tesis” mismas sin haber ejecutado ninguna operación analítica de la *ratio* empleada para la justificación de la decisión, asumiendo que con su mera inserción basta.

Alejandra Martínez (2018, p. 162) ha observado que el sistema de reiteración mexicano ha propiciado que, una vez confeccionado el criterio que será institucionalizado y deberá ser reiterado, las personas juzgadoras se preocupen más por aplicarlo mecánicamente hasta reunir el número de reiteraciones necesarias, para satisfacer el criterio de reiteración fijado en la regla del precedente, que por afinar el criterio a partir de su aplicación en nuevos casos. Si la regla del precedente admitiera el uso libre de la *ratio*,

entonces nuestras discusiones y revisiones se limitarían a un registro de la variedad de formas en las que esto puede ocurrir sin generar las preocupaciones y dificultades que ahora discutimos. Ese no parece ser el caso y, hasta donde sé, la mayor parte de los sistemas de precedentes buscan reducir la vaguedad, otorgar respuestas adelantadas a problemas concretos y evitar volver a abrir el balance de razones en cuestiones que ya fueron decididas, de manera que no estipulan el uso de la *ratio* institucionizada en los términos que cada persona aplicadora prefiera.

En no pocas ocasiones, el caso mexicano ha mostrado que la facilidad de y practicidad para recurrir a la “tesis” ha servido también para desvirtuar el sentido mismo de contar con precedentes (con los rasgos conceptuales que se han delineado) y emplear la *ratio* previa en el proceso de razonamiento de casos, promoviendo precisamente los vicios que supuestamente se habrían de evitar.⁴ Estas mismas dificultades, en parte, son las que motivaron en México la reforma judicial en materia de precedentes de 2021, que incorpora un nuevo formato de tesis que contempla los hechos relevantes de manera abstracta, así como la redacción canónica de las “tesis”.⁵

Debe recordarse, sin embargo, que previo a esta reforma, en las “tesis” se podía encontrar cualquier tipo de enunciados: *ratio*, *obiter*, hechos particulares, referencias, resolutivos, todo en uno o dos párrafos indistinguibles. También que, a partir de la reforma de 2021, el uso y aplicación del formato previo de “tesis” coexiste con el formato nuevo de “tesis” cuya redacción y confección se sigue ensayando. Si bien puede aducirse que esto es un caso aislado (el mexicano), me parece que la advertencia derivada de la

⁴ Años atrás ya se advertía que había problemas con el sistema de publicación de jurisprudencia en México, advirtiendo que los criterios publicados, muchas veces escuetos, no permitían observar las razones que sustentaban los fallos y acerca de la necesidad de acudir a la ejecutoria para consultar los considerandos de las sentencias (Gómora, 2019, p. 188-199).

⁵ Es importante notar que, en el caso mexicano, la institucionalización de las *rationes decidendi* respondió a un contexto y a necesidades específicas. Camilo Saavedra ha observado que esta se debe primordialmente al desfase de la publicación de las sentencias, así como a la organización de la publicación de los criterios jurisprudenciales y su difusión, relacionada con la dificultad material para lograr que todos los órganos jurisdiccionales del país tengan acceso a las sentencias (2018, p. 312).

experiencia tiene relevancia precisamente para tener cautela en el potencial resolutor de problemas que concedemos a los sistemas institucionalizados de *ratio decidendi*.

Por otra parte, la crítica identificada en el texto como el “exceso de generalidad” se concentra en la cuestión de que la *ratio* pueda ser una norma de carácter sumamente general, regulando un amplio universo de casos (Núñez, 2022b, sección 5.2.) pero difiero de esta apreciación porque, según veo, ese no es el problema real.

Estamos de acuerdo en que los precedentes sirven para expresar normas generales que son dictadas en el contexto de una disputa concreta, luego, la decisión tomada en el caso concreto puede contener una *ratio* que puede aplicarse a muchos otros casos semejantes. El núcleo de la discusión, me parece, no es decidir si las normas contenidas en los precedentes son relevantes para la resolución de casos posteriores o no (porque lo son y este es un punto de relativo consenso) ni tampoco radica en si se le otorga competencia a uno o a muchos órganos. Me parece que esas reflexiones se desvían de la cuestión central que, concretamente, consiste en identificar para qué tipo de casos son relevantes aquellas normas contenidas en los precedentes.

Es, entonces, una postura prudente advertir que la posibilidad de caer en el error es real, ante lo cual el autor reconoce que la identificación de un texto que exprese la *ratio* no implica que desaparezcan los problemas de interpretación (Núñez, 2022, sección 6.1). Lo que quizás se queda en el tintero es la magnitud que pueden adquirir esos problemas y las consecuencias que puedan traer en la creación y construcción de líneas jurisprudenciales a lo largo del tiempo.

Al abordar la amenaza de la exclusividad, el autor se refiere a la posibilidad de que un órgano tenga la competencia para identificar las *rationes decidendi* y reconoce que sería un despropósito permitir que diferentes órganos puedan tener la competencia para identificar la *ratio* simultáneamente (Núñez, 2022b, sección 6.2), lo cual equivaldría a socavar el propio sistema de identificación institucional de la *ratio decidendi*. Tiene razón en las consecuencias indeseables que traería la no exclusividad de identificación, porque, además de no ser exclusiva dicha competencia, se permitiría

que todos los órganos jurisdiccionales pudieran reabrir la discusión infinitamente y volveríamos al punto de inicio ¿qué sentido tendría que existan *rationes* institucionalizadas si su modificación está disponible para todos los demás órganos en cualquier momento?

Sucede algo similar en el caso del peligro de la exhaustividad, según el cual puede suceder que el órgano competente para identificar institucionalmente la *ratio* haya omitido considerar otra norma que pueda ser tomada como *ratio*. Tal como lo veo, cuestionar esto vacía de sentido la práctica de tener unas *rationes* institucionalizadas, porque siempre existe la posibilidad que algún otro órgano considere que esto es así, pero solo una lectura ha de prevalecer. Si aceptáramos que es posible reabrir el balance de razones cada vez que haya lecturas diversas sobre esta, lo mejor sería desistir de la “institucionalización de *rationes*”. Es así que un sistema tal requiere unos ciertos cierres provisionales y mecanismos para la revisión y adecuación que sean canalizados dentro del propio sistema.

8. Comentario final

Álvaro Núñez ha presentado con rigor analítico el qué, el cómo y el porqué, así como las ventajas y desventajas de la maximización de la jurisprudencia y los precedentes, defendiendo la conveniencia y la superioridad de los mecanismos institucionalizados de identificación de *rationes decidendi*.

Coincido en la importancia que tiene en los sistemas jurídicos contemporáneos la creación de precedentes, así como en los diversos fines que se alcanzan con esta práctica jurídica. A pesar de que teóricamente los argumentos que confecciona a favor de los sistemas de institucionalización de la *ratio* son rigurosos y convincentes, persisten varias dificultades que he intentado ilustrar, desde un modo concreto de institucionalización con el que estoy familiarizada y arribo a dos conclusiones provisionales.

La primera, que las categorizaciones conceptuales delineadas en el artículo ayudan a clarificar y delimitar de mejor manera los elementos que intervienen en la comprensión, incorporación y uso de los precedentes en los sistemas jurídicos del *Civil Law*. Estoy convencida de que es neces-

rio continuar con estos ejercicios de clarificación conceptual y contrastar nuestras propias prácticas para lograr una mayor comprensión de ellas y una mejor aplicación.

La segunda, que hay una serie de problemas que plantea el uso de precedentes en los sistemas jurídicos del *Civil Law* y cuya solución no es claro que pueda alcanzarse con la institucionalización de las *rationes decidendi*, ya que podría incluso radicar en otro sitio. Los problemas de referencia pueden presentarse y variar en función de los rasgos que cada sistema de institucionalización adopte, con lo cual, resulta difícil anticipar que todos sean igualmente exitosos. Aún más complejo resulta anticipar si una solución concreta será satisfactoria para todos los posibles sistemas con sus particulares configuraciones.

El análisis reafirma, en todo caso, la idea de que la práctica del precedente requiere de una incorporación, comprensión y afianzamiento desde los propios usuarios para satisfacer los fines que varias personas creemos que promueve, empleando o no mecanismos institucionalizados de identificación de *rationes decidendi*.

Bibliografía

- Aguiló, J. (2003). Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. *Doxa*, 26, 289-326.
- Alexander, L. y Sherwin, E. (2007). Judges as Rulemakers. En D. Edlin (ed.), *Common Law Theory* (pp. 27-50). Cambridge: Cambridge University Press.
- Camarena, R. (2018). La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En C. Pulido; R. Camarena y A. Martínez (eds.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 103-139). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Camarena, R. (2022). La ratio decidendi a través de ojos mexicanos. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 16, 39-68.
- Endicott, T. A. (2006). *La vaguedad en el derecho*. Madrid: Dykinson.

- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gascón, M. (2020). Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?. En M. Gascón y A. Núñez (eds.), *La construcción del precedente en el Civil Law* (pp. 163-188). Barcelona: Atelier.
- Gargarella, R. (2017). The «New» Latin American Constitutionalism. Old Wine in New Skins. En A. Bogdandy Von, E. Ferrer, M. Morales. y F. Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America* (pp. 211-134). Oxford: Oxford University Press.
- Gómora, J. N. (2019). *Jurisprudencia en México*. México: Porrúa.
- Gómora, S. (2018). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Gómora, S. (2019). La jurisprudencia mexicana y el principio de legalidad: una compleja relación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 51(155), 759-839.
- Goldstein, L. (1984). Some Problems about Precedent. *Cambridge Law Journal*, 43(1), 88-107.
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Horty, J. (2004). The result Model of Precedent. *Legal Theory*, 10(1), 19-31.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Magaloni, A. (2021). *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*. México: SCJN-CEC.
- Martínez, A. (2018). El cambio del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En C. Pulido, R. Camarena, y A. Martínez (eds.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 143-177). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Núñez, Á. (2022a). *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons.
- Núñez, Á. (2022b). Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes. *Discusiones*, 29(2).

- Lamond, G. (2016). Precedent and Analogy in Legal Reasoning. En E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec>
- Prieto, L. (2014). La teoría de la interpretación en el origen de la justicia constitucional y en el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica. En M. Gascón (ed.), *Argumentación jurídica* (pp. 43-71). España: Tirant lo Blanch.
- Pulido, F. (2022). ¿Es necesaria la regla del precedente?. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 16, 129-154.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2005). *La jurisprudencia en México*, 2ª edición. México.
- Saavedra, C. (2018). El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México. En C. Pulido, R. Camarena y A. Martínez (eds.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 279-354). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Zorzetto, S. (2022). Argumentos jurídicos y precedentes judiciales. Un experimento de sociología judicial entre la práctica y la teoría. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 16, 85-128.

