
DISCUSIONES 29

2 - 2022

**LA IDENTIFICACIÓN
DE LA *RATIO DECIDENDI*.
SOBRE PRECEDENTES
Y NORMAS GENERALES**



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Director

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

Secretaría de redacción

Daniela Domeniconi (Universidad Nacional de Córdoba)

Sofía Pezzano (Conicet, Argentina)

Comité Científico

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

Consejo Editorial

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Diego Dei Vecchi (Universitat de Girona, España)

*Editores de sección**Discusiones: Cortes.*

Flavia Carbonell (Universidad de Chile)

Carolina Vergel (Universidad Externado de Colombia)

Discusiones: Libros.

Lorena Ramírez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Janaina Roland Matida (Universidad Alberto Hurtado, Chile)

Discusiones: Balance

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

Pablo Rapetti (ITAM, México)

DIRECCIÓN POSTAL

Avda. Colón 50, planta alta, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000HZZK, Argentina.

DIAGRAMACIÓN:

Fabían Luzi

DISCUSIONES 29

2 -2022

“LA IDENTIFICACIÓN DE LA *RATIO DECIDENDI*. SOBRE PRECEDENTES Y NORMAS GENERALES”



CARLA IUSPA SANTELICES
VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE
(EDITORES)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia? Notas introductorias a la discusión. <i>Is It A Good Idea to Summarize Precedents and Case-Law? Introductory Notes to the Discussion</i>	7
CARLA IUSPA SANTELICES (<i>Universidad Diego Portales, Santiago, Chile</i>) VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE (<i>Universidad de Los Lagos, Osorno, Chile</i>)	
Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes. <i>On Summarizing Case-Law and Precedents</i>	31
ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO (<i>Universidad de Murcia, España</i>)	
Ratio decidendi: Otras formas de identificación. <i>Ratio decidendi: Other Ways of Identifying It</i>	77
LUIZ GUILHERME MARINONI (<i>Universidade Federal do Paraná, Brasil</i>)	
Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes: casos de la vida real. <i>On Summarizing Case-Law and Precedents: Real Life Cases</i>	
SANDRA GÓMORA JUÁREZ (<i>Universidad Nacional Autónoma de México, México</i>)	95

Precedentes y mecanismos institucionalizados de identificación de la ratio decidendi: reflexiones críticas. <i>Precedents and Institutionalized Mechanisms for the Identification of the Ratio Decidendi: Critical Thoughts</i>	119
LUCA PASSANANTE (<i>Università degli Studi di Brescia, Italia</i>)	

Respondiendo desde la (im)prudencia: comentarios a las críticas a “Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes”. <i>Replies from (Im)prudence: Comments to the Critics to “On Summarizing Case- Law and Precedents”</i>	139
ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO (<i>Universidad de Murcia, España</i>)	

SECCIÓN II: DISCUSIONES: CORTES

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como tribunal constitucional. Razonamiento jurídico desde una perspectiva de derecho comparado. <i>The European Court of Justice as a Constitutional Court. Legal Reasoning in a Comparative Perspective</i>	183
GIULIO ITZCOVICH (<i>Università degli Studi di Brescia, Italia</i>)	

SECCIÓN III: DISCUSIONES: LIBROS

Sobre los fundamentos analíticos de la teoría del derecho. Recensión de “Teoría analítica del derecho” de Jorge Luis Rodríguez. <i>On the Analytic Foundations of Legal Theory. Review to “Teoría analítica del derecho” by Jorge Luis Rodríguez</i>	273
GIOVANNI BATTISTA RATTI (<i>Università degli Studi di Genova, Italia</i>)	

SECCIÓN IV: DISCUSIONES: BALANCE

Reflexiones sobre la noción de tolerancia contextual como virtud personal. Un balance de la discusión sobre liberalismo y tolerancia. <i>Reflections on the Notion of Contextual Toleration as A Personal Virtue. An Evaluation of the Discussion about Liberalism and Tolerance</i>	301
LETICIA MORALES (<i>Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile</i>)	

Instrucciones para las/os autoras/es.....	327
---	-----

Sección I

DISCUSIÓN

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia? Notas introductorias a la discusión

Is It A Good Idea to Summarize Precedents and Case-Law? Introductory Notes to the Discussion

Carla Iuspa Santelices*
Víctor García Yzaguirre**

Recepción y evaluación de propuesta: 19/07/2021

Aceptación: 05/08/2021

Recepción y aceptación final: 15/12/2022

Resumen: Este artículo tiene por objetivo presentar los principales puntos de la discusión alrededor del texto “Sobre la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia” de Álvaro Núñez Vaquero, formulados por Sandra Gómora, Luiz Guilherme Marinoni, y Luca Passanante. Para ello, vamos a empezar por reconstruir las tesis del autor; luego presentaremos brevemente las críticas formuladas a estas por los y la comentarista, así como las respuestas del autor; y finalmente formularemos algunos posibles problemas sobre los cuales seguir discutiendo.

Palabras clave: Precedentes, *Ratio decidendi*, Maximización

* Doctoranda en Derecho y becaria ANID, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Profesora de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: carliuspa@gmail.com

** Doctor en derecho, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Profesor de la Carrera de Derecho de la Universidad de Los Lagos, Osorno, Chile. Correo electrónico: garciayzaguirre@gmail.com

La autora y el autor agradecen a Álvaro Núñez Vaquero y a Hugo Osorio Morales por los comentarios y críticas que hicieron a una versión previa de este texto.

Abstract: This article aims to present the main points of the discussion on the paper “On Summarizing Case-Law and Precedent” by Álvaro Núñez Vaquero made by Sandra Gómora, Luiz Guilherme Marinoni, and Luca Passanante. To do this, we will start by reconstructing the author’s theses; then we will briefly present the criticisms made to them by the commentators, as well as the author’s responses; and finally, we will formulate some possible problems on which to continue discussing.

Key words: Precedents, *Ratio decidendi*, Summarizing

1. Introducción

El uso de decisiones jurisdiccionales pasadas por parte de los operadores jurídicos es cada vez más usual en nuestros sistemas jurídicos de tradición continental.¹ En efecto, es común ver que los abogados usan decisiones jurisdiccionales pasadas para satisfacer, de mejor manera, sus cargas argumentativas en los procesos de aplicación del derecho. Los jueces, por su parte, usan decisiones jurisdiccionales (propias o no) para justificar la calificación jurídica de la acción que están juzgando. Pese a su frecuencia, este tipo de prácticas despierta múltiples preguntas. Solo por señalar dos: ¿qué es lo que están haciendo estos operadores del derecho? ¿cómo pueden determinar qué es lo relevante de la decisión pasada que utilizan en la justificación de la propia?

Las discusiones sobre qué son y cómo se usan las decisiones jurisdiccionales pasadas son de enorme importancia práctica y han adquirido, de manera reciente, una especial atención por parte de numerosos teóricos y teóricas del derecho de la tradición del *civil law*. En este contexto, este número de la revista *Discusiones* se centra en las tesis de Álvaro Núñez Vaquero (en adelante, ANV) presentadas en el artículo “Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes”. Tales ideas son comentadas de manera interesantísima por Sandra Gómora, Luiz Guilherme Marinoni y Luca Passanante.

¹ Para un análisis de este punto, ver Vio (2021).

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia?...

En particular, la discusión se concentra en un aspecto específico vinculado con el uso de tales decisiones jurisdiccionales pasadas por los jueces: la implementación de sistemas de identificación institucional de las *rationes decidendi*, esto es, de la (que puede ser reconstruida como) norma contenida en la decisión pasada que es relevante para la decisión de otros casos. Este aspecto específico de la práctica despierta desafíos aún más específicos, que son abordadas por el autor y sus comentaristas en este número: ¿qué significa identificar institucionalmente una *ratio decidendi*? ¿qué ventajas y desventajas pueden tener estos sistemas institucionales de identificación? Y, en definitiva: ¿es una buena idea contar con mecanismos de identificación institucional de *rationes decidendi*?

Ante tamaño desafío, tal vez conviene comenzar por el final, de manera de advertir al lector o lectora de estas líneas: en esta materia —concluye ANV— no existen soluciones ni remedios mágicos, sino solo una barca en mar abierto que podemos reparar por partes. La discusión que presentamos contiene, sobre todo, el intento del autor y de sus comentaristas de mantener a flote la mencionada barca, identificando diversos riesgos (supuestos y reales) de las distintas estrategias de identificación de *rationes decidendi* y comparándolos con sus ventajas en términos de (por ejemplo) certeza jurídica, igualdad formal y eficiencia a la hora de tomar decisiones. En otras palabras, la respuesta a la pregunta de si es buena idea adoptar la estrategia de la maximización parece ser que depende de aquello que estemos dispuestos a sacrificar y, en particular, de *a quién* y bajo qué condiciones estemos dispuestos a otorgarle competencia para identificar *rationes decidendi*.

La tesis de ANV es que, en dicho mar abierto, contar con mecanismos institucionales de identificación de *rationes* parece ser (bajo ciertas condiciones) una buena idea para que la barca se mantenga a flote. ANV usa la expresión “maximización” como una forma de hacer referencia a las “máximas” del *Ufficio del Massimario* italiano. Lo que nos está diciendo, como veremos con mayor claridad más adelante, es que la mejor manera de identificar las *rationes decidendi* es adoptar una estrategia bajo la cual dichas *rationes* sean identificadas a través de enunciados metalingüísticos formulados por el propio emisor del precedente o por un órgano especializado (mecanismos institucionalizados de identificación). Por su parte,

sus comentaristas siembran interesantes dudas sobre la tesis de ANV, en particular a partir de ciertas experiencias nacionales de instalación de mecanismos de maximización.

A efectos de introducir la discusión, veamos las diferencias entre dos tipos de prácticas en las que se reconoce algún grado de vinculatoriedad a ciertas decisiones jurisdiccionales. Imaginemos, por un lado, una Corte de máxima instancia que emite sentencias que son, conforme a la dogmática nacional, “vinculantes”. En términos generales, esto suele ser entendido como una forma de señalar que *una parte* de sus decisiones deben ser usadas por el resto de jueces al momento de justificar la premisa normativa de sus sentencias. Sin embargo, ¿qué parte de la sentencia de la Corte es vinculante? ¿quién determina qué fragmento es el vinculante? ¿la Corte que la dictó? ¿el juez subsecuente? ¿la ciencia jurídica?

Por otro lado, imaginemos a otra Corte (de otro país) que, además de emitir sentencias calificadas como “vinculantes”, incluye menciones expresas de cuál es la parte de su decisión que tiene ese efecto vinculante. Para ser más claros, veamos algunos ejemplos:

1. El Tribunal Constitucional del Perú es competente para señalar, en la parte resolutive de sus sentencias (y tras superar una serie de requisitos), que un determinado fragmento de su decisión ha de ser considerado como “precedente vinculante”. Esto quiere decir que de dicho fragmento se ha de identificar las reglas que son normativamente relevantes para resolver casos futuros.²
2. El Supremo Tribunal Federal de Brasil publica, dentro de sus sentencias, enunciados normativos que canonizan la norma usada en la sentencia para resolver el caso individual y que debería ser usada por el resto de la judicatura.³

² Por ejemplo, en la sentencia N° 02677-2016-AA/TC señaló en el punto 5 de la parte resolutive lo siguiente: “Establecer como PRECEDENTE, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 21 de esta sentencia”.

³ Por ejemplo, en la sentencia plenaria de fecha 12 de marzo de 015 se aprobó la súpula 56 que señala “La falta de establecimiento penitenciario adecuado no autoriza el manteni-

3. En el Semanario Judicial de la Federación, el cual depende de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, se publican las “Tesis”, las cuales son documentos que contienen una formulación canónica de la norma usada en una decisión jurisdiccional de la Corte Suprema o de un Tribunal Colegiado de Circuito (además de una breve reconstrucción de los hechos del caso y sus fundamentos) y que deberá ser usada por el resto de jueces.⁴
4. La *Corte Suprema di Cassazione* italiana posee, como dependencia, el *Ufficio del Massimario* (Oficina del Maximario) la cual se encarga del estudio de las decisiones jurisdiccionales de ese órgano. Como producto, ofrece *Relazione* (informes) que contienen una síntesis de lo decidido y una identificación de cuáles fueron las normas utilizadas para resolver el caso.

Como podemos ver de estos ejemplos, las respuestas a las preguntas que surgían en el anterior caso parecen estar (al menos, un poco más) claras. En su favor, se podría decir que estas prácticas hacen que no sea necesario analizar todo el contenido de la sentencia para identificar la parte que es “vinculante” para el caso posterior, ni mucho menos tener una deliberación pública respecto de cuáles son las partes más relevantes de la sentencia para determinar qué es lo relevante de ellas. Sin embargo, a estas prácticas se les ha reprochado —entre otras cosas— atentar en contra de la propia naturaleza de los sistemas de precedentes, la igualdad material y/o el principio de separación de poderes. Si esto es así, parece que la barca corre el peligro hundirse, y esto es precisamente lo que algunos/a de los/a comentaristas parecen sugerir.

Con esta breve introducción pretendemos presentar los principales puntos de la polémica generada entre el autor y sus comentaristas. Para ello, en la sección 2 realizaremos una reconstrucción de las principales tesis de ANV. En la sección 3 indicaremos cuáles fueron los principales desa-

miento del reo en un régimen penitenciario más severo, debiendo en este caso observarse los parámetros establecidos en la RE 641.320/RS”.

⁴ Por ejemplo, la tesis P./J. 10/2022 señala lo siguiente: “Huella dactilar. siempre y cuando esté acompañada de una firma a ruego válida, es apta como elemento para manifestar el consentimiento en la celebración de contratos escritos de enajenación de bienes inmuebles”.

fios presentados por los y la comentarista, así como una breve reseña de la respuesta esgrimida. Finalmente, en la sección 4 formularemos algunas posibles preguntas que permitan continuar el debate.

2. La estrategia de ANV

ANV sostiene que por razones de precisión y claridad es pertinente diferenciar la pregunta sobre qué es una *ratio decidendi* y la pregunta sobre cómo identificar una *ratio decidendi*. Para responder a la pregunta conceptual, ANV distingue y caracteriza las nociones de “precedente”, “*ratio decidendi*” y “regla del precedente”. Para absolver la pregunta sobre la identificación de las *rationes*, ANV se pregunta si acaso es conveniente contar con mecanismos institucionales que establecen quién debe identificar la o las *rationes decidendi* (a lo que, como ya adelantamos, responde afirmativamente). El primer conjunto de preguntas serán tratadas como precisiones conceptuales previas; mientras que la segunda pregunta será abordada como la propuesta práctica del autor.

La estrategia que seguiremos para reconstruir el debate es la siguiente: primero, daremos cuenta de las precisiones conceptuales previas que realiza ANV en su texto; segundo, daremos cuenta de la tesis normativa de ANV (esto es, cómo resuelve el problema práctico planteado). Esto nos permitirá articular la tesis de ANV, así como sus presupuestos conceptuales y principales argumentos. En el apartado siguiente, reconstruimos brevemente tanto las críticas de los y la comentarista, como las respuestas que entrega ANV.

2.1. Precisiones conceptuales previas: precedente, regla del precedente y *ratio decidendi*

En relación con las precisiones conceptuales, ANV formula una propuesta de conceptualización de las nociones de precedente, regla del precedente,

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia?...

y *ratio decidendi*.⁵ En un apartado posterior, nos concentraremos en las críticas (comunes) dirigidas a la defensa de la estrategia de maximización.

Llama “precedente” a una decisión jurisdiccional (esto es, es un conjunto de enunciados lingüísticos) que cumple con las siguientes condiciones: i) haya sido dictada por un órgano jurisdiccional competente para resolver casos usando normas procedimentales y normas sustantivas; ii) sea posible identificar en su contenido un acto de creación judicial del derecho, esto es, la formulación de una norma nueva; y iii) que el contenido no viole normas de competencia. Como vemos, bajo la propuesta de ANV los precedentes son un subconjunto dentro del universo de decisiones jurisdiccionales y es una forma de denominar a un conjunto de expresiones lingüísticas.

Llama “regla del precedente” a un conjunto de normas que permiten: i) identificar qué decisiones cuentan como precedentes y cuáles no; ii) determinar la relevancia normativa de un precedente; y iii) limitar el contenido de decisiones jurisdiccionales futuras al requerir alguna acción vinculada al precedente (seguimiento, aplicar una norma axiológicamente coherente con *ratio*, mención al precedente o a la jurisprudencia, entre otras). La regla del precedente, para nuestro autor, usualmente es generada por la práctica de los operadores jurídicos.

La *pars destruens* de esta propuesta conceptual es que rechazar la (extendida) forma de entender la regla del precedente como un conjunto de normas prescriptivas que regulan el comportamiento de los aplicadores del derecho. La *pars construens* de la propuesta es que, para ANV, la mejor manera de entender la regla del precedente es como un conjunto de normas constitutivas que determinan la validez de las decisiones jurisdiccionales futuras. En tal sentido, son normas que regulan qué es necesario, suficiente, necesario y suficiente, o contribuyente para que una decisión jurisdiccional sea válida. La posibilidad de que llamemos “regla del precedente” a normas que establecen el carácter de condición meramente contribuyente para la validez de las decisiones jurisdiccionales futuras resulta especialmente polémica para esta edición.

⁵ Cabe señalar que ANV ha profundizado en extenso sobre estos puntos en Núñez Vaquero (2022c).

Por último, ANV llama “*ratio decidendi*” a las normas generales y abstractas, contenidas en una decisión jurisdiccional, que son relevantes para la decisión de otros casos, esto es, normas que operan como condición para la validez de otras decisiones jurisdiccionales. Esta definición implica que la aplicabilidad de una *ratio decidendi* se determina por un razonamiento subsuntivo. Sea que la *ratio* esté formulada como una norma condicional o una categórica, su aplicabilidad se determinará a partir de si un caso individual es una instanciación o ejemplificación del antecedente de la norma. Esto supone —como notaron algunos de sus comentaristas— rechazar que las *ratio decidendi* puedan ser aplicadas solamente por analogía.

2.2. La propuesta práctica: por qué preferir mecanismos institucionales de identificación de *rationes decidendi*

En cuanto a qué podrían/deberían hacer los aplicadores del derecho para identificar las *rationes decidendi* de los precedentes, ANV se compromete y defiende una solución posible y actualmente en ejercicio en algunos sistemas de *civil law*: la estrategia de la maximización.

Para sostener que dicha estrategia es la mejor (recordemos: para mantener la barca a flote, pese a que no podamos repararla completa), ANV parte de dos constataciones: primero, que el derecho está indeterminado (también) cuando los jueces quieren identificar cuál (o cuáles) es la *ratio decidendi* de una sentencia que han de usar como premisa normativa en sus decisiones jurisdiccionales, ya que existen múltiples criterios para identificarlas y ellos no están jerarquizados por ninguna norma jurídica. Segundo, que para enfrentar este problema desde la práctica del *civil law* (específicamente en el caso de México, Brasil, Italia y Perú), se ha diseñado una estrategia en la cual la identificación de cuál es la *ratio decidendi* se realiza a través de enunciados metalingüísticos, dictados por un órgano competente, denominados Tesis, Súmula, Massima o precedentes vinculantes. En adelante, únicamente por claridad explicativa y para seguir al autor, nos referiremos a estos enunciados como “máximas”. En tales casos, no hace falta analizar el precedente forma completa y que el intérprete haga su mejor lectura de ese, sino que solo necesitará interpretar este enun-

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia?...

ciado lingüístico para identificar la *ratio decidendi* que posee relevancia normativa para resolver casos futuros. Por eso se les llama mecanismos institucionales de identificación.

Esta estrategia, como bien anota el autor, puede tomar diferentes formas, dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate: i) el enunciado metalingüístico puede formar parte del precedente o no; ii) dicho enunciado puede tener atribuido valor normativo o no (y, en este sentido, expresar una meta-norma o una proposición normativa); iii) puede hacer una formulación canónica de la *ratio decidendi* o no; y iv) puede identificar un fragmento de la decisión del precedente como *ratio* o formular una reelaboración del texto precedente para identificarla. ANV parece afirmar que, dada la indeterminación de la tarea de identificación, la mejor versión de esta estrategia sería aquella que, por lo menos, genere enunciados metalingüísticos a los que atribuya valor normativo, es decir, enunciados que expresan meta-normas.

Ahora bien, ¿son equivalentes las máximas, dotadas o no de relevancia normativa, a las *ratio decidendi*? La respuesta es que, bajo la reconstrucción de ANV, no son equivalentes. Veamos por qué.

Incluso en aquellos casos en que el enunciado en que consiste la máxima expresa una meta-norma, se trata de un enunciado lingüístico cuya interpretación (entendida como actividad de atribución de significado) ofrecerá como resultado una norma N_1 que identifica otra norma N_2 como la *ratio* del caso. A partir de esta meta-norma, emplear otra norma distinta de aquella identificada por el órgano competente en el caso posterior puede derivar en la nulidad de la decisión o la posibilidad de interponer un recurso.⁶ En este punto se puede observar la diferencia entre *ratio* y máxima: la segunda se refiere a la primera (pero no se identifica con ella en ningún caso).

Esto quiere decir que el trabajo pendiente para los operadores que han de aplicar la *ratio* será interpretar la máxima a efectos de identificar la N_2 que cuenta como la *ratio decidendi*. En este sentido, es importante aclarar que la

⁶ Como bien indica ANV, si la máxima es formulada por la ciencia jurídica o por un órgano que ofrece enunciados que carecen de valor normativo, entonces dicha máxima opera como una proposición normativa (enunciado descriptivo). En este supuesto, las máximas, por sí mismas, no determinan la validez de decisiones futuras (y son, en este sentido, absolutamente distinguibles de las normas).

estrategia de la maximización no ofrece una previsibilidad absoluta de cuál será la calificación jurídica de una acción, sino un margen de determinación (establece marco de significados posibles atribuibles a dichos enunciados) de cuál deberá ser la norma N_2 a ser usada por otros aplicadores del derecho.

Esto es particularmente importante: la estrategia de la maximización no resuelve, de manera definitiva, los problemas prácticos. La propuesta de ANV es una estrategia, en cambio, que reduce el tiempo necesario y la información requerida para poder identificarla. La estrategia, al no ofrecer normas (sino enunciados a ser interpretados para obtener normas o proposiciones normativas), no supone un compromiso con un determinado modelo de juez o forma de organizar la entidad a la que forme parte el aplicador del derecho. Lo que sí hace es generar mayor cognoscibilidad y calculabilidad de cuál podrá ser la *ratio decidendi* que determinará la validez de decisiones futuras. La estrategia, según ANV, es aquella que logra mantener la barca a flote, en comparación con los escenarios alternativos (en particular, con sistemas en que la identificación de la *ratio* es competencia de todos los jueces que han de aplicarla a casos posteriores).

3. Críticas a las tesis de ANV

En el contexto de la discusión se han formulado críticas tanto a las propuestas teóricas como a la propuesta práctica de ANV. Resultan de especial interés para esta introducción dos conjuntos de críticas a las tesis —defendidas por ANV— sobre el concepto de *ratio decidendi* y sobre su defensa a la estrategia de maximización de los precedentes. Así, en lo sucesivo, nos concentraremos en las dos siguientes aristas de la discusión: (i) un primer grupo de críticas, según las cuales los hechos del caso deberían jugar un papel relevante tanto en la identificación de las *ratio decidendi* como en su posterior aplicación; (ii) un segundo conjunto de críticas, dirigidas a cuestionar la conveniencia de tener órganos con competencia para identificar *rationes* de manera institucional, dado que (a) podrían llevarnos a supuestos de abuso o error en la identificación de *rationes*; y que (b) pueden producir o producen resultados contrarios al principio de separación de poderes.

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia?...

Respecto del primer conjunto de críticas, los y la comentarista cuestionan que, en la identificación de la *ratio*, no jueguen rol alguno los hechos del caso en el que se dictó el precedente, ni tampoco los hechos que justifican la aplicación de la *ratio* en el caso posterior. Si interpretamos correctamente a quienes comentan, todos/a estarían defendiendo (alguna versión de) los “peligros supuestos” vinculados a la estrategia de maximización que identifica ANV en su trabajo principal: o aquel relativo a la abstracción respecto de los hechos del caso, o aquel relativo al exceso de generalidad de la norma identificada como *ratio*.

Como ya hemos dicho, ANV ha sido enfático en la necesidad de distinguir entre la pregunta sobre qué es una *ratio decidendi* y la pregunta sobre cómo identificarla. Sin perjuicio de que es cierto de que dichos problemas son conceptualmente distintos, parece que lo más interesante es identificar su relación: la respuesta a la pregunta sobre cómo identificar una *ratio* depende (al menos en parte) de qué entendamos por tal. Así, para ANV la mejor forma de reconstruir la noción de *ratio* es como norma general y abstracta relevante para la decisión de otros casos, que es identificada a partir de la decisión jurisdiccional que cuenta como precedente y que opera como condición para la validez de otras decisiones. Desde dicha óptica, el mecanismo de maximización que defiende ANV funciona a través de enunciados metalingüísticos (sean normas, sean proposiciones normativas) referidos (que identifican) a normas generales y abstractas.

Ahora bien, ¿Qué sostiene ANV respecto de los “hechos relevantes” en el caso en que se dicta la *ratio*? Para ANV, sujetar la identificación y posterior uso de la *ratio* a la identificación de un conjunto de “hechos relevantes” es problemático por al menos dos razones: por un lado, porque normalmente su identificación a través de la sentencia judicial es muy difícil; por otro lado, porque depende de un razonamiento circular: cuáles sean los hechos relevantes depende de las normas jurídicas aplicables, y viceversa.

Al respecto, Sandra Gómora (2022) advierte que uno de los riesgos de identificar las máximas o tesis de la forma que lo hace ANV es que su utilización produzca resultados adversos, fuera de contexto, precisamente debido al desconocimiento de los hechos del caso que dio lugar al precedente. En efecto, el problema real del exceso de generalidad de las *ratios*

no es si estas pueden ser normas generales, sino “identificar para qué tipo de casos son relevantes aquellas normas contenidas en los precedentes”.

Por su parte, Passanante (2022) sostiene que el precio a pagar por una estrategia como la propuesta por ANV es demasiado alto. El autor rechaza reiteradamente a lo largo de su trabajo que la *ratio decidendi* sea equiparada con una norma general y abstracta; en particular, debido a que ello implica alejarse desproporcionadamente de las particularidades del caso en que fue dictada la *ratio*.

Sin perjuicio de las ventajas que se pueden reconocer a un sistema de este tipo, para Passanante identificar una *ratio* sin referencia a los hechos relevantes del caso produce una desviación inevitable de la norma creada por el juez en tal caso. Reconstruido en brevísimos términos, Passanante sostiene que las decisiones que constituyen los precedentes son tomadas necesariamente a partir de los hechos de un caso concreto, de manera que la identificación de dicha *ratio* ha de permitir que el precedente funcione como una guía para los jueces en la aplicación (necesariamente) analógica de dicha decisión a casos posteriores, que son similares en algunos aspectos que se consideran relevantes. En este sentido, los hechos del caso no solo deben jugar un papel relevante en la identificación de la *ratio*, sino también en su posterior aplicación.

Passanante descarta que la identificación de los hechos sea una operación especialmente compleja en el contexto de tribunales superiores de justicia, y se hace cargo de la objeción de circularidad esgrimida por ANV. Respecto de esto último, es interesante notar que para el profesor italiano los hechos relevantes no lo son en virtud de la aplicación de una norma *preexistente*, sino por la creación de una norma que aún no existe.

En este sentido, lo distintivo serían aquellas “razones de derecho, en el sentido que justifican la superación de una norma anterior y su sustitución por una norma diferente, esto es, el (nuevo) precedente”. En breve, la *ratio decidendi* está constituida por las “razones (...) por las que una determinada disposición, en presencia de determinadas circunstancias concretas, debe interpretarse de una determinada manera”.

En términos similares, Marinoni (2022) sostiene que es imprescindible identificar los fundamentos compartidos por los juzgadores para identificar la *ratio decidendi*, ya que esta consiste en la “racionalidad de una tesis de

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia?...

derecho delante de determinada moldura fáctica”. Ello se debe a que, sin tener claro el caso concreto en el que la *ratio* fue afirmada, el juez posterior no puede racionalmente justificar la extensión de la aplicación de la *ratio* a un caso diferente. Para justificar dicha extensión, requiere tener claridad de que el nuevo caso exige la adopción de la misma *razón* jurídica que el anterior.

Respecto de este grupo de críticas, ANV sostiene que sus comentaristas parecen compartir la tesis —aunque usen diferentes lenguajes para ello— según la cual a partir de los hechos del caso se han de identificar (no normas, sino) *razones* normativamente relevantes para determinar la calificación normativa de la acción. En otras palabras, que la mejor forma de reconstruir la noción de *ratio decidendi* es a través de la de razones: los precedentes ofrecerían razones que han de ser valoradas por el aplicador del derecho, pero que entran en juego con otras razones concurrentes a partir de los hechos del caso (subsecuente).

Esta tesis supone dos elementos: primero, que a partir de los precedentes no podemos identificar normas generales y abstractas; y segundo, que la manera de usar un precedente es analizando la similitud entre casos (y, según dijimos, balancear las razones que concurren). Ello, en extrema síntesis, debido a que no podemos escindir la identificación y el uso de la *ratio decidendi* de los hechos individuales que fueron resueltos en el caso que generó el precedente.

ANV señala que esta crítica es una forma de presentar la pregunta de cómo deben ser los procesos de interpretación que cada aplicador del derecho ha de usar. En efecto, una cosa es señalar que en cada proceso de aplicación del derecho se puede abrir una deliberación sobre cuáles son las razones normativamente relevantes para determinar su calificación normativa. Otra cosa es señalar que siempre (o algunas veces) debemos abrir dicha deliberación, entendida como balance de razones que ha de realizar el operador que aplica la *ratio*.⁷ De esta manera, la crítica nos enfrenta a una pregunta sobre las preferencias valorativas de nuestros aplicadores del derecho.

⁷ Dicho sea de paso: ANV argumenta que, así reconstruida su tesis, parece que los comentaristas no están pensando propiamente en una aplicación analógica de la *ratio* (ni *legis* ni *iuris*), sino en un balance de razones que ha de realizar el operador que debe aplicar la *ratio* a un caso posterior.

Para aclarar este punto, veamos los extremos del abanico de posibilidades. Un extremo es un aplicador del derecho que considera que: (a) la *ratio decidendi* ofrece un conjunto de propiedades relevantes; y (b) el resto de propiedades que puedan ser identificadas a partir del caso individual deben ser consideradas irrelevantes. Como vemos, esta sería una manera de presentar al aplicador del derecho que ha renunciado a realizar cualquier acto de *distinguish* o un *overruling* (asumiendo que es competente para realizar una o ambas acciones). Este juzgador, en palabras de ANV, estaría asumiendo un modelo opaco de las reglas respecto de su justificación subyacente.

El otro extremo es el de un aplicador del derecho que considera que: (a) la *ratio decidendi* ofrece un conjunto de propiedades, *prima facie*, relevantes; y (b) el resto de propiedades que puedan ser identificadas a partir del caso individual deben ser consideradas relevantes. Como vemos, esta sería una manera de presentar al aplicador del derecho que considera que las *ratio decidendi* son meramente indicativas de una posible forma de calificar la acción. Este juzgador, en palabras de ANV, estaría asumiendo un modelo transparente, o semi-transparente, respecto de las reglas.

La preferencia por uno u otro modelo de toma de decisiones, en realidad, depende de consideraciones ideológicas. Tal y como muestra ANV, dependerá de qué concreta ideología de las normas jurídicas (o de cómo deben ser usadas) se sostenga. Es decir, si el aplicador del derecho es competente (o no), y bajo qué condiciones, para recurrir a las razones subyacentes de las normas. No hay necesidad conceptual en el uso de los precedentes que suponga adoptar uno de estos modelos: depende de nuestras preferencias sobre quién queremos que pueda o deba llevar a cabo un balance de razones, y bajo qué condiciones. Este punto será relevante para el último apartado de esta introducción.

En estos términos, la respuesta del autor se centra en mostrar que entender la *ratio decidendi* como una norma (general y abstracta) no es la única opción, pero sí la mejor de todas las posibles. Ello porque permite que los precedentes funcionen como escudos, lo que es especialmente relevante cuando existen problemas de independencia judicial; porque reducen el tiempo de deliberación y permiten una decisión y justificación mucho más rápidas; y finalmente porque que todos los jueces tengan competen-

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia?...

cia para reabrir el balance de razones puede llevarnos a un escenario de (mayor) desigualdad y falta de certeza.

Respecto del segundo conjunto de críticas (aquella dirigidas a la propuesta práctica del autor), estas apuntan a cuestionar el corazón de las tesis de ANV: la conveniencia de tener órganos con competencia para identificar *rationes* de manera institucional. Entre otros riesgos, la estrategia de maximización ha llevado y/o podría llevarnos según Gómora y Marinoni a (a) supuestos de abuso y/o error en la identificación de *rationes*; por otro lado, para Passanante, la estrategia es cuestionable porque (b) puede producir resultados contrarios a principios como la separación de poderes. Veamos brevemente los argumentos sostenidos respecto de este punto, así como las respuestas de ANV.

En cuanto a lo primero, Gómora percibe con menos entusiasmo el sistema de institucionalización de *rationes*. Entre los problemas advertidos tanto teóricamente como en la experiencia mexicana, la profesora es especialmente enfática en que la estrategia de la maximización puede ser usada para identificar (de manera dolosa o culposa) errada o abusivamente la *ratio decidendi*.⁸ Esto se debe a dos órdenes de consideraciones. Por un lado, como bien apuntan la comentarista, y como reconoce el propio ANV (2022a), la maximización es una estrategia que, por lo menos en las versiones usadas como ejemplos (Italia, México, Brasil y Perú), carece de mecanismos de control de racionalidad respecto al procedimiento de identificación de la máxima. Ello supone que sea una estrategia susceptible, por lo menos, de desviaciones de poder. Por el otro lado, la estrategia no ofrece garantías de que la máxima identificada sea correcta. En efecto, las personas competentes para identificar la máxima pueden (sea por error o desviación de poder), identificar un conjunto de enunciados de los cuales no sea posible identificar la *ratio decidendi* del precedente.

Marinoni (2022) señala que la estrategia de la maximización (por lo menos en su versión brasileña) no da el diana, sino que al contrario, tira una flecha en contra del propio arquero. En breve, sostiene que las súmulas inciden negativamente en la identificación adecuada de la *ratio decidendi* de los precedentes.

⁸ Aunque con menor énfasis, Passanante y Marinoni también se refieren a este riesgo.

Su punto principal es que la mejor manera de identificar la *ratio decidendi* es mediante un análisis de todas las argumentaciones esgrimidas en la sentencia. Eso incluye tomar en cuenta tanto las razones que fueron usadas para justificar la decisión (sea en la sentencia por mayoría o en cada voto concurrente) como las razones que fueron tomadas en cuenta (los votos en minoría). Es decir, las sùmulas serían solo indicativas u orientadoras de cuál es la *ratio decidendi* por determinar. O dicho de manera inversa, pueden ser usadas para mostrar qué tipo de interpretaciones no se deberían tomar (aquellas que no permitan reflejar, adecuadamente, la sùmula).

Ante esta idea, el problema de la estrategia de la maximización recae en considerar que el uso de la máxima (o sùmula) es suficiente para determinar los enunciados a tener en cuenta para la identificación de la *ratio*. En tal sentido, deviene en una práctica no útil para sus fines.

Respecto de esta crítica, ANV señala que los sistemas jurídicos que no emplean una estrategia de la maximización de precedentes no evitan esos riesgos, sino que también los poseen. Pero no solo ello, sino que son susceptibles de generarlos en un mayor grado: si cualquier juez puede identificar la *ratio decidendi* conforme a sus preferencias valorativas, entonces el peligro de hacer una elección descontrolada o equivocada se replica (y acumula) en cada juez. Nuevamente, ANV es fiel a su propia metáfora: la identificación institucional de *rationes* no constituye un remedio mágico para los problemas que se suscitan a propósito de los sistemas de precedentes, sino únicamente una forma de reparar una barca que se encuentra navegando en pleno mar abierto.

Finalmente, Passanante sostiene que al identificar institucionalmente estamos pretendiendo que estas funcionen como normas de origen legislativo (esto es, como normas generales y abstractas que se aplican a casos concretos de manera subsuntiva), lo que implica resignarnos a transformar en legisladores a las Cortes Supremas y a los órganos encargados de redactar las máximas. Esto sería inconveniente a la luz del principio de separación de poderes, que para Passanante implica necesariamente que, incluso en las áreas de superposición de funciones, cada poder actúe sin desvirtuar el lenguaje que es propio de cada uno de ellos (los jueces han de hablar a través de sentencias, y no de leyes).

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia?...

Respecto de esto, ANV sostiene que esta es una cuestión de política jurídica: sobre si debe existir una norma que conceda competencia para dictar precedentes, entendidas como decisiones que generan normas de alcance general para todos los órganos jurisdiccionales y atrincheradas para la mayoría de ellos. ANV reconoce los riesgos de su propia propuesta, pero reafirma que aquellos del escenario alternativo son peores: si no existe tal competencia (y los jueces “hablan” solo a través de normas individuales), los jueces posteriores tienen libertad para reinterpretar la forma en que se decidió en el pasado y/o alejarse de dichas soluciones (o derechamente ignorarlas) reabriendo el balance de razones, basándose en su idiosincrasia. Esto, para ANV, representa un peligro aún mayor que aquellos que rodean la estrategia de maximización.

4. Una discusión abierta

Como hemos podido ver, la discusión que introducimos es el inicio de una polémica que seguirá y que tiene un alto grado de relevancia teórica y práctica. A efectos de incentivar estas discusiones, creemos oportuno ofrecer algunas consideraciones adicionales.

A efectos de brevedad, nos concentramos en uno de los aspectos más polémicos de las tesis discutidas: la relación entre la estrategia de la maximización y los modelos de toma de decisiones.⁹

ANV sostiene que uno de los posibles peligros de la estrategia de la maximización es reducir el grado de protección a la igualdad material por suponer tratar de igual manera a casos desiguales. Junto con ello, el autor

⁹ Un punto interesante de las propuestas de ANV al momento de formular su *pars construens* sobre entender la regla del precedente como conjunto de normas constitutivas es su implicancia en la teorización de la noción de aplicabilidad. Bajo esta propuesta, la regla del precedente no es traducible como un enunciado de aplicabilidad interna (“el caso C está dentro del alcance de la norma N”) ni externa (“los jueces deben aplicar la norma N al caso C”) (véase Moreso y Navarro, 1996). En cambio, lo que nos propone el autor es que las normas constitutivas son usadas al momento de determinar qué enunciados normativos han de ser tomados en cuenta para generar calificaciones normativas válidas. Sobre este punto, dado que no es el tema central del artículo, no profundizaremos.

dice que no es una buena idea que todos los aplicadores del derecho deban usar un modelo de decisiones que trate a las *rationes decidendi* como normas transparentes a sus razones subyacentes o como transparentes sensibles a reglas.¹⁰ Ello, sostiene, iría en contra de la predictibilidad, igualdad formal, proscripción de la arbitrariedad, el principio de universalidad o de eficiencia y justificación de las decisiones.

Como vemos, aquí hay dos riesgos. Por un lado, usar una *ratio decidendi* para resolver un caso prescindiendo de otros aspectos normativamente relevantes genera el riesgo de que un aplicador del derecho produzca resultados que sean ineficientes, injustos o absurdos. Por otro lado, si cada aplicador del derecho es competente para variar el alcance de una *ratio decidendi* conforme a sus preferencias valorativas o que pueda identificar la *ratio* que sea más conveniente para sus fines, se genera el riesgo de que no tengamos reglas o guías de conducta predecibles.¹¹ Como se ha indicado, el autor considera que es mejor asumir el primer riesgo.

Esta preferencia posee algunos problemas. Una manera de leer a ANV¹² es entendiendo que él propone que los modelos transparente y semitransparente queden reservados solo para las Altas Cortes, esto es, para las máximas instancias de decisión jurisdiccional. En cambio, los aplicadores del derecho que no sean máximas instancias deberían aplicar el modelo atrinchado. Al respecto, cabe precisar que los diferentes modelos de aplicación son expresiones de distintas valoraciones sobre qué se debería hacer frente a una laguna axiológica. Veamos este punto.

Supóngase que estamos frente a un uso de la estrategia de la maximización por una Alta Corte. Bajo ella, la Corte determina la máxima de su propio precedente en forma canónica y, además, esta es (conforme a la regla

¹⁰ Con mayor profundidad en Núñez Vaquero (2022b, sección 4.3).

¹¹ Este mismo problema es presentado por Schauer con el contraste de dos modelos de aplicadores del derecho: i) modelo formalista, basado en un aplicador que solo le parece relevante comprobar si el caso individual es subsumible o no en el caso general; y ii) modelo de adaptabilidad, basado en un aplicador que le parece relevante considerar si un evento no previsto y determinados efectos (porque da un resultado que estima equivocado porque es insuficiente para capturar los cambios de la experiencia humana), lo cual incide en la aplicación o no de una norma (Schauer, 1998, pp. 236-37).

¹² Asumiendo que no se ha apartado demasiado de lo sostenido anteriormente en Núñez Vaquero (2017, pp. 269-72).

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia?...

del precedente) normativamente relevante para el resto de los aplicadores del derecho. Esto supone que la *ratio decidendi* solo puede ser identificada a partir de dicho enunciado.

La propuesta práctica de ANV de que los aplicadores del derecho que no son la máxima instancia deben emplear el modelo atrincherado supone dos cosas: (a) que el antecedente de dicha *ratio decidendi* contenga, por lo menos, una condición suficiente para el consecuente; y (b) que el aplicador del derecho esté obligado a dictar decisiones que, en algunos casos, puedan generar consecuencias ineficientes, injustas o absurdas. Lo primero, pues dicho modelo (en extrema síntesis) exige la clausura de cualquier deliberación posterior a la atribución de significado de la máxima. Esto quiere decir que el aplicador solo debe comprobar si el caso individual es subsumible o no en el caso general de *ratio decidendi*, sin importar el resto de posibles razones en contra de aplicación de la norma. Para que ello sea posible, se requiere, necesariamente, tener una norma con un antecedente cerrado (compuesto, por lo menos, por una condición suficiente para el consecuente).

Este modelo atrincherado puede ser leído, por un lado, en clave de normas que regulan el comportamiento de los aplicadores del derecho. Esto supondría una tesis prescriptivista sobre los actos de interpretación de la máxima: el aplicador del derecho debe usar métodos interpretativos literalistas y el resultado de su interpretación debe ser de tal manera que el antecedente sea cerrado, *so pena* de ilicitud de su decisión. Sin embargo, esta lectura, siguiendo las propias tesis de ANV, no parece ser la mejor, dado que normalmente el producto de esta interpretación judicial incide en la validez de una decisión judicial, y no en su licitud/ilicitud o en el régimen de responsabilidad del propio decisor.

Lo anterior nos lleva a una segunda lectura de este modelo atrincherado: en clave de normas que establecen (parte de) las condiciones de validez de la decisión. Esto supondría que el modelo atrincherado opera como un límite al modo en que las competencias de los aplicadores del derecho pueden ser ejercidas (válidamente). Esto quiere decir que, no usar el modelo atrincherado, supone una condición para la invalidez de la decisión. Dicho de otro modo, el aplicador del derecho, al interpretar la

máxima, sería incompetente para usar métodos interpretativos que no sean literalistas (por ejemplo, argumentos teleológicos o sistemáticos) y para identificar normas que no tengan antecedente cerrado. Esto se concilia de mejor manera con la forma de entender la regla del precedente propuesta por ANV. Sin embargo, de ser esta lectura correcta, lo que nos está proponiendo el autor es que los aplicadores del derecho que no sean una Alta Corte son incompetentes para resolver lagunas axiológicas.¹³ Dicho de otro modo: deben ser incompetentes para realizar un *distinguish*.¹⁴ Esto genera, por lo menos, dos dificultades, que por ahora solo dejaremos enunciadas.

La primera dificultad es que vuelve irrelevantes las consecuencias prácticas de la aplicación de una *ratio decidendi*. Ello, como bien dice ANV, supone una potencial afectación a la igualdad material, pues implica eliminar la pregunta de cuándo una distinción de situaciones (por tanto, una diferente atribución de derechos) está justificada. Esto es, elimina la posibilidad de generar eficacia a la igualdad entendida como igual tratamiento en la distribución de los derechos.¹⁵

Para aclarar el punto, veamos un ejemplo clásico adaptado a esta discusión. Supongamos que una Alta Corte ha formulado la siguiente máxima respecto al precedente que acaba de dictar: «si una embarcación se enfrenta a una tempestad y su tripulación abandona la nave, entonces ellos perderán la propiedad de todos los bienes que traían consigo y dichos bienes pasarán en propiedad a quien o quienes permanezcan en la nave». Esta máxima, conforme a ANV, deberá ser interpretada usando mecanismos literalistas sin importar sus consecuencias. Ahora bien, imaginemos que, producto de una tormenta, toda la tripulación debe abandonar la nave con la única excepción de un tripulante que se ha desmayado consecuencia de una enfermedad y no evacuado debido a que sus compañeros creen que ha muerto. La nave, sin embargo, sobrevive a la tormenta y luego es

¹³ Cabe precisar que también serían incompetentes para evitarlas, pero en el texto principal nos enfocaremos (por brevedad) en los casos de resolución.

¹⁴ Para efectos de esta introducción, entendemos por *distinguish* los procesos y resultados de introducir un *rebutting defeater* en una *ratio decidendi*. Al respecto Pollock (2018, p. 453).

¹⁵ En relación a la igualdad, Guastini señala que es “una potente máquina para crear lagunas axiológicas” (2013, p. 37). La propuesta de adoptar un modelo atrincherado, para seguir con la metáfora, sería un manera de desenchufar la máquina.

¿Es una buena idea la maximización de los precedentes y de la jurisprudencia?...

rescatada por las autoridades pertinentes. En uso de la máxima indicada, el marinero sobreviviente (quien ahora está lúcido y en mejor estado de salud) reclama todas las propiedades de sus ex camaradas. Para muchos aplicadores del derecho conceder tal pretensión sería absurdo, pues el propósito de la *ratio decidendi* (supongamos) era otorgar los bienes a quienes hayan elegido permanecer en nave, a pesar de las adversidades. Esto es, no estaría justificado que se le asigne un derecho a esta persona, pero adoptar el modelo atrincherado haría que este razonamiento sea infértil para la parte resolutive de la sentencia. En breve, reconocer como válidas aquellas decisiones que apliquen el modelo atrincherado solo si provienen de un juzgador de una determinada jerarquía, nos lleva a que el carácter absurdo de un resultado sea irrelevante. No parece necesario elaborar con mayor detención los inconvenientes de este efecto, pues resulta un punto común en estas discusiones.

Para aclarar la segunda dificultad, es pertinente partir por preguntarnos ¿cómo determinar que estamos frente a una laguna axiológica y quién está en mejor posición para resolverla? En cuanto a cómo determinarla, consideramos, una posibilidad (pero no la única) es que se haga por medio de un análisis de tipo consecuencialista¹⁶: el aplicador del derecho tendrá que realizar un pronóstico de las posibles consecuencias de aplicar una norma (la *ratio decidendi*) a un caso individual, a efectos de poder concluir si ellas son ineficientes, injustas o absurdas. Esto supone cierto conocimiento técnico, tanto del derecho aplicable como de la práctica social en la que se incide. En tal sentido, podemos distinguir diferentes tipos de pronósticos en función al grado de conocimiento técnico.

En efecto, un aplicador del derecho con dominio en un área del derecho y con mucha experiencia en su puesta en práctica ofrecerá pronósticos de posibles efectos de aplicar una norma que serán cualitativamente diferentes a los que podrá ofrecer un aplicador del derecho que no tenga dichas cualidades. En este sentido, para determinar si estaremos frente a una laguna axiológica, resulta más conveniente acudir a quien está en mejor posición

¹⁶ En efecto, también podría ser un análisis de tipo deontológico basado en valores o principios que se considere que poseen jerarquía material o axiológica superior. Sobre este escenario posible, en este texto, no profundizaremos por razones de brevedad.

epistémica para justificar que estamos frente a dicho defecto: los aplicadores del derecho que poseen mayor conocimiento técnico.

Por ejemplo, supóngase que se discute si un caso individual que es subsumible en una *ratio decidendi* en materia de cómo aplicar las rebajas del Impuesto a la Renta de una empresa. Sostenemos que un juez de primera instancia, especializado en materia tributaria con 10 años de experiencia en el cargo, está en mejor posición de ofrecer pronósticos fiables sobre las consecuencias prácticas de aplicar una *ratio decidendi* en ese caso, que una Corte Suprema compuesta por jueces civilistas, penalistas, y constitucionalistas, que nunca han participado en la resolución de casos tributarios. La diferencia entre ambos, además de la jerarquía, es la competencia técnica en la materia, así como el conocimiento de la práctica social regulada. Si bien todos los aplicadores del derecho pueden identificar lagunas axiológicas, su identificación no estará igualmente justificada por la competencia técnica de cada uno (algunos podrán identificar, de mejor manera, qué resultados son ineficientes, injustos o absurdos que otros).

La propuesta de ANV supone considerar irrelevante dicha competencia técnica al momento de evaluar si los jueces deberían ser competentes o no para realizar un *distinguish*. Nos parece que una preferencia categorial en este punto (todo o nada) resulta inadecuada, pues supone prescindir (sin valorar) características que pueden tener los aplicadores del derecho que inciden directamente en la pregunta sobre quién está en mejor posición para identificar una laguna axiológica y resolverla.

Ahora bien, esto no nos compromete a que todos los jueces deban aplicar el modelo transparente. Lo que sí consideramos es que resulta más ventajoso adoptar un modelo transparente sensible a reglas. ¿Qué nos quiere decir esto? Que realizar un *distinguish* supone una carga de argumentación que podrá tener mayor o menor intensidad en función al tipo de juez. La validez del *distinguish* realizado sobre una *ratio decidendi*, en este sentido, siempre podrá ser revisada por una segunda instancia. Esto daría, usando una frase del artículo sometido a discusión, una oportunidad de segunda lectura (o, al menos, una oportunidad para evitar el inminente hundimiento de nuestra barca).

Bibliografía

- Gómora, S. (2022). La maximización de la jurisprudencia y los precedentes: casos de la vida real. *Revista Discusiones*, 29(2).
- Guastini, R. (2013). Breve lección sobre la igualdad, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 33-41.
- Marinoni, L. (2022). *Ratio decidendi*: Otras formas de identificación. *Revista Discusiones*, 29(2).
- Moreso J. J. y Navarro P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía*, 5, 119-139.
- Núñez Vaquero, Á. (2017). Ponderativismo y racionalidad de toma de decisiones. En J. Aguiló y P. Grández (eds), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 245-276). Lima: Palestra.
- Núñez Vaquero, Á. (2020). Problemas abiertos sobre la publicación de precedente. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 43, 104-127.
- Núñez Vaquero, Á. (2022a). Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes. *Revista Discusiones*, 29(2).
- Núñez Vaquero, Á. (2022b). Respondiendo desde la (im-)prudencia: comentarios a las críticas a “Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes”. *Revista Discusiones*, 29(2).
- Núñez Vaquero, Á. (2022c). *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons.
- Passanante, L. (2022). Precedentes y mecanismos institucionalizados de identificación de la *ratio decidendi*: reflexiones críticas. *Revista Discusiones*, 29 (2).
- Pollock J. (2008). Defeasible reasoning. En J. Adler y L. Rips (eds.). *Reasoning. Studies of Human Inference and Its Foundations*, (pp. 451-470). Cambridge: Cambridge University Press.
- Schauer, F. (1998). On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. *Current Legal Problems*, 51(1), 223–240.
- Vio, J. (2021). La práctica de citar sentencias pasadas como modelo de precedentes en Chile. En A. Núñez Vaquero, M.B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (coord.). *Teoría y práctica del precedente* (pp. 279-302). Valencia: Tirant Lo Blanch.

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 ulteriores 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 los 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 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.

Ratio decidendi: Otras formas de identificación

Ratio Decidendi: Other Ways of Identifying it

Luiz Guilherme Marinoni*

Recepción: 28/26/2022

Evaluación: 25/07/2022

Aceptación final: 07/11/2022

Resumen: Frente al texto de Núñez Vaquero, se desea esclarecer la insuficiencia de la *súmula* y de la tesis para la identificación de la *ratio decidendi*. Además de eso, se presenta la cuestión de las decisiones plurales, nacida en el derecho estadounidense, para demostrar la importancia de la individualización del fundamento compartido por la mayoría de los jueces del colegiado. Se concluye que, sin la justificación aislada de los fundamentos adoptados por los jueces, no hay cómo identificar la *ratio decidendi*.

Palabras clave: Precedente, *Ratio decidendi*, Súmula, Tesis, Decisión plural, Justificación.

Abstract: In light of Núñez Vaquero's paper, this one intends to clarify the insufficiency of summaries ("súmulas") or theses for the identification of *ratio decidendi*. It also presents plurality decisions, born in American law, to demonstrate the importance of determining the argument shared by the

* Doctor en derecho por la Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Profesor Catedrático de la Universidade Federal do Paraná, Brasil. Visiting Scholar en la Columbia University, Estados Unidos. Miembro Honorario de la International Association of Procedural Law. Correo electrónico: guilherme@marinoni.adv.br

majority of judges on the panel. It concludes that, without individual justification for each argument adopted by judges, there is no way to identify the *ratio decidendi* of their decision.

Keywords: Precedent, *Ratio decidendi*, Summary, Thesis, Plural Decision, Justification.

1. Introducción

El texto del profesor Álvaro Núñez Vaquero presenta una cuestión fundamental para quien admite que la aplicación uniforme del derecho es importante para la seguridad jurídica y, así, para la promoción de la igualdad y libertad. Delinear la *ratio decidendi* con rigor es indispensable para dar racionalidad al *stare decisis* o a cualquier técnica preocupada en garantizar la seguridad jurídica o la igualdad ante el derecho con base en la unidad del derecho.

Solo un precedente, y no una decisión cualquiera, puede obligar a los jueces y a los tribunales. Una decisión asume la condición de precedente cuando son reunidos determinados requisitos y, de esta forma, puede expresar el exacto pensamiento de la unanimidad o de la mayoría de los miembros de la Corte respecto de una cuestión de derecho.

Las Cortes Supremas del *civil law* negaron el valor de los precedentes a cambio de sùmulas o máximas, o sea, de enunciados abstractos basados en decisiones pretéritas acerca de una determinada cuestión jurídica. Emitir enunciados a partir de un conjunto de decisiones es otorgar a un òrgano, distinto de aquel que decidió, el poder de emitir una norma abstracta. El resultado fracasó. Un enunciado judicial abstracto constituye una hipótesis de no incidencia: este incide o no. No obstante, un precedente no se destina apenas a obligar a los jueces y tribunales. El precedente les confiere poder para desarrollar el derecho a partir de los fundamentos delineados por la Corte Suprema. Eso se torna posible mediante el uso del *distinguishing* o, mejor, mediante la aplicación de la *ratio decidendi* a un caso distinto de aquel analizado en el momento de la formación del precedente.

Para ello es necesario conocer las particularidades del caso en el que el precedente fue formado. Considerar el caso concreto, bien como los votos

de cada uno de los miembros del colegiado, es indispensable cuando se percibe la necesidad de valorar, con rigor, lo que la Corte dijo cuando juzgó. En Brasil, el fracaso de las *súmulas* deriva de la circunstancia de que estas se refieren a decisiones que no expresan cómo los fundamentos para decidir fueron resueltos por el tribunal colegiado. Así, frente al interesante texto del profesor Álvaro Núñez Vaquero, me pareció relevante profundizar un asunto que aun desafía a la doctrina estadounidense y que, aunque no fue percibido en el *civil law*, dificulta la comprensión de la *ratio decidendi* de los precedentes formados por las Cortes que deciden por mayoría.

Hace algún tiempo, se constató que la Corte Suprema de los Estados Unidos en muchas oportunidades profirió decisiones “plurales” o, mejor, decisiones basadas en más de un fundamento. El problema ocurre, en regla, cuando la decisión mayoritaria está basada en más de un fundamento, ninguno de ellos compartido por la mayoría de la Corte.

Teniendo en vista que la esencia del entendimiento que prevalece en la Suprema Corte está en la razón o fundamento que sustenta la decisión, se tornó muy difícil o imposible, a los tribunales inferiores, extraer una *ratio decidendi* de las decisiones mayoritarias basadas en más de un fundamento. Aunque hayan sido elaborados varios criterios destinados a identificar la *ratio decidendi* en las decisiones plurales, como las del *narrowest ground*, todos se muestran insatisfactorios (Novak, 1980, p. 761; Hochschild, 2000, p. 279).

Las *súmulas*, así como las decisiones de las cortes supremas brasileñas emitidas por mayoría, no tienen prioridad en identificar un fundamento adoptado por la mayoría de los miembros del colegiado. En verdad, cuando la decisión es vista como la suma de posiciones individuales que indican el rechazo del recurso, se torna importante analizar cómo los fundamentos fueron compartidos por los juzgadores, lo que impide la identificación de la *ratio decidendi*.

Identificar los fundamentos con los que se decide no siempre es algo fácil. Después de intentar demostrar los motivos por los cuales la *súmula*, así como la tesis instituida en el propio juzgamiento del recurso no permiten identificar la *ratio decidendi*, voy a valerme de la discusión realizada en el derecho estadounidense sobre las llamadas decisiones plurales para intentar contribuir al desarrollo de la discusión sobre el tema, siempre a

partir del problema traído por el texto del profesor Núñez Vaquero, cual es, el del análisis crítico de los métodos que favorecen a la identificación de la *ratio decidendi*.

2. Las sùmulas

Las sùmulas siempre fueron conocidas en el derecho brasilero. Fueron concebidas para identificar la jurisprudencia dominante de los tribunales, inicialmente sin alguna eficacia obligatoria. No eran obligatorias para los propios jueces del tribunal que las emitía.

Recientemente, el Supremo Tribunal Federal pasó a emitir las sùmulas vinculantes o sea, sùmulas con eficacia obligatoria. De cualquier modo, las sùmulas, vinculantes o no, jamás contribuyeron a la garantía de uniformización de la interpretación del derecho.

Las sùmulas tienen parentesco con las máximas del derecho italiano. La sùmula es un simple enunciado sobre la jurisprudencia de un tribunal. Intenta describir, en pocas líneas, la interpretación reiterada por el tribunal en varias decisiones, emitidas en distintos casos concretos.

La sùmula no explica los motivos de la adopción de la interpretación frente a una situación concreta. Por lo tanto, cuando las decisiones judiciales son sustituidas por sùmulas, no se considera un valor de gran importancia. Las sùmulas neutralizan las circunstancias del caso o de los casos que lo llevaron a su emisión, eliminando la posibilidad de que los jueces y tribunales inferiores desarrollen el derecho mediante el *distinguished*.

Al contrario, la *ratio decidendi* de una decisión refleja no apenas un enunciado sino la racionalidad de una tesis de derecho delante de determinada moldura fáctica. La sùmula no tiene condiciones de reflejar la racionalidad de la argumentación propia de un precedente, de modo que, al contrario de la verdadera *ratio decidendi*, puede ser vista como una mera hipótesis de no incidencia, destinada a simplemente impedir una decisión distinta.

Mientras que la identificación de la *ratio decidendi* delante de un caso concreto es indispensable para la tutela de la seguridad jurídica y para el desarrollo del derecho, la sùmula no genera la oportunidad a los jueces y tribunales de poder considerar adecuadamente las decisiones y la orientación

de las cortes supremas delante de los nuevos casos concretos. O mejor, sin tener en claro el caso concreto en el que la *ratio decidendi* fue afirmada, un juez no puede racionalmente justificar la extensión de la aplicación de la *ratio* a un caso diferente, sino que exige la adopción de la misma razón jurídica.

Claramente, las sùmulas fueron pensadas como enunciados de la jurisprudencia consolidada de las cortes de revisión o de casación –cortes de corrección– con el nítido objetivo de facilitar el juzgamiento de los recursos. Dar a un òrgano de la corte el poder de emitir sùmulas, capaz de enunciar una tesis de derecho en abstracto, permitirá a la corte rechazar la interpretación equivocada, sin tener que considerar el caso concreto. Como es evidente, eso apenas tendría sentido en una corte cuya función fuese apenas la de corregir las interpretaciones erradas, ciertamente a partir de la premisa de que, en la sùmula, la corte tiene condiciones de enunciar la interpretación correcta, como si fuese posible admitir que la interpretación puede declarar o revelar la norma que siempre estuvo contenida en el texto legal.

Actualmente, en vista de la evolución de la teoría de la interpretación de la nueva función de las cortes supremas, el método que se destina a permitir la descripción de una interpretación o tesis adoptada en decisiones pasadas no tiene importancia alguna cuando se puede desarrollar un criterio capaz de permitir la identificación de lo que fue realmente dicho en una decisión judicial, o sea, de las razones determinadas del resultado de la decisión a la que la corte llegó.

3. La tesis fijada en el juzgamiento del recurso: nuevamente la imposibilidad de identificar la parte de fundamentación que constituye *ratio decidendi*

Actualmente, el Supremo Tribunal Federal brasileiro, al final del juzgamiento del recurso extraordinario fija una tesis equivalente a lo que sería el significado del que se sustentó para decidir el caso. No obstante, la tesis fijada en el juzgamiento del recurso tampoco es suficiente para retratar la *ratio decidendi* o un fundamento determinante de la decisión de la solución del caso. Pensarla como suficiente es recaer en el error de las cortes de *civil*

law que imaginaron que podrían garantizar la uniformidad de la interpretación mediante la edición de súmulas o máximas.

Al fijar la tesis, el tribunal colegiado no se vale de cualquier criterio que permita la identificación de lo que realmente fue sustentando por los juzgadores. A propósito, ese es el punto que efectivamente interesa cuando se está frente a la indagación al respecto de la parte de fundamentación que posee la eficacia obligatoria o vinculante.

Al final, ¿cómo y por qué una tesis podría reflejar las razones utilizadas por todos los jueces que decidieron? ¿Hay algún criterio que permita identificar que el contenido de la tesis fue sustentado por todos los jueces? ¿Algo es capaz de indicar al menos cuántos jueces sustentaron el contenido descrito en la tesis? Por fin, ¿hay algún criterio que permita extraer de la fundamentación de los votos de todos los jueces el fundamento determinante de la decisión o la esencia de las razones que efectivamente importaron para decidir? Ciertamente no.

La decisión de la Corte debe ser proclamada por su presidente a partir de la identificación de los jueces que sustentaron las mismas razones, o sea, el mismo fundamento que determinó el resultado. No basta con apenas proclamar el resultado del juzgamiento cuando, dentro de las posiciones mayoritarias y divergentes, están insertadas posiciones que sustentan fundamentos diferentes, tanto para conceder cuanto para rechazar el recurso.

Eso quiere decir que para establecer las razones de una decisión es necesario identificar cómo los juzgadores se posicionaron en relación con los fundamentos para decidir. Es indispensable, en otras palabras, no solamente proclamar el resultado del recurso, o sea, si el recurso fue estimado por unanimidad o por X contra Y votos. Eso era suficiente en las antiguas cortes supremas, que ejercían mera función de corrección de las decisiones de los tribunales. El resultado del recurso tiene importancia para las partes, aunque sea la única cosa proclamada en varias cortes supremas de los días presentes, obviamente que por cuenta de un modo de ver el juzgamiento con los ojos de la tradición del *civil law*. Para las cortes que se preocupan en instituir precedentes, importa especialmente la fundamentación que determinó el *resultado*.

El motivo de la identificación de los jueces que sustentaron uno u otro fundamento y, por lo tanto, de la proclamación de las posiciones que se

formaron en el juzgamiento, es la de viabilizar justificaciones específicas para cada una de ellas. Se evita, de esa forma, el mero agrupamiento de votos individuales escritos, que son herencia del modelo de votación en serie (Hochschild, 2000, pp. 263-268; Marinoni, 2017, p. 122), en el que cada juzgador emite su voto sin alguna preocupación en discutir con sus pares o dialogar con ellos, ni mucho menos en participar en conjunto de la formación del entendimiento o de la opinión unánime o fragmentada de la Corte, aunque sea disidente.

Hay gran dificultad para identificar la *ratio decidendi* cuando los votos individuales son emitidos por escrito. Esos importan para el establecimiento del resultado del juzgamiento, pero traen dificultades innecesarias para la identificación de la *ratio decidendi*. Votos escritos, algunos favorables al proveimiento y otros al no proveimiento del recurso, no permiten la identificación precisa de los fundamentos utilizados por los juzgadores. Dar a cada juez la oportunidad para emitir un voto escrito es clara recepción de la antigua visión individualista y narcisista de la formación del entendimiento del órgano colegiado, cuando la voz o entendimiento de la corte importaba menos que la pretensión del juzgador de posicionarse individualmente, como si fuese una pieza autónoma de un mecanismo de producción de decisiones en serie.

Esta falta de compromiso institucional, entretanto, es contradictoria con la función de la corte preocupada en desarrollar el derecho mediante la elaboración de precedentes. Para tener precedentes hay que tener justificaciones individuales. ¿Para qué sirven seis votos escritos cuando se tiene un único fundamento compartido por seis jueces? Las justificaciones tienen que ver con los fundamentos y no con quien vota. No se quiere justificaciones de entendimientos personales, sino motivos que expresen los fundamentos adoptados por las posiciones que se formaron en el juzgamiento del caso.

Nótese que, si la justificación recae sobre un fundamento compartido por la mayoría de los miembros de la corte, hay *ratio decidendi*. No existirá *ratio* solo en las hipótesis de justificación de un fundamento adoptado por la mayoría de los jueces, que no sea determinante de la decisión del recurso, o mejor, que sea *obiter dictum*.

Un precedente es algo más que la *ratio decidendi* o el fundamento determinante, aunque la *ratio* sea la parte que lo identifica. Al analizarse la *ratio decidendi*, también es necesario considerar los fundamentos minoritarios y concurrentes para comprenderla. A propósito, tanto la posición minoritaria como la identificación de cuántos jueces le dan conformación, son imprescindibles para esclarecer a los jueces, abogados y a la academia los motivos que no fueron admitidos por la mayoría y pueden dar oportunidad para la revocación del precedente, así como para evidenciar su mayor o menor fuerza o estabilidad.

Por lo tanto, una tesis solo adquiere algún valor cuando la corte, al instituirlo, tiene plena consciencia de que está *solo para facilitar la comprensión del precedente*. En esta hipótesis, la tesis se torna un elemento que colabora para la comprensión del precedente y, así, para la aplicación del entendimiento de la Corte en los casos futuros. La consciencia de que mediante la enunciación de una tesis no es posible revelar la integralidad de lo que se decidió, así como de que la identificación de las razones de la Corte depende de una metodología consistente, además de conferir utilidad a la tesis, no deja que ella obstaculice el perfeccionamiento del derecho mediante los precedentes. En términos más claros: la tesis solo tiene utilidad cuando es analizada al lado de la integralidad del precedente, debiendo ser vista como mero indicativo de lo que en él está contenido.

4. Decisión plural y *ratio decidendi*

En un juzgamiento puede haber mayoría en relación con el resultado o con la no estimación del recurso, pero puede no existir mayoría en cuanto a los fundamentos que determinaron el resultado. Dos o más fundamentos pueden haber respaldado el resultado o el proveimiento del recurso, sin que ninguno de ellos haya sido compartido por la mayoría de los miembros del colegiado. Si en el primer caso hay resolución del recurso, en el segundo resta clara la imposibilidad de elaboración del precedente (Edwards, 2003, p. 1640 y ss). Tampoco toda decisión en instancia recursiva lleva a un precedente. El precedente dice respecto al fundamento que, resuelto por la corte, determina el resultado del recurso.

Una *ratio decidendi*, mientras sea un significado que revela el entendimiento de la corte sobre la cuestión del derecho, solo puede ser formada por la mayoría del colegiado. Recuérdese que el *common law* más antiguo ya concebía una *ratio decidendi* que no contase con la adhesión clara de la mayoría de los miembros de la corte (Cross y Harris, 1991, p. 78 y ss). Quiere decir que los tribunales inferiores ni siquiera indagaban sobre una *ratio decidendi* cuando daban con decisiones cuyos resultados fuesen alcanzados a partir de fundamentos no compartidos por la mayoría. *Rationales* dotadas de autoridad, capaces de regular casos futuros, siempre dependieron del soporte de la mayoría de la corte.

Adviértase que la cuestión de la extracción de la *ratio* de decisiones que resuelven un caso o recurso con base en fundamentos distintos surgían en Estados Unidos apenas a mediados del siglo XX.¹ Actualmente ese es un grave problema para las cortes estadounidenses (Davis y Reynolds, 1974; Novak, 1980; Hochschild, 2000; Kornhauser y Sager, 1993 y 2004). La doctrina, cuando se enfrenta a decisiones basadas en más de un fundamento, sin que ninguno de estos haya sido compartido por la mayoría, se tiene como “decisión plural”.

La distinción entre decisión por mayoría y decisión plural es necesaria para quien desea entender la formación del resultado del juzgamiento de una corte suprema. En verdad, la desconsideración de esta realidad aun presente en el *civil law* es uno de los principales factores que militan a favor de la incomprensión de las decisiones de las cortes supremas. Mientras la idea de la decisión *mayoritaria* es ampliamente conocida en las cortes de *civil law*, el significado de la decisión *plural* importa apenas a una corte de precedentes. Esto porque la decisión mayoritaria indica la mayoría en relación con el resultado del recurso, al paso que la decisión plural explica cómo se decidió sobre los fundamentos.

La decisión mayoritaria refleja el número de votos que son favorables al proveimiento del recurso. No obstante, cuando la mayoría que ampara el resultado del recurso se divide en cuanto a los fundamentos adoptados

¹ Como lo demuestra un importante texto de Hochschild (2000, p. 261 y ss.) preocupado con el problema de las decisiones plurales de la Suprema Corte estadounidense desde una perspectiva histórica.

para decidir, hay posibilidad de tenerse mayoría sin tenerse *ratio decidendi*. Subráyese que lo “plural” atañe a los fundamentos, explicitándose que el resultado del juzgamiento del recurso fue determinado por más de un fundamento, pero ninguno de ellos respaldado por la mayoría de la corte.

La decisión plural congrega fundamentos convergentes, pero ninguno de ellos amparado por mayoría suficiente para la fijación de la *ratio decidendi*. Así, la propia decisión unánime en cuanto al resultado del recurso puede ser una decisión plural en cuanto a los fundamentos, bastando que ninguno de ellos sea compartido por la mayoría de los miembros de la corte.

En suma: la decisión plural es una decisión que contiene en sí más de un fundamento, sin que cualquiera de ellos esté amparado por la mayoría del colegiado. Una decisión plural es mayoritaria en cuanto al *resultado*, pero incapaz de generar una *ratio decidendi* toda vez que ninguno de los fundamentos de la decisión del recurso es sustentado por la mayoría de la Corte.

5. ¿Decidir los fundamentos en separado o contar los votos que sustentan los fundamentos?

Como la esencia del entendimiento que prevalece en la Suprema Corte de los Estados Unidos está en el fundamento utilizado para decidir, se torna mucho más difícil o imposible, a las cortes inferiores, individualizar la *ratio decidendi* cuando la decisión mayoritaria contiene más de un fundamento.

Varios métodos fueron elaborados para permitir la identificación de la *ratio decidendi* delante de las decisiones plurales, como el de *narrowest ground* habiéndose mostrado todos insatisfactorios con el paso del tiempo.² Esa dificultad, aliada a la obsesión de encontrarse un precedente en

² Se acostumbra asociar el *narrowest grounds* con el caso *Marks v. United States* de 1977. El caso que dio a la Suprema Corte la oportunidad de desarrollar esta técnica fue *Memoirs v. Massachusetts* (que pasó a ser conocido como el caso *Fanny Hill*) en el que fue emitida una decisión mayoritaria compartida en el resultado por seis jueces. En *Marks vs. United States*, la Corte de Apelación del sexto circuito fue colocada delante de la decisión emitida en *Fanny Hill*. Considerando que, en *Fanny Hill* apenas tres *justices* habían firmado determinado entendimiento, la Corte del sexto circuito decidió que *Fanny Hill* no llevó a una decisión dotada de *ratio decidendi* o sea, a un precedente que debería ser obligatoriamente

toda y cualquier decisión de la Corte Suprema,³ hizo que se pensara que el problema podría estar en la técnica de la decisión, llegando a proponerse, para evitar la formación de decisiones plurales, la decisión en separado de

observado. La decisión de la Corte del sexto circuito fue objeto de apelación a la Suprema Corte, que decidió que la Corte de Apelación debería haber seguido el *narrowest test*, identificando lo que había de común entre los fundamentos utilizados por los seis jueces que formaron la decisión mayoritaria en *Fanny Hill*. O sea, la Suprema Corte en *Marks v. United States* declaró que cuando la Corte fragmentada decide un caso y ninguna *rationale* de las que conducen al resultado es compartida por la mayoría de la Corte, la *ratio* debe ser vista como la posición adoptada por aquellos que concurren al juzgamiento en términos de *narrowest grounds*. Se afirma que esa decisión de la Suprema Corte, que pasó a ser vista como el test *Marks*, representa un consciente intento de colocarle fin a la confusión en torno al valor del precedente de las decisiones plurales. Del test *Marks* derivaron dos otros criterios elaborados por las cortes inferiores: los llamados *implicit consensus model* y *predictive model*. Lo que importa, no obstante, es que ambos modelos son semejantes al test *Marks* en la medida en que también mira a las concordancias de la mayoría. El criterio del *narrowest grounds* así como el test *Marks* y los demás criterios que de ahí derivaron se destinaban a encontrar elementos comunes en las opiniones contenidas en la decisión mayoritaria o mejor, en la decisión plural. Ocurre que los puntos que pueden ser objeto de acuerdo no siempre tienen condiciones de revelar la esencia de las *opinions* o incluso la esencia de alguna premisa efectivamente compartida por las *opinions*. Además, el *narrowest grounds* así como los tests que siguieron, desfavorecieron la formulación de principios generales y amplios. Esto porque la asociación de la *opinion* en búsqueda de una esencia común es una especie de raciocinio que parte de lo general a lo particular, o sea, de una *opinion* que formula un principio general para una *opinion* que se adopta frente a los específicos hechos del caso. Eso fue bien visto por aquellos que desean limitar el alcance de las decisiones de la Corte Suprema, en tanto evita la formulación de principios –especialmente en el área de derecho constitucional– que podría ir más allá de los límites reservados al poder judicial. No obstante, está fuera de duda que si una suprema corte debe desarrollar el derecho mediante precedentes, la idea de estimular decisiones que se fijan en los hechos específicos del caso en detrimento de la elaboración de principios generales y dotados de universalidad dificulta la realización de la función de la Corte. A propósito, la reducción del alcance de las decisiones para tenerse a cualquier costo un precedente, no solo tiene el efecto negativo de obstaculizar el desarrollo del derecho, como, curiosamente, puede negar el propio valor del precedente de las decisiones de la suprema corte. Ver Novak (1980); Hochschild (2000).

³ No sería apenas más adecuado, sino también más honesto, aceptar que la Corte Suprema puede no formar *ratio decidendi* dejándose la cuestión para ser decidida en casos futuros. Una Corte no necesita ni puede ser vista como un templo de producción de decisiones perfectas para la orientación de la sociedad y de los jueces. La modestia puede admitir que la Suprema Corte, aunque se destine a formar precedentes, muchas veces no tiene condiciones para ello. De ese modo, la comunidad jurídica y las cortes inferiores dejarían de ser forzadas a buscar precedentes en decisiones fragmentadas.

los fundamentos. Al final, cuando cada fundamento debe ser decidido en separado, se deja de correr el riesgo de una decisión que, cuando considera al mismo tiempo todos los fundamentos, pueda dejar inconclusa la definición respecto de cómo la Corte los comprende.

No obstante, no se percibió que esta estrategia podría ser altamente irracional en algunos casos, especialmente en aquellos que involucran una ley impugnada como inconstitucional. Igualmente, no se percibió que la votación por separado de los fundamentos pueda tener significados diferentes para las partes del caso y para la función del desarrollo del derecho mediante precedentes.

Cuando se aspira solamente a formar precedentes precisos sin alguna preocupación con la justicia del caso concreto, en principio es mejor decidir los fundamentos por separado, pues de esa manera se delimita, sin duda alguna, lo que piensa la corte. Ocurre que la corte no es una máquina de producir decisiones, despreocupada de realizar justicia en el caso que debe decidir. Aunque el caso tenga para la corte un propósito que va más allá, el de permitirle perfeccionar el derecho para todas las personas, no hay cómo aceptar que ella pueda decidir mal para las partes solamente para formar un precedente.

Es cierto que, al exigirse la votación por separado de cada fundamento, se torna más difícil proveer el recurso. El recurso solo podrá ser estimado si uno de los fundamentos contara con la mayoría. Así, aunque una mayoría de cinco, en una corte de nueve, sea favorable al proveimiento con base en fundamentos diferentes, el recurso no podrá ser proveído.

Eso significa que, en principio, no hay motivo para *decidir* los fundamentos por separado. Los fundamentos deben ser *discutidos* por separado, en nombre de la racionalidad y efectividad de la deliberación, *lo que es algo completamente diferente*. Entretanto, cuando los fundamentos dejan de ser decididos por separado y pasan a ser discutidos por los jueces, obviamente es importante saber si estos han sido admitidos por los miembros del tribunal. Es necesario verificar cuántos juzgadores acogieron un fundamento o cómo los fundamentos fueron votados.

Identificar cómo los fundamentos fueron votados, no obstante los votos puedan recaer en cualquier fundamento, importa para definir si al interior

de la votación se formó mayoría en torno a determinado fundamento. Eso es imprescindible al tener en claro la necesidad de delinear el fundamento que la corte utilizó para decidir.

Cuando se analiza, por ejemplo, un caso en el que se alega la inconstitucionalidad de una ley, la mayoría de la corte puede decidir con base al único fundamento o con base a fundamentos diferentes. Si la mayoría decide según el mismo fundamento, se forma *ratio decidendi* sobre ese fundamento y no apenas sobre la constitucionalidad de la ley específica. En esta situación, la *ratio decidendi* puede ser invocada delante del caso en el que se discute la otra ley (ley de otro estado de la federación) (no se entiende el paréntesis sin alguna aclaración), pero que contiene en sí idéntica cuestión constitucional.

Recuérdese del caso *Furman v. Georgia* (Corte Suprema de EEUU, 1972) en el que se discutió sobre la constitucionalidad de la ley que regulaba la aplicación de la pena de muerte, decidiéndose por cinco a cuatro en favor de la inconstitucionalidad. En este caso, cinco *justices* declararon que la ley era inconstitucional, y los otros cuatro que no lo era. No obstante, entre los cinco jueces que se posicionaron a favor de la inconstitucionalidad, dos sustentaron que la pena de muerte era, en sí misma, inconstitucional –*cruel and unusual punishment*– y tres declararon que el procedimiento previsto para la aplicación de la pena era inconstitucional. Los tres *justices* que atribuyeron inconstitucionalidad al procedimiento del Estado de Georgia no definieron si la pena de muerte sería inconstitucional en otra circunstancia, es decir, en una situación no marcada por la inconstitucionalidad del procedimiento legal. Pasado algún tiempo, observada la decisión de la Suprema Corte por el Legislativo del Estado de Georgia y, así, eliminada la inconstitucionalidad (del procedimiento) apuntada en *Furman*, la Suprema Corte volvió a ser llamada para juzgar la cuestión de la inconstitucionalidad de la pena de muerte en *Gregg v. Georgia* (Corte Suprema EEUU, 1976)⁴ *Gregg* solicitó la aplicación del precedente afirmado en *Furman*, el cual, en su entendimiento, habría declarado la inconstitucionalidad de la pena de muerte mediante cualquier medio o procedimiento. No obstante,

⁴ 428 U.S. 153 (1976).

la Corte interpretó el precedente y declaró que su *ratio* estaría apenas en inconstitucionalidad del procedimiento de Georgia para la aplicación de la pena, una vez que solamente eso habría sido admitido por los cinco *justices* que concurrieron a la decisión mayoritaria (Marinoni, 2017, pp. 69-71).

En ese caso, si la *ratio decidendi* hubiese sido formada por cinco votos en el sentido de que la pena de muerte constituía *cruel and unusual punishment*, no bastaría la alteración de la ley por el poder legislativo de Georgia. Aun así, el precedente sería aplicable delante de las leyes de los otros estados de la federación.

En otras palabras, hay diferencia para el efecto de la *ratio decidendi*, entre decidir con base a fundamentos diferentes y decidir según un único fundamento. De ahí la importancia de individualizarse el número de jueces que comparten un mismo fundamento.

6. Las decisiones paradójicas

Hay algo un tanto diferente cuando el recurso trae a conocimiento de la corte, por ejemplo, la impugnación de más de una norma infraconstitucional. En ese caso, al pensarse en la posibilidad de discusión de cualquiera de las normas, se abre la oportunidad para decisiones que pueden proveer el recurso y, al mismo tiempo, negar el propio fundamento para ello.

En el caso que una decisión sobre una impugnación estime el recurso a partir de votos que sustentan la inconstitucionalidad de más de una norma, puede haber proveimiento sin que ninguna norma haya sido reconocida como inconstitucional siquiera por mayoría simple.

Lo mismo pasa cuando el recurso alega la inconstitucionalidad de dos conductas distintas y autónomas. En caso el recurso pueda ser proveído basado en la inconstitucionalidad tanto de una cuanto de otra conducta, siempre será posible llegar a una decisión paradójica o racionalmente incomprensible, en la medida que la mayoría, en esos casos, también podrá negar la inconstitucionalidad de cada una de esas conductas.

Delante del recurso que afirma la inconstitucionalidad de más de una norma o conducta, admitiéndose que los miembros de la Corte pueden darle proveimiento conforme el reconocimiento de la inconstituali-

dad de cualquiera de ellas, será posible proveer el recurso por cinco votos a cuatro, sin que ninguna norma o conducta haya sido admitida como inconstitucional por mayoría. Ahora, si entre los cinco votos, tres reconocen la inconstitucionalidad de una norma y dos de otra, obviamente hay seis y siete votos que, respectivamente, están por admitir la constitucionalidad. O de forma más clara: *aunque el recurso pudiese equivocadamente ser proveído por cinco votos a cuatro, una norma estaría siendo reconocida como constitucional por seis votos contra dos y otra por siete votos contra dos.*

Por lo tanto, no reclamar la técnica de decisión por separado, cuando más de una norma o conducta es aducida como inconstitucional, es desconsiderar el propio fin del control de constitucionalidad. Así, cuando el recurso deduce la inconstitucionalidad de más de una norma o conducta, no basta discutir por separado para decidir con base en la inconstitucionalidad de una u otra norma o conducta. Es necesario decidir por separado para evitar decisiones paradójicas.

Nótese que la necesidad de decidir por separado nada tiene que ver con la pretensión de individualizar un único fundamento determinante de la inconstitucionalidad, sino que dice respecto a la propia naturaleza indispensable de poder decidirse adecuadamente sobre cada una de las normas o conductas dichas inconstitucionales para que el recurso pueda ser resuelto racionalmente.

7. La debida justificación como respuesta a la identificación de la *ratio decidendi*.

Precedente no se confunde con la decisión ni con la justificación. La decisión es la resolución de un caso, cuya justificación puede o no dar origen a una *ratio decidendi* y, por consecuencia, a un precedente. Nótese que tal fundamento, incluso cuando contiene la *ratio*, también trata de varios otros aspectos del caso.

No hay duda de que no hay precedente sin *ratio decidendi*, pero el precedente es más que la *ratio decidendi*. Es cierto que la parte del precedente que importa, mientras sea regla que regulará casos futuros, es la *ratio decidendi*. No obstante, el precedente, si necesariamente contiene la *ratio*, tam-

bién abarca otros puntos. El precedente describe el contexto fáctico y los fundamentos objeto de la discusión, posee la proclamación del resultado, además de contener la justificación de los fundamentos concurrentes y disidentes y de abordar, conscientemente o no, cuestiones decididas como *obiter dicta*.

Como fue dicho antes, es importante que cada uno de los fundamentos cuente con una justificación escrita. Más que constatar que todos los fundamentos deben tener justificación, no se debe permitir varias de un único fundamento. Eso comúnmente ocurre cuando la justificación está relacionada con el voto individual y no con el *fundamento* sustentado por los juzgadores. Ocurre que, en una corte de precedentes, en la que importa delinear y justificar la *ratio decidendi* no hay razón para justificar la posición de cada uno de los jueces.

Tal estrategia de fundamentación deriva de la percepción de que lo importante es delinear el entendimiento de la corte y, para ello, es necesario justificar la *ratio decidendi*. En otras palabras, esta es una forma de justificación propia a las cortes de precedentes exactamente por ser un modelo de justificación que prioriza los fundamentos en detrimento de las opiniones individuales.

Además de eso, tal forma de justificación facilita la comprensión de los fundamentos discutidos o, mejor, esclarece la *ratio* y los fundamentos concurrentes y disidentes, lo que es muy importante cuando se percibe que, en las sentencias de varias cortes supremas de *civil law*, frecuentemente no se consiguen determinar cuántos juzgadores sustentan uno u otro fundamento o incluso saber si determinado fundamento fue analizado por todos los jueces. Justificaciones individuales de un mismo fundamento, además de constituir evidente inutilidad, tornan nebulosas las decisiones de la corte, sirviendo apenas para confundir a sus receptores.

Aunque la justificación sea el resultado de un raciocinio que debe considerar la fase decisoria y la proclamación del resultado del recurso y que, así, debe retratar los fundamentos que fueron discutidos por los miembros de la corte, ella también puede ser vista como discurso. En esa condición, la justificación será objeto de análisis especialmente por aquellos que tienen interés en la autoridad de la *ratio decidendi*. En los juzgamientos subsi-

güentes interesado en la aplicación del precedente, podrá haber debate racional y fructífero sobre la existencia de una efectiva *ratio decidendi*, bien como de sus exactos significados y alcances.

Bibliografía

- Cross, R.; Harris, J. W. (1991). *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Davis, John F. y Reynolds, William L. (1974). Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court. *Duke Law Journal*, 59-86.
- Edwards, H. (2003). The effects of collegiality on judicial decision making. *University of Pennsylvania Law Review*, 151, 1639-1690.
- Hochschild, A. S. (2000). The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, 4, 261-287.
- Kornhauser, L. A.; Sager, L. G. (1993). The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, 81, 1-59.
- Kornhauser, L. A.; Sager, L. G. (2004). The many as one: integrity and group choice in paradoxical cases. *Philosophy & Public Affairs*, 32, 249-276.
- Marinoni, L. G. (2017). *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- Novak, L. (1980). The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, 80, 756-781.
- Raz, J. (1991). *The authority of law – Essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press.

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?

Sucedo 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.

Precedentes y mecanismos institucionalizados de identificación de la *ratio decidendi*: reflexiones críticas

*Precedents and Institutionalized Mechanisms for the
Identification of the Ratio Decidendi: Critical Thoughts*

Luca Passanante*

Recepción: 11/09/2022

Evaluación: 08/11/2022

Aceptación final: 20/11/2022

Resumen: El presente artículo es un comentario de las tesis desarrolladas por el Prof. Álvaro Núñez Vaquero sobre los mecanismos institucionalizados de identificación de *rationes decidendi*. El artículo se concibe como un diálogo con el autor, por lo que su estructura sigue, con algunas variantes, la de la obra a la que nos enfrentamos. A la sección introductoria le siguen algunas observaciones sobre los aspectos terminológicos relativos a los conceptos de precedente, jurisprudencia, y regla del precedente. La tercera sección está dedicada a discutir el tema central de los sistemas institucionalizados para la identificación de *rationes decidendi*. Las dos últimas secciones están dedicadas a analizar las ventajas y desventajas de tales

* Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna, Italia. Profesor de Derecho procesal en la Università degli Studi di Brescia, Italia. Correo electrónico: luca.passanante@unibs.it.

sistemas. Siguen unas breves conclusiones, que contienen una síntesis de mis posiciones con respecto a la obra que aquí se discute.

Palabras clave: Precedente, Jurisprudencia, *Ratio decidendi*, Normas, Mecanismos institucionalizados, Seguridad jurídica, Separación de poderes.

Abstract: This paper is a commentary on the thesis developed by Prof. Álvaro Núñez Vaquero on the institutionalized mechanisms for identifying *rationes decidendi*. The article is conceived as a dialogue with the author, so its structure follows, with some variations, the work we are dealing with. The introductory section is followed by some observations on the terminological aspects related to the concepts of precedent, jurisprudence, and the rule of precedent. The third section is dedicated to discuss the central issue of institutionalized systems for the identification of *rationes decidendi*. The last two sections are dedicated to analyzing the advantages and disadvantages of such systems. Some brief conclusions follow, containing a synthesis of my positions with respect to those of the author of the work discussed here.

Key words: Precedent, Jurisprudence, *Ratio decidendi*, Norms, Institutionalized mechanisms, Legal certainty, Separation of powers.

1. Introducción

Este trabajo se deriva de la invitación —que acepté con gusto y por la que me siento agradecido y honrado— a comentar un importante artículo de Álvaro Núñez Vaquero titulado “Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes”. El autor del artículo desarrolla una serie de consideraciones que a mi juicio son de gran interés en torno al tema del *precedente*. Se trata de un concepto respecto del cual no hay suficientes estudios críticos en la cultura del *civil law* y cuyo abordaje se suele alimentar de sugerencias provenientes del mundo del *common law*, muchas veces sin que sean objeto de un adecuado análisis. En ese contexto, el artículo de Álvaro Núñez Vaquero forma parte de los raros estudios que tratan de poner orden y clarificar un tema —el del precedente— de gran moda, pero muchas

veces malinterpretado y quizás incluso incomprendido. Esto ocurre sobre todo en la cultura del mundo del *civil law*, donde la formación jurídica se concentra casi exclusivamente en la interpretación de la ley, mientras que —a pesar de la reciente tendencia a hablar, a veces incluso de manera inapropiada, del precedente— se presta muy poca atención a la interpretación de las decisiones judiciales. Ciertamente, no se excluye que las reflexiones que se lleven a cabo en esta parte del mundo jurídico occidental puedan ser de utilidad también para los juristas del ámbito anglosajón.

Una primera parte del trabajo que aquí se comenta está dedicada a aclarar algunos términos clave (precedente, regla del precedente y *ratio decidendi*), cuyos significados no sólo son a menudo confusos, sino que en ocasiones incluso se confunden entre sí, se superponen y se utilizan incorrectamente. Una segunda parte del artículo, más extensa, está dedicada al análisis de los mecanismos institucionalizados de identificación de las *rationes decidendi* —se toma como ejemplo cuatro casos: el brasileño, el mexicano, el italiano y el peruano. El autor desarrolla este análisis subrayando las ventajas de esos mecanismos, tomando en consideración los peligros denunciados por la doctrina, algunos de los cuales (que, en opinión del autor, son más imaginarios que reales) resultan minimizados, mientras que otros son considerados efectivamente una amenaza por el autor.

La tesis básica de Núñez Vaquero es que los mecanismos institucionalizados de identificación de las *rationes decidendi* de las decisiones judiciales, más criticados que apreciados por la doctrina, son en realidad más útiles que perjudiciales, cumpliendo la importante función —aún más apreciable en los sistemas que tradicionalmente funcionan mediante derecho legislado— de identificar, en forma de norma con carácter general, una regla que muchas veces no se expresa en la decisión. Tanto es así que aquellos sistemas jurídicos donde no se prevén estos sistemas de extracción de las *rationes decidendi* tendrían mucho que aprender de los sistemas donde sí se prevén.

Sin dilaciones digo que estoy de acuerdo con la conclusión de que no hay soluciones ni remedios mágicos: estamos en un barco en alta mar y solo podemos reparar parcialmente sus defectos. Además, siguiendo con la metáfora, estamos en medio de la navegación y no tenemos la posibilidad de encontrar refugio en un puerto seguro. También creo estar de acuerdo

con la tesis básica del autor, porque, especialmente en un contexto caracterizado por una cuantiosa producción jurisprudencial, incluso de los tribunales superiores, una operación que permita aislar las *rationes decidendi* puede ser ciertamente de gran utilidad. Sin embargo, por un lado, estoy convencido de que las críticas que plantea la doctrina al respecto están, en la mayoría de los casos, bien fundadas y son muy útiles, si no para neutralizar algunos peligros (en mi opinión relevantes), al menos para poder identificarlos. Por otra parte, algunos aspectos puntuales esbozados en el artículo que comento —y sobre los que me detendré— no me parecen totalmente convincentes. En las páginas siguientes, pues, intentaré discutir las tesis del autor, aunque es inevitable, también por limitaciones de espacio, que resulte más fácil plantear problemas que ofrecer soluciones, con la esperanza, sin embargo, de poder volver sobre estos temas con aportaciones de mayor extensión, en las que dedicar más atención y más solidez a la *pars construens*.

2. Algunas observaciones terminológicas

2.1. Precedente y jurisprudencia

El autor abre acertadamente con una serie de aclaraciones terminológicas: como ya he dicho, son muy importantes en un ámbito donde suele reinar la confusión. Sin embargo, quizás sean útiles algunas observaciones críticas al respecto.

En primer lugar, el autor opta por no distinguir entre precedente y jurisprudencia (Taruffo, 1997; Buckland-McNair, 1952) e “ir directamente” a la definición de precedente. La elección es legítima, pero deja en la sombra una diferencia fundamental entre estos dos conceptos, que es refleja de dos modos diferentes de relacionarse con el material jurisprudencial. Mientras que en la cultura del *common law* la costumbre de referirse a “precedentes” específicos existía ya con anterioridad al surgimiento de la noción de regla del precedente vinculante, en la cultura de *civil law* la tradición jurídica solía referirse a la “jurisprudencia” en lugar de al “precedente”, algo que también se refleja en el lenguaje normativo. No me he comprometido en

otro lugar con una definición de estos dos conceptos (Passanante, 2018), ni pretendo hacerlo aquí, pero me parece oportuno subrayar que, mientras la jurisprudencia opera de manera gradual y, por así decirlo, por flujos, lo que produce una evolución del derecho bastante lenta en el tiempo, el precedente —como es definido por Álvaro Núñez Vaquero— sería en cambio capaz de determinar por sí solo un cambio total de la norma jurídica a aplicar. Es evidente que, por razones principalmente prácticas, en los sistemas de *civil law*, el derecho jurisprudencial se está moviendo progresivamente hacia el modelo del precedente, pero esta transición merece todavía ser estudiada con mayor profundidad, ya que por el momento parece seguir itinerarios opacos y apenas conscientes.

Hay, por ejemplo, algunas situaciones que quedan sin resolver. Si se toma en cuenta aquellos ordenamientos jurídicos, como el italiano, donde la *ratio decidendi* extraída institucionalmente de una sentencia no tiene fuerza vinculante. ¿Cuál sería entonces el papel de un posible “precedente”, aislado, frente a una orientación jurisprudencial “consolidada” y como tal constituida por numerosas decisiones similares y repetidas en el tiempo? Y además, incluso si se resolviera la cuestión anterior a favor de la prevalencia de la última decisión, calificada como precedente, solo por ser “nueva” en comparación con las anteriores, ¿qué ocurre si, luego de esa decisión considerada precedente, ese mismo órgano judicial (Corte Suprema, por ejemplo) pronuncia una nueva sentencia de signo contrario? Sería coherente decir que el último precedente suplanta al precedente anterior, pero ¿qué sucede si —suponiendo que la actividad del *Massimario* italiano es altamente discrecional¹— se decidiera no someter el segundo precedente al proceso institucional de extracción de la *ratio decidendi*?

Una posible respuesta es que, mientras que la jurisprudencia estaría compuesta por decisiones que no son relevantes para la decisión de otros casos, el precedente sí lo es. Así, por ejemplo, y volviendo al tema terminológico, se podría argumentar que son “jurisprudencia” aquellas decisiones que, aunque provengan de jueces superiores, no son relevantes para la decisión de otros casos, mientras que si decisión es “precedente” entonces es relevante para la decisión de otros casos. Sin embargo, aparte del hecho

¹ [N.del editor: “*Massimario*” es una recopilación de máximas incluidas en sentencias.]

de que en muchos ordenamientos jurídicos simplemente no existe tal regla, me parece que de esta manera se corre el riesgo de caer en un círculo tautológico, distinguiendo unos de otros sobre la base de su validez, algo que, por otra parte, es precisamente la incógnita a resolver. Esto se discutirá también en la sección 2.3.

2.2. Precedente, reglas de competencia y reglas procesales

En el texto objeto de discusión el precedente es definido a partir de tres elementos: 1) el primero consiste en su carácter eminentemente lingüístico, en cuanto están constituidos por un conjunto de enunciados a los que hay que dotar de significado; 2) el segundo elemento consiste en que el precedente proviene de un órgano al que se ha reconocido, mediante una norma de competencia, la facultad para pronunciar precedentes; 3) el tercer elemento lo constituye el hecho de que las decisiones que “hacen precedente” no están sujetas únicamente a reglas de procedimiento, rasgo que permitiría distinguir los órganos facultados para pronunciar precedentes de los órganos de carácter legislativo.

Me parece que vale la pena intentar ofrecer una definición de precedente, también por las razones que señalé en el párrafo anterior. Sin embargo, mientras que el primer elemento parece innegablemente útil y aceptable, el segundo y el tercero pueden no ser del todo adecuados para ese propósito. La existencia de una norma de competencia que identifique a un órgano como autorizado para pronunciar precedentes puede no ser suficiente en aquellos sistemas en los que el número de sentencias dictadas por el tribunal supremo (legitimado para pronunciar precedentes) y el número de jueces que componen dicho tribunal son muy elevados y el riesgo de confusión en el alcance de los precedentes sigue siendo alto (me refiero sobre todo al Tribunal italiano de Casación, que dicta unas 80.000 sentencias al año y está integrado por cientos de jueces). El autor resuelve el problema cuando define la “regla del precedente”, refiriéndose a la existencia de una regla que sería capaz de establecer los criterios a partir de los cuales una decisión puede ser considerada relevante para la decisión de otros casos. Esto se discutirá en la siguiente sección.

Finalmente, el tercer requisito puede no ser del todo adecuado para distinguir la regla de origen jurisprudencial de las de origen legislativo puesto que en un sistema de constitución rígida, el legislador no solo está sujeto a reglas procesales, sino que también debe cumplir con normas sustantivas, bajo pena de riesgo de anulación de la ley por parte de la Corte Constitucional (en sistemas con control constitucional concentrado) o de inaplicación de la ley por parte de los jueces (en sistemas con control constitucional difuso).

2.3. La regla del precedente

Coincido con el planteamiento del autor, quien, en esencia, se niega a reducir la regla del precedente a su carácter vinculante, sustituyendo a este el concepto de pertinencia (Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 151-152). En otras palabras, para poder hablar de precedente, no es necesario que sea vinculante, sino que es suficiente que sea relevante para la decisión, es decir, es suficiente que su uso por parte de un juez en una decisión contribuya a fortalecer la motivación. El autor también afirma correctamente que la regla del precedente tiene un carácter contingente porque es posible que en un determinado ordenamiento jurídico no exista una regla tal (es decir, es posible que exista una laguna en el ordenamiento jurídico) que regule la relevancia normativa de los precedentes o incluso es posible que en un determinado ordenamiento jurídico no exista un sistema de precedentes. De hecho, uno de los fenómenos más graves que suele producirse es hablar, por así decirlo, “de libertad” de precedente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sin que nadie se haya molestado nunca en investigar si en ese ordenamiento jurídico existe (o no) una “regla del precedente”. Y, donde exista, cuál es su contenido. Desde este punto de vista, el texto objeto de discusión es de suma y fundamental importancia, porque alienta y demanda este tipo de estudios que ciertamente no es sencillo, pero sí muy útil.

3. Sobre las “proposiciones normativas” que identifican institucionalmente las *rationes decidendi*

Se distingue, en el artículo que se comenta, entre el caso de un órgano dotado de competencia para aislar las *rationes decidendi* y que ello posea una función genuinamente normativa (como ocurre, por ejemplo, con la *sumula* brasileña), y, por otra parte, el caso de un órgano que tenga la misma competencia pero sin función normativa (como ocurre en el caso de la *massima* italiana). En este último caso, no tendría sentido equiparar las máximas a las normas: de hecho, estas no serían más que “proposiciones normativas”, teniendo —a diferencia de las normas— un valor de verdad, ya que son descriptivas, de hecho, de las *rationes* de la decisión de la que se extraen.

A continuación, si he entendido bien, el autor agrega que las normas (provenientes de órganos dotados de competencia con una función normativa) que identifican *rationes decidendi*, también parecerían tener valor de verdad, ya que es posible verificar si la *ratio* ha sido correctamente identificada, tanto en un sentido analítico (si identifica correctamente la premisa mayor del silogismo judicial), como en un sentido más amplio e indirecto, según se cumplan o no los criterios para identificar las *rationes decidendi* vigentes en una determinada comunidad jurídica. Finalmente, el autor se pregunta cómo se explica que la meta-norma N1, que identifica a la norma N2 como la *ratio* de la decisión de la que se extrae (que en todo caso es una norma) pueda tener valor de verdad. La explicación es que no es la norma la que tiene valor de verdad, sino la proposición normativa que la parafrasea.

La utilidad de estas reflexiones está fuera de toda duda, pero muchas de las distinciones propuestas se basan en criterios que me parecen inciertos: en primer lugar, la norma que atribuye una función normativa al órgano que identifica institucionalmente las *rationes decidendi* no siempre es una norma expresa. En segundo lugar, la formulación de lo que se define como “proposiciones normativas” es a menudo ambigua: por ejemplo, las proposiciones normativas expresadas por el Ufficio del Massimario italiano deberían tener la siguiente forma “La *ratio decidendi* de la sentencia no. xxx/xx de la Corte de Casación es el siguiente: ‘.....’”. Ocurre, en cambio, que las

máximas toman la forma expresiva de la norma, de modo que en su circulación cotidiana acaban funcionando como normas reales aplicadas por otros jueces, independientemente de la existencia de una norma (expresa) de competencia. En suma, tal como están formuladas no se prestan a ser sometidas a un juicio de verdad² y, aunque fueran sometidas a un juicio de verdad, tal como están formuladas, se confunden con las normas. Finalmente, también el control —si es necesario incluso jurisdiccional, como finalmente sugiere el propio Álvaro Núñez Vaquero— de que quien está investido de la tarea institucional de identificar las *rationes decidendi* respete los criterios compartidos por una determinada comunidad jurídica es una solución teóricamente compatible, pero muy difícilmente practicable. Porque replica, en otro nivel, el mismo grado de discrecionalidad del que goza el sujeto institucionalmente llamado a identificar las *rationes decidendi*. Volviendo, por ejemplo, a la experiencia anglosajona, podemos recordar lo difícil que es poder establecer criterios formales útiles para la formulación de *rationes decidendi*.

4. Ventajas y desventajas de los sistemas de identificación institucional de *rationes decidendi*

4.1. Las ventajas

No creo que pueda haber dudas de que —sobre todo en sistemas jurídicos en los que el conocimiento del derecho de formación jurisprudencial es escaso: típicamente los del derecho civil— los sistemas institucionales de identificación de *rationes decidendi* aumentan el grado de seguridad jurídica, dado que extraen de una decisión individual (en la que no siempre es fácil identificar la premisa mayor del silogismo judicial utilizado por el juez para decidir el caso) un enunciado normativo de carácter general y abstracto. De esta forma la jurisprudencia se traduce en normas generales y abstractas, lo que la vuelve más útil para los juristas formados en la aplicación de las normas de origen legislativo. Pero me parece, sin embargo,

² Véase, sin embargo, Sacco (1988, pp. 93-98).

como ya he argumentado, que el precio que debe pagarse para tener esta ventaja es demasiado alto como para aceptarlo pasivamente. En particular, denuncié la opacidad de los procesos que conducen: 1) a la selección de decisiones de donde extraer las máximas; 2) a la misma formulación de las máximas. Al respecto, el autor cree que la formulación de las proposiciones normativas, que aíslan las máximas, constituye una oportunidad útil para discutir la posibilidad de identificar una o más *rationes decidendi*. Estoy totalmente de acuerdo con Núñez Vaquero: en este punto es fundamental que la doctrina jurídica se comprometa y aproveche esta oportunidad de diálogo, sin temor a cuestionar la “autoridad establecida”. Es deseable que, de esta forma, se produzca el efecto de promover una mayor transparencia en los procesos que subyacen a la identificación de las *rationes decidendi*. Sin embargo, no veo ninguna señal reconfortante en Italia. Y, que yo sepa, tampoco son muchas las señales en otras jurisdicciones afectadas por el mismo fenómeno.

4.2. Los peligros

4.2.1. Los hechos relevantes

Una de las críticas más severa y extendida que la teoría dirige a los sistemas institucionales para identificar/extraer *rationes decidendi* de decisiones concretas e individuales consiste en que estos sistemas terminan produciendo inevitablemente una distorsión de la reconstrucción de los hechos de la causa a partir de los cuales ha sido formada la (*ratio decidendi* elevada a) norma para decidir el caso.

La “defensa” que Núñez Vaquero hace de los sistemas institucionales de identificación de las *rationes decidendi* se basa en dos razones, con las que quien aquí escribe no está de acuerdo.

La primera: al tratarse de un conjunto de hechos que deben considerarse probados en el caso concreto, no sería fácil identificarlos. De hecho, se argumenta correctamente que la identificación de los hechos probados es una operación muy compleja. Me parece, sin embargo, que este argumento pueda ser fácilmente superado, ya que, como sostiene el propio autor, las

decisiones de las que se extraen las *rationes decidendi* son pronunciadas por tribunales supremos, jueces que casi nunca vuelven sobre la fijación de los hechos. La Corte que pronuncia el “precedente” casi nunca está en condiciones de cuestionar el núcleo de los hechos concretos tal como fueron constatados en las sentencias anteriores. Esto sucede tanto en las jurisdicciones de *civil law* como en las de *common law*: incluso en estas últimas, donde los hechos juegan un papel fundamental en la construcción de la *ratio decidendi*, las Cortes Supremas no averiguan los hechos, sino que los “heredan” tal como han sido fijados por los jueces inferiores.

El segundo (potencialmente el más letal de los dos argumentos contra las críticas que acabamos de mencionar) es el siguiente: los hechos que sería necesario examinar para establecer cuál es la *ratio decidendi* de un caso concreto son los hechos relevantes (Goodhart, 1930, 1934, 1959); pues bien, para identificar estos últimos sería indispensable conocer ya la norma general —es decir, la *ratio decidendi*— aplicada a esos hechos. De esta forma se produciría un razonamiento circular, volviendo imposible, sin conocer de antemano la *ratio decidendi*, determinar los hechos relevantes. Al respecto, me parece posible decir lo siguiente: si es cierto que un precedente —en el sentido en que lo entiende Núñez Vaquero— es una decisión judicial que contiene una norma nueva, relevante para casos posteriores, los hechos relevantes no pueden entenderse como hechos a subsumir en una norma general y abstracta predeterminada, que evidentemente no existe en ese momento. El juez superior, en efecto, está modificando una regla que no considera adecuada, es decir, está haciendo —como los juristas del *common law* dicen— *overruling*. Si ello es así, entonces habría que pensar de otra manera (Barberis, 2015, p. 67 ss.; Grossi, 2017, p. 114 ss.): los hechos relevantes en cuestión son hechos relevantes no para la aplicación de una norma preexistente, sino por la creación de una norma que aún no existe (Pastore, Zaccaria y Viola, 2017). Se trataría, entonces, de aquellas circunstancias que se denominan razones de derecho, en el sentido de que justifican la superación de una norma anterior y su sustitución por una norma diferente, esto es, el (nuevo) precedente. En casos posteriores, cuando el precedente que aquí se forme habrá de ser aplicado por otros jueces, hechos similares serán relevantes en el sentido pretendido por el autor, pero cuando surge el precedente, el concepto de relevancia de los hechos

tiene un significado diferente. Lo cual, me parece, desactiva la letalidad del argumento respecto de la crítica a la excesiva abstracción de la que adolece el proceso de identificación institucionalizada de las *rationes decidendi*.

4.2.2. Exceso de generalización

Una crítica diferente —conectada a, pero distinta de, la anterior— contra los sistemas institucionalizados de identificación de las *rationes decidendi* es el exceso de generalización, que conduciría a una descontextualización de la *ratio* respecto de los hechos del caso sobre los que se basa la decisión y con ocasión de del cual se formó el precedente. Es un punto central de los análisis entorno al precedente en los sistemas de *civil law*.

La “crítica de la crítica” de Núñez Vaquero consiste en acusarla de estar en realidad cuestionando la competencia (*de iure condito* o *de iure condendo*) de los órganos judiciales tengan para dictar normas. Mientras que, en cambio, ello es inevitable por dos motivos: por un lado, los sistemas legales modernos son incompletos e inconsistentes; por otro lado, a menos de estar dispuestos a aceptar que existen decisiones que no se basan en reglas generales y abstractas, es inevitable que para llenar vacíos o reducir inconsistencias sea necesario otorgar a la jurisdicción la facultad de dictar normas generales. Luego el autor traslada acertadamente el discurso a un plano constitucional, defendiendo la no pertinencia del principio de separación de poderes, entendido como una clara separación funcional, y la necesidad de transitar hacia un concepto de equilibrio entre los poderes del Estado. Desde esta perspectiva, los sistemas institucionalizados de identificación de *rationes decidendi* juegan un papel muy importante, ya que, por un lado, permiten al legislador interactuar mucho más fácilmente con las normas de producción jurisprudencial (bien identificadas en las *massime*, *súmulas*, *tesis*, etc.) y, por otro lado, incluso podría permitir —como imagina el autor— su control judicial. Finalmente, se argumenta que los sistemas institucionalizados de identificación de *rationes decidendi* favorecen el respeto al principio de igualdad material, dado que un sistema en el que la interpretación de las *rationes* de los precedentes estuviera encomendada a cada juez no garantizaría en modo alguno que casos iguales sean tratados de la misma manera.

Las tesis del autor son variadas, estrechamente interrelacionadas y muy interesantes. Un diálogo más preciso con ellas merecería mucho más espacio del que se utilizará para esta breve discusión.

En verdad, no estoy tan seguro de estar de acuerdo con una versión de la separación de poderes que se limite esencialmente a un equilibrio entre ellos. Sin embargo, incluso si la compartiese, me inclinaría a creer que en las áreas de superposición (entre legislativo, ejecutivo, judicial), el diálogo entre los poderes del Estado debe darse sin desvirtuar el lenguaje que es propio de cada uno de ellos. Específicamente: el legislador hablará con la ley, los jueces con las sentencias. Además, incluso en Inglaterra, donde el principio de separación de poderes se entendía tradicionalmente de una manera mucho más suave que en la Europa continental, no faltan voces, incluso antiguas, que, sin excluir que el precedente sea fuente de derecho, subrayan claramente la separación entre la función de legislar y la de juzgar (Hale, 1820, p. 88 ss.).

En los sistemas jurídicos en los que existe la regla del precedente vinculante, atribuyéndolo así una función de creación del derecho normalmente a los tribunales supremos —me refiero principalmente a las experiencias del *common law*—, nadie piensa que el juez del precedente dicta normas generales y abstractas. Un “precedente” sigue siendo un “precedente”, es decir, si bien está destinado —para usar el léxico de Núñez Vaquero— a ser relevante en casos posteriores, no funciona como una norma general y abstracta tal como nosotros la entendemos. Y así debe ser entendido por los jueces que, después de su formación, habrán de aplicarlo. Un texto clásico sobre el tema lo explica bien: “*courts do not concede to their predecessors the power of laying down very wide rules; they reserve to themselves the power to narrow such rules by introducing into them particular fact of the precedent case that were treated by the earlier court as irrelevant*” (Salmond, 1947, p. 192). No es más que la conocida técnica del *distinguishing* que, si el precedente fuera realmente una norma general y abstracta, sería una operación imposible.

Y no creo que la única forma de superar el problema cultural de la incapacidad de los juristas de *civil law* para manejar el material jurisprudencial consista en resignarnos —a través de la institucionalización de los procesos de extracción de las *rationes decidendi*— a transformar en legisladores a

las Cortes Supremas (Nieva Fenoll, 2016) y a los órganos encargados de redactar las máximas italianas, las sùmulas brasileñas o las tesis mexicanas.

Antes de alentar a los sistemas de *civil law*, que no poseen sistemas institucionalizados para identificar *rationes decidendi*, a aprender de aquellos sistemas que sí los tienen, empezaría por alentar a los primeros a investigar con mayor profundidad la manera compleja en que funcionan los precedentes en los sistemas de *common law*.

Aquí, en mi opinión, surge otro problema, que de alguna manera marca una diferencia radical entre la posición de quien está escribiendo y la del autor del artículo que se comenta y que consiste en que no comparto la idea de equiparar *ratio decidendi* con norma general y abstracta. Dedicaré la siguiente sección a este tema.

4.2.3. Ratio decidendi y norma

La comparación entre *ratio decidendi* y norma, apoyada en la filosofía analítica (Chiassoni, 1999, p. 147 y ss.; Chiassoni, 2011, p. 120 y ss.), a la luz de datos históricos y comparativos, constituye en mi opinión un artefacto.

Donde nació y se consolidó el sistema del precedente (Inglaterra), se ha desarrollado un extenso y profundo debate en torno a las formas de identificar la *ratio decidendi*, en relación con los criterios que permiten saber qué son los así llamados *material facts*, es decir, los hechos relevantes. Si queremos dar sentido a este debate, tomándolo en serio y evitando descartarlo como una discusión imposible —precisamente porque solo sería posible identificar los hechos relevantes conociendo de antemano la *ratio decidendi*— debemos reconocer que los *common lawyers* están lejos del supuesto en virtud del cual la *ratio decidendi* es una norma general y abstracta que puede (y en algunos casos debe) tomar la misma forma que el legislador utiliza para producir normas. Por otra parte, el proceso de identificación de la *ratio* no puede separarse del de identificación de los hechos relevantes. Una de las concepciones de la *ratio decidendi* más adecuadas para entender esta tesis es la elaborada por Stone a finales de la década de 1950, en virtud de la cual los criterios que rigen la aplicación a casos posteriores de la *ratio decidendi* contenida en el precedente distan

mucho de referirse a la aplicación de una regla general a casos nuevos: por el contrario, consiste en un proceso de generalización llevado a cabo por el juez tras una aplicación extensiva a casos futuros (Stone, 1959, p. 157 y ss.).

Cuando el precedente se reduce a la norma, por medio de los sistemas institucionalizados de identificación de la *ratio decidendi*, se espera que el precedente se aplique a los casos subsiguientes como se aplicaría a éstos una norma de origen legislativo. Yo no comparto este punto de vista: el precedente sigue siendo la decisión de un caso concreto y la identificación de su *ratio* no sirve para extraer una regla general y abstracta a aplicar indistintamente a todos los casos futuros, sino para permitir que el precedente funcione como una guía para los jueces (inferiores) en la interpretación y aplicación de la ley. Esto se lleva a cabo mediante un proceso lógico que no es más que una analogía, una analogía construida sobre la similitud relevante entre casos (Tuzet, 2020; Gianformaggio, 2008, cap. 9): el rango de aplicabilidad del precedente a hechos diferentes (siempre será así) de los que le dieron origen depende del juez posterior y de la generalización que esté dispuesto a realizar para proceder a una aplicación extensiva de la anterior decisión a casos futuros, que, aunque similares, siempre serán diferentes al caso que dio origen al precedente. Las palabras utilizadas por Cross y Harris para describir uno de los principios que sustentan la teoría del precedente y la identificación de la *ratio decidendi* en Inglaterra son elocuentes en este sentido: “*the probability that a court will decide a new case in the same way as would the court which decided one of the cases cited becomes less and less as the differences between the facts of the two cases increase*” (Cross y Harris, 1991, p. 43, en el párrafo bajo el título *Judgements must be read in the light of the facts of the cases in which they are delivered*, lo que no puede dejar lugar a dudas).

4.2.4. Seguridad jurídica e igualdad material

¿Realmente todo esto amenaza la seguridad jurídica y la igualdad material? Por supuesto, la traducción de un precedente a una norma general y abstracta es una operación tranquilizadora para los juristas del derecho civil, nacidos y criados con “pan y ley”. Pero no estoy convencido que la no traducción sea el peor de los males.

Por un lado, diría que dejar que el precedente sirva para guiar a los jueces en la interpretación y aplicación de la ley a casos similares que deben decidir posteriormente, sin que se traduzca en un enunciado normativo, puede favorecer la igualdad material en el sentido de evitar que la misma regla se aplique a casos sustancialmente diferentes.

Por otro lado, la discrecionalidad dejada a los jueces individuales, tan temida por los partidarios de los sistemas institucionalizados de identificación de la *ratio decidendi*, no es ilimitada, ya que encuentra —especialmente en los países de *civil law*— al menos dos límites: a) el primero está dado por el texto de la ley a interpretar: si, de hecho, es cierto que en la gran mayoría de los casos en los sistemas de derecho civil los precedentes serán “precedentes interpretativos”, siempre habrá (o casi siempre) un texto legal de referencia, que impondrá un límite al intérprete (Eco, 1990) y constituirá una garantía del principio de igualdad; 2) el segundo está dada por el sistema de apelación, que permite a quien se considere perjudicado por una interpretación del precedente que viole el principio de igualdad material apelar la decisión.

En definitiva, no solo en los sistemas de *common law*, sino más aún en los sistemas de *civil law* —donde generalmente el precedente tiene un carácter interpretativo, ya que, de hecho, interpreta una ley “escrita”—, el precedente no debe servir para dar vida a una nueva norma general y abstracta, sino para explicar cuáles son las razones (esto es, la *ratio decidendi*) por las que una determinada disposición, en presencia de determinadas circunstancias concretas, debe interpretarse de una determinada manera (y no de otra).

4.2.5. Sobre la regla de competencia

Finalmente, si afirmar lo que sostengo significa —como comentó el ilustre autor del ensayo—negar que exista una regla de competencia que atribuya a un tribunal (o a un órgano judicial o administrativo) la facultad de dictar normas de carácter general y abstracto, entonces admito que niego que tal norma exista (donde no esté expresamente prevista por el legislador) o deba existir (donde esté expresamente prevista por el legislador).

4.3. Peligros adicionales

Coincido con el autor en que donde existen sistemas institucionalizados para la identificación de *rationes decidendi* existe el peligro de que la potestad de redactar normas no sea controlable ya que no existe un ordenamiento jurídico que prevea una norma de competencia que atribuya a cualquier órgano una función de control similar. E igualmente estoy de acuerdo con que la “destilación” de la *ratio* en una proposición normativa, por mucho que incremente el índice de seguridad jurídica, no elimina los problemas que pueden surgir cuando dicha proposición normativa debe ser a su vez interpretada.

En cuanto a la atribución de competencia exclusiva a un solo órgano para la identificación de las *rationes decidendi*, mi posición es evidentemente incompatible con esta exclusividad, por lo que, más que prever remedios al carácter exclusivo de la competencia, en mi opinión se debería modificar el sistema.

Finalmente, en cuanto al problema del hecho de que cada precedente deba corresponder a una y solo a una *ratio decidendi* o que puedan corresponder más de una, no puedo profundizar en este tema, que sin embargo a menudo se descuida, dándose por supuesta una respuesta en el ámbito del *common law*. Sin embargo, creo coincidir con Núñez Vaquero en que un mismo precedente bien puede contener una pluralidad de *rationes decidendi*.

5. Conclusiones

Los argumentos desarrollados por el autor del texto que me invitaron a comentar son todos de extraordinario interés. El diálogo con las tesis de Núñez Vaquero ha sido para mí una fuente de reflexión extremadamente útil.

Para resumir, a modo de conclusión, mi posición sobre las tesis expresadas por él en “Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes”, diría que estoy de acuerdo (parece innegable) que los sistemas institucionalizados de individuación de las *rationes decidendi* ayudan a reducir el caos en los ordenamientos jurídicos en los que los tribunales supremos dictan un gran número de decisiones y pueden facilitar el respeto

al principio de igualdad. En general, sin embargo, no me convence la idea de reducir la *ratio decidendi* a una norma general y abstracta: sigo creyendo que el legislador debe “hablar” con normas y los jueces, aunque sean supremos, deben “hablar” con sentencias. Sé bien que la del juez también puede entenderse como norma (Kelsen, 1963), pero me parece que la forma expresiva de uno y otro debe permanecer distinta: transformar —a través de máximas, sùmulas o tesis— a un juez supremo en legislador (Nieva Fenoll, 2016) pone en competencia directa dos poderes del Estado que, si bien poseen áreas de superposición, no deben confundirse. Esto significa volver a aprender (y enseñar) a razonar y trabajar los casos, como se ha hecho durante cientos de años en la experiencia jurídica romana y como se sigue haciendo en la del *common law* (Buckland y McNair, 1952, p. 6. ss.). Pero también significa pensar en reformas estructurales de las Cortes Supremas, para que éstas puedan desempeñar adecuadamente, mediante la decisión de un número limitado de casos, el importante papel de guía en la interpretación y aplicación de la ley que le ha sido encomendado en los diversos sistemas jurídicos (Proto Pisani, 2021), sin deslizarse hacia una deriva legislativa, que el Tribunal de Casación italiano —por ejemplo— parece haber iniciado ya peligrosamente desde hace algún tiempo (Sassani, 2019; Zeno Zencovich, 2022).

Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, B. (2012). *Sistemas normativos* (2da edición). Buenos Aires: Astrea.
- Bankowsky, Z., MacCormick, D.N., Marshall G., *Precedent in the United Kingdom*, en N. MacCormick, R.S. Summers y A.L. Goodhart (eds.), (1997). *Interpreting precedents* (pp. 315-354). Aldershot: Ashgate Publishing.
- Barberis, M. (2015). Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44, 67-101.

- Buckland, W. W., McNair, A.D. (1952). *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline* (2da edición). Cambridge: Cambridge University Press.
- Chiassoni, P. (1999). *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè.
- Cross, R. y Harris J.W., (1991). *Precedent in English Law* (IV edición). Oxford: Clarendon Press.
- Eco, U., (1990). *I limiti dell'interpretazione*. Milano: Bompiani.
- Gianformaggio, L. (2008). *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, E. Diciotti y V. Velluzzi (eds.), Torino: Giappichelli.
- Goodhart, A.L. (1930). Case Law in England and America. *Cornell Law Quarterly*, 15, 173-193.
- Goodhart, A.L. (1930). Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, 40, 161-183.
- Goodhart, A.L. (1934). Precedent in English and Continental Law, *Law Quarterly Review*, 50, 40-65.
- Goodhart, A.L. (1959). The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, 22, 117-124.
- Grossi, P. (2017). *L'invenzione del diritto*. Bari-Roma: Laterza.
- Hale, M. (1820). *The History of the Common Law of England*. (VI edición). London: Butterworth.
- Kelsen, H. (1963), *La dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi.
- Nieva Fenoll J., (2016). ¿Un juez supremo o un legislador «supremo»? En M. Taruffo, L.G. Marinoni y D. Mitidiero, *La misión de los tribunales supremos* (pp. 157-173). Madrid: Marcial Pons.
- Passanante, L. (2018). *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*. Torino: Giappichelli
- Pastore, B., Zaccaria, G. y Viola F. (2017). *Le ragioni del diritto*, Bologna: Il Mulino.
- Proto Pisani, A. (2021). Il nuovo sistema dei diritti introdotto dalla Costituzione del 1948 e le sue conseguenze sulla disciplina del processo civile. *Riv. dir. proc.*, 1139 ss.
- Sacco, R. (1988). La massima mentitoria. En G. Visintini (ed.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente* (pp. 51-58). Padova: Cedam.

- Sassani, B. (2019). La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici, en *Rivista di diritto processuale*, 74, 43-64.
- Salmond, J. (1947). *Jurisprudence* (X edición). London: Sweet & Maxwell.
- Stone, J. (1959). The Ratio of the Ratio Decidendi. *Modern Law Review*, 22(6), 597-620.
- Taruffo, M. (2007). *Precedente e giurisprudenza. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 61(3), 709-726.
- Tuzet, G., (2020). *Analogia e ragionamento giuridico*. Roma: Carocci.
- Zeno Zenchovich, V., (2022). Il Ministero della giurisprudenza. *Foro italiano*, 5, 214-220.

Respondiendo desde la (im)prudencia: comentarios a las críticas a “Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes”

*Replies from (Im)prudence: Comments to the Critics to “On
Summarizing Case-Law and Precedents”*

Álvaro Núñez Vaquero*

Recepción: 17/11/2022

Evaluación: 18/11/2022

Aceptación final: 05/12/2022

Resumen: En el presente texto intento hacerme cargo de las críticas y observaciones realizadas por la profesora Sandra Gómora Juárez y los profesores Luiz Guilherme Marinoni y Luca Passanante. Se comienza respondiendo a algunas críticas que los tres autores me dirigen; en particular, me concentro en la relevancia de los hechos, la necesidad de aplicar los precedentes por analogía y el riesgo inherente a los mecanismos de institucionales de identificación de rationes decidendi. Posteriormente, se dedica un apartado específico a algunas de las cuestiones señaladas críticamente por cada uno de los comentaristas.

Palabras clave: Regla del precedente, Normas generales, Hechos, Analogía, Razones

* 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. Quiero agradecer a Víctor García Yzaguirre y Carla Iuspa Santelices, editores de este número de *Discusiones*, por la lectura crítica de versiones previas de este trabajo.

Abstract: In this article, I try to respond to the criticisms and comments of Professors Sandra Gómora Juárez, Luiz Guilherme Marinoni and Luca Passanante. First, I address some of the criticisms that the three authors brought to my attention. In particular, I focus on the relevance of the issue, the need to apply precedents by analogy, and the risk inherent in institutional mechanisms for identifying rationes decidendi entail. Then, a specific section is dedicated to some of the points critically highlighted by each commentator.

Keywords: Rule of precedent, General norms, Facts, Analogy, Reasons

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objeto responder a los comentarios críticos realizados por la profesora Sandra Gómora Juárez y los profesores Luiz Guilherme Marinoni y Luca Passanante. Además de tres excelentes investigadores en el ámbito de la teoría del precedente, todos son grandes conocedores de la jurisprudencia de sus respectivas jurisdicciones (México, Brasil e Italia, respectivamente), precisamente algunas de aquellas que he empleado en el texto principal de esta discusión como ejemplos de los mecanismos de maximización de la jurisprudencia. Obviamente no se trata de una casualidad. Aunque las fronteras disciplinarias no han de ser muros que creen compartimentos estancos –y buena prueba de ello es esta discusión– sí creo que la adscripción disciplinaria puede mostrar algunas cosas; al menos, algunos presupuestos teóricos. En este caso, que los profesores Marinoni y Passanante proceden del ámbito de la (alta) dogmática procesalista, es decir, conocen infinitamente mejor que yo el funcionamiento de los sistemas procesales. Por su parte, Sandra Gómora Juárez es una excelente teórica del derecho que lleva más tiempo, y de manera mejor, que yo estudiando el funcionamiento de los precedentes; y, desde luego, más aún en México.

Así las cosas, me toca redoblar el agradecimiento por haber leído tan amable y atentamente mi trabajo, y por el principio de caridad interpretativa con el que lo han hecho. He aprendido mucho de sus comentarios y críticas, llevándome a tener que replantearme algunas de mis tesis para, en el mejor de los casos, tener que precisarlas. Con todo, aunque sé que

se trata de grandes estudiosos y estudiosa de los precedentes, lo que hace que me tenga que tomar muy en serio sus críticas, sospecho que terminaré desbordando los límites de *prudentia iuris*, y me aventuraré en algunas tesis más controvertidas incluso que las de mi texto inicial.

La estructura del trabajo será la siguiente. En primer lugar, trataré de hacerme cargo de algunas de las críticas comunes que me han sido dirigidas, aunque en versiones algo diferentes, por parte de los tres autores. En particular, en primer lugar, me centraré en la idea de que las *rationes decidendi* de los precedentes no pueden ser reducidas a normas; en segundo lugar, me haré cargo de la tesis según la cual las *rationes decidendi* de los precedentes han de ser empleadas como base de argumentos analógicos; en tercer lugar, analizaré el peligro inherente en la identificación institucional de *rationes decidendi* del error o abuso de derecho a la hora de fijarlas autoritativamente. En los apartados sucesivos me haré cargo de algunas de las observaciones críticas que más específicamente me han hecho en sus trabajos Sandra Gómora, Luiz Guilherme Marinoni y Luca Passanante. Las abordaré en orden sencillamente alfabético de sus autores.

2. Las críticas comunes

Me parece que una de las principales fuentes de controversia que tengo con los tres autores es la relevancia de los hechos, las particularidades del caso a juzgar y la necesidad de llevar a cabo un razonamiento analógico para decidir si un precedente (mejor dicho, su *ratio decidendi*) resulta o no aplicable a un caso. En efecto, aunque mi trabajo versa sobre la identificación institucional de *rationes decidendi*, un presupuesto explícito, pero no suficientemente justificado en mi trabajo –y que me parece que es fuente de buena parte de la controversia– es que los precedentes contienen (formulan y/o emplean) normas generales y abstractas. Me parece que es mejor comenzar, por razones de tipo lógico, con la cuestión acerca de si los jueces crean o no normas, y a continuación hacerme cargo de la relevancia de los hechos en la identificación y aplicación de las *rationes decidendi* a casos posteriores. Para acabar este primer apartado, analizaré el riesgo de error o abuso en la identificación institucional de *rationes decidendi*.

2.1. ¿Crean los precedentes normas?

Mi tesis, en este sentido, no es muy original: si las decisiones jurisdiccionales están justificadas, es porque aquellas se basan en alguna(s) norma(s) general(es). Pero, pese a su falta de originalidad, esta tesis puede ser discutida desde alguna forma de particularismo jurídico, afirmando que las decisiones jurisdiccionales no son justificadas con base en normas, sino con base en razones cuya relevancia es contextual, dependiente del caso concreto (Dancy, 2017; Duarte d'Almeida, 2021, pp. 32 y 35 esp.; Horty, 2022; Lamond, 2005 y 2022; Stevens, 2022, Taruffo, 2009, pp. 563 ss.).

Nótese que, en este primer paso de mi argumentación, estoy afirmando únicamente que (i) las decisiones jurisdiccionales (no arbitrarias) se justifican en alguna (en realidad, varias) norma(s), por muy difícil que sea de explicitar cuál es dicha norma.¹ De ahí todos los problemas y la inmensa literatura que ha surgido acerca de cómo identificar la *ratio decidendi* de los precedentes. Cuestión diferente es que (ii) de aquellas decisiones que cuentan como precedentes debemos extraer normas generales. Y otra cuestión diversa es, a su vez, que (iii) debemos tener órganos que tengan la competencia para identificar dichas *rationes* de manera institucional.

Sospecho que el desacuerdo con mis críticos no pasa exactamente por la primera cuestión (i), sino más bien por la segunda (ii) y la tercera (iii). Creo que ninguno de ellos rechazaría (i) que, para que una decisión jurisdiccional esté justificada, aquella debe estar basada en una o varias normas.² Lo que me parece que no comparten es que –posteriormente, cuando una decisión es considerada como precedente– se pretenda extraer

¹ De ningún modo creo, es necesario insistir, en que la identificación de *rationes decidendi* no esté mediado por un amplio margen de discrecionalidad. Ahora bien, una vez identificada la *ratio decidendi* –producido un texto que identifica aquella– el margen de discrecionalidad se reduce, al menos en lo relativo a cuál es la norma que es la *ratio decidendi*.

² No creo, en este sentido, que ninguno de ellos piense que los plazos procesales deben ser leídos a la luz de las consideraciones del caso; o que las normas que delimitan territorialmente la competencia de los órganos jurisdiccionales deban ser valoradas a la luz de los hechos del caso. Bien entendido: habrá que comprobar si el caso individual o real coincide con lo predispuerto por la norma, pero no resulta necesario (ni conveniente) hacer un balance de razones sobre si aplico las normas sobre plazos procesales o de la competencia territorial.

de aquella una norma de carácter general y abstracto (*ratio decidendi*). Por el contrario, en su opinión, las *rationes* deben ser tratadas como razones:³ en concreto, las razones que llevaron a un tribunal a interpretar el derecho de una determinada manera frente a determinado tipo de hechos.⁴ De consecuencia, tener mecanismos para la identificación institucional de una norma como la *ratio decidendi* del precedente sería una forma injustificada o incorrecta de actuar y/o de entender qué son los precedentes.

Ahora bien, si nuestros autores están de acuerdo con la primera tesis según la cual (i) las decisiones jurisdiccionales han de estar justificadas en normas generales (Gascón Abellán, 1993 y 2011, pp. 137 ss.; pero véase también Duarte, 2021), pero rechazan que las *rationes* de los precedentes sean tratadas como normas, entonces hay un salto que cubrir. Dicho de otro modo: hay que transformar dichas razones (la *ratio* del precedente) en normas para poder aplicarlas a casos posteriores.⁵ Esta tarea ha de ser llevada a cabo con base en las consideraciones particulares del caso, infringiendo... una norma de carácter general y abstracta que justifique la decisión.⁶

³ La cuestión planteada tiene gran repercusión en la literatura contemporánea (Horty, 2022, Lamond, 2022; MacBride, 2022). La controversia, con Larry Alexander y Emily Sherwin (2010) como objeto principal de crítica, viene a discutir que los precedentes del *common law* funcionen realmente como normas.

⁴ Nótese, no obstante, que aquí se produce una cierta diferencia entre las posiciones sostenidas por Gómora, Marinoni y Passanante. Mientras que la primera claramente parece estar pensando en razones concluyentes y protegidas que justifican la decisión, los dos últimos hacen referencia a las razones que llevaron a decidir de una determinada manera. Más allá de que aquí se podrían confundir los motivos con las razones (por ejemplo: tenían un buen motivo para seguir el precedente porque no tenían tiempo para decidir justificadamente de otra manera, aunque pueden argüir como razón el seguimiento de la regla del precedente), hay todavía una diferencia importante que subrayar: para Gómora la *ratio* parece algo concebible más allá de la voluntad de los miembros del tribunal; para Marinoni y Passanante parece algo completamente dependiente de qué querían hacer los jueces y juezas que decidieron el caso considerado como precedente.

⁵ Podría, no obstante, pensarse también que los precedentes no sirven para justificar –al menos de manera suficiente– decisiones jurisdiccionales, ya que (ii) aquellos no generan normas y (i) las decisiones jurisdiccionales deben estar justificadas en normas de carácter general. Sin embargo, me parece que ninguno de los comentaristas estaría dispuesto a aceptar esta tesis.

⁶ Es preciso llamar la atención sobre la excesiva confianza depositada por alguno(s) de mis interlocutores en la capacidad para identificar las razones que justifican la decisión jurisdiccional por parte de los jueces. Si, como afirma Marinoni, una norma no puede captar

Pues bien, si el problema no está en que los jueces tienen el deber de usar normas para justificar sus decisiones, o en la tesis según la cual los jueces, en los hechos, justifican sus decisiones en normas, entonces la controversia surge en que afirmo: (ii) por un lado, que las *rationes* pueden ser reconstruidas como normas generales y abstractas; (iii) por el otro, que es perfectamente posible (y/o plausible) tener mecanismos institucionales para la identificación de las *rationes*; es más, incluso que se pueda llevar a cabo de una vez y para siempre, y no a la luz de los hechos del nuevo caso.

Antes de analizar cada una de estas dos tesis por separado, creo que es conveniente hacer una precisión. Para poder saber si un precedente está relacionado o es relevante para un caso posterior, primero es necesario identificarlo como precedente. Ahora bien, para identificar una decisión como precedente debo también identificar cuál es su *ratio decidendi*, porque la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén algún requisito, relativo a la *ratio* (como indica Marinoni, una determinada mayoría de votos; como indica Gómora Juárez, su novedad en el ordenamiento), para que aquel cuente como precedente. Desde luego, alguien podría decir que esta es solo una identificación *prima facie*⁷ de la *ratio*, pero no la identificación definitiva (aunque tal vez sería mejor llamarla identificación en abstracto de la *ratio*).⁸ Sea como fuere, algo hay que identificar.

Mis colegas discuten que de los precedentes se puedan extraer normas (ii), aunque con mayor o menor vehemencia entre ellos.⁹ Ahora bien, por poder (alético), claramente se pueden extraer normas generales y abstrac-

toda la singularidad de una *ratio decidendi* entendida como razón, me pregunto cómo se identifican estas razones que justifican la decisión. Especialmente porque si diferentes normas pueden justificar las mismas decisiones, la pluralidad de razones que justifican una decisión aumenta exponencialmente la infradeterminación del derecho.

⁷ Con todo, para los diferentes significados que puede tener la expresión “prima facie”, véase (García Yzaguirre 2022, pp. 273 ss.).

⁸ Esta primera identificación creo que es perfectamente coherente con aquello que, en materia de teoría de la interpretación, llamaríamos interpretación en abstracto. Véase (Guastini, 2014, p. 33).

⁹ Por ejemplo, Gómora Juárez, con Hart, ha sostenido que los precedentes son una forma de transmitir normas mediante el ejemplo. Por lo tanto, no habría pensar en que los órganos jurisdiccionales formularan enunciados normativos de manera similar al legislador, pero sí crean normas al momento de aplicar normas que innovan el ordenamiento. Véase (Gómora Juárez, 2018, pp. 91 ss.).

tas a partir de las decisiones consideradas como precedentes. Tanto que, a mis interlocutores, especialmente a Marinoni, les preocupa que a partir de precedentes, en la práctica jurídica se deriven normas que son aplicadas de manera mecánica (subsuntivamente) a casos diferentes.¹⁰ Ahora bien, me parece que nuestros tres autores están pensando en las normas como reglas, es decir, normas de condicional cerrado para cuya aplicación regiría el refuerzo del antecedente:¹¹ más allá de las particularidades del caso, si se da en el caso aún por resolver el supuesto de hecho de la *ratio decidendi*, necesariamente se ha de calificar el nuevo caso del mismo modo.

Con todo, nada impide que las *rationes* sean identificadas como principios y no como reglas; o bien ser identificadas como normas derrotables (Horty, 2022). Es más, expresado en términos de razones, tampoco es necesario que las *rationes* incorporen razones excluyentes de segundo orden o tengan un peso definitivo (aunque puede ser que para Gómora Juárez esto no merezca el nombre de “precedente”). En otro lugar he tratado de mostrar que la regla del precedente, las *rationes* y, en general, el seguimiento de cualquier norma puede llegar a condicionar la validez de la decisión jurisdiccional solo de manera suficiente o incluso contribuyente (Núñez Vaquero, 2022, cap. IV).

Ahora bien, si así están las cosas, entonces nos encontramos en el ámbito del deber ser, y no de la pregunta acerca de si, en los hechos, se considera que los precedentes generan (o pueden generar) normas generales y abstractas. La pregunta, entonces, debe ser reformulada: ¿debemos

¹⁰ De hecho, me parece una generalización indebida la afirmación de (Duarte, 2021, p. 32) según la cual los aplicadores del derecho no se comprometen con ningún enunciado universal, tal y como estaría presuponiendo yo aquí. No cabe duda de que, en muchos casos, los jueces no se comprometen con tal tipo de formulaciones. Ahora bien, a partir de aquí no podemos afirmar que no lo hacen nunca. Desde luego, se podría argüir (véase la nota sucesiva) que nunca se puede reconstruir ninguna regla con todas las condiciones previstas en su antecedente. Sin embargo, me parece que el derecho está plagado de casos fáciles en los que los operadores del derecho sí se comprometen con enunciados universales. Véase también Moreso (2021).

¹¹ No obstante, es posible también representar el lenguaje de las razones en términos condicionales, y de este modo, afirmar que las razones –como, por lo demás, es aceptado generalmente– no necesariamente son de carácter concluyente (Horty, 2022). Ahora bien, me parece que, al menos Marinoni, sí está considerando que las razones que aporta el precedente nunca tienen carácter concluyente.

extraer normas generales y abstractas de los precedentes?¹² Planteado en estos términos, no parece que hubiese ninguna razón para no hacerlo (o al menos yo no alcanzo a verla).

Como diría Schauer (2004, pp. 97 ss.), todo va a depender de qué concreta ideología de (sobre cómo deben ser usadas) las normas se sostenga: las normas aplican de manera opaca, transparente o semitransparente (transparente sensible a reglas); esto es, el aplicador del derecho va a tener prohibido, permitido totalmente o solo bajo determinadas circunstancias recurrir a las razones subyacentes a la norma. Yo no creo, a diferencia de Schauer (2018), que las *rationes* de los precedentes funcionen necesariamente de alguna de estas maneras, sino más bien que va a depender del derecho vigente en cada ordenamiento; en particular, del órgano que dictó el precedente, del que lo aplica y de qué tipo de norma exprese la *ratio*.

Ahora bien, también estoy convencido de que es una mala idea que todos los aplicadores del derecho deban considerar las *rationes decidendi* como normas transparentes o semitransparentes. Trataré de explicarme. Quien afirma que las *rationes* son (o deben ser consideradas como) razones, están pensando que aquellas han de entrar en el balance de razones del aplicador del derecho, es decir, va a tener que tener en cuenta efectivamente la *ratio*, pero también el resto de razones en juego.

¿Estamos seguros de que queremos que todos los aplicadores del derecho (en concreto, *todos* los jueces) puedan o deban llevar a cabo un balance de razones para decidir si se aplica o no la *ratio* del precedente concebida de manera general en una comunidad jurídica como norma? Déjeme expresarlo en términos algo radicales: ¿el juzgado de primera instancia de Axapusco, de Ponta Grossa o de Gussago han de tener la com-

¹² Podría sostenerse que, desde un punto de vista universalista mínimo, no es necesario que las decisiones estén basadas en normas previas completas, sino únicamente normas que pueden –y/o deben– ser enriquecidas a la luz de los hechos del caso. Dejando a un lado los problemas de vaguedad, esta reconstrucción –que hace que los intérpretes aplicadores puedan y deban identificar nuevas propiedades como relevantes– es una forma de universalismo solo en la medida en que considera como necesarias determinadas propiedades que caracterizan un comportamiento. Ahora bien, si la incorporación de nuevas propiedades puede suponer el cambio de la calificación normativa, parece que queda muy poco de universalista en esta concepción. Véase la discusión acerca de qué es aplicar el derecho contenida en el N° 27, Vol. 2 de 2021 de esta misma revista.

petencia para ponderar las razones en juego y ver si la *ratio* proveniente de cada órgano de cierre de cada ordenamiento es, *all things considered*, aplicable al caso? Mi sospecha es que esto no es una buena idea.¹³

Como es una cuestión que de por sí daría para otro estudio, para justificar mi posición, mencionaré solo algunos argumentos.

Primero, como ha mostrado Richard Re (2021), los precedentes pueden servir como escudos, es decir, casi como excusas para no poder decidir de otra manera que aquella predispuesta por la *ratio*; y esto es especialmente importante cuando tenemos problemas de falta de independencia judicial o de corrupción judicial. Si, por el contrario, los precedentes funcionan siempre como razones *prima facie*, o como reglas transparentes o semi-transparentes, entonces parece que los precedentes perderían esta cualidad.

Segundo, en muchas ocasiones, los tribunales y juzgados se encuentran colapsados por la carga de trabajo. Como dice el ya casi clásico adagio, “la justicia lenta no es justicia”. Y entender las *rationes* como normas permite una decisión y justificación mucho más rápidas, reduciendo el tiempo de deliberación. Y dejar entreabierto la puerta del nuevo balance en la justificación para cualquier órgano judicial da al traste con esta cualidad de los precedentes.

Pero, tercero y sobre todo, cuando se afirma que de las *rationes* se deben extraer razones y no normas (pero también de otras tesis similares), lo que se está sosteniendo es que los jueces, *todos los jueces*, han de tener la competencia para reabrir el balance de razones llevado a cabo para la formulación del precedente, viendo si se ajusta *all things considered* al caso aún por decidir. Ahora bien, esto permite a los aplicadores del derecho introducir sus propias consideraciones acerca de qué es lo relevante para decidir un caso, y estas normalmente van a ser morales y/o políticas. La desigualdad

¹³ He defendido esta idea, en relación con la ponderación, en Núñez Vaquero. En este mismo sentido, creo que la posición de Lamond (2005) acerca de que los precedentes entendidos como reglas no debe ser generalizada. Desde un punto de vista descriptivo, no todos los jueces consideran las *rationes* como normas que se puedan distinguir. Desde el punto de vista normativo, no parece muy recomendable que cualquier juez pueda distinguir cualquier precedente. Esto todavía no pondría en entredicho la tesis de Lamond, pero desde luego reduciría fuertemente su alcance.

y la falta de certeza acerca de cómo se van a decidir los casos futuros está servida debido a nuestras diferencias morales.

Desde luego, si uno considera que de los precedentes no han de extraerse normas generales y abstractas que clausuren el balance de razones al menos para la mayoría de los jueces, que llegue un órgano y formule canónicamente, casi haciéndose pasar por el legislador, normas de carácter general y abstracto, entonces estaría lloviendo sobre mojado. Y si, además, se considera que el órgano encargado de identificar las *rationes decidendi* tiene una competencia normativa para hacerlo (interpretación auténtica en términos kelsenianos), solo faltaría reunir al aquelarre para convocar al mismísimo diablo.

Por supuesto, los tribunales –como afirma Passanante– han de hablar a través de sentencias y no como si estuvieran dictando leyes. Esto constituiría una clara violación de la separación de poderes, al menos entendida como separación funcional.¹⁴ No obstante, es preciso insistir en el tipo de acto que serían dichas identificaciones institucionales y normativas de *rationes decidendi*: no se trata de ejercicios de libre creación de derecho, sino de enunciados normativos que parafrasean enunciados con valores de verdad.¹⁵ Y esto, aunque concede gran margen de maniobra a los órganos encargados de identificar las *rationes decidendi*, se parece bastante a fijar cuál es la interpretación auténtica de la ley o de la constitución, sobre todo si las *rationes* tienen carácter interpretativo.

Esto no implica, como afirma Marinoni, comprometerse con alguna suerte de cognitivismo interpretativo. Antes bien, lo que de este modo estamos afirmando es que hay un órgano que tiene la competencia para fijar,

¹⁴ No puede dejar de llamar la atención sobre la cantidad de actos para-legislativos llevados a cabo por los órganos de última instancia de determinados ordenamientos que entran a regular, sin acto jurisdiccional alguno que lo justifique, determinadas materias, especialmente de carácter procesal. Hay al menos tres ejemplos: las “Acordadas” de la Corte Suprema argentina, los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo español; y los Autos Acordados chilenos. Y estos sí que suponen una violación de la separación de poderes, aunque no se haya llamado suficientemente la atención sobre aquellos.

¹⁵ Conviene insistir en la diferencia existente entre estos mecanismos de identificación institucional de *rationes decidendi* y la creación para-legislativa de derecho por parte de órganos jurisdiccionales. Me refiero a casos como los plenos casatorios civiles peruanos, los acuerdos no jurisdiccionales españoles o los autos acordados chilenos.

dicho en términos kelsenianos (nadie sospechoso de ser un cognitivista interpretativo), la interpretación que vinculará al (o, al menos, será normativamente relevante para el) resto de órganos. Lo que me parece que sostiene Marinoni es en realidad una ideología dinámica de la interpretación o de la identificación de *rationes decidendi*, de manera tal que la *ratio* tiene que poder ir adaptándose al tiempo que surgen nuevos casos o se toman en cuenta nuevas circunstancias. Pero esto no tiene nada que ver con el cognitivismo en teoría de la interpretación. De nuevo, si el texto que indica la *ratio decidendi* identificada institucionalmente no queda “cristalizado”, entonces todos los jueces podrán reinterpretar la decisión jurisdiccional según sus propias convicciones,¹⁶ modificando la *ratio decidendi*. ¿Para qué nos sirve así un sistema de precedentes?

2.2. A vueltas con los hechos: normas, analogía y particularidades del caso

Esta tesis –según la cual es a la luz de los hechos del caso pasado y de hechos de los casos aún por decidir que se identifica la *ratio*– puede ser interpretada de tres maneras diferentes. Como tesis descriptiva, aquella afirmaría que, los jueces y las juezas identifican la *ratio* a la luz de los hechos de ambos casos, analizando si puede extenderse la decisión del primer caso al segundo (de Andrade *et al*, 2022; Stevens, 2022, 67 ss.; Tuzet, 2022). Como tesis conceptual, afirmaría que necesariamente hay que identificar la *ratio* a través de los hechos del caso decidido y de aquel aún por decidir, razonando por analogía. Como tesis normativa, aquella sostendría que –antes que aplicar normas formuladas en abstracto en otra sede, y limitarse a comprobar si los hechos del caso por decidir coinciden con el antecedente o supuesto de hecho de la *ratio*– los jueces deben formular la norma aplicable al caso por decidir, mediante un razonamiento induc-

¹⁶ Esto no obsta para que el producto de las identificaciones institucionales de *rationes decidendi* deba ser, como todo texto, interpretado. Ahora bien, una cosa es que se pueda dotar de diferentes significados al texto de la identificación, y otra diferente es que el resto de jueces puedan introducir nuevas consideraciones no previstas de ningún modo en el texto de la *súmula*, tesis o *massima*.

tivo-analítico a partir del precedente, teniendo en cuenta las razones (la *ratio*) de la decisión anterior considerada como precedente, contemplando sus particularidades que emergen a partir de los hechos.

En cuanto a la tesis descriptiva, se trata obviamente de una cuestión contingente que cambia de ordenamiento a ordenamiento. Con todo, estoy razonablemente seguro de que, en muchas ocasiones, es falsa. A saber: en muchos ordenamientos jurídicos, incluidos los del *common law*, en ocasiones los jueces aplican las *rationes* formuladas a partir de los precedentes sin cuestionarse las consideraciones particulares del caso.¹⁷ De hecho, de esto se queja explícitamente Sandra Gómora: durante mucho tiempo los jueces mexicanos han aplicado mecánicamente las normas identificadas a través de las tesis, más preocupados en su reiteración que en las condiciones particulares del caso. No digo que este sea el tipo de caso mayoritario, pero sí que no es ni mucho menos un caso residual. Lo que sospecho es que nuestros autores consideran que esta es una práctica que habría que censurar. Pero antes de la jurisprudencia censoria, ha de venir la descriptiva.

Ahora bien, si de hecho hay casos en los que un órgano jurisdiccional identifica la *ratio* de un precedente –bien a través de la lectura del precedente ignorando los hechos, bien mediante tesis, *súmulas* o *massime*– entonces no parece que haya ninguna necesidad conceptual en aplicar los precedentes por analogía. Aquí, especialmente Gómora Juárez, podría replicar que se trata de usos espurios. Pero cabría preguntar: ¿espurios en relación con qué? ¿cómo sabemos cuál es la correcta forma de extraer la *ratio*? Sospecho que, en este caso, Gómora Juárez está presuponiendo determinados valores o criterios para enjuiciar cuáles son los usos válidos, pero no estoy seguro de cuáles son.

En cuanto a la tesis normativa, aquella viene a decir que identificar en abstracto la norma y emplearla más allá de las consideraciones particulares del caso, es una pésima idea. Ahora bien, como ya se ha dicho, para

¹⁷ Con ello quiero decir que emplean las *rationes decidendi* no únicamente como normas, sino como reglas de condicional cerrado. En tales casos, el razonamiento tiene carácter monótonico, es decir, si se dan, en el caso por resolver, las condiciones previstas en el antecedente de la norma considerada como *ratio*, cualquier otra característica del caso por resolver es considerada como no relevante. Dicho de otro modo: se aplica de manera formalista o atrincherada la norma considerada *ratio decidendi*.

identificar una decisión jurisdiccional como precedente, primero tengo que llevar a cabo la –aunque sea de manera provisional– identificación de la *ratio decidendi*. En otro caso, ni siquiera me puedo plantear que se trate de una decisión que cuente como precedente. Incluso más allá de que no sea una identificación completa de la *ratio decidendi*, ello implica que antes de conocer los hechos de casos posteriores tengo que poder identificar en alguna medida la *ratio*.

Para centrar la atención en las críticas que me dirigen mis interlocutores, me voy a centrar en la tesis según la cual los precedentes tendrían que ser aplicados por analogía¹⁸, sostenida por Marinoni, pero también por Passanante. Pues bien, creo que no hay ninguna manera plausible o reconocible de afirmar que las *rationes* son –y deben ser– aplicadas por analogía si las concebimos como razones. En este último caso, lo que hacemos es un balance de razones, no exactamente una analogía.

En efecto, por “analogía” podemos entender dos cosas diferentes. En primer lugar, la *analogia legis* es una forma de interpretación extensiva de disposiciones normativas, más allá de que tengan origen legislativo o judicial. A saber: frente a la presencia de un caso no regulado según la interpretación literal (u otra) de la disposición, podemos ampliar el significado de manera tal que el nuevo caso quede comprendido en el dominio de la norma. Por ejemplo: si tenemos un enunciado que afirma que “está prohibido comer en clase”, y llega un estudiante y se bebe un batido de chocolate de proteínas, alguien podría tener la tentación de afirmar que eso también es comer en clase.

Pero, en segundo lugar, por “analogía” podemos entender una forma de creación de una nueva norma, esto es, a partir de una norma que regula un caso parecido en algún sentido, crear otra norma que asocia la misma consecuencia jurídica que la norma de la que partimos (*analogia iuris*).¹⁹ Por ejemplo: imaginemos que nuestro estudiante no está comiendo, sino

¹⁸ Véase, no obstante, (Ratti, 2017; Tuzet, 2022).

¹⁹ Desde luego, es muy posible discutir la diferencia entre ambos tipos de analogía. Ahora bien, me parece que son tantos y tan claros los ejemplos que se pueden presentar de uno y otro tipo que no creo que sea buena idea hacer colapsar analíticamente la diferencia. Para un tratamiento sistemático, véase, en cualquier caso, Tuzet (2020). Para una defensa diferente de la relación entre analogía y precedente, véase Stevens (2022).

que sentado en la última fila del aula, ha sacado una cocina de gas y se ha puesto a preparar unos chiles en nogada. Comer, efectivamente, no está comiendo. Pero las razones que teníamos para prohibirle que coma en clase también justifican que no se ponga a cocinar en clase. Es decir, aquí lo que estamos haciendo es justificar la creación de una nueva norma: “Prohibido cocinar en clase”.

Ahora imaginemos que la norma “Prohibido cocinar en clase” es la *ratio decidendi* de una decisión considerada como un precedente dictado por un viejo profesor. Sin embargo, el recambio generacional ha llevado a un joven docente a tan sabrosas aulas. Pues bien, si nos encontramos con que el nuevo docente observa a alguien en clase comiéndose unos *spaghetti alle vongole*, simplemente aplicará la norma previa, sin necesidad de recurrir a interpretación analógica alguna. Pero algo parecido sucedería si se encuentra con un estudiante bebiéndose un batido de chocolate: previamente se ha ampliado el significado literal (es decir, hay un precedente interpretativo) mediante una *analogia legis* de la disposición de manera tal que puede, sencillamente, aplicarla. Es más, incluso si llega alguien y se pone a cocinar un pastel de carne, tampoco hay ahí nada que pensar: la *ratio* del precedente prohíbe cocinar en clase. Podría, aquí sí, nuestro joven docente encontrarse con el problema de un restaurante que manda envíos de comida a los estudiantes en clase, teniendo que emplear algún razonamiento analógico para ver si la antigua *ratio* sería aplicable al nuevo caso (*analogia legis*) o si le permite justificar la creación de una nueva norma (*analogia iuris*). Pero, desde luego, solo en este último caso tendrá que llevar a cabo un razonamiento analógico.

Sin embargo, el tipo de caso que me parece que de verdad les preocupa a mis interlocutores y que los lleva a decir que los precedentes han de aplicarse por analogía, es aquel en el que el joven docente se encuentra frente a una calamidad: el día regional de michirones.²⁰ Peor: todos sus estudiantes, que vienen de 6 horas de clase seguidas sin poder comer, se adentran en el aula equipados con kilo y medio de michirones cada uno.

Muy probablemente, de hecho, nuestro joven docente no aplicará sin más la *ratio decidendi* que prohíbe comer en clase, y atenderá a las cir-

²⁰ Se trata de un plato tradicional de la región de Murcia a base de habas secas y embutidos.

cunstances particulares del caso. Ahora bien, hay que tener en cuenta tres cosas. La primera de ellas es que no todos los casos son los del día regional de los michirones con estudiantes hambrientos. En segundo lugar, que tal vez sería buena idea que, frente a un caso como este, antes de tomar medidas, el joven docente consultase si ha sucedido lo mismo otros años durante el día regional de los michirones y cómo se ha resuelto la situación. Y, en tercer lugar, que decida lo que decida, no sé si tiene mucho sentido decir que está decidiendo por analogía, ni *iuris ni legis*.

Más bien, lo que estará haciendo nuestro joven docente es decidir si va a aplicar la *ratio decidendi* del caso, que claramente es aplicable a esa horda de estudiantes hambrientos de michirones. Aquí se ha reabierto el balance previo de razones para llevar a cabo, efectivamente, una nueva ponderación de las razones en juego.²¹ El joven docente va a decidir lo que buenamente considere oportuno o justo, teniendo en cuenta la festividad, el apetito de los estudiantes, la regla del precedente, la *rationes* y cualquier otra consideración que estime oportuna: sustanciales o institucionales; justificativas o prudenciales.

Más allá de la bondad de esta operación, creo que no tiene mucho sentido llamar a esto analogía. Pero independientemente de las cuestiones verbales, lo que quiero subrayar es que no todos los casos son así y tampoco ha de recurrirse ni a la analogía ni esta forma de razonar. Menos aún que deba ser el joven docente quien decida la cuestión de si el hecho de tener estudiantes hambrientos y ser el día regional de los michirones han de ser tenidas en cuenta para considerar que, en esa ocasión, está permitido comer en el aula. Si ya tiene una norma que justifica su decisión, ¿seguro que es él quien debe decidir la cuestión con base en su propio balance de razones?

²¹ En este sentido, Stevens (2022) propone un sistema de justificación con base en precedentes a través de la estructura de la argumentación analógica en la que se cuenta con una fuente y con un objetivo. De este modo, además de restricciones relativas a las propiedades que han sido tenidas en cuenta y a las que han sido consideradas como relevantes, la analogía consistiría en el razonamiento que considera determinadas características comunes entre ambos casos relevantes para un determinado objetivo. Sin embargo, me parece que el margen de discrecionalidad –incluso en el caso de jueces bien intencionados– es enorme. Y esto frustra el objetivo de la estabilidad y confianza en los sistemas jurídicos mediante sistemas de precedentes. Pero véase, en cualquier caso, Tuzet (2022).

2.3. Abuso y error en la identificación institucional de *rationes decidendi*

No me parece que haya que tener una mente demasiado creativa para imaginar casos en los que se aprovecha la identificación institucional de *rationes decidendi* para cometer todo tipo de desmanes y tropelías. Y, claro está, también cabe el error en la identificación. En realidad, la práctica jurídica de diferentes ordenamientos ya nos ha dado buenos ejemplos de ello.

Y, sin embargo, puede que no convenga tirar al niño con el agua sucia. Es cierto, como bien apunta Passanante, que los procedimientos para la selección de las *massime* son opacos y oscuros: lo poco que sabemos de ellos es bastante confuso.²² Esto produce, necesariamente, un amplísimo margen de discrecionalidad, como también señalan Gómora Juárez²³ y Marinoni.

Tampoco tengo dudas de que, en la actualidad, no existen mecanismos suficientes, ni de carácter político ni de carácter jurídico, para controlar que no se produzcan desmanes, como insinuaba en el texto inicial de esta discusión. Con todo, tampoco nos encontramos en una situación de indefensión total. En primer lugar, aunque pueda haber límites de carácter procesal, nada impediría que los determinados tribunales entrasen a sindicar la identificación de *rationes decidendi*, considerándolas no conformes a derecho. Pero, en segundo lugar, además de acciones llevadas a cabo por iniciativa de órganos jurisdiccionales, también la comunidad jurídica tiene alguna capacidad para frenar dichos desmanes. La crítica a la actuación de los órganos jurisdiccionales no es una cuestión baladí. Si se llevan a cabo abusos de derecho o se producen errores, hay que denunciarlos, y esto mina, y muy seriamente, la autoridad del tribunal, siendo probable que modere sus actos de identificación. Más aún: un movimiento colectivo en la comunidad jurídica puede hacer que un precedente sea sencillamente ignorado, hasta el punto de caer en *desuetudo* porque nadie lo alegue.

²² En el caso del ordenamiento jurídico español son oscuros y opacos incluso los mecanismos para decidir si una determinada decisión va a ser o no publicada. Véase Núñez Vaquero (2020).

²³ Cabe mencionar que, en México, con la reforma de 2021, existe normativa acerca de cómo han de ser formuladas las “Tesis” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Pero, antes que sobre estas propuestas, que podrían ser calificadas como ingenuas, quiero insistir en cuál sería la alternativa: dotar a cada uno de los órganos jurisdiccionales para identificar, como mejor considere, cuál es la *ratio decidendi*. Pues bien, si los órganos de identificación institucional de *rationes decidendi* pueden cometer errores y/o abusos, las posibilidades se multiplican exponencialmente si son todos los órganos judiciales quienes deciden cuál es la *ratio* del caso. De hecho, resulta sorprendente la confianza global depositada en que, por el hecho de que la competencia esté generalizada, el resultado vaya a ser mejor.

Lo que, por el contrario, va a suceder es que no vamos a tener conocimiento de la mayoría de esos errores y abusos, dado el inmenso número de decisiones jurisdiccionales que se producen al día. Es un poco como meter el polvo debajo de la alfombra para no verlo. Si alguna ventaja tiene que sea un solo órgano (o unos pocos) quienes puedan identificar institucionalmente *rationes decidendi*, es más probable que el abuso o error sean detectados. De otro modo, si es cada órgano quien identifica la *ratio* de los precedentes, resulta casi imposible descubrirlos. Y esto constituye un elemento clave para poder controlar el poder en general, y dichos abusos y desmanes en particular.

3. Respuestas a algunas de las cuestiones planteadas por Sandra Gómora Juárez

Sandra Gómora Juárez es una de las personas que, desde el ámbito de la filosofía analítica en español, ha dicho cosas más interesantes en el ámbito de los precedentes. Sin embargo, mis desacuerdos con ella son múltiples, como bien refleja su texto, por lo demás claro y brillante. Para no extenderme demasiado, trataré de responder aisladamente a las más importantes observaciones que me realiza. Con una excepción: aquella sobre la exhaustividad en la identificación de *rationes decidendi*. Ello se debe a que Gómora Juárez está preparando un trabajo sobre el tema al que habrá que esperar. Me centraré, entonces, en otras dos cuestiones: la primera se refiere al valor a atribuir a los precedentes o –mejor dicho– a mi reconstrucción del valor de los precedentes; la segunda es sobre mi aceptación de que,

si un precedente (o su *ratio*) son identificados en error o violación de las normas que lo regulan, al final, se terminan convirtiendo en precedentes (o *rationes*). Sospecho que ambas cuestiones tienen que ver con mi irreductible realismo (jurídico).

3.1. Sobre mi reconstrucción del valor de los precedentes

Supongo que es importante comenzar mencionando que Sandra y yo venimos discutiendo desde hace ya algún tiempo acerca de cómo es más conveniente reconstruir los precedentes. Dentro de nuestros desacuerdos, hay uno especialmente polémico, para Sandra, y sospecho que para la mayoría de la literatura también. En efecto, he sostenido que la regla que establece la relevancia normativa de los precedentes no puede ser reconstruida plausiblemente como una norma prescriptiva, o al menos no principalmente. Por el contrario, la mejor forma de reconstruirla sería afirmando que es una norma constitutiva que limita materialmente la validez de decisiones posteriores al seguimiento de las anteriores (Núñez Vaquero, 2022b, cap. III). Ahora bien, dicha condición puede ser –en mi opinión– una condición necesaria, suficiente, necesaria y suficiente o meramente contribuyente. Y la discusión viene sobre todo por si tiene sentido hablar de “precedentes” cuando la regla del precedente establece una condición meramente contribuyente para la validez de la decisión posterior.

No es que considere que los precedentes deban tener un valor únicamente contribuyente en la justificación de la decisión jurisdiccional y, de este modo, de su validez. Por el contrario, he pretendido dar cuenta del papel que, de hecho, se les atribuyen al menos a algunos precedentes en determinados ordenamientos jurídicos. El caso que tengo en mente es aquel de un órgano jurisdiccional de primera instancia que cita a otro órgano de primera instancia con competencia, por ejemplo, territorialmente diferente. O cuando los laudos arbitrales de inversiones se citan entre sí. Ninguna “obligación” ni “necesidad” hay de citar dichas decisiones, pero, aun así, se citan.

Podemos, desde luego, pensar en la cuestión terminológica acerca de si conviene o no llamar a esto “precedentes”. Pero la principal crítica de

Gómora Juárez va más allá: usando así el término, las formas en las que podría vincular un precedente se disparan y, dado que –como afirmo– muchas veces la regla del precedente puede estar infradeterminada y ser una norma implícita, entonces el desorden y la incertidumbre se propagan por doquier.

No le falta razón: una reconstrucción así puede llevar al operador jurídico a la bancarrota mental y llegar amargamente a la siguiente conclusión: “no tengo ni idea del valor de los precedentes en mi ordenamiento (y antes sí creía saberlo)”. No voy a decir que esto es un buen comienzo, pero sí que da lugar a preguntarse acerca de cuál es –más allá de lo que haya dicho el legislador, o de sus silencios– la regla o reglas del precedente realmente empleadas por jueces y tribunales a la hora de dotar de relevancia normativa a las decisiones pasadas. A lo mejor, aunque nos generaba sensación de certeza, no era lo que estaba realmente sucediendo en la práctica del derecho por parte de los tribunales. Lo que sí sería criticable, pero espero no haber incurrido en este error, es que la reconstrucción teórica fuese confusa, no demarcando criterios claros para identificar los diferentes pesos que se les puede atribuir, y de hecho se les atribuye, a los precedentes.

Lo que he pretendido ha sido llamar la atención de que hay otras decisiones que, más allá de que sean llamadas “precedentes”, “jurisprudencia” o “doctrina”, tienen ciertos rasgos comunes con aquello a lo que normalmente llamamos precedentes. Desde luego, hay que hacer muchas distinciones, incluida los diferentes grados de relevancia (Núñez Vaquero, 2022a); pero creo que incluir todas ellas bajo una misma etiqueta nos permite observar sus rasgos comunes y, así, entender mejor el funcionamiento de todos ellos. De otro modo, puede suceder –como, por lo demás, ha sucedido– que no se les preste atención a esas otras decisiones ni al papel que juegan en nuestros ordenamientos jurídicos. Dicho con el lenguaje de las razones: aunque citar estas decisiones pese muy poco, una pluma puede desequilibrar una balanza con sendos elefantes en sus platillos.

3.2. Identificaciones erróneas persistentes

Intuyo que Sandra se sorprende un poco de que yo admita que una *ratio* mal identificada, bien por abuso bien por error, puede terminar convirtiéndose en una *ratio* válida²⁴. En verdad, dicho así, que aquello que era inválido se convierta en válido, parece francamente una aberración; peor aun, un sinsentido teórico.

Sin embargo, hay tres hipótesis mediante las que podemos explicar cómo una norma que no cumple los estándares para ser *ratio decidendi* termine siendo relevante para otros casos: el del error, el del cambio de criterios con carácter retroactivo y, finalmente, el reconocimiento originario de la norma como *ratio* válida.

3.2.1. La primera posibilidad es que haya habido un error a la hora de identificar la norma que constituye la *ratio decidendi* del precedente. Eso sí: error del resto de operadores jurídicos y/o de la teoría, no de los jueces. Desde luego, de ningún modo estoy diciendo que los jueces no se puedan equivocar, cosa que creo firmemente. Ahora bien, puede ser que critiquemos una identificación de una *ratio decidendi* pensando que se han violado los criterios de identificación, pero en realidad seamos nosotros quienes no hemos identificado bien dichos criterios²⁵. Las causas de tal error a la hora de saber cuáles son los criterios de identificación de las *rationes decidendi* pueden ser muchos, pero quiero señalar solo el que me parece más importante: que la práctica de los tribunales no coincida con alguna determinada interpretación que estemos haciendo de las disposiciones (si las hay) para identificar *rationes decidendi*; incluso, que no estemos interpretando bien alguna sentencia que aclara cómo se han de identificar las *rationes deci-*

²⁴ Es preciso advertir de la ambigüedad del término “validez”. Si “validez” quiere decir identificada de conformidad con los criterios vigentes, desde luego Gómora Juárez tiene razón. Pero si validez quiere decir, bien pertenencia, bien aplicabilidad, entonces es posible que una norma que no satisface los criterios para ser considerada *ratio* termine siendo considerada como tal por acuerdo de la comunidad jurídica. Me parece que la primera forma de entender la validez confunde los criterios de validez con el concepto mismo de validez.

²⁵ Aquí tendríamos un error, constituido por una afirmación descriptiva acerca de cuáles son los criterios interpretativos vigentes en una determinada comunidad jurídica en un momento determinado para la identificación de *rationes decidendi*. Aunque, claro está, también es posible que se hayan identificado bien, pero haya habido un error en su aplicación.

decidendi. Puede ser, dicho de otro modo, que estemos identificando mal los criterios de interpretación de las decisiones jurisdiccionales, o que aquellos estén infradeterminados.²⁶

3.2.2. La segunda posibilidad es que, pese a que hayamos identificado correctamente los criterios para establecer la *ratio decidendi* en un momento temporal T_1 , aquellos hayan cambiado en un momento temporal T_2 . Y no es que hayan cambiado de manera mágica, sino que los órganos jurisdiccionales han comenzado a emplear otros criterios, incluso con efecto retroactivo. Desde luego, tal cambio se ha podido producir mediante un cambio legislativo, como en la reciente modificación del sistema de precedentes y jurisprudencia en México (2021). Ahora bien, el caso más importante aquí es el del cambio jurisprudencial, ni siquiera necesariamente expreso, de dichos criterios. Puede, en tal sentido, que se haya producido un cambio en la práctica jurisprudencial, dejando –por ejemplo– de considerar un requisito para que una norma cuente como *ratio* que aquella haya tenido que ser aplicada en la decisión jurisdiccional. De este modo, si seguimos empleando los viejos criterios para la identificación de *rationes decidendi*, entonces vamos a considerar que la *ratio* identificada empleando los nuevos criterios es incorrecta.

3.2.3. No obstante, las dos anteriores posibilidades pueden generar cierto estupor. Ello se debería a que, en última instancia, pareciera que los jueces se están saltando las normas válidas acerca de las identificaciones de *rationes decidendi* y/o modificando los criterios de identificación; peor aún, estarían identificando *rationes decidendi* con carácter retroactivo con base en nuevos criterios. Esta tercera posibilidad, además de constituir una respuesta autónoma, permite mostrar por qué creo que en todos esos casos se trata de cambios que, si bien en el momento en que son llevados a cabo no estaban amparados por ninguna norma, el paso del tiempo –mejor dicho, la reiteración– puede convertirlos en válidos.

Pues bien, la tercera forma de explicar este aparente error es que los jueces, efectivamente, se han saltado los criterios de identificación, y han

²⁶ En este último caso, y los criterios de identificación vigentes en la comunidad jurídica dan cabida a diferentes normas identificadas como *rationes*, no tendría mucho sentido hablar de error. Nos encontraríamos frente a uno de esos casos de desacuerdo sin error.

dicho que la *ratio decidendi* otra norma que no puede ser considerada como la *ratio* de un precedente. Pero, ¿cómo puede ser que se trate de una identificación válida? Desde luego, no será válida en el sentido de autorizada o que sigue el procedimiento en el momento en que se produce la identificación (correcta). Ahora bien, no parece arriesgado afirmar que una norma puede ser válida (en el sentido únicamente de pertenecer al ordenamiento) por dos razones diferentes: la primera es porque satisface los criterios de validez derivada (en nuestro caso, los criterios de identificación de las *rationes decidendi*); la segunda es porque satisface los criterios de validez originaria. Y decir que cumple los criterios de validez originaria quiere decir que es directamente indicada por la regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico: esa norma que indica las normas originarias de un sistema jurídico.

En efecto, en nuestros ordenamientos nos encontramos con normas que consideramos que forman parte de aquel, que no parecen muy constitucionales, pero que aún así son empleadas frecuentemente por los jueces. Cabe, desde luego, afirmar que los jueces se equivocan persistentemente a la hora de identificar el derecho válido. Sin embargo, decir que los jueces masivamente se equivocan durante un largo periodo de tiempo me parece una idea que hay que descartar. Más bien lo que han hecho ha sido, en nuestro caso, reconocer como identificación válida de una *ratio* una norma que, aunque consideremos que no puede ser reconducida al uso de ninguno de los criterios vigentes de identificación de *rationes decidendi*, es –por esa misma costumbre judicial que constituye las normas originarias del sistema– una norma válida.

4. Respuestas a algunas de las cuestiones planteadas por Luiz Guilherme Marinoni

El magnífico e interesante trabajo del profesor Marinoni señala algunos importantes aspectos, especialmente en relación con la posibilidad de que una decisión jurisdiccional tenga dos justificaciones. Además de ello, Marinoni insiste en la irreductibilidad de las *rationes* a meras normas, de manera tal que solo se podría justificar una decisión jurisdiccional con base

en un precedente teniendo en cuenta tanto los hechos del caso que generó el precedente como aquellos posteriores. Y es justamente en estas dos cuestiones me voy a centrar, analizando más detalladamente los argumentos de Marinoni respecto de la segunda cuestión.

No obstante, antes de centrarnos en los señalados temas, hay al menos dos afirmaciones del trabajo de Marinoni que llaman –me han llamado– poderosamente la atención. La primera de ellas es: “Las Cortes Supremas del *civil law* negaron el valor de los precedentes a cambio de súmulas o máximas, o sea, de enunciados abstractos basados en decisiones pretéritas acerca de una determinada cuestión jurídica”. La segunda sostiene que: “De cualquier modo, las súmulas, vinculantes o no, jamás contribuyeron a la garantía de uniformización de la interpretación del derecho”.

Lo diré sin ambages: ambas afirmaciones me parecen generalizaciones indebidas o directamente exageraciones. En el primer caso, afirmar que las Cortes Supremas de *civil law* han renunciado a los precedentes en favor de *súmulas* o *máxime*, me parece una generalización indebida. Podría ser –evidentemente Marinoni conoce mejor que yo la jurisprudencia brasileña– el caso en Brasil, aunque habría que justificar empíricamente dicha afirmación. Pero no es ni mucho menos lo que pasa de manera generalizada: en España estamos bien lejos de dicha situación; los jueces italianos no tienen demasiado respeto por las afirmaciones del *Ufficio del Massimario*; en Argentina no se ha producido, hasta donde llega mi conocimiento, un proceso de identificación institucional de *rationes decidendi*; y tampoco diría que es el caso colombiano; tampoco en México, donde la última reforma (2021) le está dando mayor papel a las decisiones del órgano jurisdiccional y menos a las Tesis.

La segunda afirmación, dependiente del ordenamiento jurídico brasileño –aunque, insisto, evidentemente Marinoni conoce mucho mejor que yo la jurisprudencia brasileña– tampoco me parece muy acertada. ¿En los hechos, en la práctica efectiva de los tribunales, los jueces son tan díscolos que ignoran sistemáticamente las *súmulas* –al menos– vinculantes? No es que sea ni mucho menos una razón definitiva en contra de la afirmación de Marinoni, pero llama poderosamente la atención (incluida una ingente literatura) todo el interés que ha suscitado en el propio Brasil el seguimiento de *súmulas*. Bien entendido: siempre que por uniformización de

la interpretación del derecho entendamos que a los mismos enunciados normativos se les atribuye siempre el mismo significado.²⁷ Aunque algo me dice que Marinoni no está pensando en esta forma de uniformización. Para explicar mi sospecha es necesario analizar su tesis de la irreductibilidad de las *rationes* a normas.

4.1. Súmulas, normas y *rationes decidendi*

La posición de Marinoni es clara: una *súmula* no puede dar cuenta de una *ratio*. No se trata de una cuestión contingente, sino de que las *rationes* no pueden ser reducidas a normas. Y, claro está, si no pueden ser reducidas a normas, menos aún a *súmulas*, que son formulaciones normativas que pretenden establecer la *ratio* de un caso. La pregunta que creo que hay que hacerse es por qué no son reducibles.

Me parece que la razón la podemos encontrar en la afirmación de Marinoni según la cual una decisión jurisdiccional justificada con base en precedentes necesariamente ha de tener en cuenta los hechos de la decisión que generaron el precedente (su *ratio*) y, claro está, del caso que hay que resolver. Hay que fijarse, en primer lugar, en qué quiere decir que una decisión esté justificada. Pues bien, me parece que Marinoni está presuponiendo una distinción entre qué significa justificar una decisión con base en normas de origen legislativo y normas de origen jurisdiccional. Creo que no es mucho imaginar si afirmo que, para Marinoni, mientras que en la justificación mediante normas legislativas no hay que acudir –al menos, no siempre ni necesariamente– a los hechos que dieron lugar a la norma (si se quiere, la historia de la ley), ello sí sería necesario para el caso de los precedentes. En

²⁷ Sin embargo, esto no implica que haya certeza acerca del resultado del litigio, sino únicamente que se va a identificar un determinado texto, la *súmula*, como identificación institucional de la *ratio* de una decisión pasada. Conviene, en este sentido, distinguir, por un lado, la determinabilidad del resultado interpretativo, de la certeza respecto a la resolución del litigio. Insisto en que siempre habrá que interpretar la *súmula*, pero de ahí a decir que no logra nunca la uniformización de la interpretación resulta exagerado. La forma en la que esté redactada la *súmula* puede conducir a que su interpretación arroje un único resultado interpretativo con base en las reglas interpretativas vigentes.

el caso de los precedentes, siempre hay que estar a los hechos del caso que generó el precedente y, a partir de ellos, justificar la resolución del nuevo caso razonando por analogía.

Más allá de que creo que la realidad empírica del derecho no es como la describe Marinoni –y los jueces muchas veces consideran justificadas de manera suficiente decisiones con base en normas de origen jurisprudencial que ignoran los hechos del caso a partir de los cuales se generó-,²⁸ es preciso preguntarse por qué no es posible incluir todos los hechos –del caso sobre el que versó la decisión que generó el precedente– en el antecedente o supuesto de hecho de una norma. Por ejemplo: ya en su STC 171/1990 de 12 de noviembre, el Tribunal Constitucional español, para el ejercicio del derecho a la libertad de información, exigía como criterio la veracidad de la información, aunque no necesariamente su verdad (FJ 8º), y así ha seguido requiriéndolo. Si se le pregunta a cualquier jurista o estudiante del derecho acerca de los límites a la libertad de información, lo primero dirán es que la información ha de ser veraz. No es que yo sea un gran concedor de la jurisprudencia del TC español, pero reconozco que he tenido que mirar cuáles fueron los hechos del caso: la publicación de una noticia sobre un accidente aéreo en el que se sospechaba que el accidente se hubiera producido por causa imputable al piloto.

Pues bien, creo que nadie diría que una decisión jurisdiccional que cita la STC 171/1990 de 12 de noviembre, y con base en ella afirma que una determinada información periodística está protegida por el derecho de libertad de información porque quien la ha publicado ha tratado de comprobar los hechos (veracidad), sin hacer mención alguna al accidente aéreo, está injustificada. Puede ser que nos surjan dudas acerca de qué quiere decir que una información sea veraz, sobre el grado de comprobación exigible a los periodistas, o qué hacer si donde se publica la información es un blog y no un periódico. Ahora bien, ello de ningún modo permite concluir

²⁸ Piénsese, por ejemplo, en todas las justificaciones en las que se deniega un recurso por no cumplir los requisitos para interponerlo, especialmente aquellos formulados por parte de órganos jurisdiccionales. Todas las decisiones que rechazan la admisión a trámite un recurso justificando su decisión en jurisprudencia española acerca de la relevancia constitucional o casatoria constituyen excelentes ejemplos.

que la *súmula*²⁹ que se podría formular –según la cual “para estar protegida por el derecho a la libertad de información, aquella ha de ser veraz”– no es capaz de dar cuenta de la *ratio* de la STC 171/1990. De hecho, en España los juristas la repiten como un mantra.

Marinoni, con todo, podría enrocarse y afirmar que esto no es una buena justificación. En todos los casos en los que la justificación se base en un precedente, es necesario determinar si los hechos del caso se parecen lo suficiente a los del caso a partir del cual se formuló el precedente. Pero, ¿por qué? La razón es que creo que, para Marinoni, por el hecho de provenir de un órgano jurisdiccional, dicha norma tomada aisladamente no justifica, ni puede justificar suficientemente, la decisión jurisdiccional posterior.³⁰ Antes bien, hay que estar a las consideraciones particulares de los casos precedentes y de aquellos decidir para que la decisión con base en el precedente esté suficientemente justificada.

Sin embargo, me parece que esta forma de entender la aplicación de los precedentes está sustentada por la creencia de que deben ser cada uno de los jueces quienes analicen las particularidades de cada caso para la toma de decisiones. Ahora bien, los hechos no es que nos hablen por sí mismos. Por el contrario, si consideramos un hecho como relevante, no habiendo sido considerado como tal anteriormente ni por el precedente ni por la ley, es porque nosotros estamos atribuyéndole relevancia moral.³¹ Pero esa

²⁹ Desde luego, como con cualquier otra norma, aquella puede adolecer de problemas de vaguedad, es decir, que debido a la inherente falta de precisión de sus predicados, no podamos determinar con certeza su dominio. Ahora bien, insisto, esto no es problema de las *rationes*, sino de todas las normas. ¿Será entonces necesario mirar siempre a los hechos que justificaron la creación de la norma?

³⁰ En última instancia, qué valor tengan atribuidos los precedentes para justificar decisiones jurisdiccionales posteriores depende de aquello contingentemente previsto por cada ordenamiento. Ahora bien, no existe ninguna imposibilidad lógica para que un ordenamiento considere que decisiones que justifican el fallo con base exclusivamente en una *ratio* entendida como regla estén plenamente justificadas.

³¹ Podría darse el caso de que la justificación para considerar como relevante una determinada propiedad no pueda ser calificada como moral, sino que provenga de otro tipo de sistema normativo, como por ejemplo un conjunto de creencias políticas. Y, por supuesto, también es posible que provenga de otro sistema jurídico. Ello es especialmente importante cuando se superponen sistemas normativos regionales, nacionales e internacionales.

relevancia moral, me temo, depende necesariamente de las prioridades morales del aplicador del derecho.

De este modo, Marinoni parece estar sosteniendo que, cuando hay precedente, los jueces deben poder introducir consideraciones ulteriores, es decir, que han de ser libres (competentes) para incorporar nuevas razones en el balance de razones que consideran relevantes y que podrían –por ejemplo– derrotar (inaplicar) nuestra regla sobre la veracidad de las informaciones públicas. Más allá de que no conozco decisión jurisdiccional que –siempre y cuando que se trate de informaciones y no de opiniones– ponga en duda el criterio de la veracidad, sospecho que no es buena idea que lo hiciera. ¿De verdad queremos que todos los jueces tengan la posibilidad de alejarse de un criterio por el hecho de que observen alguna particularidad que les parezca moralmente relevante? ¿Y si la prensa se dedicase a publicar informaciones no veraces por la importancia del sujeto? Intuyo que la respuesta de Marinoni a la primera pregunta es afirmativa y que por ello sostiene que las *rationes* nunca pueden ser reducidas a normas, y menos aún a *súmulas*.

Con todo, decir que tenemos una norma no implica que aquella no sea derrotable o funcione siempre como un condicional cerrado (regla). Vistas de este modo las cosas, se podría hacer una lectura más caritativa de la tesis de Marinoni, sin necesidad de suscribir aquella según la cual las *rationes* no son reducibles a normas. En efecto, en este último caso, si las *rationes* fueran principios o normas de condicional abierto, sería necesario “completar” la norma a la luz de las consideraciones del caso por decidir. Ahora bien, es perfectamente posible reflejar este tipo de normas mediante enunciados, agregando expresiones tales como “a menos que concurren otras circunstancias relevantes” y obtener así una *súmula* que sí daría cuenta de esta singularidad.

4.2. Justificaciones concurrentes y *rationes decidendi*

Marinoni insiste, y no sin razón, en la problemática de las decisiones justificadas por razones independientes. Se trata de aquellos casos en los que el número de votos a favor de la decisión (su parte dispositiva) está dividido entre dos justificaciones autónomamente suficientes. Ello se produce toda vez que el voto de mayoría no consigue alcanzar el número de votos para

dictar sentencia, pero se le agregan votos concurrentes, esto es, votos de otros jueces y juezas que no comparten la fundamentación del fallo, pero sí sus conclusiones (la norma individual producto de la decisión).

Sobre este tema, para el que Marinoni despliega múltiples argumentos, me gustaría hacer nada más que dos pequeños comentarios. El primero se refiere a la posibilidad de encontrar una *ratio decidendi* en los casos de *plurality opinions*. El segundo se refiere al requisito, presente en buena parte de nuestros ordenamientos, según el cual es necesario alcanzar un cierto número de votos en favor de la *ratio* para que una decisión cuente como precedente. Aunque ambos temas están evidentemente conectados, es mejor tratarlos separada pero consecutivamente.

4.2.1. Lo primero que hay que tener claro es, en el caso de las *plurality opinions*, en qué están de acuerdo y en qué están desacuerdo los jueces de mayoría y los concurrentes. Ello va a depender de manera fundamental de, como señala Marinoni, las formas en las que se vote y decida dentro de un tribunal. Con todo, me parece que el caso más problemático es aquel en el que se vota globalmente solo la decisión, pero se pueden presentar votos concurrentes.³²

Pues bien, entre los jueces de mayoría y aquellos de los votos concurrentes parece que sí hay acuerdo sobre algo: la norma individual de la decisión contenida en su parte dispositiva. Ello se debe a que, en caso contrario, no habría mayoría para dictar la decisión. Ahora bien, dejando de lado la cuestión de que los jueces puedan no estar de acuerdo sobre los hechos del caso – lo que complicaría y no poco las cosas– los jueces van a estar de acuerdo en estas dos cosas: la norma individual de la decisión y unos determinados hechos considerados como probados.

Sin embargo, si los jueces están de acuerdo en los hechos y en la norma individual, por un lado, y aceptamos que –aunque hayan podido llegar a ella a través de un razonamiento de carácter particularista– para que una decisión jurisdiccional esté justificada, aquella debe estar basada en una

³² A Marinoni no parece gustarle mucho esta situación. No obstante, me parece que prohibirla implicaría atajar la crítica judicial interna. Y esto sí puede que vaya en contra de la independencia judicial interna.

norma general,³³ entonces parecería que los jueces de mayoría y de los votos concurrentes han de estar de acuerdo en alguna norma general.

No obstante, son infinitas las normas que, a partir de una misma norma individual (dispositivo de la sentencia) y unos mismos hechos considerados como probados, pueden justificar la misma decisión. Esto no es más que un corolario del problema de la inducción o, en una versión más radical, del escepticismo Kripke-Wittgenstein acerca de la existencia de normas. Siempre, insisto, en que aceptemos que las decisiones jurisdiccionales están justificadas con base en normas (Marinoni, 2013: p. 281).

Si no me equivoco, y los jueces están de acuerdo en los hechos y en la norma individual, por un lado, y su decisión está justificada con base en alguna norma, por el otro, entonces siempre es posible buscar una norma que –salvo que caigan en contradicción– todos los jueces han de compartir. Dicho con más precisión: siempre hay una consecuencia lógica de las normas en las que justifican su decisión en la que todos ellos –voto de mayoría y voto concurrente– estarán de acuerdo.

Primer ejemplo: tenemos un caso en el que se han cometido actos en contra de uno de los pueblos originarios de América Latina. Sin embargo, el fallo (la norma individual) absuelve a los acusados de dicho crimen. Lo que sucede es que el voto de mayoría y el voto concurrente justifican su decisión de maneras diferentes: el primero de ellos considera que los actos no fueron constitutivos de delito; el segundo en que sí son constitutivos de delito, pero han prescrito. Aquí tenemos claramente el caso de una decisión absolutoria justificada en dos normas diferentes. Pues bien, al menos para el caso de las decisiones absolutorias, hay una norma que justifica tanto el voto de mayoría como el voto concurrente: el principio de legalidad penal. De este modo, parece que sí hemos encontrado una norma que justifica la decisión tanto para los jueces de mayoría como para la concurrencia. Cuestión diferente es que podamos identificarla como *ratio*, ya que puede no cumplir los requisitos, dependientes de cada ordenamiento, que se requieren para que una norma sea considerada como tal.

³³ Creo que el propio Marinoni está de acuerdo con esta asunción, pues afirma que “debe existir una relación de pertinencia lógica entre la fundamentación y la parte dispositiva” (Marinoni, 2013, p. 255).

Sin embargo, alguien podría argüir y con razón (Hernández Marín, 2021, pp. 64 ss.) que las decisiones absolutorias tienen su especificidad. Para que el argumento no se limite solo a ellas, es menester mostrar un caso no de decisión absolutoria, sino inculpatoria.

Segundo ejemplo: tenemos un caso en que fuerzas especiales de la policía han entrado en una cárcel con la consecuencia de la muerte de más de la mitad de los reclusos, todos ellos de una misma minoría étnica. Para el voto de mayoría, se trata de un homicidio con todos los agravantes imaginables, mientras que para la concurrencia se trata de un intento de genocidio; con todo, mayoría y concurrencia concuerdan en que hay que imponer la mayor sanción disponible en el ordenamiento: presidio perpetuo para quienes cometieron tales actos. Pues bien, aunque sea una norma con un bajo grado de generalidad, todos los jueces tienen que coincidir en que – más allá del modo en que lo califiquen penalmente– ese tipo de hechos son merecedores de la cadena perpetua: si se produce una entrada policial en una cárcel y todos los que mueren son de la misma etnia, entonces presidio perpetuo. En otro caso, sencillamente la decisión no está justificada. Con todo, es posible que dicha norma no innove el ordenamiento, no pudiendo ser considerada como *ratio*, pero desde luego, si la buscamos, encontraremos una norma que mayoría y concurrencia compartan.

4.2.2. Con todo, podría darse el caso de que no exista manera de encontrar una única norma que justifique la decisión. Pues bien, no me parece arriesgado afirmar que, en nuestros ordenamientos, es práctica habitual considerar que, si no existe una mayoría en favor de una determinada *ratio*, la decisión sencillamente no cuenta como precedente (Núñez Vaquero, 2022b, pp. 313 ss.). En efecto, en los casos en que en las decisiones jurisdiccionales no hay acuerdo –al menos de la mitad más uno, aunque algunos ordenamientos como el mexicano exigen una mayoría reforzada– sobre la norma que justifica la decisión, no es, ni debe ser, considerada ninguna norma como *ratio decidendi*, y, por tanto, la decisión que la contiene no constituye un precedente. Esto, desde luego, no implica que en la literatura, especialmente angloamericana, no se haya producido un gran debate acerca de qué hacer en los casos en que tenemos justificaciones concurren-

tes para una decisión³⁴. Ahora bien, si no existe ni siquiera un acuerdo de la mitad de los miembros de un tribunal para la consideración de una nueva norma como jurídicamente relevante, ¿qué sentido tiene considerar tal decisión como un precedente? Paradójicamente, le estaríamos exigiendo mayores consensos a los órganos legislativos que a los órganos judiciales para crear derecho.

5. Respuestas a algunas de las cuestiones planteadas por Luca Passanante

El texto de Luca Passanante es sin duda profundo y desafiante, poniendo en cuestión algunos de los puntos centrales de aquello que creo que son los precedentes y su funcionamiento en nuestros ordenamientos jurídicos. Por si fuera poco, Passanante lanza algunas preguntas al comienzo de su texto que, pese a no versar directamente sobre el tema que planteo (la institucionalización de la identificación de *rationes decidendi*), generan algunos interrogantes conceptualmente previos que han de ser respondidos. Entre estos últimos, me voy a centrar en dos que creo conectados, al menos en algún sentido: la diferencia entre jurisprudencia y precedentes, por un lado, y los posibles conflictos entre precedentes, por el otro. A continuación, dado que Passanante hace especial hincapié en ello, volveré sobre la cuestión de si los jueces crean o no normas, discutiendo específicamente los argumentos que él presenta. Por último, me centraré en su tesis según la cual no existe una regla que atribuya competencia a los jueces para dictar normas generales, y si así fuera, no debería existir. Por supuesto, estas son solo algunas de las cuestiones que –no sin razón– critica Passanante de mi texto, pero por razones de espacio me limitaré solo a aquellas.

³⁴ Marinoni, de hecho, da cuenta, en su trabajo en este mismo volumen, del debate bibliográfico que se ha llevado a cabo en el ámbito anglosajón sobre el método para encontrar una ratio en los casos de *plurality opinions*.

5.1. Jurisprudencia, precedentes y conflictos

En los últimos años se ha escrito bastante, especialmente desde el lado de la dogmática procesal, acerca de la diferencia entre jurisprudencia y precedentes (Chiarloni, 2011; Nieva Fenoll, 2016; Marinoni, 2016; Mitidiero, 2016). Se han presentado diferentes tesis sobre cuáles serían las razones de tal diferencia: la diversa fuerza vinculante, la composición de los órganos que dictan precedentes y aquellos de casación que crean jurisprudencia, el número de decisiones de ambos tipos de órganos, la menor atención a los hechos en la jurisprudencia del *civil law*, o la necesidad de reiteración de la jurisprudencia. Me centraré solo en la última cuestión, que es una de las que considero más importantes. En efecto, no son pocos los ordenamientos jurídicos que prevén disposiciones que afirman que, para formar jurisprudencia, es necesario que una misma sea reiterada en el tiempo; en otro caso, aquella no resulta vinculante.³⁵

Creo que este tipo de disposiciones responden a la clásica forma de entender la casación como defensa de la ley frente a posibles desmanes de los jueces. Como es bien sabido, aquella nace en Francia durante el periodo revolucionario para frenar las arremetidas contrarrevolucionarias de unos jueces que claramente pertenecían al Antiguo Régimen, para salvar la voluntad soberana de la Asamblea Nacional de interpretaciones torticeras y manipulaciones. Y, desde este punto de vista, tiene perfecto sentido la necesidad de reiteración: si la casación tenía como función originaria garantizar que se respetara la voluntad del legislador, entonces su función primordial era establecer el exacto sentido de la ley. Pero como todos somos humanos y somos muy capaces de equivocarnos, mejor introducir una norma de carácter prudencial que sirva para limitar su capacidad para fijar la interpretación exacta. A saber: solo si la casación está segura de que es ese el sentido correcto, lo que se demuestra a través de la reiteración de

³⁵ Además de ello, ha habido algunos autores que, desde posiciones escépticas radicales, han afirmado que los precedentes en realidad son creados por el primer órgano que los aplica, no por el órgano que dicta la decisión jurisdiccional que es seguida. Aquí, no obstante, no me puedo ocupar de este tema. Véase Núñez Vaquero y Arriagada Cáceres (2021).

su criterio, entonces aquella pasa a ser vinculante. Un fallo aislado, no es vinculante, sino –en el mejor de los casos– meramente persuasivo.³⁶

Pese a ello, me parece que –centrándome solo en el tema de la reiteración– precedentes y jurisprudencia deben ser tratados de manera conjunta, por dos razones.

5.1.1. La primera de ellas se refiere al caso en que un órgano jurisdiccional, incluso el propio órgano de casación, cita un fallo propio que todavía no ha generado jurisprudencia por falta de reiteración suficiente. Pues bien, me parece que decir que quien cita por primera vez una decisión lo hace porque es persuasiva no nos dice nada acerca de su relevancia normativa. Si un órgano jurisdiccional cita una decisión del tribunal de casación es porque considera que aquel, aunque sea un único fallo, tiene relevancia jurídica. Esto no significa que sea vinculante, pero sí que no es lo mismo que citar lo que opina mi tío sobre una determinada cuestión a lo que ha dicho el órgano de casación mediante una sentencia. Ahora bien, si se admite que dicha decisión no es igual que mi opinión de mi tío, aunque no sea vinculante, es porque los jueces creen que es relevante jurídicamente. Y decir que es relevante jurídicamente quiere decir que citar dicha decisión es una condición, al menos contribuyente, para la justificación (y validez) de la decisión ulterior.³⁷ Dicho de otro modo, y admitiendo que no todos los precedentes son estrictamente vinculantes, el tribunal cita dicha decisión porque lo considera un precedente.

Pues bien, si en nuestros ordenamientos las decisiones jurisdiccionales son normativamente relevantes únicamente cuando son reiteradas, nos veremos en la tesitura de decir que el juez que cita por primera vez dicha decisión, simplemente se ha equivocado. Ha reconocido como relevante jurídicamente algo que no lo era. Y esto es muy extraño. Además, si pensamos que su reiteración puede convertir a su *ratio* en vinculante, entonces

³⁶ No está demás señalar la conexión entre esta forma de entender la casación y la teoría declarativa del precedente del *common law*, siendo Blackstone uno de sus principales defensores.

³⁷ De nuevo aquí podría surgir la cuestión acerca de los usos espurios y usos genuinos. Ahora bien, en lugar de afrontar la cuestión por el lado de cuáles son los usos realmente genuinos, me parece más sensato decir que son genuinos aquellos usos a los que se les da relevancia jurídica en una determinada comunidad jurídica. Dicho de otro modo: ¿se considera que un determinado uso cuenta para la justificación de la decisión jurisdiccional?

tenemos una razón ulterior para pensar que dicha decisión es relevante jurídicamente y, por tanto, que cuenta como precedente.

5.1.2. Passanante plantea la cuestión de la contradicción entre precedentes. Pues bien, no son pocos los autores que han considerado que, si es que existen, los precedentes en el *civil law* se generarían por acumulación (López Medina, 2006, pp. 139 ss.; Moreso, 2009, p. 286), como una perla en la que se van agregando sucesivamente capas. De este modo, habría que mirar a los precedentes en nuestros ordenamientos como algo de formación gradual. Y, en consecuencia, así habría que entender también los conflictos entre precedentes. Pues bien, creo que esta forma de entender los precedentes conduce a tener que mirar a dichas decisiones cerrando un ojo y dejando el otro entreabierto. Y la razón es precisamente la que señala Passanante: ¿qué sucede cuando dos decisiones se contradicen?

Solo si somos capaces de ver la relevancia normativa de cada decisión aisladamente considerada, y no como líneas jurisprudenciales, estaremos en disposición de responder a dichos interrogantes. Ello se debe a que es muy probable que se den contradicciones e incompatibilidades entre las *rationes* de dichas decisiones y que, si admitimos alguna forma del principio de *ratio posterior*,³⁸ puedan darse relaciones de jerarquía entre ellas. Es más, en realidad no se ha analizado demasiado cuánto han de parecerse las *rationes* de las decisiones para que aquellas sirvan para configurar una línea jurisprudencial (Catalina Benavente, 2018, pp. 293 ss.). ¿Un precedente que distingue a otro sirve para crear una línea jurisprudencial? ¿Un precedente que pondera dos derechos, limitando el alcance de un derecho fundamental, consolida una línea jurisprudencial sobre el derecho no aplicado? ¿Una misma doctrina sustentada a partir de diferentes documentos normativos sirve para crear jurisprudencia? Tal vez no esté respondiendo directamente a las cuestiones planteadas por Passanante, pero es precisamente por considerar que la reiteración es una condición de existencia de los precedentes en nuestros

³⁸ Es decir, la tesis según la cual, entre dos precedentes contradictorios, ha prevalecer la *ratio* del último precedente. No obstante, comprobar que dicha norma está presente en nuestros ordenamientos es extremadamente difícil. Además, no sería muy coherente con aquella otra norma que requiere, para la derogación de precedentes, una explícita y específica justificación. Véase Núñez Vaquero, 2022b. pp. 335 ss.

ordenamientos que no le hemos prestado suficiente atención a las posibles contradicciones entre precedentes que formarían una línea jurisprudencial.

5.2. Guías, reglas e interpretación del derecho

Passanante afirma que los precedentes no crean normas. Pese a haberme ocupado ya del tema, me parece importante analizar sus bien estructurados argumentos para rechazar esta tesis. En efecto, Passanante afirma que las *rationes decidendi* no son normas, sino guías para los órganos inferiores acerca de cómo ha de ser interpretada una concreta disposición bajo determinadas circunstancias,³⁹ es más –sostiene Passanante-⁴⁰ los órganos jurisdiccionales explicarían las razones por la que se debe interpretar una disposición normativa de una determinada forma.

Permítaseme comenzar con el segundo punto para llegar al primero: las *rationes* no son normas, sino que explican las razones por las que una disposición se debe interpretar una concreta forma, es decir, se “explica” un “deber”. Es desde luego posible que el ordenamiento prevea la forma en la que, bajo determinadas circunstancias, una disposición ha de ser interpretada de determinada manera. Ahora bien, si admitimos que los precedentes, sus *rationes*, para ser tales, han de innovar el ordenamiento en algún sentido, en dichas decisiones no estaríamos exactamente frente a precedentes. Dicho a contrario: si una decisión cuenta como precedente, su

³⁹ “Cuando el precedente se reduce a la norma, por medio de los sistemas institucionalizados de identificación de la *ratio decidendi*, se espera que el precedente se aplique a los casos subsiguientes como se aplicaría a éstos una norma de origen legislativo. Yo no comparto este punto de vista: el precedente sigue siendo la decisión de un caso concreto y la identificación de su *ratio* no sirve para extraer una regla general y abstracta a aplicar indistintamente a todos los casos futuros, sino para permitir el precedente para funcionar como una guía para los jueces (inferiores) en la interpretación y aplicación de la ley”.

⁴⁰ “En definitiva, no sólo en los sistemas de *common law*, sino más aún en los sistemas de *civil law* – donde generalmente el precedente tiene un carácter interpretativo, ya que, de hecho, interpreta una ley “escrita” – en mi opinión, el precedente no debe servir para dar vida a una nueva norma general y abstracta, sino explicar cuáles son las razones (esta es la *ratio decidendi*) por las que una determinada disposición, en presencia de determinadas circunstancias concretas, debe interpretarse de una determinada manera (y no de otra)”.

ratio (condición necesaria, aunque no suficiente) innova el ordenamiento en algún sentido.

En este último caso, tal vez no sea la mejor opción emplear el verbo “explicar”. Aquí, por el contrario, parece que se está justificando la introducción de una norma nueva; dicha norma puede ser, aunque solo contingentemente, un deber. Pero, ¿qué es lo que hace un órgano jurisdiccional cuando afirma que, bajo determinadas circunstancias, una determinada disposición ha de ser interpretada de una concreta manera? Si se identifican de manera general las circunstancias en las que una disposición ha de ser interpretada de determinada manera⁴¹, parece que estamos frente a una norma que en su supuesto de hecho indica una serie de condiciones generales que, si se producen, entonces se debe alcanzar una determinada interpretación-producto.

¿Será acaso que no son normas, sino meras guías? La noción de “guía” puede hacer referencia a dos cosas. En primer lugar, el producto de un acto directivo con menor fuerza que una norma; en segundo lugar, como una norma técnica acerca de cómo se ha de interpretar una disposición. En primer lugar, si lo que está queriendo decir Passanante es que dichas “guías” no tienen la misma relevancia normativa que una norma de origen legislativo, no tengo problemas en aceptarlo, pero con la condición de tener claro que ello depende de cada concreto ordenamiento; como ya se ha dicho, es posible que la regla del precedente establezca no únicamente condiciones necesarias para la validez de las decisiones, sino que aquellas pueden ser solo suficientes o incluso contribuyentes. Sin embargo, no creo que este sea el caso más frecuente, ni tampoco el más conveniente. En segundo lugar, si lo que está queriendo decir es que son normas técnicas, aquí me surgen más dudas, precisamente porque la norma técnica estaría presuponiendo una norma (constitutiva) acerca de la correcta interpretación de los textos normativos. Y es esta precisamente la que constituiría la *ratio decidendi* del caso.

⁴¹ En otro caso, estaríamos renunciado al principio de universalidad de la justificación, cosa a la que no estoy seguro que queramos renunciar.

5.3. La regla del precedente como norma de competencia

La última cuestión de la que me haré cargo es que, según Passanante, no existe en nuestros ordenamientos una norma que confiera a los órganos jurisdiccionales una competencia para dictar normas de carácter general, y no debería existir. Pues bien, respecto de la cuestión descriptiva –no existe norma que atribuya competencia a los órganos jurisdiccionales para dictar normas de carácter general– tengo un desacuerdo importante. Creo que se pueden encontrar múltiples ejemplos, tanto de normas expresas como normas implícitas, acerca de la competencia para dictar normas generales por parte de los tribunales. Ejemplos claros me parecen la última modificación mexicana de 2021 a su sistema de precedentes; el sistema de precedentes instaurado por la Corte Constitucional colombiana; el sistema de precedente vinculante del Tribunal Constitucional peruano; o la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero no sé si tiene mucho sentido discutir en abstracto sobre este tema.

Lo que sí me parece más importante es mostrar la fuente de desacuerdo con Passanante respecto de la cuestión normativa. Estoy casi seguro de que Passanante comparte conmigo que, al menos en algunas ocasiones, el derecho se encuentra indeterminado. También en que los órganos jurisdiccionales remedian de algún modo dicha indeterminación, eliminando casos de ambigüedad y estableciendo límites para los casos de vaguedad de las normas. En lo que creo que diferimos es en el grado de eficacia y de relevancia que han de tener dichas soluciones, en el sentido de quiénes son los órganos que han de seguir dichas soluciones (más precisamente, las normas que aparecen en dichas sentencias) y qué tipo de condición establecen para la validez de la decisión posterior. Passanante dice explícitamente que los jueces tienen que hablar mediante sentencias y no como si fueran el legislador. También afirma que las identificaciones del *Massimario* no deben ser leídas como si fueran disposiciones normativas cuasi-legislativas.⁴²

⁴² Merece la pena recordar que muchas veces las tesis de la dogmática jurídica también son consideradas como si expresasen normas y no simplemente proposiciones normativas. No obstante, se podría replicar que, salvo en Roma, no se ha atribuido tradicionalmente relevancia jurídica directa a las tesis formuladas en sede dogmática. Empero, que no se haya atribuido directamente tal relevancia, no significa que en buena parte de nuestros ordena-

Qué eficacia y relevancia atribuir a los precedentes es cuestión, por supuesto, debatible; en el fondo, una cuestión de política jurídica. Ahora bien, si afirmamos que no debe existir una norma que conceda competencia para dictar precedentes entendidos como decisiones que generan normas de alcance general para –al menos– todos los órganos jurisdiccionales, y atrincheradas al menos para la mayoría de los órganos, entonces todos los jueces tendrán un importantísimo margen de discrecionalidad tanto para identificar por su cuenta la *ratio* como para seguirla o apartarse de ella; incluso para ignorar cómo se decidió en el pasado. Con todo, hay buenas razones para sostener esta posición: desde la justicia del caso concreto, al principio de igualdad material, la posibilidad de adaptar el derecho a las nuevas circunstancias, hasta la no menos importante independencia judicial interna.

Ahora bien, no se trata de que los jueces hablen como si fueran el legislador, pero –a fin de cuentas– cuando se dictan precedentes se está dando solución a problemas no resueltos (o mal resueltos) en el ordenamiento jurídico. La pregunta –creo– importante es entonces si preferimos dar competencia a los jueces para dictar normas generales atrincheradas que determinen la validez de otras decisiones que afronten el mismo problema, o si preferimos que no exista tal competencia y que los jueces posteriores tengan libertad para reinterpretar la forma en la que se decidió en el pasado y/o alejarse de dichas soluciones (o directamente ignorarlas), reabriendo el balance de razones basándose en su idiosincrásica forma de entender la cuestión.

Existe, desde luego, un gran peligro en dotar a los jueces de competencia para dictar normas de carácter general y que las decisiones que generen tales normas de carácter general hayan sido adoptadas de manera arbitraria; y no es baladí el hecho de que los jueces no gocen de legitimidad democrática. Pero pensar que producirá mejores resultados que sea un mayor número de jueces quienes decidan sobre la cuestión controvertida, me parece algo injustificado. Y para todos aquellos a quienes le afecte la cuestión controvertida previamente resuelta, será una lotería dependiente de la opinión que tenga cada juez acerca de la cuestión controvertida.

mientos no tenga tal relevancia. La diferencia fundamental con un sistema de precedentes es que la relevancia de los precedentes es por razón de su origen, y no necesariamente de su contenido.

Me parece que un sistema de precedentes que conciba las *rationes* como normas de carácter general y atrincheradas para la mayoría de los órganos garantiza mejor el estado de derecho, y algunas de las razones que justifican explícitamente tener sistemas de precedentes: predictibilidad, igualdad formal, proscripción de la arbitrariedad, principio de universalidad o eficiencia en la toma y justificación de las decisiones. Por el contrario, conceder competencia a la mayoría de los jueces para apartarse de los precedentes, hacer una nueva identificación de su *ratio*, distinguirlos o ignorarlos, no es consistente con el conjunto de valores que se pretende proteger mediante un sistema de precedentes.

Espero haber podido responder a algunas de las interesantes cuestiones planteadas por la profesora Gómora Juárez y los profesores Marinoni y Passanante. Evidentemente no he respondido a todas, lo que me habría requerido demasiado espacio, pero espero que hayan sido al menos las más importantes. Solo me queda agradecerles la paciencia de haber leído tan agudamente mi trabajo.

Bibliografía

- Alexander, L. y Sherwin, E. (2010). Los jueces como creadores de reglas. *Problema*, 4, 127-167.
- Chiarloni, S. (2011). Función nomofiláctica y valor del precedente. En E. Oteiza, *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios* (pp. 33-54), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Dancy, J., (2017). Moral particularism. En E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition) (<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/moral-particularism/>).
- De Andrade, P.C., de Almeida, G.F.C.F., Hannikainen, I.R. y Struchiner, N. (2022). What Do We Mean by Precedent? Empirical Evidence of Ordinary Usage. En P. Bystranowski, B. Janik, y M. Próchnicki (eds.) *Judicial Decision-Making. Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship Vol. 14* (pp. 7-24), Dordrecht: Springer.
- Duarte D'Almeida, L. (2021). ¿Qué es aplicar el derecho? *Discusiones*, 27 (2), pp. 25-57.

- Gómora Juárez, S. (2022). Comentario sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes: casos de la vida real. *Discusiones*, 28 (2).
- Hernández Marín, TR. (2021). *Teoría general de las decisiones judiciales*. Marcial Pons: Madrid.
- Horty, J. (2022). Grant Lamond's Account of Precedent: A Personal Encounter. En M. MacBride y J. Penner (eds.), *New Essays on the Nature of Legal Reasoning* (pp. 139-160). Hart Publishing: Oxford.
- Garay, A. F. (2013). *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- García Yzaguirre, J. V., (2022). "A primera vista". Un análisis sobre las normas prima facie. *Revista telemática de filosofía del derecho*, 25, 31-85.
- Gascón Abellán, M. (1993). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos.
- Gascón Abellán, M. (2011). Racionalidad y auto-precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del auto-precedente. *Teoría y Derecho*, 10, 132-148.
- Guastrini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lamond, G. (2005). Do Precedents Create Rules? *Legal Theory*, 11, 1–26.
- Lamond, G. (2022). Revisiting the Reasons Account of Precedent. En M. MacBride y J. Penner (eds.), *New Essays on the Nature of Legal Reasoning* (pp. 113-138). Hart Publishing: Oxford.
- López Medina, D. (2001). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- MacBride, M. (2022). No reasons. En M. MacBride y J. Penner (eds.), *New Essays on the Nature of Legal Reasoning* (pp. 99-112). Hart Publishing: Oxford.
- Marinoni, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra.
- Marinoni, L. G. (2016). Del tribunal que declara el "sentido exacto de la ley" al tribunal que sienta precedentes. En M. Taruffo, L. Marinoni y D. Mitidiero (coords.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 205-230). Marcial Pons: Madrid.
- Marinoni, L. G. (2022). *Ratio decidendi*: otras formas de identificación. *Discusiones*, 28 (2).
- Mitidiero, D. (2016). Dos modelos de cortes de vértice: Cortes Superiores y Cortes Supremas. En M. Taruffo, L. Marinoni y D. Mitidiero (coords.),

- La misión de los tribunales supremos* (pp. 77-122). Marcial Pons: Madrid.
- Moral Soriano, L. (2020). Precedente extranjero ¿Diálogo o discurso? En M. Gascón Abellán y A. Núñez Vaquero (eds.), *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 237-256). Barcelona: Atelier.
- Moreso, J. J., (2009). *Constitución. Modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2016). ¿Un juez supremo o un legislador supremo? En M. Taruffo, L. Marinoni y D. Mitidiero (coords.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 157-174). Marcial Pons: Madrid.
- Núñez Vaquero, Á. (2020). Problemas abiertos sobre la publicación de precedente. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 43, 104-127.
- Núñez Vaquero, Á. y Arriagada Cáceres, M.^a 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. (2022a). Constitutive Rules of Precedents. *Revus*, 46.
- Núñez Vaquero, Á. (2022b). *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons.
- Passanante, L. (2018). *Il precedente impossibile*. Torino: Giappichelli.
- Passanante, L. (2022). Precedentes y mecanismos institucionalizados de identificación de *rationes*. En *Discusiones*, 28 (2).
- Ratti, G. (2017). Some Remarks on Precedent and Analogy. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017 (1), 221-234.
- Re, R. (2021). *Precedent as permission*. *Virginia Public Law and Legal Theory Paper Series 2020-66* (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3555144).
- Schauer, F. (1987). Precedent. *Stanford Law Review*, 39, 571-605.
- Schauer, F. (2011). *Las reglas del juego*. Madrid: Marcial Pons.
- Schauer, F. (2018). Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy”. *Perspectives on Psychological Science*, 3 (6), 454-60.
- Stevens, K. (2022). Razonamiento por precedentes: en reglas y analogía. En A. Martínez Verástegui (coord.), *Teoría y práctica del precedente en Iberoamérica* (pp. 37-102). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Tuzet, G. (2020). *Analogía e ragionamento giuridico*. Roma: Carocci.
- Tuzet, G. (2022). Precedente y analogía. En A. Martínez Verástegui (coord.), *Teoría y práctica del precedente en Iberoamérica* (pp. 103- 131). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sección II

**DISCUSIONES:
CORTES**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como tribunal constitucional. Razonamiento jurídico desde una perspectiva de derecho comparado

The European Court of Justice as a Constitutional Court. Legal Reasoning in a Comparative Perspective

Giulio Itzcovich*

Recepción: 16/10/2022

Evaluación: 22/11/2022

Aceptación final: 23/12/2012

Resumen: Tras presentar brevemente algunos aspectos institucionales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el presente informe analiza cuarenta de sus principales sentencias con el fin de evaluar las características generales del razonamiento jurídico desarrollado por el Tribunal en la interpretación de los Tratados. El informe subraya la importancia de la interpretación teleológica y los argumentos basados en precedentes, la frecuencia y contundencia de los argumentos basados en el principio del estado de de-

* Doctor en “Giustizia costituzionale e diritti fondamentali”, Università degli Studi di Pisa, Italia. Profesor asociado, Università degli Studi di Brescia, Italia. Correo electrónico: giulio.itzcovich@unibs.it. Los comentarios son bienvenidos. Este artículo constituye una versión preliminar y ampliada de un estudio que se publicará en el marco de “Conreason: Constitutional Reasoning in a Comparative Perspective” (<http://www.conreasonproject.com/>) dirigido por Andrés Jakab. Agradezco a Jakab, y a los demás participantes del proyecto, sus observaciones y comentarios a una versión anterior de este documento. También estoy en deuda con Giuseppe Martinico, Leonardo Pierdominici, Damiano Canale, Giovanni Tuzet y con los grupos de investigación de Stals – Sant’Anna Legal Studies y la Universidad Bocconi – Departamento Sraffa, por su interés en discutir los resultados de mi investigación. Las decisiones del TJUE que forman parte de la muestra de 40 sentencias analizadas por el documento (“la Muestra”) se citarán en forma abreviada (para las referencias completas, consulte el Apéndice), mientras que las decisiones que no están incluidas en la Muestra se citarán en la forma completa habitual.

recho, la dificultad con la que el Tribunal se refiere a la naturaleza política de la Unión y la tendencia a evitar la retórica constitucional. Sobre todo, el informe subraya el alto grado de impersonalidad que el Tribunal alcanza en sus sentencias y concluye que ello depende de una variedad de factores tales como el carácter colegiado de las sentencias, las cuestiones a decidir, la influencia decreciente pero persistente del modelo francés, la necesidad de traducción e informatización, el uso extensivo de precedentes y de autocitas literales, y el estatuto contradictorio e inestable del Tribunal de Justicia como tribunal constitucional *sensu lato* del espacio jurídico europeo.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Razonamiento jurídico, Razonamiento constitucional, Adjudicación constitucional, Argumentación jurídica

Abstract: After having briefly presented some institutional aspects of the Court of Justice of the European Union, the present report analyses forty of its leading cases in order to assess the general characteristics of the legal reasoning developed by the Court in interpreting the Treaties. The report underlines the importance of teleological interpretation and arguments from precedents, the frequency and cogency of the arguments based on the principle of the rule of law, the difficulty for the Court in referring to the political nature of the Union and the tendency to eschew constitutional rhetoric. Above all, the report underlines the high degree of impersonality that the Court is able to achieve in its judgments and concludes that it depends on a variety of factors such as the collegiate nature of the judgments, their subject matter, the declining but persisting influence of the French model, the need for translation and informatisation, the extensive use of precedents and literal self-quotations, and the contradictory and unsettled status of the Court of Justice as *sensu lato* constitutional court of the European legal space.

Keywords: European Court of Justice, Legal Reasoning, Constitutional Reasoning, Constitutional Adjudication, Legal Argumentation

1. Diseño Institucional

1.1. Introducción: ¿un tribunal constitucional?

Determinar si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es un tribunal constitucional no es una cuestión sencilla, por supuesto.¹ Calificarlo de esa manera requiere introducir algunas precisiones terminológicas y conceptuales, por al menos dos razones distintas.

La primera es tan obvia como contingente. Se trata del hecho de que una consecuencia del debate constitucional iniciado en Laeken, en 2001, y que culminó, primero, con el Tratado Constitucional fallido y, luego, con la aprobación del Tratado de Lisboa en 2007, es una apuesta política o un preciso sesgo político que influye en la respuesta a preguntas como, “¿Tiene la UE (Unión Europea) una constitución?” y, “¿Necesita una?”. Estas preguntas han sido dirigidas a los pueblos europeos y por el momento han recibido una respuesta negativa. Tras los resultados de los referendos francés y holandés, el Consejo Europeo decidió expresamente que los nuevos Tratados europeos “no tendrán carácter constitucional. La terminología utilizada en los Tratados reflejará este cambio: no se utilizará el término ‘Constitución’”.²

La cuestión del carácter constitucional de las instituciones y los tratados de la UE se ha convertido en objeto de una dura controversia política en toda Europa. Así, incluso si se estuviera dispuesto a conceder que la cuestión sobre la “naturaleza constitucional” de algo pudiera tener un sentido puramente teórico, esa concesión perdería parte de su credibilidad en el caso de la UE. Esta es la primera razón por la que, si queremos abordar el TJUE como un tribunal constitucional y evitar malentendidos, es necesario proporcionar algunas aclaraciones preliminares sobre lo que significa ser un tribunal constitucional en el contexto de este análisis.

¹ El tema ya ha sido discutido muchas veces, Maurice Lagrange (1954) argumentaba que el TJUE era un tribunal constitucional en estado embrionario. Véase, para más referencias: Jacobs (1992); Arnall (2003-2004); Vesterdorf (2006); Azoulai (2008b); Tridimas (2011); Sharpston y De Baere (2011).

² Consejo de la UE, IGC 2007 Mandate, documento 11218/07, 26 de junio de 2007, p. 3.

La segunda razón es quizás más interesante desde un punto de vista teórico, porque no se relaciona con las vicisitudes políticas contingentes de la UE, sino con una de sus características más destacadas: denominada por la doctrina jurídica como la naturaleza *sui generis* de la Comunidad. El carácter *sui generis* es el resultado y la formulación sintética de varias novedades institucionales que han caracterizado a las CE (Comunidades Europeas) desde sus inicios: una normativa de aplicación directa, la exigencia de mayoría de votos en el Consejo, la independencia de la Comisión y, por último, pero no menos importante, la competencia del TJUE. Desde la creación de la CEECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero) en 1951, los juristas han siempre calificado a las instituciones de la CE como entidades *sui generis* para expresar el hecho (y respaldar el proyecto) de que se encuentran (y deberían estar) en algún lugar entre el derecho internacional y el derecho constitucional, y entre la organización interestatal y la construcción federal.³

Es cierto que la naturaleza *sui generis* nunca ha sido, por así decirlo, un hecho bruto, un estado de cosas susceptible de ser meramente observado y descrito de manera imparcial y objetiva. Se trata de un hecho institucional complejo o, dicho de otro modo, de una narrativa con notables consecuencias para varias cuestiones jurídicas relativas a la integración europea. En cualquier caso, la autocomprensión institucional y el proyecto político expresado por la fórmula “naturaleza *sui generis*” han afectado profundamente la semántica del derecho europeo. Como consecuencia del carácter *sui generis* de la Comunidad, varios conceptos fundamentales del derecho público, una vez aplicados a las instituciones europeas, han sufrido una importante transformación y adaptación.⁴ Y los conceptos de “constitución” y “constitucional” no son excepciones en este sentido.

Si aplicamos las palabras “constitución” y “constitucional” al TJUE y tratamos de aclarar en qué sentido el TJUE es un tribunal constitucional, nos encontramos con una paradoja. Para mostrar la paradoja, primero debemos dejar de lado el significado no técnico de “constitución” como

³ Paradigmático en este sentido es Schuman (1953, p. 7).

⁴ Sobre los “problemas de traducción” de los conceptos normativos básicos del constitucionalismo del Estado a la UE, véase Walker (2003).

sinónimo enfático y genérico de “ley muy importante”. Este concepto ha sido central en el debate político reciente acerca de la oportunidad de adoptar una carta constitucional integral para la UE y también es, se puede argumentar, crucial en la mayor parte de la literatura jurídica actual sobre la naturaleza constitucional de la UE y su Tribunal de Justicia. También debemos dejar de lado cualquier concepto sustantivo de constitución políticamente orientado. Si, siguiendo a Carl Schmitt, la constitución se entiende como “la decisión integral sobre el tipo y la forma de la unidad política” (“Die Verfassung als Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit”) (2008 [1928], p. 75), un concepto de constitución quizás demasiado exigente, entonces los gobiernos de los Estados miembros y los pueblos europeos habrían tomado una fundamental “no decisión” sobre el tipo y la forma de la unidad política: la UE de hoy estaría marcada por la ausencia de unidad (la UE como una constelación posnacional policéntrica y pluralista)⁵ o por la ausencia de política (la UE como un Estado regulatorio estrictamente técnico y apolítico) (La Spina y Majone, 2000). Ambas reconstrucciones de la actual naturaleza no constitucional o posconstitucional de la UE pueden ser viables y atractivas, pero no parecen tener ninguna relación directa e interesante con la forma en que podríamos concebir el TJUE y describir su razonamiento jurídico.⁶

En cambio, si queremos observar y posiblemente explicar la paradoja inherente a la naturaleza constitucional *sui generis* del TJUE, debemos referirnos al concepto de constitución propuesto por András Jakab, inspirado en Kelsen, y estipular que una constitución es “una norma o un grupo de normas que tienen el rango más alto en un orden jurídico, en el sentido de

⁵ Véase, entre muchos, MacCormick (1999), Pernice (1999), Walker (2002) y Krisch (2010).

⁶ Es obviamente posible adoptar otros conceptos sustantivos de constitución no schmittianos y asumir, por ejemplo, que un documento legal es una constitución si realiza ciertas funciones (por ejemplo, distribuye el poder entre diferentes órganos de gobierno y prevé la protección de ciertos principios y derechos individuales) o tiene ciertas características (es constitutiva, estable, superior, justiciable, escrita, arraigada) (Raz, 1998, p. 153). Sobre la base de la definición que uno elija adoptar, es fácil concluir que los Tratados de la UE son, o no, una constitución: véase, por ejemplo, Vesterdorf (2006): “no puede haber duda de que el TJUE ya lleva a cabo funciones constitucionales”; y Grim (1995, p. 287): “la UE no tiene ni debe tener una constitución porque la constitución es ‘el conjunto superior de normas derivadas del pueblo y dirigidas al poder del Estado’”.

que a partir de ellas se mide la validez de todas las demás normas” (2019, p. 1216).

Si adoptamos este concepto de constitución, el TJUE luciría su sombrero constitucional principalmente en los procedimientos de nulidad iniciados en virtud del artículo 263 TFUE (ex artículo 230 del TCE), en los que es competente para controlar la legalidad de los actos de la UE, tales como actos legislativos y otros actos adoptados por las instituciones europeas que están destinados a tener efectos jurídicos. Además, el TJUE actuaría como tribunal constitucional en los procedimientos prejudiciales sobre la validez del derecho de la UE: en virtud del artículo 267(b) del TFUE (ex artículo 234 del TCE), cuando se plantee una cuestión sobre la validez de los actos de las instituciones de la UE ante un órgano jurisdiccional nacional, dicho órgano jurisdiccional puede (o debe, si se trata de un órgano jurisdiccional de última instancia) solicitar al Tribunal que se pronuncie al respecto.

Sin embargo, según una opinión generalizada y fundada, no es en los procedimientos de nulidad donde el Tribunal ha ejercido, o ha adquirido, su rango constitucional, ni tampoco en los procedimientos prejudiciales sobre la validez del derecho comunitario. El TJUE se ha convertido en un tribunal constitucional principalmente gracias a las competencias que ejerce en los procedimientos prejudiciales sobre la interpretación del derecho comunitario. De conformidad con el artículo 267(a) TFUE, cuando un tribunal nacional tiene alguna duda sobre el significado del derecho de la UE, puede (o debe, si se trata de un tribunal de última instancia) iniciar un procedimiento prejudicial sometiendo la cuestión de interpretación al TJUE. Gracias a este tipo de procedimientos, el TJUE ha podido desarrollar una relación constructiva y recíproca (un “diálogo”, como se suele decir) con los tribunales nacionales, lo que significa que los tribunales europeos y nacionales han colaborado en la configuración del contenido del derecho comunitario “en acción” sin que se haya establecido una relación jerárquica formal entre ellos; el TJUE ha iniciado un proceso de “constitucionalización” de los Tratados europeos haciéndolo de una manera que resulta

aceptable para los tribunales nacionales.⁷ Gracias a estos procedimientos prejudiciales, el TJUE ha sentado gradualmente las bases y finalmente ha establecido su “estatus constitucional” más auténtico y significativo.

Nótese que cuando aquí hablamos del estatus constitucional del TJUE en las sentencias prejudiciales de interpretación, las palabras “constitución” y “constitucional” no se emplean simplemente en su sentido no técnico –el TJUE como juez “muy importante”– sino en su significado técnico. Sin embargo, el orden jurídico cuyas normas se evalúan respecto de la constitución ya no se limita al orden jurídico de la UE, estrictamente concebido, como ocurre en los procedimientos de nulidad y en los procedimientos prejudiciales sobre la validez del derecho de la UE; el ordenamiento jurídico respecto del cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea funciona como tribunal constitucional incluye también el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. De hecho, una vez que los órganos jurisdiccionales nacionales han aceptado las doctrinas del efecto directo y de la supremacía del derecho comunitario, el TJUE está facultado de facto para decidir, mediante el procedimiento prejudicial, no solo sobre la validez del derecho comunitario, sino también sobre la conformidad de la legislación y las prácticas de los Estados miembros con el Derecho comunitario.⁸

Es cierto que, en los procedimientos prejudiciales, el TJUE no es competente para evaluar la validez de la legislación nacional. Sin embargo, al interpretar la legislación de la UE, el TJUE puede dictaminar de manera indirecta pero inequívoca sobre el respeto del derecho comunitario por parte de los Estados miembros. Los tribunales nacionales han aceptado que el derecho de la UE puede ser directamente aplicable y que, en principio, goza de supremacía. Por lo tanto, como consecuencia de una decisión del TJUE, la legislación nacional puede resultar inaplicable en el caso particu-

⁷ Las obras de referencia estándar sobre el proceso de constitucionalización de la CE son Stein (1981), G. F. Mancini (1989), Slaughter, Stone Sweet y Weiler (1998), Weiler (1999), Stone Sweet (2004) y Alter (2001). Véase también Itzcovich (2006, p. 85 y ss.) y Vauchez (2010).

⁸ “Efecto directo” es la obligación de un tribunal u otra autoridad de aplicar la disposición pertinente del derecho de la UE, ya sea como norma que rige el caso o como estándar para el control judicial, y “supremacía” es la capacidad de una norma del derecho de la UE de prevalecer sobre normas nacionales inconsistentes Prechal (2007, p. 37 y ss.).

lar e, indirectamente, *erga omnes* (Martinico, 2008, p. 91 y ss.; Schermers y Waelbroeck, 2001, p. 305). Este efecto ha podido producirse gracias a la cooperación de los tribunales nacionales: la mayoría de las referencias de los tribunales nacionales están diseñadas para llegar a una conclusión sobre la compatibilidad de la legislación nacional con el derecho de la UE (Broberg y Fenger, 2010, p. 156 y ss.; Lenaerts, 1994), y el TJUE puede ejercer su función constitucional *sensu lato* solo en la medida en que los jueces nacionales acepten de manera general la supremacía del derecho de la UE.⁹

Así, podemos decir que el TJUE es *sensu stricto* un tribunal constitucional –el tribunal constitucional del ordenamiento jurídico de la UE– en lo que respecta a los procedimientos de nulidad y a los procedimientos prejudiciales sobre la validez del derecho de la UE. En este caso, el TJUE es, por supuesto, el tribunal supremo del orden jurídico que tiene la tarea de pronunciarse sobre la validez de las normas en relación con los Tratados, y su competencia es exclusiva ya que ningún otro tribunal (excepto el Tribunal General, que de todos modos es una articulación interna del TJUE) tiene competencia para anular la legislación de la UE.¹⁰

Además, y lo que es más importante, el TJUE es *sensu lato* un tribunal constitucional –un tribunal constitucional *sui generis*– cuando evalúa la “validez europea”, por así decirlo, de la legislación y las prácticas nacionales. En este caso, el TJUE no es solo el tribunal constitucional de la UE, sino el tribunal constitucional –o, mejor dicho, un tribunal constitucional: uno entre muchos– del “espacio jurídico” europeo. Un espacio jurídico que abarca tanto el ordenamiento jurídico de la UE como los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Su competencia constitucional *sensu lato* no es exclusiva, ya que la competencia para anular la legislación nacional corresponde principalmente a los tribunales nacionales. Además, los

⁹ Sobre la relación de colaboración y conflicto, “diálogo” y negociación, entre los tribunales nacionales y el TJUE existe una extensa literatura. Véase Slaughter et al. (1998); Kumm (1999) y Stone Sweet (2000).

¹⁰ *Foto-Frost* (1985), párr. 15: los órganos jurisdiccionales nacionales “no tienen competencia para declarar nulos los actos de las instituciones comunitarias... Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios podrían poner en peligro la unidad misma del ordenamiento jurídico comunitario y menoscabar el requisito fundamental de seguridad jurídica”.

tribunales nacionales son también generalmente competentes, si bien no para anular la legislación de la UE, al menos sí para suspender su aplicabilidad cuando se considere que es incompatible con fundamentales disposiciones constitucionales internas y/o con la decisión expresa del legislador nacional de renunciar a sus obligaciones europeas. Así, en su calidad de tribunal constitucional *sensu lato* del espacio jurídico europeo, el TJUE no está solo, sino que comparte su responsabilidad con otros tribunales, con los tribunales constitucionales de los Estados miembros e, indirectamente, con el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos). No es el tribunal supremo del orden jurídico, pero es uno, entre varios, de los tribunales superiores de justicia del espacio constitucional europeo.

Por tanto, si queremos hablar del TJUE como tribunal constitucional, en los casos en que evalúa indirectamente la conformidad de la legislación y las prácticas de los Estados miembros con el derecho de la UE, en virtud del artículo 267(a) TFUE (resoluciones prejudiciales interpretativas), debemos poner entre comillas la expresión “más alto” en nuestra definición de constitución (“una norma o un grupo de normas que tienen el rango más alto en un orden legal”). Si no concebimos al ordenamiento jurídico de la UE de manera estricta, sino que, en cambio, miramos el espacio jurídico europeo desde una concepción amplia, debemos preguntarnos –y aquí radica la paradoja de la naturaleza constitucional *sui generis* del TJUE– si una constitución que no es la ley suprema, una constitución que es *sui generis*, sigue siendo una constitución, y si un tribunal que no es supremo, un tribunal que es solo una voz autorizada en el diálogo judicial sobre la constitucionalización de Europa, sigue siendo un tribunal constitucional.

Al final, bien podría ser solo una cuestión de palabras. Pero si queremos hablar del TJUE como un tribunal constitucional, algo que parece perfectamente razonable, entonces debemos ser conscientes de que la palabra “constitución” ha sufrido un cambio significativo en la experiencia de la integración europea. Este cambio puede disfrazarse negando la naturaleza constitucional de la UE o construyendo definiciones estipulativas *ad hoc* de “constitución” para acomodar la construcción comunitaria. Alternativamente, este cambio puede reconocerse y destacarse recurriendo a los conceptos sustantivos o formales tradicionales de constitución. En este texto desarrollaremos y trabajaremos con definiciones paradójicas, tal

como aquella que concibe la constitución europea como “una indecisión fundamental” sobre el tipo y forma de la unidad política, y la constitución europea como ley “menos que suprema”.

1.2. La competencia del Tribunal

La jurisdicción de este tribunal constitucional atípico es atípica en varios otros aspectos. En primer lugar, el TJUE está compuesto en la actualidad por tres órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia propiamente dicho, cuyo razonamiento jurídico es el objeto de nuestra investigación; el TG (Tribunal General), anteriormente Tribunal de Primera Instancia; y los juzgados especializados, de los que actualmente solo existe uno, el TFP (Tribunal de la Función Pública). En segundo lugar, y lo que es más importante, los asuntos sobre los que el Tribunal es competente para fallar son tan diversos y los fundamentos de su competencia son tan variados que no tiene un análogo a nivel nacional o internacional. De hecho, podría decirse que el TJUE no es solo el tribunal constitucional *sensu stricto* del orden jurídico de la UE y uno de los varios tribunales constitucionales *sensu lato* del espacio jurídico europeo (véase más arriba), sino que también es un tribunal internacional, un tribunal administrativo, un tribunal de apelación, etc. Para decirlo de un modo tan insustituible como habitual: es un tribunal *sui generis*.

Una descripción detallada de los contornos precisos de la competencia del TJUE estaría fuera de lugar aquí. Baste decir respecto a sus funciones como tribunal internacional que el TJUE tiene competencia exclusiva y obligatoria sobre las controversias que surjan entre las partes contratantes de los Tratados, los Estados miembros de la UE. Cualquier Estado miembro que considere que otros Estados miembros han incumplido las obligaciones que les impone la legislación de la UE puede llevar el asunto ante el TJUE, y solo ante el TJUE; los demás Estados miembros están automáticamente sujetos a la jurisdicción del Tribunal y no pueden invocar ninguna inmunidad; no se requiere una declaración expresa de aceptación, no se permite ninguna reserva.

Sin embargo, los Estados miembros han utilizado muy raramente el poder para presentar un caso contra otros Estados miembros.¹¹ En la práctica, los procedimientos de infracción casi siempre son iniciados por la Comisión, que actúa motu proprio o a instancias de particulares, empresas y asociaciones, y que goza de plena discreción para evaluar si la acción es apropiada y adecuada desde un punto de vista tanto político como jurídico. Los Estados miembros condenados tienen la obligación de cumplir las sentencias del TJUE, aunque las sentencias del Tribunal son de carácter declarativo, no autoejecutables y, por tanto, no dan lugar a ninguna consecuencia jurídica inmediata para los Estados miembros.

Con el fin de dar a los Estados miembros un incentivo para acatar las sentencias del Tribunal, el Tratado de Maastricht le confirió la facultad de imponer sanciones financieras al Estado miembro en cuestión. Además, el TJUE ha sostenido en el caso Francovich (1995) que los Estados miembros están obligados a indemnizar a las personas y empresas por los daños causados por violaciones de la legislación de la UE. Por lo tanto, si el TJUE puede ser considerado un tribunal internacional, entonces debemos concluir que es un tribunal extraordinariamente efectivo, *sui generis*.

Las acciones de nulidad merecen ser mencionadas, porque la competencia del TJUE sobre ellas constituye lo que puede denominarse control de constitucionalidad *sensu stricto*: un control de la conformidad de la legislación de la UE con los estándares establecidos por la ley suprema, los Tratados. La primera teoría jurídica que se ocupó del TJUE consideró esta competencia esencialmente idéntica a la competencia administrativa, en lugar de una de naturaleza constitucional.¹² De hecho, la competencia del TJUE sobre las acciones de nulidad fue originalmente diseñada siguiendo el modelo del *Conseil d'État* francés (Bast, 2009, p. 348; Koopmans, 1991, p. 500; Neville Brown y Kennedy, 2000, p. 157). La acción puede ser interpuesta por ciertos demandantes preferentes (los Estados miembros, el Consejo, la Comisión y el Parlamento) y puede basarse en la falta de com-

¹¹ Un raro ejemplo reciente es el asunto C-364/10, *Hungría contra Eslovaquia* [2012] aún no publicado, sobre la prohibición del presidente húngaro László Sólyom de Eslovaquia en agosto de 2009 (caso desestimado).

¹² Véase, por ejemplo, Lagrange (1954, p. 417 y ss.); Delvaux (1956, p. 19 y ss.).

petencia, la inobservancia de requisitos procesales esenciales, la violación de la ley y la desviación de poder.

El recurso de nulidad también puede ser interpuesto por ciertos órganos especializados de la UE (el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo y el Comité Europeo de las Regiones) con el fin de proteger sus prerrogativas, destacando así el papel constitucional del TJUE como garante del buen funcionamiento del equilibrio interinstitucional de la UE. Según el Tratado de Lisboa, el Tribunal tiene competencia limitada para decidir sobre la legalidad de los actos adoptados por el Consejo Europeo o por el Consejo en relación con una violación grave y persistente de los valores fundamentales de la Unión por parte de un Estado miembro. Por último, pero no por ello menos importante, el recurso de nulidad puede ser interpuesto directamente por cualquier persona física o jurídica (sujetos privados como particulares, empresas, asociaciones, pero también personas jurídicas de derecho público, como las autoridades regionales de un Estado miembro) contra decisiones dirigidas a ellos, contra decisiones y actos reglamentarios que no estén destinados a ellos pero que les afecten directa e individualmente y, después del Tratado de Lisboa, también contra actos reglamentarios que les afecten directamente y que no impliquen medidas de ejecución. Por lo general, este tipo de acción se decide en primera instancia por el TG y el TJUE es el tribunal de apelación.

Otras formas de competencia del TJUE que pueden asociarse a la acción de nulidad –y por tanto a su competencia constitucional *sensu stricto*– son las acciones por omisión y la competencia consultiva para opinar sobre la legalidad de los acuerdos internacionales celebrados por la UE. Si bien la omisión es un motivo típico de reclamación ante la jurisdicción administrativa, este tipo de acción puede asociarse a la acción de nulidad porque ambas consisten en formas de control judicial sobre la (in)actividad de las instituciones de la UE en relación con las normas establecidas por la ley máxima, los Tratados. Lo mismo se aplica a la competencia consultiva del TJUE, ya que el dictamen del Tribunal es vinculante para las instituciones de la UE y, en caso de ser adverso, el acuerdo previsto no puede entrar en vigor a menos que se modifique el Tratado. Así, las facultades del Tribunal al respecto son idénticas a las de un control de constitucionalidad preventivo y abstracto.

El TJUE es un tribunal de apelación contra las decisiones del TG. Las decisiones dictadas por el TG son susceptibles de ser recurridas ante el TJUE únicamente respecto de cuestiones de derecho: cuando el Primer Abogado General considere que existe un riesgo grave de que se vea afectada la unidad o la coherencia del derecho de la UE, puede proponer que el Tribunal de Justicia revise la decisión del TG. Por su parte, el TG tiene competencia, entre otras materias de menor importancia, sobre las acciones de nulidad y omisión interpuestas por personas físicas o jurídicas, sobre acciones interpuestas por los Estados miembros contra la Comisión y, en determinados casos, contra el Consejo, sobre litigios relativos a la responsabilidad extracontractual de la UE y sobre recursos, limitados a cuestiones de derecho, contra las decisiones del TFP.

Sin embargo, no hay duda de que la competencia más importante del TJUE es el poder de dictar una decisión prejudicial sobre la validez e interpretación del derecho de la UE, cuando así lo solicite un tribunal nacional. El procedimiento prejudicial es el instrumento central para el control judicial de la UE, ya que equivale a una especie de control indirecto pero efectivo de la “legalidad europea” de las leyes y prácticas de los Estados miembros. Dado que gran parte de la responsabilidad de aplicar el derecho de la UE corresponde a los tribunales nacionales de los Estados miembros, la subsistencia de este canal procesal entre el TJUE y los jueces nacionales es vital para lograr la aplicación uniforme del derecho de la UE en toda Europa. Además, dado que el procedimiento prejudicial es un medio eficaz para proteger los derechos reclamados sobre la base del derecho de la UE, la subsistencia de este procedimiento convierte a todos los ciudadanos en guardianes potenciales del cumplimiento del derecho de la UE, contribuyendo así enormemente no solo a la uniformidad sino también a la eficacia en su aplicación.

La mayoría de las sentencias más importantes del Tribunal se han dictado en ejercicio de esta competencia, y es revelador en este sentido que en la muestra de las 40 sentencias analizadas para esta investigación (en adelante, “la Muestra”), 32 son decisiones prejudiciales sobre la interpretación del derecho comunitario, 2 son decisiones prejudiciales sobre su validez, 1 es una decisión prejudicial tanto sobre la interpretación como sobre la validez del derecho comunitario, 3 son decisiones sobre procedimientos de

nulidad, 1 es una opinión y 1 es una decisión de apelación. Ninguna sentencia recogida en la Muestra fue dictada en un procedimiento de infracción.

1.3. Acceso al Tribunal y volumen de trabajo, procedimiento y prueba

El TJUE no tiene el poder discrecional de negarse a revisar un caso y debe pronunciarse sobre todos los que se presenten ante su estrado.¹³ Obviamente, como cualquier otro tribunal, el TJUE puede evaluar si tiene competencia sobre los casos que se le presentan. Tiene potestad para cuestionar de oficio la admisibilidad de la acción y, al hacerlo, sienta precedentes que gradualmente definirán de manera más o menos consistente los criterios según los cuales puede pedirse al Tribunal que se pronuncie sobre determinados asuntos. No obstante, el TJUE no goza de discrecionalidad en el sentido estricto de que pueda negarse a revisar un caso sin presentar ningún argumento, sin fundamento o por razones de oportunidad y/o necesidad política. A diferencia de la Corte Suprema de EE.UU., si el TJUE tiene poder para pronunciarse sobre un recurso recurriendo al *certiorari* es “una cuestión de derecho”, no de “discreción judicial”.¹⁴

Una consecuencia importante de la ausencia de tal poder discrecional es la capacidad limitada del Tribunal para determinar de manera autónoma su propia carga de trabajo.¹⁵ El número de casos depende principalmente de factores que son externos al Tribunal, tales como el aumento del tamaño de la UE, la extensión gradual pero constante de las competencias de la UE a nuevas áreas políticas, la mayor prominencia del accionar de la UE, la creciente constelación de intereses económicos, políticos y sociales impli-

¹³ Obsérvese, sin embargo, que el TJUE revisa las decisiones del TG solo cuando el Primer AG considera que existe “un riesgo grave de que se vea afectada la unidad o coherencia del derecho de la Unión” (artículo 62 del Estatuto del TJUE).

¹⁴ Sobre las ventajas de establecer, si no un “*certiorari* europeo”, al menos una limitación que permita la remisión prejudicial únicamente a tribunales de última instancia, véase Komárek (2007, p. 486 y ss.).

¹⁵ Craig (2001, p. 185 y ss.) examina los mecanismos que posee el TJUE para controlar el número de asuntos que se le presentan.

cados en la aplicación de la legislación de la UE, la actitud más o menos colaboradora de los tribunales nacionales, la voluntad de la Comisión de iniciar procedimientos de infracción contra los Estados miembros, el fenómeno general de la “judicialización” (la tendencia a una mayor presencia de las instituciones judiciales en la vida política y social), etc. Los factores internos, tales como si el Tribunal adopta una actitud liberal o estricta con respecto a la admisibilidad de la acción, no son tan importantes respecto del número de casos.

Tras la constante expansión de las competencias de la UE y las sucesivas ampliaciones de la UE, la actividad judicial del Tribunal ha aumentado constantemente a lo largo del tiempo. En la década de 1950, el Tribunal tenía menos de 50 casos nuevos cada año; en la década de 1960 hubo aproximadamente de 30 a 50 casos nuevos cada año y, por lo general, menos de 100; y en la década de 1970, el tribunal generalmente tenía entre 100 y 200 casos nuevos cada año (con un récord insuperable de 1324 casos nuevos en 1979). En la década de 1980, la carga de trabajo aumentó a entre 200 y 400 casos nuevos cada año; en la década de 1990 hubo entre 300 y 500 casos; desde 2001 ha habido entre 400 y 600 casos nuevos cada año (688 en 2011).¹⁶ Este aumento ha tenido un efecto adverso en la capacidad del TJUE para emitir sus sentencias en un plazo breve. En 1975, el TJUE tardaba una media de seis meses en tramitar las remisiones prejudiciales; en 1983 tardaba 12 meses; en 1988, 17 meses; y en 2003 el período promedio alcanzó un máximo de 25,5 meses y luego comenzó a disminuir a 16,8 meses en 2008 y 16,4 meses en 2011.¹⁷ Las remisiones prejudiciales representan, con mucho, la mayor fuente de casos del Tribunal: en los cinco años que van de 2007 a 2011, más de la mitad de los procedimientos ante el TJUE fueron remisiones para una decisión prejudicial.

A fin de responder a la creciente carga de trabajo, el Tribunal se ha beneficiado de la autonomía de la que disfruta para diseñar su propio reglamento y para organizar y administrar los casos. En los últimos años, el

¹⁶ Las estadísticas detalladas sobre la actividad judicial del TJUE están disponibles en el sitio web del Tribunal. Véase TJUE, Informe Anual 2011, Luxemburgo, 2012, en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/.

¹⁷ TJUE, Informe Anual 2011, cit.

Estatuto del TJUE y su Reglamento interno han sido modificados varias veces con el fin de garantizar una mayor autonomía organizativa, flexibilidad y eficiencia. Sin entrar en muchos detalles, cabe señalar que el uso de las Salas ha evolucionado considerablemente y se ha ido extendiendo hasta la situación actual en la que solo excepcionalmente los asuntos se asignan al Pleno del Tribunal o a la Gran Sala. Originalmente las Salas se utilizaban en sustitución del Tribunal en pleno solo para resolver casos relacionados con asuntos de personal. En la actualidad, el TJUE está dividido en ocho Salas compuestas por tres o cinco jueces, y la regla general es que los casos se asignan a las Salas “en la medida en que la dificultad o la importancia del caso o las circunstancias particulares no sean tales que requieran que deba asignarse a la Gran Sala” (artículo 44(3) del Reglamento de Procedimiento del TJUE).

Además, el procedimiento seguido por el Tribunal es esencialmente escrito, inquisitivo, y desde el punto de vista de un jurista acostumbrado a los procedimientos ante los tribunales nacionales se caracteriza por una gran flexibilidad e informalidad (Biavati, 2009, p. 38 y ss.; Capotorti, 1988, p. 235). La informalidad y la flexibilidad se derivan, entre otras cosas, de la disposición en virtud de la cual el TJUE puede exigir a las partes que presenten todos los documentos y proporcionen toda la información que el Tribunal considere adecuada, y también puede exigir a los gobiernos de los Estados miembros, así como a las instituciones de la UE, que proporcionen toda clase de información que el Tribunal considere necesaria. El Tribunal puede además en cualquier momento encomendar un dictamen pericial a cualquier persona u organización de su elección y puede ordenar que se realice cualquier diligencia de investigación o que se repita o amplíe una investigación anterior. El juez ponente puede presidir reuniones preparatorias informales con las partes y el Tribunal puede decidir prescindir de la parte oral del procedimiento. En la práctica, los procedimientos orales se reducen a intervenciones de los abogados de las partes en tiempos reducidos, normalmente de treinta minutos, preguntas formuladas desde el estrado y respuestas muy breves (Neville Brown y Kennedy, 2000, p. 281 y ss).

El idioma de procedimiento es elegido por el solicitante entre los idiomas oficiales de la UE, excepto cuando el demandado sea un Estado miembro, en cuyo caso el idioma del procedimiento será el idioma oficial

de dicho Estado. En los procedimientos prejudiciales, el idioma es el del órgano jurisdiccional remitente. El idioma de trabajo interno del Tribunal es, sin embargo, el francés: es el idioma en el que los jueces deliberan y el idioma en el que se redactan los informes preliminares y las sentencias.

Los resúmenes de las sentencias del Tribunal de Justicia se publican en el “Diario Oficial de la Unión Europea” (Serie C) y todas las sentencias se publican íntegramente junto con las opiniones de los Abogados Generales en los “European Court Reports”, excepto algunas sentencias menores (por ejemplo, sentencias dictadas, excepto en procedimientos prejudiciales, por Salas de tres Jueces) que, no obstante, son accesibles en el sitio de Internet del Tribunal.

1.4. Composición del Tribunal. Los jueces

Otra respuesta a la creciente carga de trabajo del TJUE fue la creación en 1989 del Tribunal de Primera Instancia (ahora TG), con la intención de aliviar la presión sobre el Tribunal mediante la creación de “un tribunal de investigación especializado en casos relacionados con los efectos económicos de situaciones de hecho complejas” (Arnull, 2006, p. 25). Otras respuestas fueron el establecimiento en 2005 del TFP, un tribunal especializado que entiende en disputas entre la UE y su servicio civil, y, lo que es más importante, el aumento en el número de miembros del TJUE. Tras varias ampliaciones graduales, el actual Tribunal de Justicia de la UE está compuesto por veintisiete jueces del TJUE, veintisiete jueces del TG y siete jueces del TFP, todos designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros por un período renovable de seis años.

Con respecto a los nombramientos de los jueces, la regla básica –originalmente una convención política derivada de la práctica de los gobiernos nacionales, más tarde una regla del Tratado establecida formalmente por el Tratado de Niza– es “un Estado, un juez”; es decir, el TJUE está compuesto por un juez de cada Estado miembro. Cada juez es propuesto por su país de origen, y en la práctica la elección hecha por el gobierno nacional nunca es cuestionada por los demás gobiernos. Por lo tanto, hasta cierto punto, el TJUE es una jurisdicción representativa, y esto plantea la pregunta: ¿que el tribunal sea representativo es compatible con su independencia? Los

miembros del TJUE siempre han sido designados de común acuerdo por los Estados miembros, sin que se haya realizado ninguna evaluación formal de su idoneidad a nivel europeo. “Es en el ambiente sofocante de los gabinetes ministeriales y las reuniones diplomáticas, resguardados de la mirada pública, que se nombran los miembros del TJUE” (Dehousse, 1998, p. 14). Dado que el mandato de los jueces es renovable, el sistema de designación ofrece a las autoridades nacionales un medio para ejercer presión sobre el Tribunal y esto plantea dudas sobre la independencia del TJUE.

Para responder a estas preocupaciones, el Tratado de Lisboa modificó el procedimiento de nombramiento y exigió a los Estados miembros que consultaran a un panel antes de nombrar a los jueces y a los Abogados Generales (AG) del Tribunal de Justicia o del Tribunal General. El panel emite una opinión no vinculante sobre la idoneidad de los candidatos (artículo 255 TFUE).¹⁸ Sin embargo, no hay duda de que la garantía “normativa” más sólida de la independencia del TJUE radica en el hecho de que las decisiones se toman colegiadamente y que las deliberaciones de los jueces se mantienen en secreto. Las sentencias no contienen indicaciones de los votos emitidos ni incluyen opiniones disidentes. Evidentemente, si se publicaran los votos y las opiniones de los jueces, los gobiernos podrían verificar y controlar a sus nominados. Además, podría decirse que una garantía no normativa sino fáctica o institucional la proporciona la fuerte identidad de grupo y la cultura institucional que el TJUE ha sido capaz de desarrollar y consolidar a lo largo del tiempo (Bell, 2003-2004; Chalmers, 1999, p. 168; Edwards, 1995, p. 556 y ss.), lo que disminuye, aunque ciertamente no pueda excluir por completo, el riesgo de que un juez actúe como instrumento dócil de su gobierno de origen.

De todos modos, existe poca información sobre cómo los Estados miembros seleccionan a sus jueces; tampoco se ha realizado un estudio exhaustivo sobre quiénes son esos jueces, su procedencia social y sus preferencias políticas.¹⁹ Sabemos que los jueces del TJUE son principalmente

¹⁸ Sobre los efectos del establecimiento del panel consultivo, véase Dumbrovský, Petkova y Van Der Sluis (2014).

¹⁹ Las excepciones notables son Kenney (1999) y Rasmussen (1986). Trabajos recientes de historia del derecho han iniciado a investigar el primer TJUE y la comunidad legal que lo rodea: véase e.g. Pennera (1995) y Cohen (2007).

profesores, a menudo de derecho comunitario, comparado o internacional; la mayoría de ellos ha tenido experiencia judicial previa en su Estado de origen, a menudo como jueces de los tribunales supremos o tribunales constitucionales. Frecuentemente tienen antecedentes profesionales como funcionarios públicos de jerarquía, como políticos y como abogados. Mientras que el primer TJUE incluyó miembros que no tenían experiencia judicial previa (por ejemplo, un sindicalista y un economista) y juristas de bajo perfil próximos a jubilarse, hoy en día es bastante alta la exigencia de que posean experiencia técnica, conocimiento legal y prestigio profesional, con predominio del componente académico. Pero de los jueces del TJUE no sabemos mucho más. A pesar del enfoque “contextual” e inspirado en la ciencia política de muchos de los estudios actuales sobre la UE, e incluso a pesar de la tendencia a abandonar un enfoque puramente jurídico-dogmático, la teoría jurídica dominante ha sido en gran medida insensible frente al llamamiento de Martin Shapiro a “exponer [...] la carne humana de los jueces [del TJUE]” (Shapiro, 1980, p. 540).

1.5. Los abogados generales

El TJUE es asistido por ocho Abogados Generales. Su presencia es una característica original del TJUE inspirada en los *Commissionaires du Gouvernement* que comparecen ante el *Conseil d'Etat* francés. No participan directamente en las deliberaciones del Tribunal, pero están sujetos a las mismas condiciones de contratación y son designados mediante el mismo procedimiento que los jueces. Además, están sujetos a los mismos deberes de imparcialidad e independencia, reciben el mismo salario y, según el TJUE, “tienen el mismo estatuto que los Jueces, en particular en lo que respecta a la inmunidad y las causas por las que pueden ser destituidos”.²⁰ Su tarea es emitir una opinión escrita después de la audiencia y antes de la sentencia para ayudar al Tribunal a tomar su decisión. En el dictamen, el AG revisa

²⁰ Asunto C-17/98, *Emesa Sugar* [2000] ECR I-665, párr. 11. Véase también el artículo 6 del Reglamento de Procedimiento del TJUE: “Los jueces y abogados generales tendrán la misma precedencia según su antigüedad en el cargo”.

los hechos del caso, valora los argumentos y alegatos de las partes y de los demás intervinientes en el proceso, analiza el derecho existente y los precedentes, y finalmente se pronuncia sobre cómo el Tribunal debería decidir el caso. Por lo tanto, el AG actúa como una especie de *amicus curiae* institucionalizado; un *amicus curiae*, sin embargo, que pertenece al Tribunal.

Según Burrows y Greaves, los AG ayudan al Tribunal básicamente de cuatro maneras diferentes: promoviendo la innovación a partir de un enfoque teleológico, promoviendo la consolidación de la jurisprudencia y de la legislación existente, argumentando en contra de los precedentes y defendiendo una interpretación estricta (Burrows y Greaves, 2007, p. 293 y ss.). La mayor parte de la opinión suele estar dedicada a un cuidadoso, detallado y “casi académico” análisis de la jurisprudencia del TJUE. Esto demuestra “en toda su extensión el respeto otorgado a la jurisprudencia del Tribunal [que] claramente constituye una ‘fuente de derecho’ y, por lo tanto, posee fuerza jurídica independiente” (Lasser, 2004, p. 116). El razonamiento jurídico del AG es mucho más abierto y sincero que el razonamiento jurídico del Tribunal y, a menudo, toma en cuenta factores tales como cuestiones presupuestarias y económicas, preocupaciones pragmáticas, problemas políticos, argumentos basados en la equidad, sentencias extranjeras y artículos académicos que podrían ejercer una fuerza persuasiva sobre las deliberaciones del TJUE, sin que sean adoptados explícitamente en la sentencia final.

Aunque es difícil evaluar la influencia general de las opiniones de los AG en las deliberaciones del Tribunal²¹, su importancia para el razonamiento jurídico del TJUE está fuera de toda duda. Como muestra el análisis de la Muestra, los argumentos de los AG son a menudo confirmados y reiterados por el Tribunal utilizando fórmulas del tipo: “como observó/ indicó/señaló correctamente el Abogado General en el párrafo. de su opinión”²². Lo que es más importante, las opiniones son indispensables para comprender cuáles argumentos influyeron en el Tribunal sin que hayan

²¹ Para una evaluación de esa influencia, véase Tridimas (1997) y Ritter (2006).

²² 13 referencias en ocho sentencias: *Antonissen* [1991], párr. 20; *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 34; *Bosman* [1995], párr. 53, 99 and 110; *Köbler* [2003], párr. 48; *Pupino* [2005], párr. 42 and 48; *Traghetti del Mediterraneo* [2006], párr. 36 and 41; *Mangold* [2005], párr. 53 and 73; *Laval* [2007], párr. 48.

sido adoptados explícitamente en la sentencia final y cuáles argumentos han sido rechazados implícitamente. Las sentencias del TJUE deberían ser un texto autosuficiente, pero en realidad, si queremos comprender completamente su significado, debemos tener en cuenta las opiniones de los AG. Como argumentó convincentemente Mitchel Lasser, no podemos apreciar las características específicas del razonamiento jurídico del TJUE sin tener en cuenta su “estructura bifurcada”:

“[E]l TJUE produce dos modelos argumentativos. En el ámbito de la decisión oficial del TJUE opera el discurso de la aplicación judicial y deductiva del derecho de la UE. En el ámbito de los Dictámenes del AG [...] opera el discurso de la construcción personal y subjetiva de soluciones judiciales dirigidas a la obtención de ciertos fines” (Lasser, 2004, p. 141).

2. Argumentos en el Razonamiento Constitucional

2.1. “Razonamiento Constitucional” en el TJUE

Por las razones esbozadas anteriormente, la expresión “razonamiento constitucional” puede ser entendida de maneras diferentes.

En primer lugar, el TJUE se involucra en un razonamiento constitucional *sensu stricto* cuando interpreta los Tratados para pronunciarse sobre la validez del derecho derivado de la UE. En los procedimientos de nulidad y en los procedimientos prejudiciales sobre la validez del derecho de la UE, el TJUE es, en todos los sentidos, un tribunal constitucional, al menos según la definición de “constitución” que adoptamos, y los Tratados son, como declaró solemnemente el mismo TJUE, la “carta constitucional básica de una Comunidad basada en el Estado de derecho”.²³ En ese contexto, la expresión “razonamiento constitucional” puede ser usada para hacer referencia exclusivamente al razonamiento que se basa en el texto de los Tratados o que tiene por objeto exponer y desarrollar su sentido.

²³ Les Verts [1986], párr. 23. En la Muestra, sobre el Tratado como “carta constitucional”, véase también Opinión 1/91 [1991], párr. 21; *Kadi* [2008], párr. 281.

En segundo lugar, el TJUE lleva adelante un razonamiento constitucional *sensu lato* cuando evalúa la “validez europea” de la legislación y las prácticas nacionales en procedimientos prejudiciales sobre la interpretación del derecho de la UE. En este caso, el objeto de la interpretación no se limita a los Tratados, sino que comprende todo el derecho de la UE. Como se ha mencionado, este tipo de competencia constitucional del Tribunal no es exclusiva (la competencia para anular la legislación nacional pertenece principalmente a los tribunales nacionales), no es suprema (los tribunales nacionales no consideran que el TJUE esté dotado de autoridad última y suprema) y no es directa (la intervención de los tribunales nacionales es necesaria para eliminar el conflicto entre el derecho nacional y el derecho de la UE).

La naturaleza indirecta de la competencia constitucional *sensu lato* del TJUE tiene una consecuencia importante para nuestra investigación. En casi todos los procedimientos prejudiciales decididos por el Tribunal, no es siempre claro si está ejerciendo su competencia constitucional *sensu lato*, controlando indirectamente el cumplimiento de la legislación de la UE por parte de los Estados miembros, o si simplemente está haciendo lo que dice que está haciendo, es decir, está interpretando el derecho de la Unión para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente. Para los propósitos de este estudio, el concepto *sensu lato* de razonamiento constitucional es definitivamente demasiado amplio, ya que, para cada caso analizado en la investigación, la pregunta difícil seguiría abierta: ¿se trata realmente de un razonamiento constitucional o es solo una interpretación ordinaria de la legislación de la UE? Las respuestas a esa pregunta no pueden sino ser especulativas y controvertidas.

Por tanto, analizaremos únicamente los argumentos adoptados por el TJUE respecto de la interpretación de los Tratados. Lo que puede denominarse razonamiento constitucional *sensu stricto*, aun cuando se trate de un tipo de razonamiento que puede emplearse no solo en casos de acción de nulidad y cuestiones prejudiciales sobre la validez del Derecho de la UE, sino también en cualquier otro tipo de procedimiento judicial ante el Tribunal. No hemos considerado los argumentos adoptados por el TJUE para interpretar la legislación secundaria de la UE.

Por ello, no es de extrañar que encontremos sentencias en las que no se ofrece argumento alguno en apoyo de la conclusión interpretativa a la que llega el Tribunal. En el caso *Stauder* (1969), por ejemplo, el Tribunal proporcionó varios argumentos de interpretación no constitucional dirigidos a demostrar que “interpretada de esta manera, la disposición en cuestión no contiene nada capaz de lesionar los derechos humanos fundamentales”. Argumentos que no pueden ser considerados a los efectos de nuestra investigación. Respecto de la interpretación constitucional, el Tribunal se limitó a afirmar que “los derechos humanos fundamentales [están] consagrados en los principios generales del derecho comunitario y protegidos por el Tribunal” sin aportar ningún argumento.²⁴

2.2. Analogías

Encontramos 8 sentencias en las que el Tribunal recurrió al razonamiento analógico. En *Bosman* (1995) el Tribunal consideró el argumento por analogía simplemente para descartarlo como irrelevante para el caso. En *Bosman*, el Tribunal sostuvo que “[l]a argumentación basada en puntos de supuesta similitud entre el deporte y la cultura [no puede] aceptarse” porque la cuestión discutida en el caso se refería “al alcance de la libre circulación de los trabajadores. que es una libertad fundamental en el sistema comunitario”.²⁵

En la gran mayoría de los casos en que se recurre a la analogía, el Tribunal, tal como él mismo reconoce, se limita a hacer referencia a un precedente propio que puede ser aplicado al caso actual “por vía de analogía”. No hay identidad entre la decisión pasada y el caso actual, pero hay de todos modos algunas similitudes que sugieren que la decisión anterior puede extenderse para cubrir el nuevo caso. El razonamiento basado en precedentes y el razonamiento por analogía son tipos de argumentos diferentes.²⁶ Por tanto, hemos considerado como analogía solo aquellos casos

²⁴ *Stauder* [1969] párr. 7.

²⁵ *Bosman* [1995], párr. 78.

²⁶ Véase Lamond (2008), Schauer (2008) y Schauer (2009, p. 85 y ss.).

en los que el Tribunal no se limita a aplicar un precedente, sino que declara explícitamente que está recurriendo a un razonamiento analógico basado en precedentes.²⁷

Un caso interesante de razonamiento analógico no basado en precedentes es *Brasserie du Pêcheur* (1996).²⁸ Aquí en realidad tenemos dos analogías diferentes. En primer lugar, el Tribunal sostuvo que una regla de derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado se aplica “a fortiori en el ordenamiento jurídico comunitario” (el argumento a fortiori puede considerarse como un caso de argumentación analógica). En segundo lugar, sostuvo que “las condiciones en que el Estado puede incurrir en responsabilidad, no pueden, a falta de una justificación específica, diferir de las que determinan la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias similares”.²⁹

Otro ejemplo es el “caso ERTA” (1971) en el que la analogía podría parecer a primera vista un argumento a contrario.³⁰ El Tribunal señaló que las únicas materias explícitamente excluidas del ámbito de aplicación de la acción de nulidad son las recomendaciones o los dictámenes, y que el Tratado establece que las recomendaciones o los dictámenes no tienen efectos vinculantes. Teniendo en cuenta la *ratio legis* de esa disposición sobre el alcance de la acción de nulidad, se sigue que la acción debe entonces en principio admitirse respecto de todos los actos jurídicos que produzcan efectos obligatorios, tales como las actuaciones del Consejo relativas a la negociación y celebración de un acuerdo internacional (el Acuerdo Europeo de Transporte Ferroviario - ERTA) siempre que se pretenda que tengan fuerza legal.

²⁷ *Francoovich* [1991], párr. 21 y 43; *Advocaten voor de Wereld* [2007], párr. 59; *Laval* [2007], párr. 87; *Viking* [2007], párr. 34 y 40; *Kadi* [2008], párr. 224.

²⁸ *Brasserie du Pêcheur* [1996]. Langenbucher analiza extensamente *Brasserie du Pêcheur* para brindar un ejemplo de razonamiento analógico del TJUE pero destaca pasajes de la sentencia que no pueden considerarse analogías a los efectos de esta investigación (1998, p. 516 y ss.).

²⁹ *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 34 y 42.

³⁰ Asunto C-22/70 [1971], párr. 39.

2.3. Aplicabilidad de los Tratados

No es de extrañar que hayamos encontrado que al menos un 1/4 de las sentencias de la Muestra (11 sentencias precisamente) se refieren a la aplicabilidad de los Tratados al caso objeto de decisión, o que se pronuncien sobre la cuestión sin ofrecer ningún argumento explícito al respecto. Las competencias de la UE se rigen por el principio de atribución: “la Unión actuará únicamente dentro de los límites de las competencias que le hayan sido atribuidas por los Estados miembros en los Tratados, para alcanzar los objetivos allí establecidos. Las competencias que no hayan sido atribuidas a la Unión por los Tratados siguen siendo de los Estados miembros” (artículo 5, apartado 2, del TUE). El ordenamiento jurídico de la UE es un ordenamiento jurídico sectorial que no pretende ser completo, en el sentido de proporcionar una solución para todas las controversias posibles: ciertas cuestiones quedan fuera del ámbito de aplicación del derecho de la UE. Por lo tanto, la cuestión de la aplicabilidad de los Tratados es bastante común en los litigios sobre derecho de la UE. Por un lado, la denominada distribución “vertical” de competencias entre la UE y los Estados miembros es objeto de frecuentes controversias sobre las que el Tribunal suele tener que pronunciarse; por otro lado, en casi todos los procedimientos legales ante el TJUE, el tribunal remitente, las partes o los Estados miembros intervinientes pueden considerar apropiado plantear la cuestión de si el asunto entra dentro del ámbito del derecho de la UE y, en su caso, cuestionar la jurisdicción del TJUE o la competencia de la UE.

En todos los casos, excepto en uno, el TJUE dictaminó que el asunto caía dentro del alcance del derecho de la UE y que una determinada disposición del Tratado debía ser aplicada al caso. La excepción es *Grogan*: el Tribunal dictaminó que la prohibición irlandesa sobre la distribución de información relativa a las clínicas donde se realizan abortos constituye una limitación a la libertad de expresión y no puede ser considerada una restricción a la libertad de prestación de servicios.³¹

Los argumentos que apoyan la conclusión sobre la aplicabilidad de los Tratados no comparten ningún rasgo estructural y pueden ser muy

³¹ *Grogan* [1991], párr. 27

diversos entre sí: consideraciones teleológicas, argumentos de armonización, principios implícitos, etc. Sin embargo, en la jurisprudencia del TJUE encontramos una forma peculiar de argumentar la decisión favorable a la aplicabilidad de los Tratados, un argumento tradicional que se ha denominado “fórmula de los poderes retenidos” y que es prácticamente capaz de eliminar o superar todo límite positivo a la aplicabilidad de la legislación de la UE (Azoulai, 2011). Si bien la formulación clásica de esta doctrina se puede encontrar en el caso *Schumacker* (1995) y en el caso de los “barcos pesqueros británicos” de 1991 (“los poderes retenidos por los Estados miembros deben, no obstante, ejercerse de conformidad con el derecho comunitario”)³² y sus orígenes se remontan a los casos *Steenkolenmijnen* (1961) y *Casagrande* (1974)³³ (decisiones no incluidas en la Muestra), en nuestro estudio encontramos la misma tesis expresada con palabras ligeramente diferentes en *Viking* (2007) y *Laval* (2007): “incluso si, en los ámbitos que quedan fuera del alcance de la competencia de la Comunidad, los Estados miembros son, en principio, libres de establecer las condiciones que rigen la existencia y el ejercicio de los derechos en cuestión, sigue siendo el caso que, al ejercer esa competencia, los Estados miembros deben, no obstante, cumplir el Derecho comunitario”.³⁴

2.4. Significado ordinario de las palabras

Las cuarenta sentencias analizadas en la investigación han sido consideradas decisiones fundamentales en virtud de su impacto en la cultura jurídica y política de los Estados miembros (p. ej., *Lütticke*, *Simmenthal*, *Factortame*), de su contribución a la instalación del mercado común (p. ej., *Dassonville* y “*Cassis de Dijon*”), o de su influencia en el desarrollo del

³² Asunto C-279/93, *Schumacker* [1995] ECR I-225, párr. 21; Asunto C-246/89, *Commission v United Kingdom* [1991], ECR I-04585, v. 12.

³³ Asunto C-30/59, *Steenkolenmijnen* [1961] ECR 3, 24; Case 9/74, *Casagrande* [1974] ECR 773, párr. 12. Véase también Asuntos acumulados C-6 y 11/69 *Commission v. France* [1969] ECR 523, párr. 17 (“El ejercicio de los poderes reservados no puede, por tanto, dar lugar a la adopción unilateral de medidas prohibidas por el Tratado”).

³⁴ *Viking* [2007], párr. 40; *Laval* [2007], párr. 87 (con una redacción ligeramente diferente).

derecho comunitario y la llamada “constitucionalización” de los Tratados. Por lo tanto, no sorprende que los argumentos literales estén casi ausentes en la muestra.

Encontramos seis casos en los que se hizo referencia al texto del Tratado para proporcionar un argumento a favor o en contra de una determinada interpretación. En tres casos, el argumento literal fue efectivamente considerado y finalmente rechazado por el Tribunal, sobre la base de consideraciones teleológicas y de armonización.³⁵ En *Van Gend en Loos* y en *Costa*, la referencia al texto del Tratado es bastante desconcertante porque no resulta claro qué incidencia tiene el texto respecto del argumento defendido por el Tribunal.³⁶ Encontramos, en cambio, los mejores ejemplos de argumento literal en *Kadi*.³⁷

Dada la naturaleza de la muestra analizada, no es posible resaltar la importancia de este hallazgo. Sin embargo, vale la pena mencionar que, según muchos estudiosos y críticos del TJUE, la relativa poca importancia dada a los argumentos literales es una característica distintiva del razona-

³⁵ *Defrenne II* [1976], párr. 27 (“los términos del artículo 119 no pueden ser invocados para invalidar esta conclusión”); *Antonissen* [1991], párr. 9 y ss., rechazando la interpretación basada en “la estricta redacción de artículo 48”; Opinión 1/91 [1991], párr. 14. Si bien no se ocupa de la interpretación del Tratado, la siguiente afirmación en *Grad* [1970], párr. 12-14, es reveladora del enfoque general del Tribunal: “Es cierto que una interpretación literal... de la decisión podría llevar a la opinión de que... Sin embargo, tal interpretación no se correspondería con el objetivo de las directivas en cuestión... Además, el objetivo de la decisión del 13 de mayo de 1965 solo puede lograrse a nivel comunitario...”

³⁶ *Van Gend en Loos* [1963], 13 (“La redacción del artículo 12 contiene una clara e incondicional prohibición que no es una obligación positiva sino negativa. ... La naturaleza misma de esta prohibición la hace idealmente [sic] aptada para producir efectos directos”). Un argumento análogo en *Costa* [1964], 597. No está claro, sin embargo, por qué el carácter negativo en lugar de positivo de la obligación impuesta por el Tratado debería tener alguna consecuencia sobre la cuestión del efecto directo, y de hecho ese criterio ya fue abandonado en *Lütticke* [1966].

³⁷ *Kadi* [2008], párr. 166 y ss. (las medidas restrictivas decididas en base a los artículos 60 CE y 301 CE deben tomarse contra terceros países, tal como se establece expresamente en estas disposiciones, y no pueden estar dirigidas a personas o entidades presentes en un tercer país, como propone la Comisión) y 199 y ss. (las medidas adoptadas en virtud del artículo 308 CE deben referirse al “funcionamiento del mercado común” que, habida cuenta de la “redacción clara y precisa” de la disposición, no puede considerarse que incluya los objetivos de Política Exterior y de Seguridad Común).

miento jurídico del TJUE.³⁸ Esta característica afecta ante todo la interpretación del Tratado, pero concierne también, aunque en menor medida, a la interpretación del Derecho derivado. Si bien es particularmente evidente en las decisiones más importantes del TJUE, también se puede encontrar, como es obvio, en sentencias menos influyentes.

Además, la relativa poca importancia de los argumentos literales se refleja en varias afirmaciones del Tribunal que sugieren la existencia de una especie de jerarquía entre los argumentos jurídicos. Dentro de la Muestra, el Dictamen 1/91 es ilustrativo al respecto: “El hecho de que las disposiciones del convenio y las correspondientes disposiciones comunitarias estén redactadas de manera idéntica no significa que deban interpretarse necesariamente de la misma manera”, pues el intérprete debe tener en cuenta los “objetivos” (argumentos teleológicos) y el “contexto” (argumentos armonizadores) del acuerdo internacional y del Tratado CEE (párr. 14).

En otras sentencias, no incluidas en la Muestra, podemos encontrar afirmaciones contradictorias en cuanto a la fuerza y la jerarquía del argumento literal. En ocasiones, el Tribunal ha señalado que “no está facultado para asumir el papel del legislador comunitario e interpretar una disposición de manera contraria a su formulación expresa”³⁹ y que el principio de seguridad jurídica le impide apartarse del significado ordinario de la disposición⁴⁰; en otras ocasiones, el Tribunal ha señalado que debe descartarse el significado literal si contradice la finalidad de la disposición.⁴¹

³⁸ Entre los críticos del TJUE, las referencias estándar son (Rasmussen, 1986); (Neill, 1995); (Hartley, 1998, p. 78);(Hartley, 1996). Y, más recientemente, véase Herzog y Gerken (2008): “ignora deliberada y sistemáticamente los principios fundamentales de la interpretación occidental del derecho... sus decisiones se basan en una argumentación descuidada”.

³⁹ Asuntos acumulados C310/98 and C406/98 *Met-Trans and Sagpol* [2000] ECR I1797, párr. 32.

⁴⁰ Asunto C-361/06, *Feinchemie Schwebda* [2008] ECR I- 3865, párr. 50: “Dado que la redacción... es clara e inequívoca, la interpretación... es la única interpretación compatible con el principio de seguridad jurídica, según el cual la legislación comunitaria debe permitir a los interesados conocer con precisión el alcance de las obligaciones que les impone”. Véase también el asunto C-161/06, *Skoma-Lux* [2007] ECR I-10841, párr. 36 and 38.

⁴¹ Por ejemplo, *Grad* [1970], párr. 12-14.

2.5. Argumentos de armonización internos

Este argumento es bastante habitual en la Muestra, encontramos 21 sentencias que lo contienen. En realidad, esta categoría comprende más de un argumento, ya que consiste en una familia de argumentos que comparten la misma característica estructural, a saber, la de fundar una determinada interpretación mediante referencia a otras normas o conjunto de normas.

Así, bajo el epígrafe “argumentos de armonización” agrupamos, en primer lugar, los casos en los que el Tribunal hace alguna referencia genérica al “espíritu del Tratado”, “al esquema completo del Tratado”, al “sistema” establecido por el Tratado o por una disposición o grupo de disposiciones del Tratado, al “sistema general del Tratado y sus principios fundamentales”, etc., sin especificar cuáles son las disposiciones que articulan o encarnan ese “espíritu” y “sistema”. A la jurisprudencia del TJUE no le faltan referencias genéricas de este tipo.⁴²

En segundo lugar, encontramos numerosos casos en los que el Tribunal aclara las relaciones entre diferentes disposiciones del Tratado y construye la regla del caso mediante una interpretación de conjunto de una pluralidad de disposiciones. En estos casos, el Tribunal no se limita a evocar el esquema del Tratado, sino que lo concretiza mediante la interpretación conjunta de un conjunto de disposiciones.⁴³

En tercer lugar, bajo el epígrafe “argumentos de armonización” agrupamos casos en los que el Tribunal manifiesta que una determinada interpretación del Tratado es “confirmada” o “soportada” por otras disposiciones del Tratado, o en los que afirma seguir consideraciones dictadas por “la necesaria coherencia” con otras disposiciones del Tratado de la disposición objeto de interpretación. O casos en los que se interpreta una disposición a la luz de algún “principio fundamental” del derecho comunitario para evitar conflictos internos e incongruencias.⁴⁴

⁴² Por ejemplo, *Costa* [1964]; Asunto C-22/70, *ERTA* [1971], párr. 15; *Defrenne II* [1976], párr. 7.

⁴³ Por ejemplo, Asunto C-22/70, *ERTA* [1971], párr. 22; *Defrenne II* [1976], párr. 63; *CILFIT* [1982], párr. 10.

⁴⁴ Por ejemplo, *Costa* [1964]; *Foto-Frost* [1987], párr. 16 y 17; Opinión 1/91 [1991], párr. 71; *Kadi* [2008], párr. 309.

En cuarto lugar, hemos considerado como casos de argumentación de armonización aquellos casos en los que el Tribunal adopta una determinada interpretación para no “privar de sentido” otros principios del derecho comunitario que, de lo contrario, perderían su “eficacia esencial” o para que no se vea comprometida la consecución de los objetivos establecido en los Tratados. Estos casos difieren de los anteriores en cuanto incluyen una evaluación de los efectos prácticos de la interpretación propuesta y se refieren a los objetivos, fines, propósitos, etc., establecidos por el Tratado. Por lo tanto, este tipo de argumento armonizador es de naturaleza mixta y puede considerarse también como una instancia de argumentación teleológica: es un argumento teleológico en el que el Tribunal declara que tiene la intención de evitar un conflicto con los objetivos perseguidos por el Tratado en su conjunto o por determinadas disposiciones del Tratado.⁴⁵

Finalmente, consideramos como instancias de argumentos de armonización aquellos argumentos que se refieren a la “*sedes mater*”, es decir, argumentos basados en la estructura sistemática interna de los Tratados, tal como los diseñó el legislador.⁴⁶

2.6. Armonización con el derecho internacional

Encontramos 14 casos en los que el Tribunal se refiere a fuentes de derecho internacional para fundar la interpretación del Tratado. La gran mayoría de las referencias consiste en una cita literal o casi literal de la fórmula de *Nold*: “los tratados internacionales de protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han colaborado o de los que son signatarios pueden proporcionar pautas a ser seguidas en el marco del derecho

⁴⁵ Por ejemplo, *Traghetti del Mediterraneo* [2006], párr. 36; *Advocaten voor de Wereld* [2007], párr. 42; *Laval* [2007], párr. 98.

⁴⁶ Por ejemplo, Asunto C-22/70, *ERTA* [1971], párr. 14 (“esta disposición, colocada al inicio de la sexta parte del Tratado, dedicada a las ‘disposiciones generales y finales’, significa que...”); *Defrenne II* [1976], párr. 15 (“dado que el artículo 119 aparece en el contexto de la armonización de las condiciones de trabajo...”); *van Gend en Loos* [1963] ECR I (“Esta disposición se encuentra al comienzo de la parte del Tratado...”); *Costa* [1964] (“Este artículo, situado en el capítulo dedicado a la ‘aproximación de las leyes’, tiene por objeto...”).

comunitario⁴⁷. En seis casos el TJUE hizo referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁸ y en cuatro casos encontramos referencias a la jurisprudencia del TEDH.⁴⁹ Además, el Tribunal hizo referencia a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo⁵⁰ y a los principios generales del derecho internacional y del derecho internacional consuetudinario.⁵¹ Sin embargo, particularmente en los casos en que el Tribunal menciona la fórmula de *Nold*, está lejos de ser obvio si la referencia a los derechos humanos tiene alguna relación directa con el resultado del caso o es simplemente de naturaleza retórica y declamatoria.

2.7. Precedentes

El Tribunal ha hecho referencia a su jurisprudencia previa desde el comienzo mismo de su actividad: el primer ejemplo se puede encontrar ya en un caso de 1955⁵² y en 1956 el Tribunal citó un propio precedente como base para la tesis de que ciertas disposiciones del Tratado CECA tienen un “carácter fundamental”.⁵³ Las referencias a su jurisprudencia se hicieron cada vez más frecuentes en la década de 1970 y especialmente en la década de 1980, posiblemente como consecuencia de la adhesión del Reino Unido e Irlanda en 1973 (Schermers y Waelbroeck, 2001, p. 135); (Everling, 1987, p. 163). *Contra* (Koopmans, 1982, p. 18). Hoy en día, la práctica de basarse en precedentes está firmemente establecida y casi todas las decisiones del Tribunal contiene tanto extensas referencias a la jurisprudencia como citas del tipo copiar y pegar de sentencias anteriores.

⁴⁷ Asunto C-4/73, *Nold* [1974] ECR 491, párr. 13. Véase, e.g., *Hauer* [1979], párr. 15; *Wachauf* [1989], párr. 17; Asunto C-260/89, *ERT* [1991], párr. 41; *Viking* [2007], párr. 43; *Laval* [2007], párr. 90; *Kadi* [2008], párr. 283.

⁴⁸ *Hauer* [1979], párr. 17; *ERT* [1991], párr. 41; *Bosman* [1995], párr. 79; *Pupino* [2005], párr. 58; *Advocaten voor de Wereld* [2007], párr. 45 and 49; *Viking* [2007], párr. 43.

⁴⁹ *Köbler* [2003], párr. 49; *Pupino* [2005], párr. 60; *Advocaten voor de Wereld* [2007], párr. 50; *Kadi* [2008], párr. 256 and 311.

⁵⁰ *Defrenne II* [1976], párr. 20; *Viking* [2007], párr. 43; *Laval* [2007], párr. 90.

⁵¹ *van Duyn* [1974], párr. 22; *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 34; *Köbler* [2003], párr. 32.

⁵² Asunto C-4/54, *Industrie Siderurgiche Associate* [1955] ECR 91.

⁵³ Asuntos acumulados C-7 y 9/54, *Groupement des industries* [1956] ECR 175.

Tal evolución se refleja en el análisis que hemos realizado. El primer argumento basado en precedentes que encontramos es una referencia genérica y sin nombre a la decisión tomada en *Defrenne* (1976)⁵⁴; la primera referencia explícita está en *Ratti* (1979).⁵⁵ A partir de *Ratti* solo encontramos dos sentencias en que no se hace referencia explícita a su jurisprudencia,⁵⁶ mientras que todos los demás casos contienen referencias extensas y detalladas a sentencias anteriores del Tribunal. En un caso analizado, el Tribunal revocó (casi) explícitamente una decisión anterior.⁵⁷ En general, encontramos 27 sentencias en las que el TJUE ha utilizado el argumento de los precedentes.

2.8. Conceptos y principios implícitos

Encontramos 20 sentencias en las que se invocan conceptos y principios no mencionados en el texto de los Tratados como argumentos a favor de una determinada interpretación constitucional. Tales conceptos y principios son el resultado de la construcción jurídica llevada a cabo por el Tribunal: no son producto de la interpretación del Tratado (no están expresados en ninguna disposición) sino que resultan de un conjunto heterogéneo de razonamientos no-interpretativos (muchas veces implícitos). Algunos de estos conceptos y principios constituyen el “derecho constitucional viviente” de la UE y la razón por la que a menudo se piensa que la UE tiene un origen internacional pero una naturaleza constitucional. En este sentido, el TJUE estableció que “[a] diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado CEE ha creado su propio sistema legal”⁵⁸ y que “los derechos humanos fundamentales [están] consagrados en los principios generales del derecho comunitario y protegidos por el Tribunal”.⁵⁹

⁵⁴ *Defrenne II* [1976], párr. 31 (“...como ya ha constatado el tribunal en otros contextos...”).

⁵⁵ *Ratti* [1979], párr. 19 (“a este respecto, la jurisprudencia sostenida del tribunal, reafirmada recientemente en la sentencia de 1 de febrero de 1977 en el caso 51/76...”).

⁵⁶ *Foglia* [1980]; *Antonissen* [1991].

⁵⁷ Asunto C-70/88, “*Chernobyl*” [1990], párr. 16.

⁵⁸ *Costa* [1964].

⁵⁹ *Stauder* [1969] párr. 7. Véase también *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] párr. 4.

El Tribunal inventó los principios de “uniformidad y eficacia del derecho comunitario”, sostuvo que “el derecho derivado del Tratado, fuente independiente de derecho, no puede, por su propia naturaleza, ser anulado por normas de derecho estatal”⁶⁰ y que “el derecho a la reparación es el corolario necesario del efecto directo”.⁶¹ El Tribunal sentó la piedra angular del mercado común –el principio de reconocimiento mutuo⁶²– y teorizó la existencia de un “equilibrio institucional” entre las distintas instituciones comunitarias –equilibrio que el Tribunal debe ser capaz de mantener controlando la observancia de las distintas prerrogativas de las instituciones cuando así lo requiera una de ellas.⁶³ Finalmente, el Tribunal ha creado la regla según la cual en caso de laguna normativa “corresponde al Tribunal. pronunciarse sobre tal cuestión de conformidad con los métodos de interpretación generalmente aceptados, en particular por referencia a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario y, en su caso, a los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros”.⁶⁴

Además, desde el inicio de su actividad, el Tribunal ha creado una jerarquía valorativa (“axiológica”) entre algunas de las disposiciones del Tratado, calificando como “fundamental” el derecho o principio correspondiente (por ejemplo, el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, la libre circulación de trabajadores, la libre circulación de mercancías, etc.); luego, sobre la base de ese carácter fundamental de ciertas disposiciones, el TJUE ha establecido ciertas presunciones interpretativas. Por ejemplo, en *Defrenne II* (1976) el Tribunal afirmó que “este doble objetivo, a la vez económico y social, demuestra que el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad [...] por lo que, al interpretar esta disposición, es imposible basar cualquier argumento en la morosidad y las resistencias que han retrasado la implementación real de este principio básico en determinados Estados

⁶⁰ *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] párr. 3; véase también *Simmenthal* [1978], párr. 17 (“principio de precedencia del derecho comunitario”).

⁶¹ *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 22

⁶² “*Cassis de Dijon*” [1979], párr. 14

⁶³ Asunto C-70/88, «Chernobyl» [1990], párr. 21

⁶⁴ *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 27

miembros”.⁶⁵ En Antonissen (1991) el Tribunal afirmó que “la libre circulación de los trabajadores constituye uno de los fundamentos de la Comunidad y, en consecuencia, las disposiciones que establecen dicha libertad deben ser interpretadas en sentido amplio”.⁶⁶ De manera análoga, en Van Duyn (1974) el Tribunal enfatizó que el concepto de política pública debe interpretarse estrictamente cuando se utiliza como “una justificación para derogar el principio fundamental de la libre circulación de trabajadores”.⁶⁷

Esta manera de razonar puede ser considerada, de manera alternativa o conjunta, como un recurso a un principio implícito (mientras que el principio que el Tribunal considera fundamental para la Comunidad es explícito, su carácter fundante o fundamental depende de una jerarquía implícita, una jerarquía que no ha sido establecida por el Tratado sino creada por el Tribunal), como argumento no jurídico (la jerarquía es valorativa, axiológica, ya que depende de una elección del intérprete), o como argumento de armonización (ya que la construcción de jerarquías axiológicas es una herramienta común de la interpretación sistemática).

En esta investigación, hemos adoptado la primera opción.

2.9. Fórmulas lingüístico-lógicas basadas en el silencio

Como es bien sabido (Schermers y Waelbroeck, 2001, p. 12), el TJUE es muy reacio a adoptar *un argumentum a contrario* e incluso en algunas de sus primeras decisiones teorizó de manera explícita sobre este punto: “solo es admisible un argumento a la inversa cuando ninguna otra interpretación

⁶⁵ *Defrenne II* [1976], párr. 12-14.

⁶⁶ *Antonissen* [1991], párr. 11. Esta presunción interpretativa ya había sido establecida en el Asunto C-139/85, *Kempf v Staatssecretaris van Justitie* [1986] ECR 1741, párr. 13. Sobre la libre circulación de mercaderías como principio fundamental, véase *Schmidberger* [2003], párr. 51, 60 y 78.

⁶⁷ *Van Duyn* [1974], párr. 18. Véase también *Omega* [2004], párr. 30: “el concepto de ‘orden público’ en el contexto comunitario, en particular como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, debe interpretarse restrictivamente”.

resulta apropiada y compatible con la disposición y su contexto y con la finalidad de esta”⁶⁸

En la Muestra encontramos cinco sentencias que emplean el *argumentum a contrario*, y en cuatro de ellas el argumento fue rechazado explícitamente. El Tribunal sostuvo, por ejemplo, que en el sistema de los Tratados la existencia del procedimiento de infracción no excluye que los particulares puedan alegar la violación del derecho comunitario ante los tribunales estatales cuando el Estado no ha cumplido una obligación que tiene efecto directo⁶⁹, y que del hecho de que, según el artículo 189 CEE, las normas sean directamente aplicables, no se sigue que “otras categorías de actos jurídicos mencionados en dicho artículo no puedan jamás producir efectos similares”⁷⁰

El único caso en el que el argumento fue adoptado por el Tribunal es *Faccini Dori* (1994), allí sostuvo que las directivas no pueden tener efecto directo porque la Comunidad está autorizada a imponer obligaciones a los individuos con efecto inmediato “solo cuando está facultada para dictar reglamentos”⁷¹

Obsérvese que cuando el Tribunal sostiene que, en ausencia de normas comunes relativas a una determinada materia, corresponde a los Estados miembros regularla, no se trata de un *argumentum a contrario*, porque el Tribunal no está interpretando una disposición del Tratado (no está recurriendo a la “interpretación constitucional”) sino que está simplemente aplicando al caso el principio de atribución.⁷²

⁶⁸ Asunto C-9/56, *Meroni* [1958], ECR. p. 133, 140; Asunto C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique* [1956], ECR 293, 300: “Tal argumento es, de hecho, aceptable solo en última instancia cuando ninguna otra interpretación parece ser adecuada o compatible con el texto, el contexto y sus objetivos”.

⁶⁹ *Van Gend en Loos* [1963].

⁷⁰ *Grad* [1970], párr. 5; *Van Duyn* [1974], párr. 12; *Ratti* [1979], párr. 19

⁷¹ *Faccini Dori* [1994], párr. 24

⁷² “*Cassis de Dijon*” [1979], párr. 8.

2.10. Argumentos teleológicos referidos al propósito del texto

En las sentencias analizadas, el argumento teleológico fue usado en nada menos que en 27 casos, imponiéndose así como el argumento más usado en la Muestra. Este hallazgo no es sorprendente. Aunque en el derecho de la UE no existe una teoría generalmente aceptada sobre el peso relativo de los argumentos, la interpretación teleológica disfruta de un historial distinguido y de una posición particularmente sólida ante el Tribunal. Es indicativo a este respecto que el “espíritu”, es decir, la argumentación teleológica, ocupa el primer lugar en la lista de métodos interpretativos formulados en *Van Gend en Loos* (“es necesario considerar el espíritu, el esquema general y el texto de dichas disposiciones”⁷³). El Tribunal es bien conocido por haber adoptado el método teleológico y su sello distintivo es interpretar los Tratados de la manera que mejor se ajuste a sus objetivos generales. Si bien puede ser cierto que en la actividad cotidiana del Tribunal el recurso a la interpretación teleológica es mucho menos frecuente de lo que estamos acostumbrados a pensar, no se puede negar, sin embargo, que la interpretación teleológica es bastante importante en aquellas sentencias que “son ‘famosas’ y que se mencionan continuamente en la literatura” (Neergaard y Nielsen, 2011, p. 122). Varios jueces del Tribunal han explicado y justificado ese método en numerosos trabajos y artículos académicos, en los que afirman que la forma más adecuada de desempeñar su cargo es contribuir al logro de los fines de la Comunidad, teniéndolos en cuenta al interpretar las disposiciones de textura abierta y al colmar las lagunas de los Tratados.⁷⁴

Particularmente, en el caso de los Tratados de la UE, a menudo es imposible distinguir claramente entre la argumentación teleológica y la interpretación sistemática (“argumentos armonizadores internos”). Los Tratados de la UE están imbuidos de teleología de arriba a abajo, ya que son funcionales a un proyecto de transformación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (“una unión cada vez más estrecha

⁷³ *Van Gend en Loos* [1963], 12.

⁷⁴ Pescatore (1972); Kutscher (1976, 1977); Lecourt (1976, p. 235 y ss.); Mancini y Keeling (1994, p. 186); Maduro (2007).

entre los pueblos de Europa”, como se afirma en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea); están “diseñados en términos funcionales” y están “estructurados con miras a la consecución por parte de la Comunidad de los distintos objetivos” que allí se establecen.⁷⁵ La interpretación sistemática tiene por objeto lograr la coherencia y la consistencia entre las reglas del sistema; si estas reglas establecen metas y objetivos de política, entonces la interpretación sistemática implica e incluye la argumentación teleológica.

La distinción entre argumentación teleológica e interpretación sistemática se desdibuja, por lo tanto, en aquellos casos en los que el Tribunal asume que una disposición debe interpretarse de manera coherente con los fines y propósitos establecidos por el Tratado. Por ejemplo, el Tribunal sostuvo que “el objetivo del Tratado CEE, que es establecer un mercado común, cuyo funcionamiento afecta directamente a las partes interesadas de la Comunidad, implica que este Tratado es más que un acuerdo que se limita a crear obligaciones entre los Estados Contratantes”,⁷⁶ y sostuvo que “[d]ado que la Comunidad no solo tiene un fin económico sino también social, los derechos creados por el Tratado sobre la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales deben equilibrarse con los objetivos perseguidos por la política social”.⁷⁷ Aquí la interpretación teleológica y la construcción sistemática son indistinguibles.

La distinción es más clara cuando el Tribunal toma en consideración las consecuencias prácticas de la decisión interpretativa, que a su vez determina a la luz de los objetivos de la Comunidad y de los principios de eficacia y aplicación uniforme del derecho comunitario. Este es un tipo especial de interpretación teleológica: el objetivo rector es la eficacia de la disposición que el Tribunal está a punto de interpretar, o de otras disposiciones del Tratado, y por lo tanto el Tribunal examina las consecuencias extrasistemáticas previsibles de su decisión. Por ejemplo, el Tribunal sostuvo que “[l]a fuerza ejecutiva del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro en deferencia a las leyes nacionales posteriores, pues ello

⁷⁵ Lenaerts (2007). Véase, por ejemplo, Pescatore (1972) e Itzcovich (2006, p. 93 y ss.) para numerosas referencias a la primera producción académica sobre la Comunidad Europea.

⁷⁶ *Van Gend en Loos* [1963], 12.

⁷⁷ *Viking* [2007], párr. 79; *Laval* [2007], párr. 105.

pone en peligro la consecución de los objetivos del Tratado”.⁷⁸ Sostuvo que “[e]n particular en los casos en que las autoridades comunitarias mediante una decisión han impuesto la obligación de actuar de cierta manera, la eficacia (*l’effet utile*) de tal medida se vería debilitada si los nacionales de ese Estado no pudieran invocarla ante los tribunales y los tribunales nacionales no pudieran tomarla en consideración como parte del derecho comunitario”.⁷⁹ El Tribunal sostuvo que “la separación del señor y la señora Carpenter sería perjudicial para su vida familiar y, por ende, para las condiciones en las que el señor Carpenter ejerce una libertad fundamental [la libertad de prestación de servicios]”.⁸⁰

Los objetivos que pueden formar parte del argumento teleológico varían desde objetivos más o menos determinados establecidos en determinadas disposiciones del Tratado o conjunto de disposiciones (por ejemplo, la libre circulación de trabajadores, el principio de igualdad de remuneración, el objetivo de establecimiento de un mercado común) hasta principios generales más abstractos e indeterminados como el “objetivo social de la Comunidad”, la eficacia del derecho comunitario, su aplicación uniforme, el objetivo de garantizar una tutela judicial efectiva, etc. A veces, el objetivo que guía el razonamiento teleológico del Tribunal es totalmente indeterminado y sin nombre (por ejemplo, “el espíritu del Tratado”, “los objetivos del Tratado”, “las obligaciones contraídas en virtud del Tratado”, “el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad”).

2.11. Argumentos teleológicos que hace referencia a la finalidad del constituyente

Las referencias al preámbulo de los Tratados (“que se refiere no sólo a los gobiernos sino a los pueblos”⁸¹) no pueden ser consideradas en modo alguno como instancias de razonamiento teleológico subjetivo, porque

⁷⁸ *Costa* [1964], 594.

⁷⁹ *Grad* [1970], párr. 5; *Simmmenthal* [1978], párr. 18: “... equivaldría a la correspondiente denegación de efectividad a obligaciones asumidas incondicionalmente”.

⁸⁰ *Carpenter* [2002], párr. 39.

⁸¹ Asunto C-26/62, *Van Gend en Loos* [1963] ECR. p. 1.

están esencialmente destinadas a reforzar la argumentación teleológica objetiva dotando al Tribunal de metas vitalizantes y perspectivas brillantes sobre los desarrollos futuros y la profunda *razón de ser* de la Comunidad. El Tribunal no está para nada interesado en lo que tenían en mente los redactores. Por lo tanto, encontramos un solo caso en el que tal vez sea posible sostener que el Tribunal se ha referido a las intenciones subjetivas de los redactores del Tratado, aunque el punto es incierto y abierto a diferentes interpretaciones.⁸²

De hecho, el TJUE siempre ha negado cualquier fuerza vinculante o incluso persuasiva a las intenciones originales de (los representantes de) las Partes Contratantes.⁸³ La razón, dada públicamente, es que el Tribunal no puede basarse en documentos que no han sido publicados y que, por lo tanto, no son accesibles al público en general.⁸⁴ Sin embargo, es probable que la consideración rectora sea que el Tribunal no quiere atar los desarrollos futuros del derecho de la UE a las intenciones pasadas de los representantes de las Partes Contratantes. Además, los tratados internacionales no suelen ser interpretados recurriendo a las intenciones originales de los representantes de los Estados. La Convención de Viena sobre el Derecho

⁸² *Pupino* [2005], párr. 36. El argumento también podría calificarse de interpretación armonizadora y/o razonamiento teleológico objetivo: “Con independencia del grado de integración previsto por el Tratado de Amsterdam..., es perfectamente comprensible que los autores del Tratado de la Unión Europea hayan considerado útil prever, en el marco del Título VI de dicho Tratado, el recurso a instrumentos jurídicos [decisiones marco] con efectos similares a los previstos por el Tratado CE, a fin de contribuir eficazmente a la consecución de los objetivos de la Unión”.

⁸³ Por ejemplo, en el Asunto C-6/60, *Humblet* [1960] 559, 575: “Las opiniones de los gobiernos expresadas durante los debates parlamentarios sobre el Tratado CECA no tocan esta cuestión”.

⁸⁴ Esta justificación puede deducirse de los casos que se ocuparon de la legislación derivada de la CE: Asunto C-15/60, *Simon* 1961 ECR 225: “A falta de documentos de trabajo que expresen claramente la intención de los redactores de una disposición, el Tribunal solo puede basarse en el alcance del texto tal cual se presenta y darle un significado basado en una interpretación literal y lógica”; *Antonissen* [1991], párr. 18: “tal declaración [una declaración registrada en las actas del Consejo en el momento de la adopción de una disposición de derecho derivado] no puede utilizarse para interpretar una disposición de derecho derivado cuando, como en este caso, no se hace referencia al contenido de la declaración en la redacción de la disposición en cuestión. Por lo tanto, la declaración no tiene ninguna relevancia jurídica”. Véanse también los asuntos acumulados C-283/94, C291/94 y C-292/94, *Denkavit* 1996 ECR I-5063.

de los Tratados establece un criterio diferente de interpretación subjetiva (artículo 31.3), que, sin embargo, el Tribunal tampoco sigue: el Tribunal no se refiere a los acuerdos posteriores entre las partes ni a su práctica posterior en la aplicación del tratado.

Por lo tanto, los criterios subjetivos de interpretación de los tratados están casi totalmente ausentes del razonamiento jurídico del Tribunal. Debido a las cada vez más frecuentes revisiones de los Tratados, es probable que las cosas cambien en un futuro próximo.⁸⁵ Después de todo, a partir del Acta Única Europea de 1987, los *travaux préparatoires* de los tratados europeos están a disposición del público de forma regular y extensa. Sin embargo, el Tribunal aún se muestra reacio a usarlos: por el momento, podemos concluir que los Tratados se interpretan como una constitución sin constituyentes, o como un tratado internacional sin partes.

2.12. Argumentos no jurídicos

No encontramos ningún argumento no jurídico (moral, sociológico, económico) en la Muestra. Sin embargo, encontramos algunos casos en los que el Tribunal desestimó un argumento no legal. Ello no se debió a que el argumento fuera infundado o sustancialmente erróneo, lo que contaría como una instancia (negativa) de argumentación no legal y, como tal, habría sido registrado en la investigación. Se debió en cambio a que no era pertinente al caso y/o era *per se* irrelevante. En *Grogan*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que “Cualesquiera que sean los méritos de esos argumentos [contra el aborto] en el plano moral, no pueden influir en la respuesta a la primera pregunta del tribunal nacional. No corresponde al Tribunal sus-

⁸⁵ (Dann, 2005, p. 1463) señala que “la opinión generalizada según la cual la interpretación histórica es inadmisibles en el derecho de la Unión debido a la falta de publicación de los *travaux préparatoires* se ha vuelto inválida desde que comenzaron a publicarse”. Véase, por ejemplo, Asunto C-370/12, *Pringle* [2012], aún no publicado, párr. 135: “De los trabajos preparatorios relativos al Tratado de Maastricht se desprende que el objetivo del artículo 125 TFUE es garantizar que los Estados miembros sigan una política presupuestaria sólida”.

tituir la valoración hecha por el legislador en aquellos Estados miembros donde esas actividades se practiquen legalmente”.⁸⁶

Además, en varias ocasiones el TJUE hizo profesión explícita del positivismo jurídico y se refirió a una doctrina que podría denominarse *dura lex sed lex*. En *Defrenne*, en *Bosman* y en varios otros casos no incluidos en la Muestra, el Tribunal sostuvo que “[a]unque las consecuencias prácticas de cualquier decisión judicial deben tomarse cuidadosamente en cuenta, sería imposible llegar al extremo de disminuir la objetividad de la ley y poner en riesgo su futura aplicación en razón de las posibles repercusiones que, respecto del pasado, pudieran derivarse de tal decisión”⁸⁷. En otros casos, el mismo punto se expresó incluso con mayor claridad: “si bien, ... [el asunto del caso] es un tema social muy sensible en muchos Estados miembros, marcados por sus múltiples tradiciones y sistemas de valores, el Tribunal no está llamado ... a abordar cuestiones de carácter médico o ético, sino que debe limitarse a una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes”⁸⁸. En un caso sobre los OMG, el TJUE afirmó que la moralidad social es irrelevante a efectos de justificar la infracción de la legislación de la CE, ya que “un Estado miembro no puede apoyarse de esa manera en los puntos de vista de un sector de la opinión pública con la finalidad de impugnar unilateralmente una medida de armonización adoptada por las instituciones comunitarias”⁸⁹.

⁸⁶ *Grogan* [1991], párr. 20.

⁸⁷ *Defrenne II* [1976], párr. 71; *Bosman* [1995], párr. 77; Asunto C-437/97, *Evangelischer Krankenhausverein Wien and Wein & Co* [2000] ECR. p. I-1157, párr. 57. Otras referencias incluyen el asunto C-69/80, *Worringham and Humphreys v Lloyds* [1981], ECR 767, párr. 31; Asunto 24/86, *Blaizot v Universidad de Lieja y otros* [1988] ECR 379, párr. 30; Asunto C-163/90, *Administration des Douanes et Droits Indirects / Legros y otros* [1992] ECR. p. I-4625, párr. 30; Asuntos acumulados C-177 y 181/99, *Ampafrance y Sanofi* [2000], ECR. p. I-7013, párr. 66; Asunto C-228/05, *Stradasfalti* [2006], ECR. I - 8391, párr. 72.

⁸⁸ Asunto C-506/06, *Mayr* [2008], ECR. p. I-1017, párr. 38; Asunto C-34/10, *Brüstle v Greenpeace* [2011], ECR. p. I-9821, párr. 30. Véase también el asunto C-1/96, *Compassion in World Farming* [1998] ECR. p. I-1251, párr. 67. Véase también el asunto C-1/96, *Compassion in World Farming* [1998] ECR. p. I-1251, párr. 67; Asunto C-92/71, *Interfood GmbH v Hauptzollamt Hamburg Ericus* [1972] ECR. p. 231, párr. 5: “Por insatisfactoria que sea en la práctica... no corresponde al Tribunal remediar esta situación, modificando, a modo de interpretación, el contenido de las disposiciones aplicables a uno u otro caso”.

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 56. Cfr. Asunto C-1/96 *Compassion in World Farming* [1998] ECR. p. I-1251, párr. 67: “En cualquier caso, un Estado miembro no puede confiar en las opiniones o el

Es interesante notar, sin embargo, que el Tribunal insiste en el principio *dura lex sed lex* en dos tipos de ocasiones: para rechazar argumentos no jurídicos basados en consideraciones de equidad, económicas y/o pragmáticas; para aceptar tales argumentos no jurídicos introduciendo una excepción al principio *dura lex sed lex*, como una limitación al efecto temporal de su decisión. Así, en *Defrenne*, en *Bosman* e incluso en *Barber* y en otros casos no incluidos en la Muestra, el Tribunal afirmó que “se podrá, excepcionalmente, teniendo en cuenta las graves consecuencias que la decisión pueda tener respecto de hechos pasados, restringir la posibilidad de que todas las personas involucradas puedan apoyarse en la interpretación que el Tribunal, en un procedimiento de remisión prejudicial, haya dado a una disposición”.⁹⁰

En este último tipo de casos, cuando el Tribunal limita los efectos temporales de sus decisiones en razón de las consecuencias prácticas que implicarían, se puede argumentar que está acudiendo a un razonamiento moral explícito (es decir, no jurídico).⁹¹ Sin embargo, cabe señalar que el Tribunal siempre menciona el principio de seguridad jurídica –que es, por supuesto, un principio jurídico– como fundamento de dicha limitación: “consideraciones importantes de seguridad jurídica que afectan a todos los intereses involucrados, tanto públicos como privados, impiden en principio reabrir la cuestión respecto del pasado”.⁹² Por lo tanto, es todavía discutible si en la actualidad el razonamiento jurídico practicado por el Tribunal hace espacio argumentos que son explícitamente de naturaleza no jurídica.

Puede resultar especialmente difícil distinguir los argumentos no jurídicos de los basados en principios implícitos, es decir, principios que no se mencionan en el texto del Tratado pero que son construidos por la doctrina jurídica y la jurisprudencia. Por ejemplo, en *Faccini Dori*, el Tribunal

comportamiento de un sector de la opinión pública nacional ... para impugnar unilateralmente una medida de armonización adoptada por las instituciones comunitarias”.

⁹⁰ Asunto C-262/88, *Barber* [1990] ECR. p. I-1889, párr. 41. Expresiones análogas en *Defrenne II* [1976], párr. 72; *Bosman* [1995], párr. 142.

⁹¹ Por ejemplo, según Hartley, en *Defrenne II* el TJCE reconoció implícita pero claramente la “naturaleza legislativa” de una sentencia fundamentalmente motivada por “las graves consecuencias económicas que de otro modo se habrían producido” (1999, pp. 41-42).

⁹² *Defrenne II* [1976], párr. 74. Véase análogamente *Barber* [1990] ECR I-1889, párr. 44, y *Bosman* [1995], párr. 144 (“consideraciones primordiales de seguridad jurídica”).

sostuvo que “sería inaceptable que un Estado, cuando el legislador comunitario le exige que adopte determinadas normas..., pudiera invocar su propio incumplimiento de esas obligaciones para privar a los particulares de los beneficios de esos derechos.”⁹³ Si esa oración se interpretara en el sentido de que es “moralmente” inaceptable que un Estado se base en su propia violación del derecho comunitario para privar a los individuos de sus derechos, entonces la oración sería un caso de argumento no jurídico; si se interpretara en el sentido de que es “jurídicamente” inaceptable, entonces el Tribunal se estaría basando en un principio implícito del derecho comunitario, una especie de doctrina implícita de “*estoppel*” que impediría a los Estados miembros beneficiarse de su propia violación del derecho comunitario. Ambas interpretaciones son plausibles, y la distinción entre argumentos no jurídicos y principios implícitos parece depender, por lo tanto, no de ciertas características estructurales distintivas de las razones proporcionadas por el Tribunal, sino de la interpretación de los materiales jurídicos que estamos dispuestos a aceptar: la distinción entre lo que está implícito en el derecho y lo que es externo al derecho es una cuestión de interpretación (normativa) y, por lo tanto, no puede simplemente describirse como si fuera una cuestión de hecho.

2.13. Referencias a trabajos académicos

El TJUE no hace referencia a trabajos académicos. Sin embargo, si definimos “trabajos académicos” en un sentido muy amplio, incluyendo todas las interpretaciones no autoritativas y opiniones jurídicas que explícitamente son tenidas en cuenta por el Tribunal, entonces debe considerarse como tal la referencia a la interpretación proporcionada por el legislador comunitario en *Antonissen*. El Tribunal argumentó que el artículo 48 CEE (libertad de circulación) no comprende únicamente el derecho a aceptar ofertas de trabajo efectivamente realizadas y a circular por el territorio de los Estados miembros con ese fin, como sugiere el tenor literal de la disposición, sino que incluye también el derecho a circular y a permanecer para buscar

⁹³ *Faccini Dori* [1994], párr. 23

empleo. A tal fin, el Tribunal sostuvo que “esa interpretación del Tratado corresponde a la del legislador comunitario, tal como se desprende de las disposiciones adoptadas para aplicar el principio de libre circulación”.⁹⁴

2.15. Referencias al derecho extranjero

En el contexto del razonamiento jurídico del TJUE, “derecho extranjero” es principalmente el derecho de los Estados miembros. Sin embargo, desde *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] “el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del derecho protegidos por el Tribunal”, y “la protección de tales derechos [se] inspira en las tradiciones constitucionales compartidas por los Estados miembros”.⁹⁵ Así, si se examina más de cerca, se podría argumentar que el derecho de los Estados miembros no es en absoluto extranjero: es parte constitutiva del derecho comunitario. El Derecho comunitario mantiene una relación osmótica con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal es el “guardián” de esa ósmosis.

En cualquier caso, encontramos 13 referencias al derecho de los Estados miembros, y la gran mayoría de ellas son citas mecánicas de la fórmula de *Internationale Handelsgesellschaft*. Gracias al puente que permiten tender las “tradiciones constitucionales compartidas”, el TJUE ha aceptado como principios generales del derecho comunitario la función social del derecho de propiedad⁹⁶, la libertad de expresión,⁹⁷ el principio de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y de los Estados miembros por pérdidas y daños causados a las personas,⁹⁸ el derecho a un juicio justo,⁹⁹ el principio de no discriminación por motivos de edad,¹⁰⁰ el principio *nullum crimen*,

⁹⁴ *Antonissen* [1991], párrafo 14.

⁹⁵ *Internationale Handelsgesellschaft* [1970], párr. 4.

⁹⁶ *Hauer* [1979], párr. 20. Con respecto al derecho de propiedad, véase también *Wachauf* [1989], parr. 17-18.

⁹⁷ *ERT* [1991], párr. 41.

⁹⁸ *Brasserie du Pêcheur* [1996], parr. 27-32; *Köbler* [2003], párr. 48 (aplicación del principio de responsabilidad del Estado frente a las decisiones judiciales).

⁹⁹ *Pupino* [2005], párr. 58-59.

¹⁰⁰ *Mangold* [2005], párr. 74-75.

nulla poena sine lege,¹⁰¹ el derecho a emprender acciones colectivas¹⁰² y el derecho a ser oído y el derecho a la revisión judicial efectiva.¹⁰³

Hauer es el único caso en el que el Tribunal no se limita a declarar que una determinada norma proviene de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros y realiza, en cambio, una comparación explícita. En ese caso, para demostrar que las normas y prácticas seguidas por los nueve Estados miembros de la CEE permiten al legislador controlar el uso de la propiedad privada de acuerdo con el interés general, el TJUE hace referencia a la *Grundgesetz alemana*, a las constituciones italiana e irlandesa, y a las “numerosas medidas legislativas” que en todos los Estados miembros “han dado expresión concreta a esa función social del derecho a la propiedad”.¹⁰⁴ Aparte de *Hauer* y quizás *Köbler*,¹⁰⁵ en ninguna otra sentencia de la Muestra el TJUE ha empleado argumentos basados en el derecho comparado.

3. Conceptos clave

3.1. Forma de Estado, forma de gobierno, federalismo, democracia

Evidentemente, en ninguna de las 40 sentencias hemos encontrado una referencia a la “forma de Estado” (monarquía o república) ni a la “forma de gobierno” (parlamentario o presidencial). Estos conceptos difícilmente puedan aplicarse a la CE/UE y probablemente no haya ninguna referencia significativa a ellos en toda la jurisprudencia del TJUE. Ni siquiera hemos encontrado referencias a conceptos análogos que, en la teoría política y en los estudios jurídicos, han sido usados para expresar algunas características

¹⁰¹ *Advocaten voor de Wereld* [2007], párr. 49.

¹⁰² *Laval* [2007], párr. 90; *Viking* [2007], párr. 43 (teniendo en cuenta “diversos instrumentos internacionales que los Estados miembros han firmado o en los que han cooperado”).

¹⁰³ *Kadi* [2008], párr. 283.

¹⁰⁴ *Hauer* [1979], párr. 20.

¹⁰⁵ En *Köbler* [2003], párr. 48 (“la aplicación del principio de responsabilidad del Estado por las decisiones judiciales ha sido aceptada de una forma u otra por la mayoría de los Estados miembros, como señaló el Abogado General en los apartados 77 a 82 de sus conclusiones”).

distintivas de la UE o algunas expectativas normativas relacionadas con la UE. Nociones que son de actualidad en el debate teórico como “gobernanza multinivel”, “constitución mixta”, “Commonwealth Europea”, “asociación de estados”, o incluso la perenne y muy abusada noción de la naturaleza “sui generis” de la Comunidad.

No obstante, consideramos que el “federalismo” fue mencionado en una sentencia en la que el Tribunal rechazó un argumento del Gobierno alemán basado en el principio de subsidiariedad.¹⁰⁶ No hemos considerado como mención al “federalismo” aquellas sentencias en las que el Tribunal hace referencia al principio de leal cooperación basado en el artículo 4.3 TUE (antiguo artículo 5 TCE), aunque es interesante señalar que la etiqueta “leal cooperación”, que obviamente es un calco del concepto alemán de *Bundestreue*, aparece por primera vez en 1991¹⁰⁷ y, dentro de la Muestra, es empleado en *Pupino* (2005).¹⁰⁸ Con anterioridad a esa sentencia, el Tribunal había utilizado la expresión “principio de cooperación”¹⁰⁹ u “obligación de cooperar”¹¹⁰, o simplemente había citado el texto del artículo 5 TCE (“Los Estados miembros tomarán todas las medidas apropiadas... para asegurar el cumplimiento de las obligaciones...”), sin añadir ningún “condimento federalista” a esa fórmula.¹¹¹

El TJUE tiende a abstenerse de recurrir a conceptos que se refieren a la CE/UE como autoridad política. En términos generales, no encontramos ninguna referencia a conceptos que se refieran a la CE/UE como una comunidad política por derecho propio, mientras que no faltan referencias a conceptos que se relacionan con la Comunidad como ordenamiento jurídico autónomo. Es revelador, en este sentido, que en la Muestra solo hay un caso en el que el Tribunal mencionó el principio democrático y lo

¹⁰⁶ *Bosman* [1995], párr. 81.

¹⁰⁷ Asunto C-374/89, *Comisión/Bélgica* [1991] ECR. p. I-367, párr. 15. A partir del asunto C-275/00, *First y Franex* [2002] ECR. p. I-10943, párr. 34, el Tribunal comenzó a utilizar con mayor frecuencia la expresión “cooperación leal”.

¹⁰⁸ *Pupino* [2005], párr. 42.

¹⁰⁹ La expresión se utilizó por primera vez en el asunto C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz* [1976] ECR. p. 1989, párr. 5. Véase también *Factortame* [1990], párr. 19.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 39.

¹¹¹ Véase, por ejemplo, *Franovich* [1991], párr. 36.

hizo de pasada, en un *obiter dictum* que fue totalmente irrelevante para la decisión del caso.¹¹²

Es cierto que, a partir de las “sentencias Isoglucosa” de 1980,¹¹³ el Tribunal ha defendido con frecuencia las prerrogativas del Parlamento sobre la base de lo que llama “el principio democrático fundamental de que los pueblos deben participar en el ejercicio del poder a través de la intermediación de una asamblea representativa”.¹¹⁴ La participación del Parlamento en el proceso legislativo constituye, según el TJUE, “una formalidad esencial cuyo incumplimiento implica la nulidad del acto en cuestión”.¹¹⁵ Recientemente, el Tribunal incluso se ha referido a la “importancia del papel del Parlamento en el proceso legislativo comunitario”.¹¹⁶

Sin embargo, la apelación al principio democrático corre el riesgo de generar divisiones en el contexto de la UE y, en consecuencia, no servir adecuadamente para fortalecer el papel constitucional del parlamento europeo. No está nada claro donde reside la democracia entre las instituciones de la UE: si en la institución representativa del Parlamento Europeo, o en las instituciones intergubernamentales del Consejo de la UE y el Consejo Europeo, o en el control indirecto ejercido por los parlamentos nacionales y por otras autoridades nacionales, o en organismos técnicos como la Comisión Europea, el TJUE y el Banco Central Europeo que conferirían a la UE una “legitimidad de resultado”. A nivel de la UE, ninguna institución puede reclamar el monopolio de la legitimidad democrática y, por lo tanto, en la jurisprudencia del TJUE, las referencias a la legitimidad democrática constituyen poco más que una decoración retórica.

¹¹² *Kadi* [2008], párr. 303.

¹¹³ Asunto C-138/79, *Roquette Frères v Council* [1980] ECR. p. 3333, párr. 33 y Asunto C-139/79, *Maizena v Council* [1980] ECR. p. 3393, párr. 34.

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, el asunto C-300/89, *Commission v Council* [1991] ECR. p. I-2867, párr. 20; Asunto C-130/10, *Parliament v Council* [2012], pendiente de publicación, párr. 81.

¹¹⁵ Asunto C-139/79, *Maizena v Council* [1980] ECR. p. 3393, párr. 34.

¹¹⁶ Asunto C-155/07, *Parliament v Council* [2008] ECR. p. I-8103.

3.2. Soberanía y Nación

Lo que acabamos de decir sobre la dificultad del TJUE para emplear conceptos que implican o se refieren a la naturaleza política de la CE/UE y que, por lo tanto, pueden tener un efecto divisorio en el contexto de la Comunidad se aplica también al concepto de soberanía (política) y a los conceptos de nación y supranacional.

Con respecto a la soberanía, se puede decir con seguridad que el TJUE es muy consciente del entorno político en el que opera y que toma en consideración la dimensión política de la soberanía de los Estados miembros: la prominencia de los intereses e identidades nacionales involucrados en las controversias que llegan ante el Tribunal y la autonomía de las autoridades políticas nacionales. Ocasionalmente, tal deferencia a la soberanía nacional se ha abierto camino en el razonamiento jurídico explícito del Tribunal por medio de la doctrina del margen de apreciación (formulada de modo bastante rudimentario, en comparación con la jurisprudencia del TEDH)¹¹⁷. El Tribunal ha reconocido que “dependiendo de las circunstancias, las autoridades nacionales competentes tienen un cierto grado de discrecionalidad a la hora de adoptar las medidas que consideran necesarias para garantizar la seguridad pública en un Estado miembro”,¹¹⁸ y ha empleado el concepto de *marge d'appréciation* para mostrar respeto por la soberanía política de los Estados miembros en áreas tales como la política pública,¹¹⁹ las exigencias de la moral pública,¹²⁰ el nivel de protección de la salud pública¹²¹ y el con-

¹¹⁷ Sobre la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia del TJCE, véase Shany (2006, p. 927 y ss.); Sweeney (2007); Gerards (2011, p. 89 y ss.), analizando los factores que determinan la intensidad de la revisión de las medidas nacionales por parte del TJUE y abogando por la adopción de una doctrina del margen de apreciación explícita y coherente por parte del TJUE.

¹¹⁸ *Leifer y otros*, C-83/94, ECR. p. I-3231, apartado 35; Asunto C-273/97, *Sirdar v The Army Board & Secretary of State for Defense* [1999] ECR 7403, párr. 27; Asunto C-285/98, *Tanja Kreil c. Alemania*, [2000] ECR. p. I-69, párr. 24

¹¹⁹ *Van Duyn*, párr. 18; Asunto C-30/77, *Regina v Pierre Bouchereau* [1977] ECR. 1999, párr. 34; Asunto C36/02, *Omega* [2004] ECR. p. I-9609, párr. 31

¹²⁰ Asunto C-34/79, *R v Henn & Darby* [1979] ECR 3795, párr. 15.

¹²¹ Asunto C-141/07 *Commission v Germany* [2008] ECR I-6935, párr. 51; Asunto C-84/11, *Susisalo and Others* [2012], aún no publicado, párr. 28. Para esta línea de razonamiento, véase ya el asunto C-322/01 *Deutscher Apothekerverband* [2003] ECR. p. I-14887, párr. 103.

tenido de los derechos fundamentales.¹²² En *Van Duyn* (1974), por ejemplo, el Tribunal sostuvo que “las circunstancias particulares que justifican el recurso al concepto de política pública pueden variar de un país a otro y de un período a otro, por lo que en esta materia es necesario permitir a las autoridades nacionales competentes un margen de discrecionalidad dentro de los límites impuestos por el Tratado”.¹²³

No obstante, el concepto de soberanía como tal no juega un papel determinante en el razonamiento jurídico del TJUE, lo demuestra el hecho de que hemos encontrado solo tres referencias a este concepto en la Muestra. Esto probablemente depende de la naturaleza intrínsecamente polémica del concepto de soberanía: la pregunta “¿quién es (todavía) soberano en la UE?” ha producido un creciente número de investigaciones académicas, pero no es el tipo de pregunta que puede abordarse y resolverse fácilmente *ex cathedra* dentro de los límites de un proceso legal. Que el TJUE declarara el carácter soberano de la Comunidad sería tan inútil y contraproducente como lo sería también declarar el abandono definitivo de su soberanía por parte de los Estados miembros. Declaraciones de este tipo suscitarían una dura controversia y, de todos modos, no contribuirían a la fuerza persuasiva de la sentencia.

Así, si bien la retórica de la limitación de la soberanía de los Estados miembros aparece en algunas sentencias fundacionales de los años 60 y principios de los 70,¹²⁴ pronto tiende a desaparecer de la jurisprudencia del TJUE. En la Muestra la encontramos únicamente en *Van Gend en Loos* (1963), en *Costa* (1964) y en el Dictamen 1/91 sobre la incompatibilidad del Espacio Económico Europeo (EEE) con el derecho comunitario: “la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de derecho internacional en cuyo beneficio los estados han limitado sus derechos soberanos”.¹²⁵

¹²² Véase, por ejemplo, el asunto C-112/00, *Schmidberger* [2003] ECR. p. I-5659, párr. 82.

¹²³ *Van Duyn* [1974], párr. 18.

¹²⁴ *Van Gend en Loos* [1963], 12; *Costa* [1964], 593. Véase también el asunto C-17/67, *Neumann* [1967] ECR. p. 441, 453; Asunto C-28/67, *Molkerei* [1968] ECR. p. 143, 152; Asunto C-48/71, *Comisión contra Italia* [1972], ECR 529, párr. 9.

¹²⁵ *Van Gend en Loos* [1963], 12; *Costa* [1964], 593: “una Comunidad... que tiene... poderes reales derivados de una limitación de soberanía o una transferencia de poderes de los Estados a la Comunidad”, “los Estados miembros han limitado sus derechos soberanos, aunque dentro de ámbitos limitados”. Véase también Opinión 1/91 [1991], párr. 21, y Opinión 1/09

Incluso en estas sentencias, está claro que el TJUE está utilizando la palabra “soberanía” en un sentido bastante amplio y genérico, como sinónimo de un conjunto de competencias y poderes que los Estados son libres de ceder y transferir a la Comunidad.

Cuando el Tribunal pretendió establecer el principio de que el derecho comunitario no deriva su fuerza vinculante del derecho de los Estados miembros y no está subordinado a sus constituciones y leyes (el que sería el concepto jurídico de soberanía, en contraposición al concepto político), razonó en términos de *primauté* (primacía, supremacía) del derecho de la CE y “autonomía” del ordenamiento jurídico de la CE, y evitó cuidadosamente el vocabulario de la soberanía. Por lo tanto, hemos considerado estos conceptos como corolarios del concepto de Estado de derecho (ver más abajo) en lugar de instancias del concepto de soberanía: mantener que *Kadi* gira en torno a la soberanía de la UE habría sido demasiado enfático, extravagante y confuso, mientras que es adecuado decir que la cuestión en juego, bajo la etiqueta “autonomía del derecho comunitario”, era el respeto del Estado de derecho.

Similares consideraciones se aplican al concepto de nación y al neologismo típicamente europeo de “supranacional”. Dada su naturaleza potencialmente divisiva, estos conceptos no se utilizan con frecuencia en el razonamiento jurídico del TJUE.¹²⁶ No se encuentran mencionados en la Muestra. La única excepción es *Bosman* (1995), donde encontramos una ejemplificación negativa del concepto de nación por parte del Tribunal para desestimar el argumento de que las “cláusulas de nacionalidad” (reglas que restringen la posibilidad de incluir jugadores extranjeros en un partido) estaban justificadas por motivos no económicos: según el Tribunal,

[2011] ECR I-0000, párr. 65, citando ambas a *Van Gend en Loos* y añadiendo la segunda “poseer instituciones propias” a la fórmula “un nuevo orden jurídico... en beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos”. El concepto es ocasionalmente empleado por el TG.

¹²⁶ Para un caso –no incluido en la Muestra– que trata del concepto de identidad nacional ex artículo 4(2) TUE, véase el asunto C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* [2010] ECR. p. I-13693, párr. 83. Véase también el asunto C-473/93, *Comisión / Luxemburgo* (1996, Rec. p. I-3207), párr. 35; Asunto C-51/08, *Comisión/Luxemburgo* [2011] Rec. p. I-4231, párr. 124; Caso C-202/11, *Las* [2013] aún no publicado, párr. 26-27 (preservación de la identidad nacional como fin legítimo de la política nacional).

no hay nada cualitativamente distinto en el tipo de pertenencia y vínculo que implica el concepto de nacionalidad, ya que “los vínculos de un club de fútbol con el Estado miembro en el que está establecido no pueden considerarse más inherentes a su actividad deportiva que sus vínculos con su localidad, pueblo, región”.¹²⁷

Se puede argumentar que el tipo de razones expresadas por el concepto de nación ya están incluidas, al menos parcialmente, en la noción de margen de apreciación antes mencionada y en otras herramientas que permiten al Tribunal mostrar deferencia por los valores e identidades nacionales. A veces, el Tribunal acepta que los principios del derecho constitucional nacional constituyen un motivo suficiente para restringir libertades que son fundamentales en virtud del derecho de la UE, pero normalmente evita hacer referencia al concepto de identidad nacional como justificación. El Tribunal ha reconocido que “la preservación de las identidades nacionales de los Estados miembros es un fin legítimo, respetado por el ordenamiento jurídico comunitario”,¹²⁸ pero solo se ha referido a ese concepto en contadas ocasiones y siempre de pasada.¹²⁹

El concepto supranacional es aún menos relevante, si es que lo es. La palabra “supranacional” fue eliminada del texto del Tratado CECA por el Tratado de Fusión de 1965, y es utilizada por el Tribunal muy raramente y nunca de manera enfática. El Tribunal toma prestado el concepto principalmente de los demandantes o de los órganos jurisdiccionales remitentes cuando resume sus argumentos. En este sentido, existe una notable discrepancia entre los usos lingüísticos del TJUE y los de la comunidad jurídica que lo rodea, ya que esta última utiliza a menudo el concepto de supranacionalidad, o incluso de posnacionalidad, para referirse al nuevo tipo de comunidad política instanciada por la UE.

¹²⁷ *Bosman* [1995], párr. 131.

¹²⁸ Asunto C-473/93, *Commission v Luxembourg* [1996] ECR. p. I-3207, párr. 35. Véase también el asunto C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* [2010] ECR. p. I-13693, párr. 80, para una referencia a la necesidad de equilibrar el objetivo legítimo de preservar la identidad constitucional austriaca, por un lado, y la libertad de circulación de las personas, por el otro.

¹²⁹ Véase von Bogdandy y Schill (2011, p. 1422 y ss.).

3.3. Principios jurídicos sustantivos, derechos fundamentales, igualdad y derechos procesales básicos

No hemos encontrado ninguna referencia a los conceptos de laicismo e intimidad en la Muestra y hemos encontrado solamente dos referencias al pasar del concepto de dignidad humana, ambas irrelevantes para la decisión.¹³⁰ Por otra parte, hemos encontrado cuatro referencias a la libertad de expresión, dos de las cuales fueron meros *obiter dicta*,¹³¹ otra fue sustantiva y relevante para la decisión.¹³² y la última fue relevante porque permitió al Tribunal desestimar el caso, al considerar que estaba fuera del ámbito de aplicación del Tratado y se relacionaba exclusivamente con los principios del derecho constitucional interno.¹³³

Las referencias al principio de igualdad y a los derechos procesales básicos como el derecho a la revisión judicial, el derecho a un juicio justo, los derechos de defensa y el principio de legalidad de los delitos y de las penas fueron mucho más frecuentes en la Muestra (11 y 7 respectivamente). En algunos casos fueron los principios sustantivos centrales, o uno de los principios sustantivos centrales, que la sentencia del Tribunal tomó en consideración: tuvieron fuerza operativa inmediata en la sentencia y fueron empleados, o al menos habrían podido ser empleados, para garantizar alguna libertad individual fundamental.¹³⁴ En muchos otros casos, sin embargo, el principio de no discriminación y los derechos procesales básicos (en particular, la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva) fueron utilizados por el Tribunal de Justicia ante todo para afirmar, no derechos individuales, sino ciertos principios estructurales del derecho comunitario, como el de efecto directo y el de supremacía.¹³⁵

¹³⁰ *Pupino* [2005] párr. 52; *Laval* [2007] párr. 94. Vale la pena mencionar que la noción de dignidad humana, aunque no se menciona explícitamente, es central en *Stauder* [1969].

¹³¹ *Laval* [2007], párr. 94; *Viking* [2007], párr. 46.

¹³² *ERT* [1991], párr. 44.

¹³³ *Grogan* [1991], párr. 26

¹³⁴ Véase *Defrenne II* [1976]; *Barber* [1990]; *Martínez Sala* [1998]; *Köbler* [2003]; *Pupino* [2005]; *Mangold* [2005]; *Cadi* [2008]. Véase también *Advocaten voor de Wereld* [2007].

¹³⁵ *Costa* [1964]; *Dassonville* [1974]; *Bosman* [1995]; *Viking* [2007]; *Lava* [2007].

Así, por poner solo algunos ejemplos, el TJUE sostuvo que la fuerza del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro en deferencia a las leyes internas posteriores, pues ello daría lugar a la discriminación, prohibida por el Tratado.¹³⁶ Sostuvo también que el alcance de ciertas disposiciones del Tratado no puede limitarse a los actos de las autoridades públicas (los llamados efectos directos “verticales”) pues ello implica el riesgo de que sean aplicadas de manera desigual.¹³⁷ El Tribunal sostuvo que restringir a los procedimientos de infracción las garantías contra una violación del derecho comunitario por parte de los Estados miembros “eliminaría toda tutela judicial directa de los derechos individuales de sus nacionales”,¹³⁸ y que la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva implica que los particulares han de poder obtener reparación cuando sus derechos se vean afectados por una infracción del derecho comunitario imputable a un tribunal de un Estado miembro.¹³⁹

Finalmente, en cuanto a los principios jurídicos sustantivos y los derechos fundamentales a los que se refiere el TJUE, cabe señalar el número relativamente elevado de casos que en la Muestra trataban o mencionaban nociones correlativas como la de proporcionalidad (9 sentencias¹⁴⁰) y la “real esencia” (*Wesengehalt*) de los derechos fundamentales (3 sentencias¹⁴¹). Como señaló Mattias Kumm, la jurisprudencia sobre derechos fundamentales del TJUE muestra de manera paradigmática ciertos rasgos de una idea de derechos fundamentales que es notablemente nueva y distinta de la concepción tradicional (Kumm, 2010). El surgimiento de la proporcionalidad como un “estándar constitucional global” (Stone Sweet y Mathews, 2007) implica que los derechos fundamentales dejan de ser pensados como reglas inderogables que funcionan como “ases” contra cualquier ejercicio ilegítimo de la autoridad pública y pasan a parecerse a razo-

¹³⁶ *Costa* [1964].

¹³⁷ *Bosman* [1995], párr. 84; *Viking* [2007], párr. 34.

¹³⁸ *Van Gend en Loos* [1963] ECR I.

¹³⁹ *Köbler* [2003], párr. 33; *Traghetti del Mediterraneo* [2006], párr. 33.

¹⁴⁰ *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] parr. 12 y 16; “*Cassis de Dijon*” [1979], párr. 8; *Hauer* [1979], párr. 23; *Wachauf* [1989], párr. 18; *Bosman* [1995], párr. 104; *Mangold* [2005], párr. sesenta y cinco; *Viking* [2007], párr. 46 y 75; *Laval* [2007], párr. 101; *Kadi* [2008], párr. 355.

¹⁴¹ *Hauer* [1979], párr. 23; *Wachauf* [1989], párr. 18; *Kadi* [2008], párr. 335. Para una referencia a la “parte esencial” de las competencias comunitarias, véase la Opinión 1/91 [1991], párr. 41.

nes genéricas y derogables que el TJUE, al igual que cualquier otra autoridad, debe tener en cuenta al fallar sobre cuestiones de políticas públicas.

3.4. Estado de derecho

No sorprende que entre los conceptos clave analizados, el de Estado de derecho ocupe la posición dominante dentro de la Muestra. No menos de 14 sentencias invocaron, explícita o implícitamente, el concepto recurriendo a nociones idénticas o implícitas en el principio de Estado de derecho, como seguridad jurídica, legalidad, irretroactividad y, particularmente importante en el contexto de la Comunidad, la aplicación uniforme del derecho comunitario y la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario.

De hecho, como señala Armin von Bogdandy, la mayoría de las más importantes sentencias del TJUE que condujeron a la constitucionalización de los Tratados no pretendían implementar principios jurídicos sustantivos como los derechos fundamentales, sino que se centraban en “fomentar la integración asegurando la efectiva realización de los resultados del proceso político, es decir, de la ley primaria o secundaria” (von Bogdandy, 2000b, p. 1325). En lugar de la dignidad humana y los derechos fundamentales, en el centro de la jurisprudencia del TJUE encontramos los principios de Estado de derecho, del efecto directo y de la supremacía, de la seguridad jurídica y de la expectativa legítima, de la aplicación uniforme y de la tutela judicial efectiva. “Parece haber un desajuste entre el alcance y la profundidad de las actividades de la UE y la pequeña cantidad de casos relacionados con la afectación de derechos humanos por parte de la UE que son presentados y, todavía en menor cantidad, que tienen éxito”.¹⁴²

Esto puede demostrarse comparando las escasas y algo apagadas referencias a los derechos fundamentales con las referencias a la noción de Estado de derecho y *communauté de droit* (*Rechtsgemeinschaft*, “Comunidad basada en el estado de derecho”). Desde sus inicios, las Comunidades Europeas fueron concebidas como comunidades basadas en el Estado de

derecho para expresar la idea de que, al carecer de medios de coerción física, el cumplimiento voluntario de la legislación comunitaria es la única base para poder alcanzar sus objetivos. El Estado de derecho fue el primer principio constitucional clásico reivindicado para el derecho de la UE, y hoy en día es comúnmente considerado como uno de los principios fundamentales que legitiman el orden constitucional de la UE.¹⁴³ Desempeña un papel crucial en el fortalecimiento de la autoridad de las instituciones de la UE frente a los estados miembros.

Al respecto, el principio del Estado de derecho parece sufrir una transformación significativa cuando es aplicado a las instituciones europeas. Mientras que, en el ámbito nacional, el Estado de derecho es por lo general concebido como un principio que limita el preexistente poder coercitivo del Estado, a nivel europeo aparece como un principio que constituye y justifica la autoridad de las instituciones comunitarias.

Así, según el TJUE, el respeto del principio de Estado de derecho implica, en primer lugar, que el derecho comunitario no puede ser superado por disposiciones legales internas,¹⁴⁴ e “impone a todas las personas sujetas al derecho comunitario la obligación de reconocer que las normas tienen plena vigencia mientras no hayan sido declaradas nulas por un tribunal competente”.¹⁴⁵ La validez del derecho comunitario solo puede juzgarse a la luz de los Tratados y no puede verse afectada por su supuesta incompatibilidad con los derechos constitucionales internos¹⁴⁶ o con las normas internas relativas a la división de poderes entre autoridades constitucionales.¹⁴⁷ Los tribunales nacionales no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias¹⁴⁸: solo el TJUE puede hacerlo y, cuando sea necesario, también puede limitar temporalmente los

¹⁴³ von Bogdandy (2010, p. 28); Pech (2010, p. 362).

¹⁴⁴ *Costa* [1964].

¹⁴⁵ Asunto C-101/78, *Granaria BV v Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten* [1979] ECR. p. 623, párr. 5.

¹⁴⁶ *Internationale Handelsgesellschaft* [1970], párr. 3

¹⁴⁷ *Brasserie du Pêcheur* [1996], párr. 33.

¹⁴⁸ *Foto-Frost* [1987], párr. 15.

efectos de sus sentencias teniendo en cuenta “consideraciones superiores de seguridad jurídica”.¹⁴⁹

En resumen, respetar el Estado de derecho implica el principio de seguridad jurídica y uno de sus importantes corolarios, a saber, la necesidad de una aplicación uniforme del derecho comunitario. A su vez, esto fundamenta la primacía del derecho de la UE sobre el derecho nacional, ya que los Estados miembros no pueden incumplir sus obligaciones comunitarias sin poner en peligro la seguridad jurídica y violar el Estado de derecho de la CE. El Estado de derecho implica también la noción de legalidad constitucional europea: cada pieza legislativa de la UE se basa en los Tratados y debe ser conforme con los Tratados. Y, por último, el principio del Estado de derecho incluye el acceso a la justicia, la necesidad de una tutela judicial efectiva, la posibilidad de revisión judicial y la competencia exclusiva del TJUE para interpretar el derecho comunitario y decidir sobre su validez. Todos estos elementos del principio de Estado de derecho parecen resumirse en un pasaje muy citado de la sentencia *Les Verts*:

“La Comunidad Económica Europea es una Comunidad basada en el Estado de derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse a la revisión de la cuestión de si las medidas que adoptan son conformes con la carta constitucional básica, el Tratado. En particular, el Tratado estableció un sistema completo de recursos y procedimientos legales destinados a permitir al Tribunal de Justicia controlar la legalidad de las medidas adoptadas por las instituciones”.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Barber [1990], párr. 44; *Bosman* [1995], párr. 144. Véase también *Defrenne II* [1976], párr. 74.

¹⁵⁰ Asunto C-294/83, *Partie Ecologiste 'Les Verts'* [1986], párr. 23. Véase también *Foto-Frost* [1987], párr. dieciséis; *Kadi* [2008], párr. 281.

4. El contexto del razonamiento constitucional

4.1. Contexto académico: el trabajo de los juristas como contexto del razonamiento constitucional

La actitud de los juristas hacia el TJUE cambió con el transcurso del tiempo. Como señaló Joseph Weiler, hasta la publicación en 1986 de *On Law and Policy in the European Court of Justice* de Hjalte Rasmussen, en prácticamente todos los libros sobre el TJUE “el ethos subyacente [era] de elogio y admiración” y las críticas fueron “mudas y en la mayoría de las ocasiones se limitaban a casos específicos o a áreas de su jurisprudencia y no se referían a la postura general del tribunal” (Weiler, 1987, pp. 555-556). La teoría jurídica que rodea al Tribunal apoyó en gran medida sus esfuerzos de constitucionalización. Todas las decisiones históricas del Tribunal, de las décadas de 1960 y 1970, recibieron el apoyo entusiasta de una “amplia red transnacional de juristas con mentalidad europea” (Rasmussen, 2010, p. 78).¹⁵¹ Se trataba de un grupo relativamente pequeño de académicos, a menudo involucrados profesionalmente en las instituciones de la CE, que fueron muy activos en términos de publicaciones, así como muy homogéneos en términos de ethos profesional y de los valores defendidos. Las voces disidentes generalmente se limitaban a los pocos escritos de académicos tradicionales, que eran más prestigiosos en términos de legitimidad cultural pero, en última instancia, no influyeron en el desarrollo de la jurisprudencia (Itzcovich, 2006, pp. 307-314 y 324-382).

Tras el Tratado de Maastricht (1992), la actitud de la academia jurídica empezó a cambiar rápidamente. A medida que la relevancia política de las instituciones europeas aumentaba significativamente, el interés académico y la dimensión cuantitativa de los estudios jurídicos sobre la UE crecieron enormemente. La composición de la academia jurídica dedicada al estudio de la UE cambió y aumentaron las diferencias internas, tanto en lo que se refiere a los enfoques metodológicos (a la tradicional ciencia jurídica descriptiva y a la dogmática jurídica se sumaron las nuevas tendencias del “derecho en contexto”, un tipo de dogmática y teoría del derecho con

¹⁵¹ Véase también Schepel y Wesseling (1997); Itzcovich (2006, pp. 276-307).

influencias de la teoría política; se sumaron también nuevos enfoques constitucionalistas y de “principios” característicos de una teoría del derecho de orientación normativa y de estudios jurídicos culturales y críticos) como respecto a la evaluación del papel y la jurisprudencia del TJUE (Dann, 2005; Shaw, 2003; Snyder, 1987; von Bogdandy, 2000a; Walker, 2005). La teoría jurídica actual es mucho menos deferente hacia el Tribunal de lo que solía ser. De hecho, parece justo decir que ahora casi todos los trabajos académicos sobre el Tribunal deben contener, para ser atractivos y publicables, una evaluación (mejor si crítica) de ciertos aspectos de su jurisprudencia.

4.2. El contexto político del razonamiento constitucional

En la década de 1990, la ciencia política y la teoría de las relaciones internacionales iniciaron un debate sobre el grado de sensibilidad del Tribunal a los intereses nacionales y a otros factores ambientales. Teóricos inspirados en el realismo (o intergubernamentalismo) avanzaron una interpretación neofuncionalista del papel del Tribunal en la integración europea. Según esta interpretación, las fuerzas motrices del proceso de constitucionalización iniciado con éxito por el Tribunal en las décadas de 1960 y 1970 debían buscarse no en los intereses nacionales sino en las contribuciones de los litigantes privados (principalmente empresas privadas y asociaciones profesionales) y de tribunales nacionales de rango inferior (Burley y Mattli, 1993; Garrett, 1995). Si bien el debate no llegó a conclusiones firmes, es innegable que el Tribunal ejerció su papel más activo y creativo luego de la “Crisis de la Silla Vacía” (1965-1966), que significó el final de toda ambición de protagonismo político por parte de la Comisión (hasta la presidencia de Delors en 1985-1994), un estancamiento legislativo de larga duración a nivel europeo y la llamada “euroesclerosis”: el evidente estancamiento del proyecto comunitario. Según una famosa interpretación de Joseph Weiler (1981), el fin del “supranacionalismo institucional” provocado por la Crisis de la Silla Vacía llevó al Tribunal a fortalecer el “supranacionalismo normativo” siguiendo la política de constitucionalización judicial de los Tratados de la CE. A su vez, tras el Tratado de Maastricht y el inicio del “proceso de revisión semipermanente del Tratado” (De Witte, 2002), el enfoque del

Tribunal cambió significativamente: se volvió más cauteloso y, a veces, comprometido con la moderación.¹⁵² Es probable que la existencia de un escrutinio más estricto del Tribunal, ejercido por una comunidad jurídica ampliada y no siempre amigable, haya influido en este cambio de actitud.

5. Características generales del discurso constitucional. El estilo del razonamiento jurídico del Tribunal

El estilo general del razonamiento jurídico del Tribunal¹⁵³ depende principalmente de cuatro factores que se presentarán brevemente aquí: el procedimiento, el tipo de cuestión a decidir, la influencia del modelo francés, la influencia de otras tradiciones jurídicas, y la necesidad de traducción e informatización.

5.1. El carácter colegiado de la decisión

El primer factor consiste en el procedimiento colegiado de toma de decisiones adoptado por el Tribunal, que es típico de los sistemas de derecho civil europeo. El carácter colegiado de la decisión implica que no se admiten opiniones disidentes y la decisión es el resultado del trabajo colectivo de todo el cuerpo. Además, los miembros del Tribunal suelen intentar lograr el consenso más amplio posible. Esto tiene consecuencias respecto de la naturaleza del razonamiento jurídico desarrollado por el Tribunal: en palabras de un juez del TJUE, Pierre Pescatore, “el sistema de deliberación colegiada adoptado por el Estatuto del Tribunal tiene como consecuencia ‘plastificar’ los motivos de la sentencia hasta el punto de perder todo relieve. Estamos lejos de las sentencias coloridas de los jueces ingleses” (Pescatore, 2007 [1985], p. 292).

¹⁵² Sobre las razones de este cambio de actitud, véase N. Mancini (1990, pp. 236–240).

¹⁵³ Sobre el razonamiento jurídico del TJUE, véase Itzcovich (2009), con numerosas referencias a la literatura existente. Véase además Paunio y Lindroos-Hovinheimo (2010); Neergaard y Nielsen (2011); Conway (2012); Beck (2012) y Sankari (2013).

Especialmente a los ojos del *common law*, el Tribunal parece confirmar el viejo dicho de que un camello es un caballo diseñado por un órgano colegiado: “algunas sentencias del Tribunal de Justicia son camellos” (Edwards, 1995, p. 557). Cuando hay dos líneas de razonamiento que conducen a la misma conclusión y hay desacuerdo dentro del Tribunal sobre cuál es el mejor argumento para el caso, el Tribunal a menudo adopta una solución intermedia que, sin embargo, puede ser insatisfactoria para ambas partes (Hartley, 1998, p. 75). Otro juez del TJUE ha escrito a este respecto que “la jurisprudencia producida en Luxemburgo es correctamente criticada por su razonamiento a menudo atrofiado y su tono frecuentemente oracular; tales deficiencias deben atribuirse a la necesidad de dictar sentencias que sean aceptables para todos los signatarios” (Mancini y Keeling, 1994-1995, p. 398).

5.2. La materia de las sentencias del Tribunal y su tono inconstitucional

El segundo elemento que afecta el estilo general de las sentencias del TJUE depende de la cuestión a decidir. La mayor parte de la legislación de la UE se ocupa de regulación económica: la administración de la política agrícola común, los subsidios estatales, la tributación, la protección del medio ambiente y del consumidor, la propiedad industrial e intelectual, la competencia, etc. Dado que el TJUE no tiene poder discrecional para negarse a revisar un caso por ser trivial, se sigue que las sentencias del Tribunal que presentan un tono constitucional o se entregan a la retórica constitucional son bastante raras.

La mayoría de las sentencias del TJUE tratan de la gestión diaria del mercado interno y, por tanto, de reglamentos detallados y muy técnicos. No es raro encontrar sentencias del Tribunal que se ocupan de cuestiones interpretativas como “si las palabras *emballés séparément* [envasado por separado] se refieren a *morceaux désossés* [cortes deshuesados] o si se refieren por el contrario a las excepciones previstas para les *joues, les abats, le flanchet et le jarret* [las carrilleras, las achuras, la falda y los codillos]”¹⁵⁴

El Tribunal se ha pronunciado sobre las características distintivas de los cierres de cremallera, sosteniendo que en realidad son “dos cintas flexibles a las que se les unen dientes u otros elementos de sujeción en forma escalonada paralela [para que] puedan abrirse o cerrarse mediante la acción de un deslizador”.¹⁵⁵ El Tribunal ha reconstruido cuidadosamente el proceso de fabricación de la goma xantana, para concluir que “la goma xantana ya no es un extracto vegetal sino una nueva sustancia fabricada mediante un proceso industrial que involucra una fundamental conversión química”.¹⁵⁶ En más de una oportunidad, el Tribunal ha sido llamado a exponer el concepto de pijama, adoptando un enfoque pragmático según el cual “la característica objetiva de los pijamas... está en el uso al que están destinados, es decir, vestirlos en la cama como ropa de noche”.¹⁵⁷

Es cierto que la jurisprudencia del TJUE no carece de decisiones de importancia y la Muestra incluye casos de mayor trascendencia constitucional. Sin embargo, en términos generales, los fundamentos que emplea el Tribunal para decidir las “cuestiones constitucionales” sobre las que a veces debe fallar se caracterizan por una cierta minimización del argumento. El Tribunal bien podría ser uno de los muchos tribunales constitucionales del espacio jurídico europeo, pero tiende a ocultar ese estatus en la medida de lo posible. Ocasionalmente se pueden encontrar afirmaciones políticas declamatorias, como la frecuentemente citada frase pronunciada en *Grzelczyk* (“La ciudadanía de la Unión está *destinada* a ser el estatus fundamental de los nacionales de los Estados miembros.”¹⁵⁸), pero en principio, el Tribunal se apega a una comprensión legalista y sin pretensiones de la forma en que debe enmarcarse su razonamiento.

Esta frecuente minimización de los argumentos constitucionales bien podría deberse a razones pragmáticas. Dado que la autoridad del Tribu-

¹⁵⁵ Asunto C-34/78, *Yoshida* [1979] ECR. p. 115, párr. 10

¹⁵⁶ Asunto C-160/80, *Smulung-de Leeuw* [1981] ECR. p. 1767, párr. 10

¹⁵⁷ Asunto C-395/93, *Neckermann Versand* [1994] ECR. I-4027, párr. 7. Véase también el asunto C-338/95, *Wiener* [1997] ECR I-6495 (sobre el concepto de “camisón”) y la Opinión de AG Jacobs: “El presente caso es un ejemplo perfecto de un caso en el que puede cuestionarse si es apropiado que este Tribunal participe”.

¹⁵⁸ Asunto C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, párr. 31. Véase, por último, el asunto C-503/09, *Stewart* [2011], ECR. p. I-6497, párr. 80.

nal depende de la colaboración continua de los tribunales nacionales, es comprensible que, para evitar ofender sus sensibilidades constitucionales (nacionales), el Tribunal esté dispuesto a mantener un perfil bajo, a subrayar la base estrictamente técnica de sus fallos y a evitar la retórica constitucional. Sin embargo, esta posición del Tribunal puede también ser considerada frágil en términos de legitimidad, ya que puede interpretarse sin mucha dificultad como falta de conciencia o sensibilidad constitucional. Dado su más característico rol de promotor y guardián del mercado interno, el TJUE parecería ignorar las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y, de forma más general, parecería ignorar cualquier principio jurídico no basado en el mercado.

Además, “el estilo críptico y cartesiano que todavía caracteriza muchas de sus decisiones” y “su pretensión de razonamiento jurídico lógico y de inevitabilidad de los resultados” pueden no ser, según los críticos del Tribunal, “propicios para llevar adelante una buena conversación con los tribunales nacionales” y “el estilo de las decisiones judiciales es anticuado, no refleja el carácter dialógico del constitucionalismo europeo” (Weiler, 2001, p. 225 y 219).¹⁵⁹ De acuerdo con esta crítica, al preferir evitar la retórica constitucional, el Tribunal no cumple con su papel de tribunal constitucional *sensu lato* del espacio jurídico europeo. En cambio, si se pretende ampliar y profundizar el “diálogo” constitucional con los tribunales nacionales, el Tribunal debería intentar en la medida de lo posible identificar y desarrollar los principios generales de una cultura jurídica europea común.

5.3. Los antecedentes culturales del Tribunal

La tradicional minimización de ciertos argumentos por parte del Tribunal y su tendencia a evitar la retórica constitucional y las declaraciones políticas audaces están ciertamente vinculadas también con el tercer factor que incide en el estilo general de su razonamiento jurídico: la influencia decreciente pero aún presente del modelo francés.

Al comienzo de su actividad, el TJUE adoptó un estilo de razonamiento jurídico basado en el de los tribunales franceses: “formal, conciso y abstracto” (Hartley, 1998, p. 74); “un resumen escueto y opaco de la decisión y las razones de la misma”, expresado en “forma estrictamente deductiva” (Wells, 1994, p. 92 y 94); “estricto, disciplinado en la forma y de una brevedad apodíctica” (Everling, 1994, p. 59). El idioma de trabajo del Tribunal es el francés y, en un principio, la versión francesa de las sentencias se redactó según el típico modelo francés y silogístico del “*attendus que*”. El *jugement à frase unique* del TJUE consistía en una oración larga, en la que cada párrafo comenzaba con las palabras “mientras que” o simplemente “que” y terminaba con un punto y coma; la conclusión (“*dispositif*”) se introducía con las palabras “*par ces motifs... la Cour... déclare et arrête/dit pour droit*” (“sobre la base de estos motivos el Tribunal declara y ordena/decide según derecho que...”). En consecuencia, el Tribunal desarrolló “un estilo severo, autoritario, expresado en un solo enunciado en el que brilla un único sujeto (el Tribunal)” (Gorla, 1968, p. 16). Sus decisiones se redactaban en una única oración “densa y austera” que “pretendía inspirar respeto en virtud de su poderosa brevedad” (Mimin, 1962, pp. 25-26.). Según un ex juez del TJUE, Antonio Trabucchi, en *Van Gend en Loos* el Tribunal adoptó por primera vez la fórmula “*dit pour droit*”, en lugar del habitual “*déclare et arrête*”, para resaltar el efecto *erga omnes* de sus decisiones, su carácter “declarativo de normas” (o creativo de normas) (Trabucchi, 1963, p. 269).

En Francia, la estructura silogística y el tono magistral demostraron ser en realidad un método para ocultar la discreción del adjudicador, ya que permitían presentar la decisión como una aplicación mecánica y estrictamente lógica de una regla general (una *loi*) al caso concreto. Ese estilo de razonamiento, sin embargo, era distintivamente francés: era de naturaleza demasiado pueblerina y particularista y también demasiado restrictiva respecto del razonamiento jurídico del Tribunal. Pronto se percibió como inadecuado para un tribunal, como el TJUE, comprometido con el proceso de construcción de un orden jurídico supranacional. Por lo tanto, en 1979 el Tribunal abandonó el modelo del *attendus* en favor un estilo de argumentación más discursivo.

Sin embargo, sus sentencias continuaron siendo fuertemente estructuradas y algo rígidas. Los argumentos se introducen con frases estándar como “debe observarse que”, “debe señalarse que”, “está claro que” y “de lo anterior se deduce que”. Según sus críticos, las decisiones del Tribunal todavía tienden a ser “decisiones breves, concisas y magistrales que demuestran una tremenda seguridad interpretativa y sugieren una cierta compulsión lógica” (Lasser, 2004, p. 112).

Sin embargo, no debe exagerarse la importancia de este factor en la determinación del estilo general del razonamiento jurídico del TJUE. La influencia del modelo francés ha ido decayendo y las sentencias del Tribunal han comenzado a incluir, de manera rutinaria, un tratamiento de los eventuales contraargumentos planteados por las partes.¹⁶⁰ El cambio ha sido calificado acertadamente como un “terremoto estilístico” que se produjo cuando el Tribunal, con la finalidad de comunicarse de manera más eficaz con los jueces nacionales a través del procedimiento prejudicial, adoptó un estilo de argumentación jurídica más dialógico, “poniendo a prueba sus razones con una motivación más reflexiva y exponiéndose al debate de la academia jurídica” (Martinico, 2009, p. 37).¹⁶¹ Es indicativo en este sentido que la extensión media de las decisiones del Tribunal ha aumentado con el transcurso del tiempo: desde la brevedad lacónica de sus primeras sentencias se pasó a los 380 párrafos y 29.000 palabras de la sentencia *Kadi* de 2008.¹⁶²

Además, la influencia del modelo francés se ha combinado con diferentes tradiciones jurídicas y antecedentes culturales que han convergido para crear una forma distinta de razonamiento jurídico transnacional.¹⁶³ En las sentencias del Tribunal podemos encontrar referencia a conceptos originalmente propios de la cultura jurídica alemana, como el deber de cooperación sincera (o genuina o leal), el principio de proporcionalidad,

¹⁶⁰ Según algunos autores, sin embargo, la tendencia hacia una mejor argumentación se ha convertido recientemente en una tendencia opuesta. Por ejemplo, Komárek (2007, p. 482); Bobek (2008, p. 1639 y ss.).

¹⁶¹ Davies (2006, p. 213).

¹⁶² *Cadi* [2008]. Esto se debe en parte a la importancia del caso, pero no quiere decir que no haya otros precedentes: véanse, por ejemplo, los párrafos 632 de los asuntos acumulados C-40/73 y otros, *Suiker Unie v Commission* [1975] ECR. p. 1663 (anulación parcial de una decisión de la Comisión sobre prácticas concertadas en el mercado del azúcar).

¹⁶³ Usher (1976); Koopmans (1991); Everling (1987).

la protección de la confianza legítima y otros conceptos jurídicos indeterminados (cláusulas generales, *Generalklausen*) – “los pulmones éticos del derecho positivo” (Mancini y Keeling, 1994-1995, p. 400)¹⁶⁴– que tienen sus raíces en el giro antipositivista que afectó al pensamiento jurídico alemán después de la Segunda Guerra Mundial. El concepto mismo de los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario estaba ausente del texto de los Tratados y fue desarrollado por el TJUE en estricto diálogo con los tribunales alemanes.¹⁶⁵

Uno de los conceptos clave de la jurisprudencia constitucionalizadora del TJUE, el concepto de orden jurídico comunitario autónomo, está fuertemente conectado con la dogmática jurídica italiana. Como escribió una vez Pierre Pescatore, esa expresión “adquiere su pleno significado en la lengua de trabajo [del caso *Costa v ENEL*], es decir, el italiano”, ya que es “una expresión cuasi-filosófica que sugiere la totalidad y la coherencia de lo que se llama un sistema jurídico” (Pescatore, 1970, p. 39).¹⁶⁶

Después de la adhesión del Reino Unido e Irlanda en 1973, la tradición del *common law* afectó el estilo de las audiencias ante el TJUE, donde comenzó a producirse un intercambio de opiniones casi informal entre los abogados y el tribunal. Aunque de manera menos evidente, la tradición del *common law* también incidió en el patrimonio conceptual del Tribunal, en su forma y estilo de razonamiento jurídico. Según Mancini y Keeling (1994-1995, p. 401), por ejemplo, el Tribunal empleó la doctrina de los actos propios en *Ratti* para argumentar que, en determinadas circunstancias, los particulares pueden invocar las disposiciones de directivas aún no aplicadas¹⁶⁷: “un Estado miembro que no haya adoptado las medidas de ejecución exigidas por la directiva en los plazos prescritos no podrá invo-

¹⁶⁴ Sobre la influencia de la cultura jurídica alemana, véase Nolte (1994).

¹⁶⁵ *Stauder* [1969] ECR 419 (petición de decisión preliminar del *Verwaltungsgericht* de Stuttgart); *International Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 (petición de decisión preliminar del *Verwaltungsgericht* de Frankfurt am Main); Asunto C-4/73, *Nold* [1974] ECR 491 (recurso de anulación presentado por una sociedad de responsabilidad limitada con sede en Darmstadt).

¹⁶⁶ Sobre este concepto en perspectiva histórico-teórica, véase Itzcovich (2012).

¹⁶⁷ Véase también Dashwood (2006-2007, p. 86).

car, frente a los particulares, su propio incumplimiento de las obligaciones que impone la directiva”¹⁶⁸

Por último, pero no menos importante, la influencia de la tradición del *common law* se puede ver en la alta consideración de sus propios precedentes por parte del Tribunal. Tras la adhesión del Reino Unido e Irlanda, las técnicas utilizadas por el Tribunal para abordar los precedentes se han vuelto cada vez más sofisticadas. Según un juez del TJUE, Thijmen Koopmans, “[a]unque la manera en que el Tribunal formula principios, o proposiciones generales de derecho, es muy similar a los métodos utilizados por el *Conseil d’Etat* francés, sus técnicas para apoyarse en lo decidido en casos anteriores, o para invocar la autoridad de su propia jurisprudencia, o para determinar la *ratio decidendi* de sentencias anteriores no son diferentes a las utilizadas por los tribunales de *common law* ingleses” (1982, p. 27).¹⁶⁹ De hecho, es justo decir que hoy “gran parte de lo que es más importante en el derecho comunitario está hecho por los jueces” y que el derecho de la UE ha desarrollado “una coherencia interna que se organiza, de manera autorreferencial, a través de precedentes” (Stone Sweet y McCowan, 2003, p. 113). El derecho de la UE tiende a ser un sistema en el que los casos se deciden por referencia a sentencias anteriores y mediante un proceso de lenta extensión o restricción del alcance de sentencias anteriores (Koopmans, 1991, p. 504).¹⁷⁰

Esto tiene consecuencias respecto del nivel de exhaustividad y generalidad de los argumentos del Tribunal. Ocasionalmente, el Tribunal se guía por consideraciones tales como “decir lo menos posible –a veces resigando coherencia, claridad y seguridad jurídica– para no verse limitado por sus precedentes en el futuro” (Ritter, 2006, p. 762). Como afirmó otro juez del TJUE, Ulrich Everling, el Tribunal se volvió “cada vez más cauteloso a la hora de establecer principios generales” tras la llegada de jueces de la tradición del *common law*, “instruidos en el método de casos e inclinados a un enfoque pragmático” (Everling, 1987, p. 163). Al menos en parte, se

¹⁶⁸ *Ratti* [1979], párr. 22. Véase también el asunto C-8/81, *Becker* [1982] ECR. p. 53, párr. 24; *Faccini Dori* [1994], párr. 23

¹⁶⁹ Véase también Koopmans (1991, p. 504); Everling (1994, p. 65).

¹⁷⁰ Véase también Mancini y Keeling (1994-1995, p. 402).

abandonó el tono magistral del primer Tribunal en favor de un desarrollo diario y paulatino de su jurisprudencia.

5.4. Impersonalidad: traducción, informatización y uso de precedentes

Escritas en francés, las sentencias del TJUE están diseñadas para ser traducidas a todos los idiomas oficiales de la UE,¹⁷¹ y esto tiene consecuencias significativas para el tipo de prosa que el Tribunal puede emplear. “Escriba oraciones simples y ordenadas, use un vocabulario lo más simple posible, evite términos abstractos y técnicos” (Pescatore, 2007 [1985], p. 46), recomienda el *Vademécum* que Pierre Pescatore escribió para sus colegas del TJUE. Su sugerencia ha sido generalmente seguida en la práctica. El TJUE tiende a evitar el lenguaje retórico y ornamentado, la prosa elegante y brillante, así como el conceptualismo abstracto y la reflexión académica. Prefiere los términos sencillos, el estilo simple y compacto y, sobre todo, la impersonalidad.¹⁷²

Incluso si fuera cierto que “a lo largo de los años, el TJUE ha desarrollado no solo su propio estilo, sino también, sin duda, una forma única de ver e interpretar el derecho de la Unión” (Horspool, 2011, p. 113)¹⁷³ el estilo del Tribunal sería único, pero ciertamente sin características sobresalientes. Incluso desde el punto de vista de un abogado de derecho continental, y ni que hablar desde el punto de vista de un abogado de *common law*, uno de los aspectos llamativos del estilo del Tribunal es el alto grado

¹⁷¹ Sobre las consecuencias del multilingüismo en el derecho de la UE, véase (Bengoetxea, 2011) (sostiene que hasta ahora la preferencia por el francés ha impedido el desarrollo de un modo verdaderamente multilingüe de razonamiento jurídico).

¹⁷² Una de las pocas excepciones a la regla de la impersonalidad se debe a una imprecisión en la traducción: en los asuntos acumulados C-202/08 P y C-208/08 P, *American Clothing Associates NV* [2009], párr. 47, la frase francesa impersonal “il convient tout d’abord de relever que” se convierte en un muy inusual “permítanme comenzar observando eso”.

¹⁷³ Según Horspool, el TJUE toma prestado elementos de diferentes métodos legales, “pero en general prefiere su propio enfoque”, basado en equilibrar y ponderar los principios/intereses de los Estados miembros y la Unión.

de impersonalidad que se esfuerza por alcanzar y es capaz de lograr en sus sentencias.

La impersonalidad es consecuencia tanto de la necesidad de traducción como de la necesidad de informatización. Las *rationes decidendi* de las sentencias del TJUE tienden a estandarizarse para almacenarse y recuperarse mediante consultas a bases de datos, con el objetivo de que puedan citarse fácilmente en sentencias posteriores. Ya en la década de 1980, el TJUE comenzó a mostrar conciencia de las TIC, reconoció la necesidad de informatización y comenzó a redactar sus sentencias en consecuencia, teniendo en cuenta el requisito de recuperación de la información: según el *Vademécum de Pescatore*, “el razonamiento jurídico, incluso cuando es complicado, debe finalmente reducirse a opciones simples que sean compatibles con el funcionamiento de la máquina” (Pescatore, 2007 [1985], p. 28). Para permitir la informatización, el Tribunal debería utilizar “conceptos explícitos, unívocos y homogéneos” (Pescatore, 2007 [1985], p. 28).

El Tribunal procura evitar la originalidad y sus sentencias se caracterizan por el uso intensivo de extensas citas incluidas con el método de copiar y pegar. La razón de esto no es de naturaleza económica: no se trata de evitar la pérdida de tiempo o el arduo trabajo intelectual de pensar de nuevo los mejores argumentos para el caso. Las citas de copiar y pegar facilitan la recuperación de información en los sistemas de bases de datos y, lo que es más importante, crean (una apariencia de) coherencia en la jurisprudencia o, para decirlo de manera más precisa, crean redundancia (Shapiro, 1972). Muestran que la decisión del caso está profundamente engarzada en una larga lista de decisiones que repiten el mismo principio jurídico y, al hacerlo, otorgan legitimidad a la sentencia y al Tribunal. Así, el uso extensivo de precedentes, autocitas literales y fórmulas típicas no depende única ni principalmente de la influencia de la tradición del *common law*, sino que tiene mucho más que ver con la necesidad de normalización y autolegitimación de un tribunal que opera en un espacio legal pluralista y que está activamente comprometido con un proceso de constitucionalización. Las autocitas redundantes crean la percepción de puntos de referencia estables en un entorno legal y político altamente incierto.

En todo caso, las citas de copiar y pegar tienden también a eliminar cualquier elemento personal o idiosincrático en la justificación de la sen-

tencia. Como señaló Loïc Azoulay, es como si las sentencias del Tribunal fueran “el resultado de un tipo complejo de ‘collage’ de fórmulas judiciales”, es decir, de doctrinas y *rationes decidendi* formuladas en las decisiones más importantes del TJUE. “Este efecto collage es típico de la jurisprudencia comunitaria – hasta tal punto que en algunos casos puede parecer que son las fórmulas las que hablan, en lugar del Tribunal y las preferencias de sus miembros” (Azoulay, 2008a, p. 1339).

5.5. Las cuestiones constitucionales enmarcadas como cuestiones no constitucionales

De las 40 sentencias incluidas en la Muestra, 14 trataban cuestiones de derechos fundamentales, 4 cuestiones relativas a la organización de la CE/UE y en particular a la división “horizontal” de competencias entre las instituciones de la Comunidad, y 24 otras cuestiones como el sistema de fuentes y los efectos jurídicos de los actos jurídicos comunitarios, los deberes interpretativos de los jueces nacionales, la responsabilidad civil por la vulneración del derecho comunitario y los principios rectores del mercado común. Se puede considerar que dos casos (*Defrenne*, 1976 y *Mangoldt*, 2005) involucran tanto cuestiones de derechos fundamentales (no discriminación por motivos de sexo y edad) como cuestiones relacionadas con los efectos de la legislación comunitaria.

El número relativamente alto de sentencias importantes del TJUE que tratan o mencionan derechos fundamentales puede malinterpretarse fácilmente. Los estudios académicos sobre la CE tienden a considerar como más significativas y, por lo tanto, como más influyentes precisamente aquellas sentencias en las que se presenta y refina algún tipo de doctrina de derechos y principios fundamentales. No obstante, la frecuencia de sentencias influyentes sobre cuestiones de derechos fundamentales debe considerarse mucho más reveladora de las tendencias constitucionalistas que prevalecen entre los académicos europeos que de las características del razonamiento jurídico que suele adoptar el Tribunal. De hecho, desde la década de 1960 en adelante, ha habido una creciente presión dogmática e institucional sobre el Tribunal para que adopte lo que podría llamarse, sin

ironía, “retórica constitucional”: un estilo narrativo de razonamiento y una forma argumentativa que se asemejen a los de otros tribunales constitucionales y jurisdicciones basadas en derechos, como la Corte Suprema de EE. UU., el Tribunal Constitucional de Alemania y el TEDH.

La presión institucional sobre el Tribunal resulta de una serie de iniciativas que se remontan a la “Declaración sobre la Identidad Europea” de 1973, que creó la noción de “derechos especiales” de los ciudadanos europeos, y que adquirió mayor importancia en el Debate constitucional europeo tras el Tratado de Maastricht. El Tratado de Maastricht y las modificaciones posteriores de los Tratados adoptadas en Niza, Ámsterdam y Lisboa consagraron solemnemente determinados principios constitucionales como principios fundadores de la UE y, finalmente, condujeron a la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A la larga, es probable que la adopción de la Carta y del lenguaje de los derechos tenga un efecto cada vez mayor en la forma en que el TJUE construye los casos sobre los que debe decidir.¹⁷⁴

La cultura jurídica y el contexto político que rodean al Tribunal generalmente respaldaron estas tendencias, instando al Tribunal a adoptar un estilo de argumentación jurídica diferente y basado en principios. A medida que la Comunidad ha evolucionado de una organización de mercado a una forma más integral de entidad constitucional, el TJUE, se sostiene, debería dejar de ser el promotor de un proceso de integración totalmente basado en las libertades del mercado y comenzar a “tomar (otros) derechos en serio”.¹⁷⁵

La crítica al estilo poco inspirador de argumentación jurídica adoptado por el Tribunal se basa a menudo en la teoría de la democracia deliberativa (la democracia como forma de gobierno que permite una argumentación abierta, pública y basada en principios que conduce a un consenso racio-

¹⁷⁴ Esta es la opinión de la mayoría de los AG entrevistados por Morano-Foadi y Andreadakis: “el lenguaje del mercado común está siendo reemplazado cada vez más por el nuevo lenguaje de los estándares de derechos humanos” (Morano-Foadi y Andreadakis, 2011, p. 599).

¹⁷⁵ Véase, por ejemplo, Cartabia (2009, p. 31): “el Tribunal Europeo, especialmente cuando actúa como tribunal constitucional o tribunal de derechos fundamentales, debería considerar seriamente alejarse de las sentencias telegráficas al viejo estilo”.

nal) y/o en la adopción de un ideal de patriotismo constitucional, según el cual el discurso constitucional puede ser crucial para fomentar un sentido de identidad cívica colectiva (Habermas, 2001). Quienes exigen una cultura jurídica que contribuya a forjar el “Nosotros, los europeos” esperan que el TJUE exponga y desarrolle, si no los fundamentos éticos de la Unión como “hogar” constitucional común de los europeos, al menos las razones de fondo detrás de sus decisiones. La adopción del lenguaje de los derechos se ve como un paso necesario hacia la construcción de un sentimiento de identidad compartida o de una “conversación constitucional” común con las demás cortes de Europa (Weiler, 2001, p. 219 y 225).¹⁷⁶ No está claro si el estilo de razonamiento jurídico tiene alguna conexión con el contenido de la decisión, un punto contra el que los realistas jurídicos seguramente tendrían buenos argumentos, pero los promotores de la adopción del lenguaje de los derechos y principios fundamentales lo recomiendan principalmente por su supuesta capacidad para fomentar la legitimidad del sistema jurídico (y del Tribunal).¹⁷⁷ La idea fuerte que subyace a estas propuestas es que el contenido de las decisiones del TJUE puede ser a veces menos importante que la comunicación que precede y sigue a esas decisiones: el razonamiento jurídico y los discursos públicos a los que dan lugar.

Especialmente, cuando los litigios giran en torno a medidas nacionales que inciden en los principios de la libre circulación, el TJUE se ha resistido a tales tendencias. Si bien es cierto que el TJUE ha aceptado que la protección de los derechos fundamentales puede en ocasiones primar sobre las libertades del mercado,¹⁷⁸ su jurisprudencia en materia de derechos humanos es cuanto menos cautelosa –según los críticos del Tribunal, es simbólica, insuficiente o meramente instrumental.¹⁷⁹ En cuanto al número de casos resueltos por el TJUE, su papel en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales es mucho más limitado que el de un tribunal

¹⁷⁶ Recientemente, Robertson (2010, p. 345).

¹⁷⁷ Por ejemplo, véase Douglass-Scott (2006, p. 661): “Por lo tanto, el TJUE se está consolidando como tribunal de derechos humanos... su estatus como Tribunal Constitucional está mejorando gracias al desarrollo de la jurisprudencia sobre derechos humanos”.

¹⁷⁸ Por ejemplo, Asunto C-112/00, *Schmidberger* [2003] ECR. p. I-5659; Asunto C-36/02, *Omega* [2004] ECR. p. I-9609.

¹⁷⁹ Véase e. g. Coppel y O’Neill (1992).

constitucional nacional (de Witte, 1999, p. 869).¹⁸⁰ En términos generales, el TJUE todavía se esfuerza por evitar la retórica constitucional y se resiste al llamado a convertirse en otra jurisdicción de derechos humanos de pleno derecho junto con los tribunales constitucionales de los Estados miembros y el TEDH.

Al respecto, cabe señalar que en ocasiones el Tribunal reformula pretensiones basadas en libertades civiles clásicas en términos de pretensiones que merecen ser satisfechas en tanto son condición previa para el ejercicio de las libertades de mercado. Al hacerlo, el Tribunal logra el resultado sustantivo buscado – la protección de un derecho individual – al precio, sin embargo, de distorsionar el significado y el alcance de tales derechos. En cambio, se produce una instrumentalización y funcionalización del derecho en cuestión a favor de la consecución de los fines del mercado común.

Dos ejemplos bien conocidos se pueden encontrar en las sentencias *Kostantinidis* (1993)¹⁸¹ y *Carpenter* (2002).¹⁸² En la Muestra, el caso *Grogan* (1991) proporciona un último ejemplo de esta tendencia del Tribunal a evitar el lenguaje de los derechos y principios fundamentales para mantener un enfoque basado en las libertades de mercado y en conceptos que son característicos del derecho de la UE. En este caso, el TJUE sostuvo que la prohibición irlandesa de distribuir información relativa a las clínicas donde se realizan abortos constituía una limitación a la libertad de expresión y no una restricción a la libertad de prestación de servicios: la decisión de

¹⁸⁰ Con razón Bryde señala que esto depende del hecho de que el TJUE no es un tribunal constitucional especializado, sino un tribunal de jurisdicción general en derecho europeo y que el derecho de la UE se sigue limitado principalmente a funciones socioeconómicas (2010, p. 125).

¹⁸¹ Asunto C-168/91, *Konstantinidis* [1993] ECR. p. I-1191 (el derecho a no estar obligado a utilizar una transcripción del propio nombre que distorsione su pronunciación no se basaba en la dignidad humana y ni en el derecho a la identidad personal; el Tribunal había recurrido exclusivamente a la supuesta injerencia en el derecho de establecimiento por el riesgo bastante remoto de que los clientes del solicitante lo confundan con otras personas).

¹⁸² Asunto C-60/00, *Carpenter* [2002] ECR. p. I-6279 (la capacidad de prestación de servicios del Sr. Carpenter se habría visto afectada si su esposa filipina hubiera sido deportada, debido al hecho de que ella era responsable de los niños cuando el marido estaba de viajes de negocios; el Tribunal destacó “la importancia de garantizar la protección de la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros” sobre la base del supuesto de que tal protección es necesaria “para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado”).

calificar la altamente controvertida cuestión de fondo como una “verdadera” cuestión constitucional que implicaba una limitación de derechos civiles fundamentales (la libertad de expresión) fue la estrategia para evitar pronunciarse sobre la materia.

Este enfoque o estilo modesto y, por así decirlo, “inconstitucional” del TJUE podría cambiar, por supuesto, y en muchos aspectos ya ha cambiado.¹⁸³ El caso *Kadi* (2008) proporciona un buen ejemplo de la nueva tendencia, y también *Les Verts* (1986) y el Dictamen 1/91 pueden mencionarse como casos en que se usa un correcto lenguaje constitucional en el ámbito de la organización institucional. El estilo conciso y lacónico de la primera sentencia del TJUE ha sido en gran medida abandonado y, desde la década de 1980, las sentencias se han vuelto considerablemente más largas. Hoy en día, nadie diría que el Tribunal adhiere estrictamente al modelo francés de jurisdicción administrativa. Es probable que la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales y el avance de la UE en ámbitos de políticas públicas como la cooperación policial y judicial en asuntos penales afecten fuertemente al razonamiento jurídico del TJUE. El Tribunal tendrá que abordar más abiertamente cuestiones de derechos fundamentales.

Hasta ahora, sin embargo, el Tribunal ha seguido evitando, en la medida de lo posible, el lenguaje de los derechos fundamentales y los principios constitucionales: habla de “jerga jurídica estricta” y se aleja de toda retórica política y de proclamas morales vibrantes. Sus decisiones parecen aspirar a “un estilo simple y directo” (Pescatore, 2007 [1985], p. 24), no a la luminosidad y a la profundidad. En ese sentido, si bien corren el riesgo de ser áridas y aburridas, no corren el riesgo de ser enfáticas y pomposas.

6. Conclusiones

Las peculiaridades del razonamiento jurídico del TJUE están fuertemente relacionadas con su condición de tribunal constitucional *sui generis* del “espacio jurídico” europeo. Ello quiere decir que su jurisdicción no es

¹⁸³ Véase Haltern (2010, p. 222 y ss.), analiza la jurisprudencia sobre ciudadanía europea para mostrar cómo el Tribunal entró “en lo que podría llamarse ‘retórica política’”.

exclusiva, sino que la ejerce en coordinación y ocasionalmente en competencia con la jurisdicción de los tribunales constitucionales y supremos nacionales. El canal procesal más importante de interacción entre los tribunales es el procedimiento de decisión prejudicial, que el TJUE comenzó a utilizar desde el principio como una herramienta para promover el diálogo con sus homólogos nacionales. Al hacerlo, el TJUE logró un alto grado de uniformidad y eficacia en la aplicación del derecho europeo, ya que convirtió a todos los ciudadanos, y especialmente a las empresas de importación y exportación y otras organizaciones orientadas al mercado, en guardianes potenciales del cumplimiento del derecho europeo. La mayoría de las más importantes sentencias del TJUE han sido decisiones prejudiciales en virtud de la remisión por parte de tribunales nacionales.

Del análisis de la Muestra surge que los argumentos literales están casi ausentes y nunca son concluyentes. Este resultado no debe exagerarse, pero parece validar la opinión generalizada sobre la relativa poca importancia que el TJUE da a los argumentos textuales en su razonamiento. Además, el Tribunal niega cualquier fuerza vinculante o incluso persuasiva a las intenciones originales de las Partes Contratantes: el argumento de la intención del legislador es simplemente irrelevante para la interpretación de los Tratados europeos. Por otro lado, la interpretación teleológica goza en cambio de un historial sobresaliente y de una posición particularmente sólida ante el TJUE. El Tribunal a menudo considera las consecuencias prácticas de sus decisiones interpretativas, que evalúa a la luz de los objetivos de los Tratados y los principios fundamentales de eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la UE. El objeto de los Tratados, tal como los entiende el TJCE, no era establecer un orden rígido de derechos y obligaciones mutuos entre los Estados miembros, sino poner en marcha un proceso gradual de integración económica, jurídica y política, que debe promoverse interpretando el derecho europeo a la luz de los objetivos del sistema.

El TJUE tiende a abstenerse de utilizar conceptos que se refieren a la Unión Europea como una autoridad o una comunidad políticas por derecho propio (soberanía, democracia, federalismo, nacional/supranacional), quizás porque estos conceptos corren el riesgo de ser inherentemente divisivos e indeterminados en el contexto de la UE. El Tribunal prefiere hablar de “autonomía” del derecho europeo y evita cuidadosamente el léxico de la

soberanía. Es bastante característico de la jurisprudencia del TJUE que los principios estructurales del derecho comunitario, como el efecto directo y la supremacía –principios que se refieren a la distribución de poderes entre los niveles de gobierno europeo y nacional– se hayan basado en derechos procesales individuales, como la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva, y en el principio del Estado de derecho. El principio del Estado de derecho parece haber sufrido una transformación significativa una vez aplicado a la Unión Europea. Mientras que, en el ámbito nacional, el estado de derecho se concibe generalmente como un principio que limita los poderes coercitivos preexistentes del Estado, en el ámbito europeo constituye y justifica la autoridad de las instituciones europeas, a partir de la serie “norma de derecho – seguridad jurídica – aplicación uniforme del derecho de la UE – efecto directo y primacía del derecho de la UE”.

En cuanto al estilo de las sentencias del TJUE, es decididamente impersonal, incoloro y repetitivo. Varias razones pueden explicar esto. El sistema de deliberación colegiada del TJUE, que implica que las sentencias son el resultado del trabajo colectivo de todo el tribunal; el objeto de las sentencias, que a menudo se ocupan de la gestión cotidiana del mercado interior y de reglamentos detallados y muy técnicos; la influencia decreciente pero todavía presente del modelo francés, con su lenguaje formal, conciso y una estructura rígidamente deductiva; y la necesidad de traducibilidad interlingüística y recuperación de información automatizada: todos estos factores contribuyen a que el estilo de las sentencias del TJUE sea poco inspirador. Aparte de algunas sentencias innovadoras, el TJUE suele mantener un perfil relativamente bajo y se resiste a los frecuentes llamamientos de los estudiosos del derecho para que abrace abiertamente la retórica constitucional y adopte un estilo de argumentación jurídica más persuasivo y basado en principios.

También en este sentido, el Tribunal resulta ser un tribunal constitucional *sui generis*.

Apéndice: La Muestra

1. Asunto C-26/62, Van Gend en Loos [1963] ECR 1
2. Asunto C-6/64, Costa v ENEL [1964] ECR 585
3. Asunto C-29/69, Stauder [1969] ECR 419
4. Asunto C-9/70, Franz Grad [1970] ECR-825
5. Asunto C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125
6. Asunto C-22/70, Commission v. Council (ERTA) [1971] ECR 263
7. Asunto C-8/74, Dassonville [1974] ECR 837
8. Asunto C-41/74, Van Duyn [1974] ECR 1337
9. Asunto C-43/75, Defrenne II [1976] ECR 455
10. Asunto C-106/77, Simmenthal [1978] ECR 629
11. Asunto C-120/78, Rewe-Zentrale (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649
12. Asunto C-148/78, Ratti [1979] ECR 1629
13. Asunto C-44/79, Hauer [1979] ECR 3727
14. Asunto C-104/79, Foglia v. Novello [1980] ECR 745
15. Asunto C-283/81, CILFIT [1982] ECR 3415
17. Asunto C-294/83, Les Verts [1986] ECR 1339
18. Asunto C-314/85, Foto-Frost [1987] ECR 4199
19. Asunto C-5/88, Wachauf [1989] ECR 2609
20. Asunto C-70/88, Parliament v Council [1990] ECR I-2041 (“Chernobyl”)
21. Asunto C-262/88, Barber [1990] ECR I-1889
22. Asunto C-106/89, Marleasing [1990] ECR I-4135
23. Asunto C-213/89, Factortame [1990] ECR I-2433
24. Asunto C-260/89, Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) [1991] ECR I-2925
25. Asunto C-292/89, Antonissen [1991] ECR I-745
26. Asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Francovich [1991] ECR I-05357
27. Asunto C-159/90, Grogan [1991] ECR I-4685
28. Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079 (Incompatibilidad entre el derecho de la CE y el tratado EEE)
29. Asunto C-91/92, Faccini Dori [1994] ECR I-3325
30. Asunto C-415/93, Bosman [1995] ECR I-4921

31. Asuntos acumulados C-46/93 and C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA and Factortame [1996] ECR I-1029
32. Asunto C-85/96, Martínez Sala [1998] ECR I-2691
33. Asunto C-60/00, Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department [2002] ECR I-06279
34. Asunto C-224/01, Köbler [2003] ECR I-10239
35. Asunto C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich [2003] ECR I-05659
36. Asunto C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn [2004] ECR I-09609
37. Asunto C-105/03, Pupino [2005] ECR I-5285
38. Asunto C-144/04, Mangold [2005] ECR I-9981
39. Asunto C-303/05, Advocaten voor de Wereld [2007] ECR I-3633
40. Asunto C-438/05 Viking [2007] ECR I-10779
41. Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Kadi [2008] ECR I-6351

Bibliografía

- Alter, K. J. (2001). *Establishing the Supremacy of European Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Arnall, A. (2003-2004). A Constitutional Court for Europe? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 6, 1-34.
- Arnall, A. (2006). *The European Union and Its Court of Justice* (2da ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Azoulay, L. (2008a). The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization. *Common Market Law Review*, 45, 1335-1356.
- Azoulay, L. (2008b). Le rôle constitutionnel de la Cour de Justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence. *Revue trimestrielle de droit européen*, 44(1), 29-46.

- Azoulai, L. (2011). The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law? *European Journal of Legal Studies*, 4(2), 192-219.
- Bast, J. (2009). Legal Instrument and Judicial Protection. En A. von Bogdandy y J. Bast (Eds.), *Principles of European Constitutional Law* (pp. 345-397). Oxford-München: Hart-Beck.
- Beck, G. (2012). *Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*. Oxford y Portland: Hart.
- Bell, J. (2003-2004). European Perspectives on a Judicial Appointments Commission. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 6, 35-48.
- Bengoetxea, J. (2011). Multilingual and Multicultural Legal Reasoning. En A. Kjær y S. Adamo (Eds.), *Linguistic Diversity and European Union* (pp. 97-122). Farnham: Ashgate.
- Biavati, P. (2009). *Diritto processuale dell'Unione europea*. Milano: Giuffrè.
- Bobek, M. (2008). Learning to Talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice. *Common Market Law Review*, 45, 1611-1643.
- Broberg, M., y Fenger, N. (2010). *Preliminary References to the European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Bryde, B.-O. (2010). The ECJ's Fundamental Rights Jurisprudence – A Milestone in Transnational Constitutionalism. En M. Poiares Maduro y L. Azoulai (Eds.), *The Past and Future of EU Law* (pp. 119-129). Oxford: Hart Publishing.
- Burley, A.-M., y Mattli, W. (1993). Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration. *International Organization*, 47, 41-76.
- Burrows, N., y Greaves, R. (2007). *The Advocate General and EC Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Capotorti, F. (1988). Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee. En U. d. S. d. Ferrara (Ed.), *Le sentenze in Europa. Metodo, tecnica e stile* (pp. 230-247). Padova: Cedam.
- Cartabia, M. (2009). Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously. *European Constitutional Law Review*, 5, 5-31.
- Chalmers, D. (1999). Judicial Preferences and the Community Legal Order. *Columbia Journal of European Law*, 5, 101-134.

- Cohen, A. (2007). Constitutionalism Without Constitution: Transnational Elites Between Political Mobilization and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe (1940s–1960s). *Law & Social Inquiry*, 32(1), 109-135.
- Conway, G. (2012). *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Coppel, J., y O'Neill, A. (1992). The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? *Common Market Law Review*, 29(4), 669-692.
- Craig, P. (2001). The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered. En J. H. H. Weiler (Ed.), *The European Court of Justice* (pp. 177-214). Oxford: Oxford University Press.
- Dann, P. (2005). Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law. *German Law Journal*, 6(11), 1453-1473.
- Dashwood, A. (2006-2007). From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 9, 81-109.
- Davies, G. (2006). Abstractness and Concreteness in the Preliminary Reference Procedure. En N. Nic Shuibhne (Ed.), *Regulating the Internal Market* (pp. 210-244). Cheltenham: Edward Elgar.
- de Witte, B. (1999). The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights. En P. Alston (Ed.), *The EU and Human Rights* (pp. 859-897). Oxford: Oxford University Press.
- De Witte, B. (2002). The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe: The Semi-Permanent Treaty Revision Process. En P. Beaumont (Ed.), *Convergence and Divergence in European Public Law* (pp. 39-57). Oxford: Hart.
- Dehousse, R. (1998). *The European Court of Justice*. London: Macmillan.
- Delvaux, L. (1956). *La Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Exposé sommaire des principes*. Parîis: LGDJ.
- Douglass-Scott, S. (2006). A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis. *Common Market Law Review*, 43(3), 629-665.
- Dumbrovský, T., Petkova, B., y Van Der Sluis, M. (2014). Judicial appointments: The Article 255 TFEU Advisory Panel and selection

- procedures in the Member States. *Common Market Law Review*, 51, 455-482.
- Edwards, D. (1995). How the Court of Justice Works. *European Law Review*, 20, 539-558.
- Everling, U. (1987). The Court of Justice as a Decisionmaking Authority. En M. L. R. Association (Ed.), *The Art of Governance. Festschrift zu Ehren von Eric Stein* (pp. 156-172). Baden-Baden: Nomos.
- Everling, U. (1994). Reflections on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Communities. En J. Rosenløv (Ed.), *Festschrift til Ole Due* (pp. 55-74). Gad: Kbh.
- Garrett, G. (1995). The Politics of Legal Integration in the European Union. *International Organization*, 49, 171-181.
- Gerards, J. (2011). Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine. *European Law Journal*, 17(1), 80-120.
- Gorla, G. (1968). *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati* (Vol. 1). Roma: Soc. ed. Foro Italiano.
- Grimm, D. (1995). Does Europe Need a Constitution? *European Law Journal*, 1(3), 282-302.
- Habermas, J. (2001). *The Postnational Constellation: Political Essays*. Boston: MIT Press.
- Halter, U. (2010). On Finality. En A. von Bogdandy y J. Bast (Eds.), *Principles of European Constitutional Law* (pp. 727-763). Oxford: Hart Publishing.
- Hartley, T. C. (1996). The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union. *Law Quarterly Review*, 112, 95-109.
- Hartley, T. C. (1998). *The Foundations of European Community Law* (4ta ed.). Oxford-New York: Oxford University Press.
- Hartley, T. C. (1999). *Constitutional Problems of the European Union*. Oxford - Portland: Hart.
- Herzog, R. y Gerken, L. (2008). Stoppt den Europäischen Gerichtshof. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.

- Horspool, M. (2011). Over the Rainbow: Languages and Law in the European Union. En A. Arnulf (Ed.), *A Constitutional Order of States?* (pp. 99-120). Oxford-Portland: Hart.
- Itzcovich, G. (2006). *Teorie e ideologie del diritto comunitario*. Torino: Giappichelli.
- Itzcovich, G. (2009). The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice. *German Law Journal*, 10(5), 537-560.
- Itzcovich, G. (2012). Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts. *European Law Journal*, 18(3), 358-384.
- Jacobs, F. G. (1992). Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court? En D. M. Curtin y D. O’Keeffe (Eds.), *Constitutional Adjudication in European Community and National Law* (pp. 25-32). Dublin: Butterworth.
- Jakab, A. (2019). Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective. *German Law Journal*, 14(8), 1215-1275.
- Kenney, S. J. (1999). The Members of the Court of Justice of the European Communities. *Columbia Journal of European Law*, 5, 101-134.
- Komárek, J. (2007). In the Court(s) We Trust? On the Need for Hierarchy and Differentiation in the Preliminary Ruling Procedure. *European Law Journal*, 32(4), 467-490.
- Koopmans, T. (1982). “Stare Decisis” in European Law. En D. O’Keeffe y H. G. Schermers (Eds.), *Essays in European Law and Integration* (pp. 11-28). Deventer: Kluwer.
- Koopmans, T. (1991). The Birth of European Law at the Cross-Roads of Legal Traditions. *American Journal of Comparative Law*, 39(3), 493-507.
- Krisch, N. (2010). *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kumm, M. (1999). Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? *Common Market Law Review*, 36, 351-386.
- Kumm, M. (2010). Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm. En M. P. Maduro y L. Azoulai (Eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th*

- Anniversary of the Rome Treaty* (pp. 106-118). Oxford and Portland: Hart.
- Kutscher, H. (1976). Alcune tesi sui metodi d'interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista d'un giudice. *Rivista di diritto europeo*, 283-314.
- Kutscher, H. (1977). Alcune tesi sui metodi d'interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista d'un giudice. *Rivista di diritto europeo*, 3-24.
- La Spina, A., y Majone, G. (2000). *Lo Stato regolatore*. Bologna: Il Mulino.
- Lagrange, M. (1954). La Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 70, 417-435.
- Lamond, G. (2008). Precedent and Analogy in Legal Reasoning. En E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edición de otoño de 2008), <http://plato.stanford.edu/archives/otoño2008/entradas/legal-reas-prec/>
- Langenbucher, K. (1998). Argument by Analogy in European Law. *Cambridge Law Journal*, 57(3), 481-521.
- Lasser, M. d. S.-O.-I. E. (2004). *Judicial Deliberations*. Oxford: Oxford University Press.
- Lecourt, R. (1976). *L'Europe des juges* Bruxelles: Bruylant.
- Lenaerts, K. (1994). Form and Substance of the Preliminary Ruling Procedure. En D. Curtin y T. Heukels (Eds.), *Institutional Dynamics of European Integration* (pp. 355-380). Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Lenaerts, K. (2007). Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection. *The International Lawyer*, 41, 1011-1032.
- MacCormick, N. (1999). *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press.
- Maduro, M. P. (2007). Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism. *European Journal of Legal Studies*, 1(2), 137-152.
- Mancini, G. F. (1989). The Making of a Constitution for Europe. *Common Market Law Review*, 26, 595-614.

- Mancini, G. F., y Keeling, D. T. (1994). Democracy and the European Court of Justice. *Modern Law Review*, 54, 175-190.
- Mancini, G. F., y Keeling, D. T. (1994-1995). Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice. *Columbia Journal of European Law*, 1, 397-413.
- Mancini, N. (1990). Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. *Rivista di diritto europeo*, 229-240.
- Martinico, G. (2008). *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Napoli: Jovene.
- Martinico, G. (2009). Reading the Others: American Legal Scholars and the Unfolding European Integration. *European Journal of Law Reform*, 11(1), 35-19.
- Mimin, P. (1962). *Le style des jugements*. Paris: Librairies techniques.
- Morano-Foadi, S. S., y Andreadakis, S. (2011). Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights. *European Law Journal*, 17(5), 595-610.
- Neergaard, U., y Nielsen, R. (2011). Where Did the Spirit and Its Friends Go? On the European Legal Method(s) and the Interpretational Style of the Court of Justice of the European Union. En U. Neergaard, R. Nielsen, y L. Roseberry (Eds.), *European Legal Method. Paradoxes and Revitalisation* (pp. 95-184). Copenhagen: Djøf.
- Neill, S. P. (1995). *The European Court of Justice. A Case Study in Judicial Activism*. Londres: European Policy Forum.
- Neville Brown, L., y Kennedy, T. (2000). *The Court of Justice of the European Communities* (5ta ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Nolte, G. (1994). General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective. *Modern Law Review*, 57, 191-212.
- Paunio, E., y Lindroos-Hovinneimo, S. (2010). Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law. *European Law Journal*, 16(4), 395-416.

- Pech, L. (2010). A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law. *European Constitutional Law Review*, 6, 359-396.
- Pennera, C. (1995). The Beginnings of the Court of Justice and Its Role as a Driving Force in European Integration. *Journal of European Integration History*, 1(1), 111-128.
- Pernice, I. (1999). Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? *Common Market Law Review*, 36, 703-750.
- Pescatore, P. (1970). Diritto comunitario e diritto nazionale secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. *Foro italiano*, 93(4), 37-48.
- Pescatore, P. (1972). Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. En *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch* (Vol. 2, pp. 325-363). Bruxelles-Paris: LGDJ.
- Pescatore, P. (2007 [1985]). *Vademécum. Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts* (3ra ed.). Bruxelles: Bruylant.
- Prechal, S. (2007). Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union. En C. Barnard (Ed.), *The Fundamental of EU Law Revisited* (pp. 35-69). Oxford: Oxford University Press.
- Rasmussen, H. (1986). *On Law and Policy in the European Court of Justice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Rasmussen, H. (2010). From *Costa v ENEL* to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution. En M. Poiarés Maduro y L. Azoulai (Eds.), *The Past and Futuru of EU Law* (pp. 69-85). Oxford: Hart Publishing.
- Raz, J. (1998). On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries. En L. Alexander (Ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations* (pp. 152-192). Cambridge: Cambridge University Press.
- Ritter, C. (2006). A New Look at the Role and Impact of Advocates-General – Collectively and Individually. *Columbia Journal of European Law*, 12(3), 751-773.

- Robertson, D. (2010). *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press.
- Sankari, S. (2013). *European Court of Justice Legal Reasoning in Context*. Groningen: Europa Law Publishing.
- Schauer, F. (2008). Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. *Perspectives on Psychological Science*, 3(6), 454-460. doi:10.1007/978-94-007-4670-1_3
- Schauer, F. (2009). *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Schepel, H., y Wesseling, R. (1997). The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe. *European Law Journal*, 3(2), 165-188.
- Schermers, H. G., y Waelbroeck, D. F. (2001). *Judicial Protection in the European Union* (4ta ed.). The Hague: Kluwer Law International.
- Schuman, R. (1953). Préface. En P. Reuter (Ed.), *La Communauté Européenne de Charbon et de l'Acier*. París: LGDJ.
- Shany, Y. (2006). Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, 16(5), 907-940.
- Shapiro, M. (1972). Toward a Theory of 'Stare Decisis'. *Journal of Legal Studies*, 1(1), 125-134.
- Shapiro, M. (1980). Comparative Law and Comparative Politics. *Southern California Law Review*, 53, 537-542.
- Sharpston, E., y De Baere, G. (2011). The Court of Justice as a Constitutional Adjudicator. En A. Arnall (Ed.), *A Constitutional Order of States?* (pp. 123-150). Oxford-Portland: Hart.
- Shaw, J. (2003). The European Union: Discipline Building Meets Polity Building. En P. Cane y M. Tushnet (Eds.), *Oxford Handbook of Legal Studies* (pp. 325-352). Oxford: Oxford University Press.
- Slaughter, A.-M., Stone Sweet, A., y Weiler, J. H. H. (1998). *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*. Oxford-Portland: Hart.
- Smith, C. (2008 [1928]). *Constitutional Theory* (J. Seitzer, Trans.). Durham: Durham University Press.

- Snyder, F. (1987). New Directions in European Community Law. *Journal of Law and Society*, 14(1), 167-182.
- Stein, E. (1981). Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution. *American Journal of International Law*, 75, 1-27.
- Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Stone Sweet, A. (2004). *The Judicial Construction of Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Stone Sweet, A., y Mathews, J. (2007). Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 73-165.
- Stone Sweet, A., y McCowan, M. (2003). Discretion and Precedent in European Law. En O. Wiklund (Ed.), *Judicial Discretion in European Perspective* (pp. 84-115). La Haya-Estocolomo: Kluwer-Norstedts Juridik.
- Sweeney, J. A. (2007). A “Margin of Appreciation” in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights. *Legal Issues of Economic Integration*, 34(1), 27-52.
- Trabucchi, A. (1963). Un nuovo diritto. *Rivista di diritto civile*, 259-272.
- Tridimas, T. (1997). The Role of the Advocate General in the Development of Community Law: Some Reflections. *Common Market Law Review*, 34, 1349-1387.
- Tridimas, T. (2011). Constitutional Review of Member State Action: The Virtues and Vices of an Incomplete Jurisdiction. *International Journal of Constitutional Law*, 9(3-4), 737-756.
- Usher, J. (1976). The Influence of National Concepts on Decisions of the European Court. *European Law Review*, 1, 359-374.
- Vauchez, A. (2010). The Transnational Politics of Judicialization. Van Gend en Loos and the Making of EU Polity. *European Law Journal*, 16(1), 1-28.
- Vesterdorf, B. (2006). A Constitutional Court for the EU. *International Journal of Constitutional Law*, 4(4), 607-617.
- von Bogdandy, A. (2000a). A Bird's Eye View on the Science of European Law. *European Law Journal*, 6(3), 208-238.

- von Bogdandy, A. (2000b). The European Union as a Human Right Organization? *Common Market Law Review*, 37, 1307-1338.
- von Bogdandy, A. (2010). Founding Principles. En A. von Bogdandy y J. Bast (Eds.), *Principles of European Constitutional Law* (pp. 11-54). Oxford: Hart Publishing.
- von Bogdandy, A., y Schill, S. (2011). Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, 48, 1417-1454.
- Walker, N. (2002). The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*, 65, 317-359.
- Walker, N. (2003). Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation. En J. H. H. Weiler y M. Wind (Eds.), *European Constitutionalism Beyond the State* (pp. 27-54). Cambridge: Cambridge University Press.
- Walker, N. (2005). Legal Theory and the European Union: A 25th Anniversary Essay. *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 581-601.
- Weiler, J. H. H. (1981). The Community System: the Dual Character of Supranationalism. *Yearbook of European Law*, 1, 267-306.
- Weiler, J. H. H. (1987). The Court of Justice on Trial. *Common Market Law Review*, 24, 555-589.
- Weiler, J. H. H. (1999). *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weiler, J. H. H. (2001). Epilogue: The Judicial Après Nice. En G. de Búrca y J. H. H. Weiler (Eds.), *The European Court of Justice* (pp. 215-226). Oxford: Oxford University Press.
- Wells, M. (1994). French and American Judicial Opinions. *Yale Journal of International Law*, 19, 85-103.

Sección III

**DISCUSIONES:
LIBROS**

Sobre los fundamentos analíticos de la teoría del derecho. Recensión de “Teoría analítica del derecho” de Jorge Luis Rodríguez

On the Analytic Foundations of Legal Theory. Review to “Teoría analítica del derecho” by Jorge Luis Rodríguez

Giovanni Battista Ratti*

Recepción: 12/06/2022

Evaluación: 16/06/2022

Aceptación final: 19/06/2022

Resumen: El presente artículo pasa en reseña el libro “Teoría analítica del derecho” de Jorge Rodríguez. La primera parte está dedicada a ilustrar los contenidos del volumen, mientras que la segunda parte contiene algunas observaciones críticas en tema de aplicación de la lógica a las normas, relaciones entre positivismo y no-cognoscitivism ético, jerarquías normativas, dinámica del derecho, interpretación jurídica y verdad de las premisas fácticas de la sentencia judicial. En las conclusiones se enumeran las principales virtudes del volumen comentado.

Palabras clave: Jorge Rodríguez, teoría general del derecho, filosofía analítica, sistemas jurídicos, interpretación del derecho.

Abstract: The present paper reviews the book “Teoría analítica del derecho” by Jorge Rodríguez. The first part provides a brief overview of the contents of the volume, whereas the second part puts forwards some critical remarks

* Doctor en Filosofía del derecho, Università degli Studi di Milano, Milán, Italia. Catedrático de Filosofía del derecho, Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, Università degli Studi di Genova, Génova, Italia. Correo electrónico: gbratti@unige.it

about the application of logic to norms, the relation between legal positivism and skepticism in ethics, hierarchies among norms, legal dynamics, legal interpretation, and the truth of the factual premises of judicial decisions. The final section underlies the main virtues of the reviewed book.

Keywords: Jorge Rodríguez, General Legal Theory, Analytic Philosophy, Legal Systems, Legal Interpretation.

1. El libro en pocas palabras

Teoría analítica del derecho de Jorge Rodríguez (2021) es una obra grandiosa que contiene virtualmente todo lo que se ha dicho y hecho hasta el momento en la teoría general del derecho.¹ El extremo cuidado usado por el autor, su profunda minuciosidad, su enorme erudición, y la completísima bibliografía que acompaña el trabajo, hacen presagiar que este volumen colosal será una referencia ineludible para quien quiera realizar nuevos estudios en nuestra disciplina.

El volumen puede leerse al menos de dos maneras distintas, como el propio autor nos señala. Una primera manera –dirigida en particular a los investigadores– consiste simplemente en seguir su pulcra estructura, casi perfectamente simétrica,² y hacerse guiar por la meridiana explicación propuesta en cada uno de los siete capítulos que lo componen, cada uno de ellos organizado en cinco subapartados, a su vez divididos en cuatro subapartados. Una segunda manera –basada en consideraciones de eminente utilidad didáctica que el propio autor se encarga de hacer manifiestas (Rodríguez, 2021, p. 18)– consiste en leer los primeros tres apartados de cada capítulo como una explicación de los aspectos de fondo de los principales asuntos de la teoría del derecho para luego dedicarse a una profundización de los temas tratados, leyendo los dos apartados finales de cada

¹ Como bien afirma Guastini (2022, p. 109): “La *Teoría analítica del derecho* de Jorge Rodríguez es un libro extraordinario. No sólo por su contenido (excelente) sino también por una razón, para decirlo de algún modo, ‘formal’: es la primera teoría general del derecho de corte analítico, y es la primera teoría general (‘completa’) después de la *Teoría pura*”.

² El único aspecto asimétrico en la estructura del libro consiste en que la primera parte consta de cuatro capítulos, mientras que la segunda tiene tres.

capítulo. Para finalidades didácticas, esto resulta particularmente eficiente porque el volumen –así sistematizado– se puede usar a la vez como base para dos cursos distintos de teoría de derecho: uno de nivel básico y el otro de nivel avanzado.

El capítulo 1, que lleva el título “Normas, lenguaje y lógica” (una especie de ideal intersección, por así decir, *salva veritate* entre “Language, Truth, and Logic” de Ayer y “Norms, Truth, and Logic” de von Wright) trata las principales nociones básicas de la teoría del derecho desde un punto de vista lingüístico y, en consecuencia, lógico. Dicho capítulo parte del análisis de distintos tipos de lenguaje, para centrarse más tarde en el examen del lenguaje normativo y de los diferentes tipos de normas que se encuentran en él. Luego se dedica al estudio de las diferentes entidades lingüísticas relevantes para los lenguajes normativos (en el doble y alternativo sentido de que o bien expresan normas o bien expresan proposiciones sobre normas) y de las varias concepciones de las normas que se encuentran en la discusión teórica. Sucesivamente, el autor analiza el posible papel de la lógica deductiva en relación con los discursos normativos y examina una serie de problemas cruciales que surgen de una aproximación lógica al mundo de las normas y de los conjuntos de normas.

El capítulo 2 se titula “El concepto de derecho”, haciéndose eco del clásico hartiano de 1961 y aclarando desde el comienzo la inclinación de nuestro autor para las soluciones propuestas por el teórico oxoniense, en especial en contra de las opuestas soluciones iusrealistas (como tendremos ocasión de ver a continuación, en la parte de esta reseña dedicada al análisis crítico). Este capítulo aborda el problema de la definición de “derecho” proporcionada por las principales concepciones existentes en la literatura especializada, en particular la concepción iusnaturalista y la concepción iuspositivista. Las dos tesis sobre las cuales el autor organiza eficazmente su discusión de las concepciones del derecho son las tesis del carácter social del derecho, según la cual “la existencia del derecho depende al menos en parte de ciertos hechos humanos y que su finalidad es regular la conducta de un grupo social”, y la tesis del carácter normativo del derecho, esto es, la tesis según la cual “las normas jurídicas nos ofrecen razones para actuar (desde luego, no necesariamente concluyentes)” (Rodríguez, 2021, p. 20). La lectura que el autor da de la relación entre las varias concepciones del

derecho depende del énfasis que pongan sobre la primera tesis –un énfasis típico de las concepciones iuspositivistas– o sobre la segunda, y aquí el énfasis sería típico de las concepciones iusnaturalistas, aunque recientemente varias concepciones que se autodefinen como “positivistas” subrayan esta tesis más intensamente que la del carácter social.³

La principal virtud del capítulo 3 –“Normas jurídicas y conceptos jurídicos fundamentales”– reside, como sugiere el título, en el hecho de que el autor pone en estrecha relación explicativa la reconstrucción racional de los varios tipos de normas que ocupan el espacio jurídico con las posiciones jurídicas atribuidas a quienes están sometidos a dichas normas. A través de una sabia obra de simplificación casi axiomática, Rodríguez asume como concepto básico el de obligación, entendida en este contexto como referente a dos sujetos –el obligado y el sujeto hacia el cual se tiene la obligación– y construye a partir de dicha noción todas las demás nociones (libertad, pretensión y acción procesal) y sus subcategorías que son imprescindibles para entender de qué manera el derecho califica las posiciones jurídicas de los destinatarios de sus normas. Mediante una nueva propuesta de sistematización de las situaciones jurídicas (Rodríguez, 2021, p. 298), nuestro autor llega a conclusiones sumamente interesantes e innovadoras, como la siguiente: “el concepto de acto ilícito se define a partir del concepto de deber jurídico y como opuesto a este último. La sanción es una consecuencia típica pero no necesaria de la comisión de un acto ilícito y debe definírsela a partir de esta última noción y no al revés, como postulaba Kelsen” (Rodríguez, 2021, p. 299). En plena concordancia con el análisis kelseniano, en cambio, las nociones de capacidad e imputabilidad se reconducen a la de competencia, y la noción de responsabilidad se caracteriza como la aptitud para ser sancionado (Rodríguez, 2021, p. 299).

El capítulo central del volumen –el cuarto, titulado “El derecho como sistema”– es una pequeña obra maestra *in its own right*. Se dedica en primer lugar a la reconstrucción de la noción de sistema en la obra kelseniana, denunciando la conocida ambigüedad con la cual Kelsen emplea el término “validez”, que constituye una noción central para entender en qué sentido el derecho puede considerarse sistemático. Siempre en perspectiva kelse-

³ Para una crítica de estas posturas solo aparentemente positivistas, véase Ratti (2021b).

niana, introduce y examina la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, y los varios modelos de pertenencia de una norma a un conjunto que se desprenden de las posibles combinaciones del criterio estático de deducibilidad y el criterio dinámico de legalidad, siendo cuatro las posibles situaciones (de un modelo estático puro a un modelo dinámico puro, pasando por dos modelos mixtos, uno caracterizado por la conjunción de ambos criterios y el otro basado en la disyunción de dichos criterios). Luego, Rodríguez examina, desde una perspectiva estática, la noción de “microsistema”, que se usa para reconstruir racionalmente los conjuntos de normas elaborados por los juristas a los efectos de solucionar un cierto problema normativo. La noción de microsistema también permite explicar las correlacionadas nociones de completitud y consistencia, que son aclaradas, en las huellas de la obra de Alchourrón y Bulygin, como propiedades relativas a un determinado conjunto de normas (y a las clases de las propiedades, de los casos y de las soluciones que se desprenden de dichas normas). El capítulo también contiene una clasificación de las lagunas y de las antinomias, y un análisis pormenorizado de la posición del juez frente a ellas, y se concluye con un análisis demoledor del modelo alexyano de ponderación que culmina en la conclusión de que “como las operaciones aritméticas carecen de sentido entre números que no poseen significado matemático, la operación de ponderación equivale a ubicar un cierto supuesto concreto en una de las categorías generales de la ordenación para luego derivar la solución correlacionada con esa categoría de casos respecto de la preferencia entre los principios involucrados. En otras palabras, un caso particular se ubica en una clase genérica a la que una regla atribuye una solución, y eso permite derivar para ese caso particular la solución prevista en la regla: eso es precisamente en lo que consiste la subsunción, de modo que la ponderación no es más que un caso particular de esta última” (Rodríguez, 2021, p. 420).⁴

La segunda parte del volumen arranca, en su capítulo 5, con una rica y matizada discusión de la dinámica jurídica (y “Dinámica jurídica” es justamente el título asignado a estas páginas). Aquí también nos encontramos frente a un capítulo que constituye, sin duda alguna, uno de los *highlights*

⁴ Para un resultado similar, derivado de argumentos distintos, véase Ratti (2023).

del entero volumen. La discusión de la faz dinámica del derecho comienza con el análisis de la conocida y controvertida reconstrucción kelseniana de la inconstitucionalidad de las normas legisladas y la debatida tesis de la cláusula alternativa tácita, cuyas dificultades son consideradas, por el autor, síntomas de problemas generalizables respecto de cómo congeniar los aspectos estáticos y dinámicos de los sistemas jurídicos. Luego el capítulo pasa a discutir dos posibles modelos de reconstrucción de la faz dinámica del derecho, el de la inclusión y el de la pertenencia, inclinándose por razones conceptuales a favor del segundo, ya que el primero constituiría un modelo en realidad estático y por ende incapaz de explicar el cambio del derecho y la circunstancia de que el derecho regula su propia producción. Sucesivamente, el autor discute la relación entre jerarquías normativas y dinámica jurídica y el problema de la caracterización del derecho mediante varios instrumentos teóricos de identificación del derecho (a partir de la regla de reconocimiento de Hart y de los criterios identificativos propuestos por Alchourrón y Bulygin). En los últimos dos apartados, se discuten respectivamente la evolución de la teoría de los sistemas dinámicos (aquí el modelo de la pertenencia es defendido en contra de algunas críticas que se le han dirigido recientemente) y la reconstrucción de la dinámica jurídica en el ámbito del modelo de estado constitucional de derecho (además de otros problemas más sustantivos, como la noción de garantía o la objeción contramayoritaria en contra del control judicial de la legislación).

El capítulo 6 lleva el título “Interpretación, indeterminación y conocimiento del derecho”. La exposición de las principales concepciones de la interpretación jurídica que se encuentran en la literatura ocupa el primer apartado, mientras que las fuentes de indeterminación del derecho se afrontan en el segundo apartado. A continuación, el autor examina la relación entre interpretación y argumentación y reconstruye los principales productos interpretativos (en el sentido de tipos de significados que se encuentran en la labor de los juristas) y los argumentos que los juristas formulan para alcanzarlos. El apartado cuarto versa sobre las relaciones entre interpretación y desacuerdos mientras que el capítulo se cierra – en la sección 5– con la discusión del estatus conceptual y científico de la dogmática jurídica y la posibilidad de una genuina ciencia del derecho. Se

trata de un capítulo fuertemente influenciado por la llamada teoría intermedia o ecléctica de la interpretación, ideada por Herbert Hart y luego seguida por destacados teóricos argentinos como Genaro Carrió y Eugenio Bulygin, la cual sostiene que en la mayoría de los casos el significado de las fuentes jurídicas es unívoco y por ende la interpretación se limita a una suerte de comprensión del significado claramente expresado por un texto, mientras que solo en el caso en que un texto resulte equívoco se necesita una actividad discrecional, de carácter débilmente creativo. En las palabras de Rodríguez (2021, p. 27): “existirían casos fáciles frente a los cuales la interpretación sería una operación puramente cognoscitiva y los órganos jurisdiccionales dispondrían de una respuesta correcta, y casos problemáticos frente a los cuales la interpretación sería una operación adscriptiva o decisoria y los órganos jurisdiccionales tendrían frente a ellos discrecionalidad”. Esto también implica que, por lo que concierne a la ciencia jurídica, “en tanto se rechace una visión radicalmente escéptica de la interpretación, debe reconocerse que es posible formular, al menos frente a casos claros, proposiciones normativas verdaderas acerca de lo que el derecho exige” (Rodríguez, 2021, p. 28).

Finalmente, el séptimo capítulo (titulado “El razonamiento jurídico y la justificación de las decisiones judiciales”) empieza examinando con gran sutileza la reconstrucción teórica del razonamiento práctico que se encuentra en la literatura. Rodríguez ilustra y critica con argumentos impecables la teoría del razonamiento práctico de Raz, y en particular su idea de concebir las normas como razones excluyentes. Sucesivamente, reconsidera la famosa distinción entre justificación interna y justificación externa mediante la dicotomía entre razonamiento válido, es decir un razonamiento en el cual la conclusión se sigue de las premisas, y razonamiento sólido, es decir un razonamiento válido con premisas verdaderas o correctas. Esta dicotomía le permite a Rodríguez observar agudamente que

si se califica como “casos fáciles” a aquellos en los cuales es posible alcanzar una decisión unívoca a partir de una norma clara que integra el sistema jurídico de referencia y, por oposición, como “dificiles” a los que no posean tales características, teniendo en mente

el sentido débil de “justificación”, la circunstancia contingente de que a veces los jueces brinden razones en apoyo de las premisas que utilizan para derivar su conclusión resultará irrelevante por cuanto incluso en un caso difícil la decisión estará justificada si su contenido se deriva de las premisas elegidas por el juez. Si, en cambio, se tiene en mente un sentido más fuerte de “justificación”, que incorpore la exigencia de que las premisas sean “verdaderas” o “correctas”, resultará irrelevante que pueda encontrarse una norma clara en el sistema que permita derivar una solución unívoca para el caso, por cuanto incluso en un caso fácil será necesario justificar la “verdad” o “corrección” de las premisas (Rodríguez, 2021, p. 713).

Luego, nuestro autor examina el debate Hart-Dworkin sobre la distinción entre reglas y principios, poniendo énfasis en los argumentos inconscientemente autorefutatorios de Hart que, sin darse cuenta, acabaría admitiendo que no hay reglas, sino solo principios, esencialmente derrotables, dando así razón a las críticas de Dworkin. Rodríguez muy sabiamente reformula esta antigua disputa en términos más modernos, usando la noción de derrotabilidad (por cierto, introducida por Hart para otras finalidades) y defendiendo la tesis de que no hay razón para pensar que todas las normas jurídicamente sean sustancialmente derrotables, en el sentido de que no hay manera de identificar las excepciones a ellas antes de su aplicación. En particular, Rodríguez aclara de manera magistral que o bien las excepciones están previstas por otras normas jurídicas, y entonces no se puede decir que no resulten enumerables, o bien no dependen de normas jurídicas y entonces ellas solo podrían cobrar relevancia en el plano de la aplicación de las normas a casos particulares (Rodríguez, 2021, p. 750), pero ya no se podría decir que implican una dificultad insuperable acerca de la identificación del derecho, siendo explicable de varias maneras la circunstancia de que, al resolver un caso individual, los jueces a veces introducen excepciones implícitas en las normas identificables por su origen social sobre la base de otras normas que no poseen tal origen (Rodríguez, 2021, p. 30). El capítulo también contiene importantes y agudas observaciones sobre el razonamiento fáctico en el ámbito jurídico (sobre una de estas volveremos más abajo) y las relaciones entre justificación moral y justificación jurídica de una decisión.

2. Algunas palabras sobre el libro

Hasta aquí, representado en unas pocas pinceladas no particularmente finas, el contenido del volumen objeto de la presente reseña. Ahora pasamos a la parte crítica. El hecho de que el volumen aquí reseñado sea una de las obras más importantes en la literatura teórico-jurídica de los últimos años no quita que contenga algunas tesis que, a mi parecer, resultan discutibles y deberían ser acotadas o hasta sustancialmente modificadas. Aquí me limitaré a formular algunas breves observaciones relativas a algunos puntos que me parecen particularmente relevantes, siguiendo *grosso modo* la estructura del libro. Estas observaciones tienen que leerse como primeros y tentativos argumentos de una discusión acerca de este maravilloso libro, una discusión –estoy seguro– que florecerá en la literatura del sector teórico-jurídico y no solo en él.⁵

Mi primera observación, que versa sobre temas tratados en el primer capítulo, tiene que ver con la función que puede asignarse a la lógica en el ámbito del análisis del lenguaje normativo. Me parece que se puede decir que, mientras el autor es muy optimista sobre el papel que la lógica –en particular la lógica deóntica– puede realizar en dicho ámbito, yo no comparto (más) dicho optimismo. O, mejor dicho, no me parece que los sistemas de lógica propuestos hasta el día de hoy, y examinados en el volumen, permitan reconstruir de manera satisfactoria gran parte de nuestras intuiciones y, de manera más relevantes, de nuestras prácticas en el ámbito normativo. En particular, me parece que la lógica de las normas tiene serios problemas respecto de la negación de las normas y, sobre todo, de las normas condicionales.⁶ En efecto, por un lado, no está del todo claro qué quiere decir negar una norma (emanar su contraria, su contradictoria, derogarla, etc.),

⁵ Hasta el momento en el que escribo, se realizó una discusión del entero volumen en una conferencia que tuvo lugar en Génova, bajo los auspicios del *Master of Global Rule of Law and Constitutional Democracy* de las Universidades de Génova y de Girona, en los días 27 y 28 de enero, cuyas actas han sido publicadas en “Analisi e diritto”, 2022. Otra discusión se ha realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile los días 19 y 20 de agosto de 2022.

⁶ He articulado con mayor detenimiento estos puntos en Ratti (2022). La respuesta del autor se encuentra en Rodríguez (2022).

y en particular negar una norma condicional. En analogía con la lógica, deberíamos considerar que la negación de una norma condicional es constituida por la conjunción del antecedente y la negación del consecuente. Sin embargo, nadie interpreta así la negación en el ámbito normativo, y muchos tienen la tendencia a considerar que una norma condicional se niega uniendo al mismo antecedente la negación del consecuente original. Por otro lado, la misma noción de condicional normativo es debatida y está lejos de ser aclarada definitivamente.⁷ Los problemas de los condicionales normativos son tan relevantes que, en algunas reconstrucciones, se pierde completamente el presunto carácter condicional de la norma (esto ocurre paradigmáticamente con la llamada concepción insular de las normas) y, en otras reconstrucciones, se da lugar a “híbridos formales”, cuyo manejo lógico e inferencial resulta arduo sino hasta imposible. Creo que estos problemas podrían ser resueltos quizá recuperando la lógica de conjuntos que fundamenta la propuesta de *Sistemas normativos* de Alchourrón y Bulygin (2012). Las normas –me parece que esta es la idea central de ese libro al respecto– correlacionan un conjunto (de casos) A con otro conjunto (de soluciones) B. Si A resulta vacío conceptualmente, ninguna solución es posible (es decir que también B resultará vacío por razones conceptuales en relación con A). Pero si A no es vacío conceptualmente, B podrá ser tanto vacío como no serlo. La negación de un conjunto resulta totalmente determinada, dando lugar a su conjunto complementario, y la negación de una relación entre conjuntos también resulta determinada (en oposición a la de un condicional normativo) dando lugar, muy simplemente, a la falta de subsistencia de esa relación. Por esta razón, a mi parecer, el modelo de *Sistemas normativos* resulta superior a los modelos sucesivos que se

⁷ Observa correctamente un evaluador anónimo que la negación y los condicionales son también problemáticos para la lógica proposicional y que entonces el problema indicado en el texto no sería específico de la lógica de normas. Naturalmente, el evaluador tiene toda la razón, pero esto no hace que aumente el escepticismo frente a la posibilidad de construir una genuina lógica de normas. Si ni siquiera hay certeza acerca del alcance y de la interpretación de las conectivas en el discurso apofántico, ¿Cómo puede haberla en los discursos normativos, que no son veritativo-funcionales y respecto de los cuales no es fácil determinar cuál puede ser la forma lógica de los enunciados que los componen? Para unas primeras referencias acerca del comportamiento lógico de la negación y del condicional en el discurso apofántico, véanse los clásicos Frege (1918) y Quine (1982, p. 21).

encuentran en literatura, que han reemplazado la perspectiva de teoría de conjuntos con la aplicación por analogía de las reglas de inferencia de la lógica proposicional (en particular respecto de los condicionales) al ámbito de las normas.

Respecto de los temas que ocupan el segundo capítulo, mi mayor discrepancia con el autor versa sobre las relaciones que cabe instituir entre positivismo y metaética no-cognoscitivista.

Afirma Rodríguez (2021, p. 158) al respecto:

Si bien un escéptico en metaética no puede, por razones conceptuales, aceptar la caracterización iusnaturalista del derecho, se pueden aceptar los presupuestos metaéticos del iusnaturalismo y, no obstante, rechazar igualmente el concepto de derecho que el iusnaturalismo propone. Resulta perfectamente plausible considerar que existen de manera objetiva normas morales válidas en todo tiempo y lugar, cognoscibles por los seres humanos y, no obstante, rechazar el concepto de derecho del iusnaturalismo clásico, esto es, la existencia de una conexión conceptual entre derecho y moral. Aunque ciertos autores han negado esta posibilidad, nada obsta a que incluso un realista moral considere que una norma positiva injusta puede ser derecho. Lo que en todo caso se seguiría de su postura metaética es que, si esa norma es reputada injusta, ella no impone una obligación *moral* y, por consiguiente, no debe en última instancia ser cumplida por los ciudadanos ni aplicada por los jueces.

Aunque este argumento resulte aparentemente plausible, creo que es discutible, al menos por dos razones.⁸

⁸ Un evaluador anónimo de la revista afirma: “Al parecer el autor de la reseña piensa que todas las clases de objetivismo ético presuponen el realismo moral, que las normas son verdaderas o falsas y esa es la tesis que piensa que es incompatible con el positivismo jurídico. Creo que convendría aclarar que las cosas no son necesariamente así, que hay modos de defender el objetivismo moral, y rechazar el escepticismo en ética, que no se comprometen con la tesis de que las normas tienen valores de verdad”. Al afirmar esto, remite a un conocido trabajo de Hare sobre prescripciones objetivas (Hare, 1993). Creo que el evaluador tiene razón, es decir yo creo que toda forma de objetivismo moral se resuelve, más o menos abiertamente, en algún tipo de realismo moral. Al respecto, me limitaré aquí a hacer dos observaciones: 1) en el texto discuto la compatibilidad entre positivismo jurí-

En primer lugar, es una tesis central del positivismo jurídico, así como del no-cognoscitismo ético, que las normas no son ni verdaderas ni falsas. Siendo esto así, ambos resultan constituir la negación de la tesis, típica del objetivismo moral, de que existen normas verdaderas. Y en este sentido, coinciden totalmente. La impresión, equivocada, de que se trate de dos tesis distintas es que normalmente el positivismo jurídico tiene como objeto las normas jurídicas, mientras que el subjetivismo moral tiene como objeto las normas morales. También podría decirse que ambos son especificaciones de la misma tesis (las normas no tienen valores de verdad) respecto de ámbitos (parcialmente) distintos.

En segundo lugar, para poder distinguir entre el derecho que es y el derecho que debe ser (entre descripción y valoración del derecho), hay que dotarse de la distinción entre proposiciones (descriptivas de la realidad) y normas (cuyo cometido es afectar a la realidad). Es esta la lectura epistémica de la tesis de la separación. Si se cree en el realismo moral, difícilmente se podrá evitar creer en la verdad o falsedad de las normas, verdad y falsedad que dependerán de la correspondencia de las normas con algún hecho moral objetivo. Si esto es así, no se ve cómo se puede impedir el colapso entre descripción y valoración, un colapso que produciría que la lectura epistémica de la separación entre derecho y moral acabaría por ser completamente obliterada. Sorprendentemente, sobre el punto estoy de acuerdo con Ronald Dworkin (2002, p. 1656), el cual, acerca del positivismo incluyente y, más en general, de todo positivismo objetivista en ética que atribuya alguna relevancia directa a la moral respecto del derecho, afirmó una vez que entre su visión del derecho (que puede ser reconducida

ico y realismo moral porque de esto trataba el autor del libro reseñado; 2) soy consciente, naturalmente, de que existen varios intentos de sostener el objetivismo ético sin abrazar el realismo moral, aunque considero que son intentos que han tenido muy poco éxito. El caso de Hare me parece paradigmático: después de haber argüido en varias páginas que para sostener que los juicios éticos son objetivos se necesita *no ser* realistas morales, termina sosteniendo que “It is mistaken, therefore, to think that for a moral statement to be true is simply for it to satisfy the truth conditions. We have also to be able rationally to endorse it, and it must also satisfy the Tarskian formal requirements” (p. 31) y haciendo alusión a la controvertida noción de florecimiento humano. Esto es una muestra más de que muy a menudo el objetivismo moral termina deslizándose hacia alguna forma, más o menos descubierta, de realismo moral. Sobre las relaciones entre el subjetivismo ético y la racionalidad de los juicios morales, se me permita remitir a Ratti (2021a).

a alguna versión de iusnaturalismo) y dicha forma de positivismo es muy difícil ver algún tipo de diferencia genuina.

Sobre el tercer capítulo, no tengo particulares observaciones críticas, ya que comparto la gran mayoría de las tesis que allí se sostienen, aunque no comparta quizá la más relevante, es decir la tesis hartiana –defendida también por nuestro autor– de que la nulidad no constituye una sanción. Yo creo en cambio que lo es y que esto podría ser claramente entendido si se distinguiera, con mayor profundización, entre varios tipos de invalidez (nulidad, anulabilidad, inexistencia, etc.) y por ende se reparara en el hecho de que el orden jurídico, mediante dichas consecuencias de diferente graduación, castiga al sujeto que, mediante un determinado acto normativo, hubiera querido obtener determinados efectos que no puede realizar o puede realizar solo en parte o solo bajo determinadas circunstancias (dependiendo justamente del tipo de sanción).⁹

Sin embargo, hay una tesis puntual de este capítulo que Rodríguez formula acerca de la clasificación de las jerarquías propuesta por Riccardo Guastini que merece un examen un poco más detenido. Al respecto, nuestro autor afirma (Rodríguez, 2021, p. 448) que

Guastini distingue cuatro diferentes sentidos en los que suele hablarse de jerarquías normativas: jerarquía estructural o formal, que consistiría en la relación que se verifica entre las normas sobre la producción jurídica y aquellas cuya producción es regulada por las primeras; jerarquía material o sustancial, que consistiría en la relación que se verifica entre dos normas cuando una tercera establece que una de las dos anteriores es inválida si es incompatible con la otra; jerarquía lógica o lingüística, que sería aquella relación que se verifica entre dos normas cuando una se refiere a la otra, y jerarquía axiológica, que sería aquella relación que se verifica entre dos normas cuando el intérprete atribuye a una un valor superior al de la otra. No obstante, si se examinan con más detalle estos cuatro sentidos, es posible apreciar que la jerarquía estructural o formal no constituiría más que un caso específico de jerarquía lógica, puesto que siempre que una norma regule la producción de otra norma

⁹ Para una articulación más detenida del argumento, remito a Ratti (2017).

necesariamente ha de referirse a esta última. Por cierto, hay casos de jerarquía lógica que no son supuestos de jerarquía estructural o formal, como en el caso de las definiciones de términos contenidos en otras normas, de modo que esta última categoría es más amplia que la primera. Por otra parte, la jerarquía axiológica implica el reconocimiento de una jerarquía material entre las normas en juego, que hace prevalecer a la que se considera axiológicamente superior en casos de conflicto. De lo contrario no se comprendería lo que significa decir en este caso que se reconoce un valor superior a una frente a la otra. Si se acepta lo expuesto, entonces en realidad no habría más que dos grandes sentidos en los que podría hablarse de la ordenación jerárquica de un conjunto de normas: el sentido lógico y el sentido material.

Creo que esta crítica yerra el blanco y encierra una serie de errores conceptuales.

El primer error consiste en que la jerarquía lógica subsiste entre dos normas, cuando una versa metalingüísticamente sobre la otra. En teoría de conjuntos se diría que es una relación entre dos individuos, no entre dos clases ni entre un individuo y una clase. En forma lógica, una jerarquía de este tipo se podría reconstruir como “Existe una norma *a* y existe una norma *b*, tal que *a* versa lingüísticamente sobre *b*”. Una jerarquía formal o estructural, en cambio, subsiste entre una norma y una *clase* de normas (que esta clase pueda resultar en algún momento una clase unitaria, es decir formada por uno solo elemento, no quita que siga siendo una clase, naturalmente). La forma lógica de este segundo tipo de jerarquía sería algo del tipo “Existe una norma *a* tal que la clase *C* es compuesta por normas creadas conforme a los procedimientos dispuestos por la norma *a*”. Como resulta manifiesto de ambas formas lógicas, no se puede sostener que la clase de las jerarquías estructurales esté incluida en la de las jerarquías lógicas.

El segundo error radica en una petición de principio, ya que asume lo que debería demostrar, es decir que no hay diferencia conceptual entre jerarquías axiológicas y jerarquías materiales. En realidad, la diferencia existe. Es posible argüir que las formas lógicas son muy similares, ya que ambas relaciones se basan en la idea de que hay un criterio externo a dos

normas que introduce una primacía de una de ellas sobre la otra. Sin embargo, hay dos diferencias esenciales (sobre todo para un defensor de una teoría formalista de la interpretación como –según veremos –es nuestro autor). En primer lugar, en la jerarquía material el criterio es establecido por alguna autoridad normativa, mientras que en la jerarquía axiológica esto no ocurre (el criterio no se presenta como derivado de las fuentes jurídicas). En segundo lugar, la consecuencia de la aplicación de la relación jerárquica es distinta: en un caso se produce típicamente la invalidez de la norma inferior, en el otro se produce normalmente la inaplicación (pero no necesariamente la invalidez) de la norma inferior. Quizá se podría decir que dichas situaciones son dos subclases de una clase más amplia, que es justamente la de toda jerarquía entre dos normas que esté basada en un criterio sustantivo externo a ambas normas y que conlleve alguna consecuencia en términos de reducción o eliminación de alguna propiedad sistémica de las normas. Pero no creo que sea correcto afirmar que una clase está, por razones conceptuales, incluida en la otra, difuminando así la distinción, que en cambio me parece importante conservar.

El capítulo cuatro –como dije– es particularmente brillante y me encuentra concorde prácticamente en todas sus tesis. Sin embargo, hay un punto donde discrepo en alguna medida (en realidad, solo en un pequeño detalle) de lo que sostiene Rodríguez.

Nuestro autor identifica el ámbito de lo no regulado por el derecho con dos clases: la clase de las lagunas normativas (entendidas *à la* Alchourrón y Bulygin, como falta de solución para casos compuestos a partir de propiedades relevantes) y la clase de los casos sin regular (que el derecho no regula ni “pretende regular”).

En la segunda clase, nos dice Rodríguez (2021, p. 394)

quedan comprendidos tanto casos en los que nadie “seriamente” diría que existe una laguna, porque se trata de acciones que ningún sistema jurídico se tomaría el trabajo de regular, como situaciones más oscuras que pueden generar conflictos que lleguen a los tribunales y exijan de ellos alguna solución. En realidad, nada obsta a que casos de conductas que el derecho no regula ni parece que resulte sensato que se encargue de regular también deban ser

resueltos por los jueces. Mucha gente plantea ante los tribunales cuestiones por completo ridículas o extravagantes, y los jueces disponen de un nutrido arsenal de recursos procesales para eludir la emisión de un pronunciamiento. En otras palabras, muchas veces los reclamos formulados sobre tales bases [...] son rechazados sobre la base exclusiva de un juicio de admisibilidad. La línea de demarcación entre situaciones como estas que se reputen poco serias y las que se reputen mínimamente serias es, evidentemente, imprecisa. Sin embargo, ello no genera problema alguno para distinguir con claridad entre las lagunas normativas y los casos de situaciones “poco serias” que el derecho no solo no regula sino que “no pretende regular”, y mucho menos dificulta el criterio de demarcación entre lagunas normativas y lagunas axiológicas. Esos casos “poco serios”, junto con otros un poco más serios de características no obstante muy semejantes y con las lagunas normativas, conforman el conjunto de las situaciones no reguladas por el derecho.

Creo –como tuve modo de escribir varios años atrás (Ratti, 2018)– que se puede explicar algo más acerca de la posibilidad que tiene un juez frente a estos casos sin regular (que en su tiempo llamé “lagunas absolutas”, en oposición a las lagunas *à la* Alchourrón y Bulygin, que llamé “lagunas combinatorias”). Las tesis de relevancia de un sistema jurídico –con las cuales se identifican las propiedades relevantes para la solución de un problema normativo– se encuentran al menos en dos niveles distintos: un nivel primario, que depende del lenguaje de las fuentes (oportunamente interpretadas), y uno secundario, que depende de consideraciones judiciales (que conceptualmente se sitúan en una fase *post interpretationem*). En el primer nivel, la tesis de relevancia depende, como es fácil entender, de la interpretación de las fuentes del derecho. La tesis de irrelevancia (en sentido débil) depende de la determinación de la clase complementaria de todas las propiedades que no son relevantes (ni han sido declaradas abiertamente irrelevantes por la autoridad normativa). En el ámbito de la clase de las propiedades irrelevantes en sentido débil, encontramos aquellas que son consideradas relevantes por los jueces (a pesar de ser irrelevantes para el legislador) y las que, hasta el momento, no son consideradas relevantes por los jueces. Es posible, aunque no sea particularmente frecuente, que, en este segundo

nivel, los jueces califiquen de irrelevante (en sentido fuerte, es decir calificándola expresamente como tal) alguna propiedad no considerada por el legislador (y que es, entonces, irrelevante en sentido débil en el primer nivel de relevancia). Con este agregado creo que la clasificación de los casos no regulados por el derecho lograría abarcar situaciones que se dan frecuentemente en la práctica jurídica (especialmente, en la judicial) y que, en el planteamiento de Rodríguez, me parece que resultan explicadas solo de manera parcial (a pesar de que el volumen tenga páginas muy agudas sobre los conceptos de relevancia y de irrelevancia¹⁰).

El capítulo cinco es una muestra de virtuosismo analítico que tiene pocos iguales en la literatura teórico-jurídica actual. Una de las ideas más brillantes allí defendida es que el derecho se puede ver, en perspectiva dinámica, como una sucesión de conjuntos de normas (aquí podemos abstraer de la cuestión de si estos conjuntos contienen o no sus consecuencias lógicas, cuestión discutida en la última parte del capítulo, a la cual Rodríguez da, convincentemente, una respuesta negativa). El criterio de legalidad sería entonces un criterio para determinar no ya la pertenencia de normas a un conjunto (el orden jurídico) sino la pertenencia de un conjunto de normas a una secuencia de conjuntos. Más exactamente, según el modelo de la pertenencia propuesto por el autor,

el sistema dinámico sería una secuencia de sistemas estáticos, de manera que un sistema estático pertenecería al sistema dinámico si poseyera cierta propiedad P, definitoria de la relación de pertenencia (p. ej., legalidad del cambio de normas). La unidad de tal secuencia, y con ello la identidad del sistema dinámico, estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia. La aplicación de los mismos criterios de identificación en tiempos diferentes podría llevar a resultados diversos, razón por la cual el contenido del sistema dinámico podría variar. El sistema dinámico conservaría su identidad en tanto no se produzca una quiebra en la regularidad de los cambios, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de una revolución (Rodríguez, 2021, p. 434).

¹⁰ Véase Rodríguez (2021, pp. 380 ss. y 743 ss).

Esta noción de secuencia, que es típica de las matemáticas, consiste en identificar los criterios recursivos que dan lugar a una cierta sucesión de elementos. Por ejemplo, la sucesión de Fibonacci consiste en sumar, después de las primeras dos cifras (que se asume que son 1), los últimos dos números que aparecen en la secuencia, de forma que obtenemos:

1, 1, 2, 3, 5, 8, 13, 21, 34, 55, 89, 144, 233, 377, 610, 987, ...

Si nos fijamos en el hecho de que los números son clases, *i.e.* conjuntos, una sucesión como la de Fibonacci es una secuencia de conjuntos, justo como ocurre con el derecho, según el modelo de la pertenencia. Subsiste, no obstante, una diferencia muy relevante. En las secuencias matemáticas, una vez asumido un cierto criterio identificativo y asumidos ciertos significados atribuidos a los números, las operaciones sucesivas son meramente deductivas. En las secuencias compuestas por conjuntos de normas, en cambio, siempre media un elemento empírico ineludible, que consiste en la promulgación de nuevas normas, o en la derogación de normas preexistentes, por parte de las autoridades competentes.

Sin embargo, a pesar de las diferencias, la analogía con las matemáticas pone de relieve un hecho fundamental: como los criterios de identificación de los conjuntos que componen la sucesión de Fibonacci son independientes del criterio que permite identificar la secuencia, de la misma manera los criterios que permiten identificar los varios conjuntos de normas que forman la secuencia son diferentes del criterio que nos permite identificar la secuencia. Cada conjunto está formado por las normas que, de hecho, han sido promulgadas y no han sido (hasta ahora) derogadas en un determinado momento temporal por alguna autoridad normativa. Sin embargo, cada conjunto pertenece a la secuencia en base a otro criterio, que depende de la determinación de las características que un conjunto debe tener para pertenecer a la secuencia. Quizá se pueda afirmar que el primer conjunto pertenece a la secuencia por razones de hecho, mientras que los demás conjuntos deben su pertenencia a la secuencia al uso de una norma sobre la producción jurídica presente en el primer conjunto o, si es de otro conjunto sucesivo, de una norma que ha sido creada a partir de una norma de competencia del primer conjunto.

Esto tiene una consecuencia muy relevante para la teoría del derecho, una consecuencia de la cual Rodríguez no parece totalmente percatarse (a pesar de haber forjado los instrumentos que nos permiten darnos cuenta precisamente de esto) ya que, luego de haber introducido las nociones que estamos analizando, vuelve a hablar de la regla de reconocimiento en sentido tradicional como una herramienta para explicar la faz dinámica del derecho. Dicha consecuencia es la siguiente: todas las normas últimas de un orden jurídico que se han propuesto –norma fundante básica, regla de reconocimiento, etc.– en realidad reconstruyen de manera equivocada la noción de orden jurídico, ya que confunden dos criterios distintos y, aunque pueda trazarse alguna relación entre estos dos criterios (igual que puede trazarse alguna relación entre ser un número y ser un miembro de la sucesión de Fibonacci), una clara noción de norma última, que se basara en la distinción entre estos dos criterios, nunca podría ser considerada una definición de “norma jurídicamente válida” o algo por el estilo, justamente porque no identifica normas sino conjuntos que pertenecen a la secuencia. Creo que este es un punto crucial de la teoría del derecho, que ha pasado sustancialmente desapercibido, y que necesita un suplemento de investigación.

Las mayores divergencias que tengo con el análisis propuesto en el libro tienen que ver con el tema de la interpretación jurídica, tratado en el sexto capítulo, sobre el cual tengo una visión bastante distinta de la defendida por nuestro autor.

Me resulta sorprendente que un teórico del derecho tan exigente, que es a la vez un juez, sostenga una concepción de la interpretación jurídica tan alejada de la realidad. Creo que esto se debe al hecho de que la visión de la interpretación jurídica propugnada en el libro se basa en fundamentos (más o menos cubiertamente) ideológicos, dirigidos a la salvaguardia del estado de derecho, más que estrictamente teóricos.

Creo que el libro, en este punto, contiene una suerte de falacia determinista, muy típica por cierto entre los penalistas: el derecho es cierto porque debe serlo. Lo llamativo de la posición del autor, sin embargo, no es tanto el conjunto de tesis que sostiene sobre la interpretación, sino también la manera en que lo hace. Es decir que, llegando a la interpretación, parece hacer caso omiso de algunas de las fundamentales distinciones teóricas que

en las otras páginas del libro nos explica tan claramente. En particular, la crítica que el autor (Rodríguez, 2021, pp. 588-9) formula a una de las tesis centrales del realismo jurídico –la tesis según la cual las disposiciones normativas admiten siempre una pluralidad de significados, de forma que no hay correspondencia biunívoca entre disposiciones y normas– me parece engañosa según las propias nociones –en particular de teoría de conjuntos– que Rodríguez maneja tan brillantemente en otras partes del libro.

La clave de bóveda de la argumentación es que “no existe ningún argumento conceptual que excluya la posibilidad de que frente a cierto texto todos [los] diferentes criterios interpretativos confluyan en una sola [interpretación]” (Rodríguez, 2021, p. 588). Y esto se vincula a la circunstancia de que “el hecho de que diferentes métodos de interpretación produzcan resultados distintos tampoco implica que no pueda haber casos que reciban exactamente la misma solución en todas las interpretaciones admisibles” (Rodríguez, 2021, p. 589). Normalmente, cuando se esgrime este tipo de argumento se hace referencia a la interpretación de formulaciones normativas que contienen entidades numéricas, que se consideran (erróneamente) no afectadas por ambigüedades. Nuestro autor no es una excepción al respecto. Efectivamente, afirma que (Rodríguez, 2021, p. 588):

Cuando la constitución española establece, por ejemplo, que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, los juristas convergen en una interpretación que podría llamarse literal, descartando otras posibles (p. ej., aquella que computara los años desde el momento de la concepción y no del nacimiento, o aquella que considerara que lo relevante es la madurez propia de los dieciocho años, etc.). Por supuesto, esa convergencia puede ser desafiada e incluso puede ocurrir que el desafío tenga éxito y se logre cambiar la interpretación. Pero que una convención pueda cambiar no autoriza a negar la existencia de convención.

Hay dos argumentos –me parece– que se pueden esgrimir en contra de este tipo de consideraciones.¹¹ Primero, las entidades numéricas –como

¹¹ Estos argumentos conceptuales permiten rebatir a la acusación de que la tesis de la no correspondencia biunívoca entre disposiciones y normas “es en realidad el resultado de

todas entidades lingüísticas— son ambiguas. Es este el famoso argumento usado por Russell para mostrar que la axiomatización de la aritmética elaborada por Peano resulta parcialmente indeterminada, aunque matemáticamente adecuada bajo cualquiera de las (infinitas) interpretaciones de las cuales es susceptible.¹² Segundo, aunque haya convenciones asentadas sobre lo que significan determinados términos (como puede ser el término “18” en relación con la mayor edad), nada asegura que, de hecho, no se aplique otra convención, que puede ser formalmente reconstruida como el producto de la introducción de una disyunción en la convención inicial (en este sentido, aquí reaparece el argumento de Kripkenstein, que Rodríguez creía haber solventado en otra parte del libro¹³). Son tristemente conocidos los casos de derecho de la inmigración,¹⁴ donde la determinación de la noción de mayoría de edad no pasa solo por establecer el significado de “18” sino por agregar también un criterio adicional, como el del tamaño

una falacia de generalización inadecuada. En muchos casos las formulaciones normativas admiten más de una interpretación, pero esto no vale irrestrictamente para cualquier formulación normativa: podría haber algunas que se correspondan con una única norma. La existencia de diferentes criterios o métodos de interpretación en el derecho hace que muchas veces una misma formulación normativa pueda recibir más de una alternativa de interpretación, pero no existe ningún argumento conceptual que excluya la posibilidad de que frente a cierto texto todos esos diferentes criterios interpretativos confluyan en una sola” (Rodríguez, 2021, p. 588). Entre otras cosas, la acusación de falacia de generalización impropia se basa en no distinguir entre una cuestión metodológica (hay razones para sostener que no hay nunca correspondencia biunívoca entre disposiciones y normas) y una cuestión empírica (a veces, la comunidad jurídica elige un solo significado y lo presenta como el único posible, a pesar de que hay varias posibilidades ulteriores).

¹² Russell (1919, p. 17): “Peano’s three primitive ideas —namely, “0”, “number”, and “successor”— are capable of an infinite number of different interpretations, all of which will satisfy the five primitive propositions”. Véase también Geymonat (1955, p. 52).

¹³ Rodríguez, 2021, pp. 583 ss.

¹⁴ Un ejemplo es el siguiente: “el adolescente A.L. fue arrestado por la policía española cuando intentaba acceder a la costa de Almería ilegalmente a bordo de una patera en abril de 2017. Aunque carecía de documentos y no estaba acompañado, informó a la policía que tenía 17 años. Se le trasladó al hospital donde se la practicó una radiografía de la mano izquierda para determinar su edad. Los resultados del examen determinaron que la edad ósea de A.L. era de más de 19 años. Con base a ese resultado, la Fiscalía emitió un decreto determinando que A.L. era adulto y se le trasladó a un centro de internamiento de extranjeros para adultos, en el que fue golpeado con palos por guardas del centro”. Consultable en la página web: <https://www.ohchr.org/es/2020/10/spains-age-assessment-procedures-violate-migrant-childrens-rights-un-committee-finds>

de la muñeca de una persona, de forma que “ser mayor de edad” para la policía migratoria significa “tener 18 años o tener una muñeca de un cierto tamaño óseo”. Esto prueba, de manera me temo irrefutable, que incluso el más (aparentemente) preciso de los criterios numéricos se puede tornar indeterminado o bien porque es susceptible de varias interpretaciones o bien porque, aunque exista una convención interpretativa establecida, nada asegura que otros criterios, considerados de por sí suficientes, se añadan a la convención inicial en cualquier momento.

La conclusión (como se dijo, ideológica y determinista) de nuestro autor es que, si no hay pauta de corrección en la interpretación, nuestras prácticas jurídicas serían una mera ficción.¹⁵ Y como no pueden ser una mera ficción, se sigue por *modus tollens* que sí hay pauta de corrección. Lo que es como decir que, si Dios no existe, el hombre está solo y perdido en el universo, y como no puede ser que el hombre esté solo y perdido en el universo, entonces es falso que Dios no existe. *Se'l finsero e se'l creddettero*, diría Vico: lo han fingido y se lo han creído. Todo el argumento del autor parece remitir a la exigencia de que, si aceptáramos alguna forma de escepticismo, no quedaría otra alternativa que aceptar que nuestras prácticas son ficciones. Pero este no es un argumento racional. Lamentablemente, no se puede derivar certeza alguna simplemente del *horror vacui*. Un teórico del derecho solo debería tomar nota, de forma valorativamente neutral, de los factores empíricos y metodológicos (muy bien explicados, por cierto, por Rodríguez) que hacen que las fuentes del derecho sean ineludiblemente equivocas, polisémicas y por ende sustancialmente indeterminadas.

Una última observación quiero dirigirla a uno de los temas tratados en el último capítulo, dedicado en buena parte –como vimos– a la justificación de las decisiones judiciales. Rodríguez (2021, p. 755) critica la conocida tesis de Kelsen según la cual las sentencias son constitutivas de los hechos del proceso, arguyendo que

¹⁵ “Lo relevante es si las normas jurídicas brindan pautas para evaluar la corrección o incorrección de las decisiones judiciales. Si la respuesta a esa pregunta es que no hay ninguna pauta de corrección semejante, lo cual equivaldría a sostener que no existen normas antes de las decisiones de los intérpretes, el escepticismo radical tendría razón y el grueso de nuestras prácticas jurídicas sería una mera ficción” (Rodríguez, 2021, p. 589).

si tomamos en serio la idea kelseniana del carácter constitutivo de la sentencia judicial respecto de los hechos, que los únicos «hechos» relevantes para el derecho son los resultantes del proceso probatorio, entonces deberíamos aceptar que la verdad de la premisa fáctica no tiene incidencia alguna en la evaluación de la justificación de las decisiones judiciales. Esta conclusión es inaceptable, y de hecho no se sigue de las premisas que Kelsen emplea para intentar justificarla: de la circunstancia de que el juez, por así decirlo, solo pueda acceder a los hechos por intermedio de la prueba, de la circunstancia de que las reglas probatorias limiten el tiempo y los medios para la investigación de la verdad, no se sigue en absoluto que no sea posible criticar una decisión judicial por apartarse de la verdad.

Creo que este argumento es bastante discutible. Una sentencia que aplica impecablemente las reglas sobre la prueba y llega a una conclusión probatoria basada en el uso de dichas reglas, no puede ser racionalmente criticada por haberse apartado de la verdad. Sería como criticar a un piloto que conduce impecablemente un coche que alcanza una velocidad máxima de solo 180 km por hora por haber llegado último en un gran premio de Fórmula 1. ¿Qué otra cosa habría podido suceder? Lo mismo pasa en un proceso: si las reglas en materia de las prácticas probatorias están construidas de manera tal que no hay garantías firmes de que se llegue con una alta probabilidad a demostrar la “verdad material” de las premisas fácticas, no tiene mucho sentido criticar una sentencia por haber alcanzado resultados subóptimos en términos de correspondencia con la verdad de los enunciados probatorios, a pesar de haber aplicado impecablemente las reglas sobre la prueba. Se podrán más razonablemente criticar estas reglas, y proponer, *de lege ferenda*, otras en su lugar. Pero el argumento de Kelsen queda perfectamente en pie y, lejos de ser inaceptable, parece más fundado que el argumento que se le opone.

3. Algunas palabras de conclusión

Las precedentes observaciones críticas no deben ser vistas como algo que apunte a debilidades del libro. Simplemente, es una muestra más de lo interesante que resultan las argumentaciones esgrimidas por nuestro autor en el volumen que se está reseñando aquí y que merecen ser discutidas con el mismo rigor que él emplea y exige del lector. No hay homenaje mejor a cualquier obra, entiendo, que el de discutir seriamente, y sin inútiles animosidades (tan en boga en tiempos recientes), las tesis que el autor de la obra propone.

Quisiera concluir esta breve reseña haciendo hincapié en las principales virtudes de esta obra cumbre de la teoría jurídica que hemos estado analizando en estas páginas.

En primer lugar, el libro está escrito en un estilo elegante y accesible, con una claridad envidiable y una profundidad que no va a detrimento de su fluidez. El lector no tiene que hacerse intimidar del tamaño del libro: su lectura se hace ágil y entretenida, los ejemplos y sus discusiones despiertan repetidamente la atención del lector y el rigor adamantino de sus demostraciones conceptuales causa una gran satisfacción intelectual.

La segunda virtud que quisiera subrayar es la fenomenal exhaustividad de este volumen. Como ha sido escrito eficazmente en otra reciente reseña, “se trata de una suma del saber iusfilosófico de los últimos tres siglos, que concita admirablemente profundidad y síntesis” (Fernández Núñez, 2021, p. 469).

Finalmente, el libro, además de tener las virtudes que he ido identificando ahora (y muchas más que el lector tendrá el placer de descubrir por sí mismo), tiene otra que puede considerarse fundamental. En los últimos años, ha habido muchos proyectos, más o menos exitosos, cuya finalidad principal ha consistido en construir ocasiones de discusión entre la teoría del derecho de habla inglesa y la teoría del derecho de tradición romano-germánica. Diferentemente de la filosofía analítica de los orígenes, que se realizaba entre autores que hablaban y escribían en diferentes idiomas y, a pesar de esto, estaban gustosos de intercambiar ideas,¹⁶ la dificultad principal de estos intentos contemporáneos ha sido el hacer comunicar

las diferentes redes conceptuales utilizadas por los autores, los cuales no siempre se han mostrado inclines (especialmente en el ámbito anglosajón) a leer caritativamente, o hasta solo con un mínimo de interés, las tesis de la otra tradición teórico-jurídica. El hecho de que nuestro autor haya exitosamente realizado la ingrata tarea de hacer hablar estas teorías entre ellas, comparando continuamente las varias propuestas teóricas procedentes de ambos mundos, constituye toda una hazaña. Por esto, el libro sin duda merecerá una versión inglesa, que espero pueda ser realizada en un futuro no muy distante.

Bibliografía

- Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (1971, 1975), Buenos Aires: Astrea.
- Dworkin, R. (2002). Thirty Years on, *Harvard Law Review*, 115(6), 1655-1687.
- Fernández Núñez, M. (2021). Reseña de “Jorge Luis Rodríguez, Teoría analítica del derecho”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, 465-471.
- Frege, G. (1984). *Negation* (1918), in B. McGuinness (ed.), *Collected Papers on Mathematics, Logic, and Philosophy* (pp. 373-389). Oxford: Blackwell.
- Geymonat, L. (1955). *I fondamenti dell'aritmetica secondo Peano e le obiezioni 'filosofiche' di B. Russell*, in A. Terracini (ed.), *In Memoria di Giuseppe Peano* (pp- 51-63). Cuneo, Liceo Scientifico Statale.
- Guastini, R. (2022). Discutiendo con Jorge Rodríguez, *Analisi e diritto*, 1-2022 (en prensa).
- Hare, R.M. (1993). Objective Prescriptions, *Philosophical Issues*, 4, 15-32.
- Peano, G. (1897). Studi di logica matematica, *Accademia Reale delle Scienze di Torino*, XXXII, 3-21.
- Peano, G. (1958). Recensione: G. Frege, Grundgesetze der Arithmetik, Begriffsschrift Abgeleitet (1895), en Id., *Opere scelte* (pp. 190-195.), Roma: Cremonese, vol. 2.

- Quine, W.V.O. (1982). *Methods of Logic*, Cambridge (MA), Harvard University Press, IV ed.
- Ratti, G.B. (2017). Sanzioni e rimedi. Profili teorico-giuridici, *Lavoro e diritto*, XXXI, 357-366.
- Ratti, G.B. (2018). Tres addenda a *Sistemas normativos*, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 85-99.
- Ratti, G.B. (2021a). Bertrand Russell and the Paradox of the Committed Emotivist, *Russell: the Journal of Bertrand Russell Studies*, 4, 5-31.
- Ratti, G.B. (2021b). Sets, Separation, and Frames, *Analisi e diritto*, 2-2021, 83-101.
- Ratti, G.B. (2022). Notas sobre conectivas, satisfacción e isomorfismo deóntico, *Analisi e diritto*, 1-2022 (en prensa).
- Ratti, G.B. (2023). An Antinomy in Alexy's Theory of Balancing, *Ratio Juris* (en prensa).
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, J. L. (2022). Primeras respuestas a los comentarios críticos sobre *Teoría analítica del derecho*, *Analisi e diritto*, 1-2022 (en prensa).
- Russell, B. (1919). *Introduction to Mathematical Philosophy*. London: Allen & Unwin.

Sección III

**BALANCE DE
UNA DISCUSIÓN**

Reflexiones sobre la noción de tolerancia contextual como virtud personal. Un balance de la discusión sobre liberalismo y tolerancia

Reflections on the Notion of Contextual Toleration as A Personal Virtue. An Evaluation of the Discussion about Liberalism and Tolerance

Leticia Morales*

Recepción: 27/05/2022

Evaluación: 12/07/2022

Aceptación final: 19/07/2022

Resumen: La presente contribución retoma la discusión publicada en 2015 sobre el lugar de la tolerancia en el liberalismo dando cuenta de las principales ideas discutidas en el número XVI de la Revista Discusiones a partir del trabajo de René González de la Vega. El debate se centra en la crítica que hace González de la Vega a la compatibilidad entre el ideal moral de la tolerancia y la estructura del razonamiento práctico del liberalismo deontológico basada en el universalismo moral. Su propuesta para superar la objeción está dada por la respuesta contextual apoyada en un particularismo moderado. En esta contribución, formulo un balance de dicha propuesta teniendo en cuenta los cambios sociales e ideológicos que están convirtiendo en altamente polarizadas a nuestras sociedades actuales.

Palabras claves: Tolerancia, Liberalismo político, Deontologismo liberal, Respuesta contextual, Sociedades polarizadas

* Doctora en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra, España. Profesora asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Correo electrónico: leticia.morales@uach.cl

Abstract: The present contribution revisits the discussion around the work of René González de la Vega on liberalism and tolerance published in 2015 in the XVI number of *Revista Discusiones*. The debate focuses on González de la Vega's criticism of the compatibility between the moral ideal of tolerance and the structure of practical reasoning of deontological liberalism based on moral universalism. To overcome this objection, he proposes a contextual theory grounded in a moderate particularism. In this contribution, I examine his approach in the light of the social and ideological changes that are transforming our societies into a highly polarized world.

Keywords: Tolerance, Political liberalism, Liberal deontology, Contextual theory, Polarized societies

1. Introducción

A tan solo siete años de la publicación del número XVI de la *Revista Discusiones* editado por Adriana Vercellone sobre el lugar que ocupa la tolerancia en el liberalismo, el presente trabajo pretende mostrar un balance de dicha discusión a la luz de los cambios sociales e ideológicos que están ocurriendo en nuestras sociedades liberales contemporáneas. En particular, me interesa examinar cómo la propuesta teórica de un *liberalismo contextual* articulada por René González de la Vega podría dar respuesta a algunas de las cuestiones más controvertidas que se presentan en la vida cotidiana actual.

Como destaca Peter Jones (2018) la relación entre tolerancia y liberalismo no ha sido simbiótica: desde el punto de vista histórico, varias de las personas que se han mostrado favorables a la tolerancia no han sido liberales, mientras que es más bien extraño encontrar liberales que no hayan apoyado la tolerancia (p. 43). En la actualidad, la mayoría de las y los teóricos liberales favorecen alguna forma de tolerancia por ser necesaria y deseable (p. 43). Dentro de este mismo marco teórico, René González de la Vega objeta la compatibilidad entre el ideal moral de la tolerancia y la estructura del razonamiento práctico del liberalismo deontológico. Para este autor, el problema es que la tolerancia se volvería o bien irrelevante cuando nos enfrentamos a conflictos entre valores éticos, o bien recalcitrante cuando

estamos ante dilemas morales. Con este objetivo, González de la Vega presenta una discusión filosófica rigurosa y compleja en la que subyacen varias cuestiones relevantes para la filosofía moral y política contemporánea, como la corrección de los comportamientos, la distinción entre lo público y lo privado, la relevancia de la ética en la vida de las personas, la racionalidad práctica, los límites del liberalismo político, la naturaleza de las razones, o el alcance de las reglas y de los principios.

Mi objetivo en esta contribución es destacar algunos de los argumentos para examinar luego su rendimiento respecto de problemas importantes que nos desvelan en la actualidad. Para ello, en primer lugar, presento un resumen del principal artículo que da inicio a la discusión, “Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunciada”, de René González de la Vega. En segundo lugar, expongo las principales líneas de argumentación formuladas por sus críticos: Julio Montero en “El liberalismo deontológico vuelve a la vida (y mucho antes de lo pensado)”; Fernando Lizárraga en “Tolerancia, *modus vivendi* y consenso en el liberalismo rawlsiano” y Graciela Vidiella en “Comentario a ‘Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunciada’ de René González de la Vega”, enfatizando en aquellas cuestiones que resultan más significativas para el examen posterior. En tercer lugar, y a modo de esclarecimiento del objeto de discusión, resumo la réplica que hace René González de la Vega en “Universalismo generalista y particularismo” a sus críticos. La presente contribución finaliza con un balance de la *respuesta contextual* sobre la que gira la teoría de González de la Vega, bajo el prisma de los desacuerdos morales sustantivos que caracterizan a nuestras democracias liberales. Me centraré en evaluar su posición para dar cuenta de algunas de las cuestiones más problemáticas que se presentan y discuten en la actualidad en el plano de la convivencia cotidiana, y si su propuesta de un particularismo moderado para entender la noción de tolerancia contextual en el ámbito privado puedo o no dar una salida satisfactoria.

2. La objeción al liberalismo político y la tolerancia

En el artículo que da inicio a la discusión bajo análisis, “Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunciada”, René González de la Vega se propone revisar si es compatible el ideal moral de la tolerancia con la estructura de razonamiento práctico en el marco del liberalismo deontológico. En particular, señala que le interesa examinar la idea de tolerancia según la versión desarrollada por el liberalismo político en la resolución de conflictos prácticos, esto es, conflictos de valores que se pueden dar entre personas razonables.

González de la Vega (2015) identifica a la tolerancia como una virtud central que se encontraría en el “corazón” del liberalismo, según ha sido proyectado por John Rawls y las y los filósofos que han trabajado y trabajan el pensamiento liberal. Desde esta concepción, según González de la Vega, referirse a “liberalismo tolerante” sería redundante, ya que expresaría una armonía pacífica entre liberalismo y tolerancia (p. 16). En cambio, el autor se propone defender que el liberalismo deontológico “es incompatible con la clase de tolerancia” que es habitualmente asumida (p. 17). Enmarca la discusión como un “problema de coherencia filosófica”, en tanto que sería incompatible realizar el ideal moral de la tolerancia dentro de la estructura del razonamiento práctico defendida por el liberalismo político surgido a partir de la *Teoría de la Justicia* de Rawls, considerado paradigmático del liberalismo deontológico.

El concepto “tolerancia” queda caracterizado por tres elementos o condiciones necesarias y suficientes: “1) la existencia de un acto que lesione una convicción relevante; 2) tener el ‘poder’ o la ‘competencia adecuada’ para detener, frenar u obstaculizar el acto que lesionó nuestra convicción y; 3) ponderar el valor de la convicción lesionada con razones que nos invitan a no intervenir en contra del acto en cuestión” (González de la Vega, 2015, p. 25). Según González de la Vega, para la filosofía asociada al liberalismo deontológico rawlsiano, “la tolerancia es una virtud de la justicia a la que solo tienen acceso aquellas personas que han desarrollado un sentido de justicia” (p. 25).

El autor clarifica que hay diferencias entre la concepción adoptada por el liberalismo rawlsiano y el resto de las concepciones sobre la tolerancia. Una de ellas puede explicarse mediante el alcance que se le ha dado al sintagma “convicción relevante” del primer elemento. Así, para Rawls, entre la clase de convicciones que pueden ser lesionadas y, por lo tanto, sujetas a un acto de tolerancia, estarían solo aquellas que quedan dentro del ámbito de lo “racional” (esto es, dentro de las “concepciones comprensivas del bien”), pero no dentro de lo “razonable” (esto es, dentro del “sentido de justicia” que comprende el reconocimiento y aceptación de los principios de justicia). Para las y los autores liberales, la tolerancia es una noción que tiene aplicación no solo a cuestiones morales, sino también a aquellas pertenecientes a otros ámbitos normativos como la ética, la religión, la ideología, la estética, etc. (González de la Vega, 2015, p. 28), que se puedan basar en razones.

Según González de la Vega (2015), la conjugación de esos tres elementos genera dos conflictos para la postura deontológica (p. 33). Si es correcto afirmar en el caso en que una convicción relevante haya sido lesionada por el acto de un tercero, el agente afectado, teniendo el poder o la competencia para detener u obstaculizar dicho acto, decida abstenerse de hacerlo por determinadas razones morales, entonces es necesario distinguir dos situaciones. Por un lado, cuando los actos de un tercero afectan reglas o principios morales. Se trataría de un problema profundo, dado que al enfrentarse un valor moral con otro valor moral puede dar lugar a un genuino conflicto (situación dilemática). Por el otro, nos encontraríamos con los actos de un tercero que afectan reglas o principios no morales (éticos, ideológicos, filosóficos, estéticos), en cuyo caso estás tendrían que ser ponderadas con razones últimas o morales. Se trataría de un conflicto práctico menos profundo (p. 33).

González de la Vega (2015) sostiene que el deontologismo moral está asociado con la idea “según la cual si las teorías morales tienen como propósito principal el guiar la conducta de los individuos, estas deben estar libres de dilemas” (p. 35). Así, y adoptando una filosofía kantiana, se asumiría desde el liberalismo principios lógicos para rechazar la existencia de dilemas morales: 1) el principio “debe implica puede” por el cual si una

misma persona está obligada a hacer A y está obligada a hacer B, pero no puede realizar una de estas obligaciones, entonces no tienen el deber de realizarla; 2) el principio de “aglomeración y conjunción”, por lo cual si una persona está obligada a hacer A y B, entonces está obligada a hacer ambas cosas, A y B (incluyente); 3) el principio de “consistencia de los sistemas normativos”, en el sentido de no contradictorios; y 4) el principio de “prioridad de lo correcto sobre lo bueno”.

Según el autor, en el caso en el que el agente crea estar en un conflicto entre dos principios morales, la única respuesta posible es que una de las normas en conflicto debe ser incorrecta o inválida desde un punto de vista moral, y por tanto una de las normas debería salir de su sistema de valores últimos (González de la Vega, 2015, p. 37). Sin embargo, “derogar una de las normas que consideramos relevantes para vivir nuestras vidas, que ha dado sentido a nuestra existencia, o que simplemente la pensábamos como importante, puede dejar una especie de *residuo moral*” (p. 38), esto es, sentimientos de culpa o de remordimiento. En tales casos “o la tolerancia se convierte en un vicio moral o, simplemente, en una virtud imposible de lograr” (p. 38).

En el segundo supuesto en que nos encontremos con un conflicto entre normas de distintos ámbitos (moral y ético o no moral), dada la unidad del razonamiento práctico defendida por el deontologismo, según González de la Vega (2015), la persona debería expulsar el valor ético en favor del principio moral, lo cual reflejaría el orden jerárquico en la razón práctica. Bajo este esquema, la tolerancia “implicaría ser un proceso de limpieza sistemática y no un proceso deliberativo mediante el cual, en determinadas circunstancias, detenemos la fuerza normativa de una convicción que consideramos válida e importante para vivir la vida que consideramos la pena ser vivida” (p. 45).

La conclusión de González de la Vega es que la tolerancia se vuelve o *irrelevante* o *recalcitrante* en dos escenarios:

primero, [se vuelve irrelevante] porque si la convicción, que pensábamos que era un valor ético o religioso o ideológico resulta que, después del escrutinio crítico, en realidad estaba también moralmente justificada, entonces, ya no existiría ningún impedimento para imponérsela a otros. Y segundo, la tolerancia se vuelve irrelevante porque si el valor ético (o religioso o ideológico) resulta

ser moralmente incorrecto, bajo el prisma deontológico, lo que tenemos que hacer es eliminarlo de nuestro sistema de valores [...] (González de la Vega, 2015, p. 45).

Por otro lado, “la tolerancia se vuelve *recalcitrante* cuando involucra dos valores igualmente válidos desde un punto de vista moral que sostienen tanto la *aceptación* como el *rechazo* del acto que objetamos”, lo que ocurre frente a situaciones de dilema moral (p. 46).

En suma, para el autor “la tolerancia entendida como ideal moral es incompatible con los requerimientos lógicos que impone la estructura deontológica del razonamiento práctico” (p. 48). Esta incompatibilidad entre el deontologismo liberal y el ideal moral de la tolerancia, obedecería a la concepción moral “legalista” o “formal” que sostiene el deontologismo (p. 49). Las teorías morales serían “legalistas” cuando pretenden encapsular las consideraciones éticas (las concepciones del bien) dentro del criterio de universalidad (p. 49).

La posición que defiende González de la Vega (2015), en cambio, entiende a la tolerancia como un concepto ético que “no solo es *normativamente dependiente* sino que también es un concepto *contextualmente dependiente*” (p. 50). Esta última noción de tolerancia se opondría a la concepción legalista de la moral. De ahí que para el autor, la tolerancia “es una virtud que requiere de una concepción del razonamiento práctico lo suficientemente sensible como para valorar adecuadamente los elementos específicos y particulares de cada contexto o circunstancia en la que es reclamada” (p. 51), y en consecuencia, incompatible con el legalismo moral presupuesto por el deontologismo liberal. Para González de la Vega la relación entre el legalismo (liberalismo deontológico) y la tolerancia como virtud moral está destinada a una muerte inevitable.

3. Las posiciones críticas en el debate

En “El liberalismo deontológico vuelve a la vida (y mucho antes de lo pensado)”, Julio Montero (2015) procura mostrar que González de la Vega está equivocado en su planteo contra el liberalismo. Para ello, Montero cons-

truye un argumento a partir del liberalismo político de Rawls, para sostener que este le otorga un papel privilegiado a la tolerancia en tanto virtud política. Montero nos recuerda que el liberalismo requiere que distingamos entre la perspectiva personal, que “se refiere a los principios, valores y convicciones que nos orientan cuando tomamos decisiones sobre nuestra vida”, y la perspectiva política, que es “la que debemos adoptar cuando tomamos decisiones sobre asuntos públicos como el alcance de los derechos individuales, el cobro de impuestos o la distribución del ingreso” (p. 61).

Aquí Montero (2015) hace una aclaración importante con respecto al alcance de la perspectiva personal. Esta no significa que solo se considera lo que es bueno para la persona que la sostiene, sino que se piensa que es aquello “que hace valiosa una vida en sentido objetivo” (p. 62). Esto es, aunque estemos en el terreno de las creencias éticas, por ejemplo, estas suponen juicios por parte del agente que las sostiene, quien les asigna un alcance universal. De ahí que quienes se comporten de manera distinta o valoren distintas cosas para su propia vida, sean vistos como careciendo de comprensión sobre lo que es importante en una vida que merece ser vivida.

Este desdoblamiento entre el punto de vista personal y político es caracterizado “como una suerte de esquizofrenia” de la que adolecería el agente liberal (Montero, 2015, p. 62). Se trataría de “un sujeto práctico escindido” porque adopta una serie de valores que aplica a su vida, pero que debe renunciar a aplicarlos al ámbito de la política (uno de los ámbitos más importantes del universo normativo). Montero cita a Rawls para quien el liberalismo, además de tener que restringirse al plano de lo político sin brindar una orientación general para la vida, tiene que prescindir de una fundamentación ética general, con el fin de que la justicia como equidad pueda ser aceptada por las distintas doctrinas comprensivas que integran una democracia pluralista y alcanzar un consenso superpuesto (p. 62).

La noción de justicia como equidad permitiría ver con claridad, según Montero, “por qué el liberalismo político es perfectamente compatible con la virtud de la tolerancia” (p. 63). Se trata de que la persona tiene que suspender sus convicciones éticas que considera verdaderas y operativas al momento de discutir sobre los asuntos políticos fundamentales de la sociedad. Esto no significa que sus convicciones éticas queden neutralizadas, suprimidas o canceladas.

Montero (2015) agrega que “para el liberalismo político la tolerancia es una virtud disposicional o deliberativa” (p. 63), no una capacidad pasajera que se aplica solo al resolver un supuesto conflicto valorativo por primera vez, como sostiene González de la Vega. La tolerancia dependería de una serie de variables que deben ser sopesadas en cada caso, no se trataría por tanto de una operación simple que se lleva a cabo una sola vez por cada creencia o convicción. Esas variables tienen relación con hechos circunstanciales, con contextos sociales particulares o con la consideración de las consecuencias que diversos cursos de acción podrían producir (p. 64). Esta aproximación de la tolerancia que hace Montero se acercaría a la noción contextual de la tolerancia que defiende González de la Vega. Por ello, la virtud de la tolerancia es una virtud política fundamental que se configura como una pieza constitutiva del liberalismo político, “una instanciación de la idea de respeto hacia las personas que yace en el corazón mismo del programa liberal” (p. 63).

Montero (2015) agrega un punto más, relativo a la exigencia del liberalismo político de aplicar la tolerancia al liberalismo en el plano internacional (p. 65). Este ejercicio de autolimitación estaría presente en Rawls, en su obra *El Derecho de Gentes*, mediante el cual sería “posible articular las convicciones liberales fundamentales y permite apreciar el compromiso del liberalismo con la tolerancia como valor supremo” (p. 66). Se trataría de razones de principio por las cuales desde el liberalismo no se debería imponer una visión liberal del mundo a los demás pueblos. Esta idea se vincula, de acuerdo con Montero, con otra importante noción del liberalismo, que es el compromiso con la neutralidad. La neutralidad se justifica en una sociedad democrática, por un lado, por la existencia de un profundo pluralismo moral, metafísico y religioso; y por el otro lado, porque si bien existen diferencias persistentes, la mayoría de las doctrinas comprensivas comparten el rasgo de ser doctrinas razonables, esto es, aquellas que aceptan un ordenamiento relativamente liberal de las instituciones políticas (pp. 66-67). Cuando este no es el caso, la virtud de la tolerancia requiere que aceptemos modos no liberales de ordenar la estructura básica de la sociedad, sin que ello signifique que renunciemos a la convicción de que el liberalismo es la mejor concepción de la justicia política (p. 68).

Por su parte, Fernando Lizárraga participa en esta discusión con el trabajo “Tolerancia, *modus vivendi* y consenso en el liberalismo rawlsiano”, centrando también (al igual que Julio Montero) las coordenadas del debate dentro del liberalismo político de Rawls. Para Lizárraga (2015), en primer lugar, la objeción situada desde el agente de la tolerancia que González de la Vega dirige al liberalismo político rawlsiano no funciona porque a Rawls solo le importarían las virtudes personales en tanto sirvan como razones de la estabilidad política. Lizárraga clarifica que, para esta concepción del liberalismo, la tolerancia es por sobre todo una virtud institucional, política, no personal, que encontraría su razón en la instancia del *modus vivendi*, que es anterior al consenso superpuesto donde, según este autor, ya no haría falta la tolerancia (p. 77). El *modus vivendi*, de acuerdo con Rawls en *Liberalismo Político*, importa un compromiso entre doctrinas o grupos rivales, es un punto de equilibrio que puede quebrarse en cuanto uno de los actores advierta que puede sacar ventaja. Se trata de una estabilidad contingente y solo aparente. En cambio, el *consenso superpuesto* es una concepción política (moral), que contiene principios de justicia y virtudes políticas (p. 88). Se trata de un acuerdo “que se alcanza desde el interior de cada doctrina comprensiva razonable en torno a la concepción política de la justicia como equidad” (p. 86). Por lo demás, no tendría aspiraciones universales, ya que solo se aplica a las instituciones que surgen de sociedades democráticas (p. 90).

En segundo lugar, señala Lizárraga (2015), para Rawls la tolerancia sería solo un elemento de la estabilidad, necesario para alcanzar dicho consenso superpuesto entre personas razonables, el cual sería la pieza necesaria para vivir juntos y solucionar los conflictos valorativos en una sociedad caracterizada por el pluralismo razonable (p. 84).

En tercer lugar, Lizárraga (2015) sostiene que los principios de justicia tendrían como objeto primario a la estructura básica, por lo tanto, su alcance es limitado al ámbito político de las cuestiones de esencias políticas y aquellas básicas de justicia, y no deberían ser entendidos como herramientas para resolver dilemas morales en el ámbito personal (p. 79). La concepción política rawlsiana se presenta, en palabras del propio Rawls, como “un marco guía para la deliberación y la reflexión que nos ayuda a alcanzar un acuerdo político” sobre los contenidos mínimos constitucio-

nales (p. 93). Por lo tanto, los principios de justicia se tornarían inderrotables en la medida en que otras concepciones puedan poner en peligro la preservación de las condiciones de la existencia y cooperación social o de la propia sociedad democrática (p. 94).

Por último, Graciela Vidiella (2015) toma el desafío de René González de la Vega en cuanto a cuestionar la noción de tolerancia para el liberalismo deontológico en el ámbito personal. En su comentario al trabajo de González de la Vega, parte de examinar los dos tipos de conflictos identificados por este autor: un “conflicto profundo” que se le presentaría a un agente en su propio conjunto de valores morales al preguntarse si le corresponde ser tolerante ante cierta acción de un tercero (pp. 100-101); y un “conflicto menos profundo”, el cual se le presentaría a un agente entre sus reglas morales y sus “convicciones éticas, estéticas, filosóficas, ideológicas, religiosas y demás clases” (p. 101).

Vidiella (2015) distingue dentro de los conflictos profundos dos subtipos: los conflictos morales en sentido estricto y los dilemas morales (p. 108). En el supuesto de presentarse un conflicto entre normas (conflictos morales en sentido estricto), estos se podrían resolver a través del razonamiento práctico, “ejercitando la *phronesis*” (p. 108), sin que haya pérdida moral y sin que corresponda tolerar, sino resolver a cuál de las normas debe darse lugar. Si en cambio estamos ante un supuesto de auténtico dilema moral, el agente tampoco tendría nada que tolerar sino “actuar y aceptar con resignación la pérdida moral” que ocurrirá inevitablemente. Es así como Vidiella coincide con González de la Vega respecto de la situación en la que un agente se enfrenta a un “conflicto profundo”. En cualquiera de los dos supuestos identificados, “cuando este se produce entre normas morales no cabe hablar de tolerancia desde el marco de una teoría deontológica” (p. 109).

Con relación al segundo “conflicto menos profundo” examinado por González de la Vega, que se presentaría entre cuestiones morales y asuntos correspondientes a otros ámbitos de la racionalidad práctica, Vidiella sostiene que aquí la tolerancia sí juega un papel dentro del marco deontológico (p. 111). Así, si el agente se enfrenta con una acción de un tercero que hiere sus valores éticos, estéticos, etc. Requerirá ser tolerada, aun cuando le siga disgustando u ofendiendo. El sistema de moralidad del agente le conduce

a la conclusión que no tiene ningún argumento moral para impedir una acción (siempre que no sea inmoral) de un tercero que se guía según sus propias convicciones éticas.

Vidiella (2015) concluye que la tolerancia es mejor cumplida si se la concibe como una virtud, al igual que González de la Vega, cuyo ejercicio “requiere de sensibilidad moral para captar el contexto en el que correspondería aplicarla” (p. 111). Pero a diferencia de aquel, Vidiella no considera que la ética de la virtud deba presentarse como una alternativa a las éticas deontológicas (p. 112). Para la autora, las virtudes son su “complemento necesario” y les sirven, entre otras cosas, para mostrar cuestiones referidas sobre la motivación moral (p. 112).

La propuesta de la autora es rescatar la importancia del enfoque del universalismo ético y del punto de vista crítico e imparcial y prestar atención a las cuestiones vinculadas con la justicia (derechos morales y derechos humanos), que sería de los temas más relevantes de la ética, desde la perspectiva deontológica, compatibilizando el punto de vista legalista de las normas con el punto de vista centrado en el agente moral. Y finaliza afirmando que “la pregunta socrática ¿De qué modo debe una persona vivir su vida?, es tan importante como la kantiana”, relativa a qué obligaciones tenemos con los demás (Vidiella, 2015, p. 112).

4. Réplica y clarificación de la posición inicial: una estrategia contextual para el liberalismo deontológico

El debate finaliza con “Universalismo generalista y particularismo”, artículo de René González de la Vega en réplica a sus críticos. Como señala González de la Vega (2015), los trabajos de Montero y Lizárraga se centraron en el liberalismo político, una versión específica del liberalismo deontológico, que el propio González de la Vega adoptó como centro de su objeción en el primer artículo.

En su réplica, González de la Vega clarifica que todavía no se ha dado respuesta desde el liberalismo a su objeción centrada en un solo agente respecto de aquellas situaciones que deben ser toleradas (a la pregunta socrática, en los términos de Vidiella). Reconoce que esta cuestión reque-

riría un examen más amplio que la concepción del liberalismo político. El problema sería examinar desde el liberalismo deontológico qué lugar ocupa la tolerancia frente a los conflictos individuales en el ámbito privado, esto es, los problemas que las personas tienen que resolver en su vida cotidiana

Sobre este punto, Vidiella, Montero y Lizárraga hacen referencia a la necesidad de considerar el contexto particular y sopesar numerosas variables en un análisis caso por caso. Sin embargo, González de la Vega (2015) sostiene que ello no es posible desde la concepción del liberalismo deontológico sobre el razonamiento práctico, ya que aspectos sobre la “sensibilidad moral” o la “importancia de los contextos” no serían compatibles con los criterios lógicos de aquella concepción (p. 120). Para el autor, sus tres comentaristas “son conscientes de la posibilidad de que la moral, entendida en términos deontológicos, termina en algunos casos asfixiando a la ética” (p. 120). La estrategia de González de la Vega en su réplica es articular una respuesta que denomina la *respuesta contextual*, a la cuestión de “como conjugar la virtud de la tolerancia en el ámbito personal, dentro del marco del liberalismo deontológico” (p. 121). En su segundo trabajo, entonces, se propone “aportar una solución para los conflictos de tolerancia en el ámbito privado sin tener que abandonar el liberalismo deontológico *in toto*” (p. 121), lo que constituye un intento de dar respuesta a su propia objeción inicial.

González de la Vega (2015) identifica como fuente de tensiones entre la tolerancia y el liberalismo deontológico el *universalismo moral*. Habría dos perspectivas sobre el universalismo moral: una que deriva de Kant (universalidad de la imparcialidad), y otra que proviene de autores como Richard Hare (universalidad generalista). El autor centra su ataque en esta segunda forma de entender el universalismo por considerar que es la que entra en tensión con la tolerancia: la que no permitiría la posibilidad de que se tolere un acto ‘A’ de un agente ‘X’ y después no se tolere un mismo acto ‘A’ de un agente ‘Y’. A esta clase de universalismo generalista le dirige dos críticas. En primer lugar, se objetaría la configuración de los sistemas normativos a partir de que se incluyen criterios de consistencia. Así, “si una persona tolera una conducta determinada debe incluir dicha conducta dentro de su catálogo de conductas permitidas. Si no la tolera, en cambio, la incluye dentro de su catálogo de conductas prohibidas” (p. 123). Esto lo llevaría a

una conclusión contraintuitiva: “cada acto de tolerancia es un paso hacia la intolerancia”, dado que las convicciones de cada persona son finitas. Por tanto, la tolerancia, “por razones lógicas se vuelve suicida” (p. 123).

Reconfigurada de esta manera su objeción inicial, González de la Vega (2015) responde con la tesis según la cual la tolerancia es *contextualmente dependiente* (“la respuesta contextual”, p. 124). Aunque advierte que no todo es tolerable, González de la Vega afirma que lo que tolerable y lo que no lo es, “debe ser definido, entre otras cosas, por las características relevantes ofrecidas por cada caso en concreto” (p. 124). Esta respuesta sigue parcialmente las articulaciones críticas de Jonathan Dancy contra las concepciones universalistas (generalistas), por calificarlas de negligentes ante el valor de las características *sobresalientes* aportadas por cada contexto (p. 124). Se trata de una versión de *particularismo* que adopta la respuesta contextual.

Me interesa destacar una de las críticas que González de la Vega toma de Dancy en contra del modelo de racionalidad *subsuntivo* del universalismo. El modelo subsuntivo entiende el razonamiento moral como la práctica de subsumir hechos en normas. Así, si un hecho está contenido en el antecedente o supuesto de aplicación de la norma, se sigue la consecuencia en ella prevista. A este modelo se lo ha caracterizado como “legalismo moral”. Dancy opone el modelo de “racionalidad narrativa”, según el cual el discurso moral es en mayor o en menor medida una *percepción* más que un razonamiento deductivo.

González de la Vega (2015) examina el “dilema de la tolerancia” como un dilema *en concreto* a la luz de las dos críticas al universalismo de Dancy. En el caso de dos normas en pugna, estas “pudieron convivir consistentemente dentro de un sistema *in abstracto*. Sin embargo, hay factores ajenos al razonamiento subsuntivo que hacen llegar al agente moral a ese “sin embargo”, a dar cuenta de la incompatibilidad o de la inconsistencia normativa” (p. 133). Dice González de la Vega que siguiendo el particularismo de Dancy en apoyo de su respuesta contextual, “en casos de tolerancia, las circunstancias y los contextos definen el peso específico de cada paquete de razones que tengamos para tolerar o dejar de hacerlo” (p. 136). Quedaría así reflejada la tensión entre los problemas de tolerancia entendidos como conflictos *in concreto* y los criterios de universalidad moral en el plano abstracto. El autor

se aleja de Dancy, en cambio, en la forma de concebir el particularismo, afirmando la tesis de un *particularismo de razones* según la cual “al menos algunas circunstancias empíricas de un caso carecen de relevancia moral *fija* [...], sino que estas pueden variar en función del contexto” (p. 136). De esta forma quedaría en pie la defensa de un valor moral de ciertos principios: “los principios, aun cuando tengan contenidos medianamente determinados, adquieren distinta relevancia moral y fuerza normativa dependiendo de las circunstancias de cada caso en concreto” (p. 137).

Una última crítica de González de la Vega (2015) apunta a la indiferencia teórica y también un “error” de la concepción del universalismo generalista para dar cuenta del “residuo moral” que experimentaría el agente de tolerancia tras la derogación o la afectación eventual de alguna de sus convicciones en conflicto (p. 137-138). El negar la posibilidad de que exista una especie de pérdida o sacrificio moral significaría que la tolerancia no podría entenderse como el menor de dos males morales (p. 138), perdiendo de vista un gran número de consecuencias prácticas que rodean a la tolerancia (p. 139). De acuerdo con el autor, “la perspectiva universalista moral determina que los sujetos de tolerancia no solo tienen que deshacerse de convicciones que les parecen moral o éticamente relevantes (justificadas), sino también desatender cuestiones tan importantes como pueden ser sus planes personales de vida, proyectos intelectuales o profesionales, relaciones sentimentales, entre otras cosas”; por lo que bajo esa perspectiva “el costo de la tolerancia es mucho más elevado que el de la intolerancia” (p. 141).

González de la Vega (2015) concluye que el deontologismo liberal no ha prestado suficiente atención a ciertos elementos relevantes de la moralidad, como serían “un desarrollo más detallado del ámbito de lo bueno, el papel de las virtudes morales en las sociedades democráticas o la posibilidad de compaginar una concepción de la vida buena con los rasgos de la imparcialidad requeridos por el deontologismo” (p. 142). Para el autor, entonces, estas cuestiones deberían ser atendidas por la filosofía política y moral liberal, sin que al hacerlo se traicione la calidad de liberales (p. 143).

5. Balance de la discusión a la luz de los desafíos contemporáneos

El debate iniciado a partir del artículo de René González de la Vega ha abierto importantes cuestiones para repensar el deontologismo liberal y el liberalismo político, algunas de ellas aún pendientes de respuesta en la actualidad. Desde entonces no ha habido nuevas contribuciones teóricas en la literatura sobre el tema que planteen un cambio de paradigma sobre la idea de tolerancia. Lo que sí ha cambiado de manera importante es el mundo en el que vivimos. En parte, porque nuestras sociedades se caracterizan cada vez más por estar cultural, religiosa e ideológicamente polarizadas, lo cual implica puntos de vista y modos de vida sustancialmente opuestos. En parte también porque el mundo ha vivido la pandemia del COVID-19, que lejos de volvernos “más tolerantes”, ha despertado profundos miedos hacia lo distinto acentuando un mayor rechazo con respecto a creencias y puntos de vista diversos y muchas veces inconmensurables. Por ello, a continuación, me interesa plantear y desarrollar algunas de estas cuestiones teniendo presente que hoy vivimos en sociedades que han cambiado bastante en los últimos diez años. De una parte, nos encontramos con que los niveles de tolerancia hacia puntos de vista opuestos en varios casos son mínimos, cuando no inexistentes. De otra parte, nos encontramos con una mayor polarización de creencias y valores. Me centraré en hacer un balance que se enfoque en evaluar la teoría moral defendida por González de la Vega a la luz de los cambios sociales actuales, teniendo en cuenta la menor tolerancia y la mayor polarización (Casal & Rama, 2021; Carothers & O’Donohue, 2019; Klein, 2020; Lee, 2022). Estas dos cuestiones están sin duda estrechamente relacionadas, aunque no son lo mismo. Sin embargo, ambas podrían, potencialmente, desafiar limitaciones razonables dentro de una teoría de la que podría esperarse tener alguna relevancia práctica.

Por un lado, el debate sobre la tolerancia puede ser examinado al interior del liberalismo político rawlsiano, según el cual las personas tienen que suspender sus juicios morales particulares y resolver los conflictos a través de las instituciones. Ya que, como se ha hecho referencia en la discusión previa (Montero, 2015; Lizárraga, 2015), Rawls no se ocupa de las

virtudes personales –no se ocupa del sujeto individual de la tolerancia–, y por lo tanto la tolerancia le importa en tanto sirve para la estabilidad (Rawls, 1971). Su objetivo final no es un mero *modus vivendi* sino el consenso superpuesto, lo cual el autor desarrolla en *Liberalismo Político* (Rawls, 1993). Para el liberalismo político rawlsiano, la tolerancia es una virtud política, que sirve para crear una sociedad estable en la cual *lo justo o razonable* (los principios de justicia) tiene prioridad sobre *lo racional o bueno* (las concepciones del bien). El sentido de la justicia que desarrollan las personas libres e iguales divididas por desacuerdos morales profundos, de acuerdo con Rawls, requiere este tipo de arreglo institucional justo en el que el foco está en la estructura básica. Este tipo de enfoque es, por definición, restrictivo en cuanto al lugar que queda para los individuos como sujetos de la tolerancia y su ejercicio en el ámbito personal.

Esta es una distinción relevante que, si bien en el artículo inicial de René González de la Vega, aparece oscurecida, luego en su réplica es presentada con claridad. Por un lado, la noción de *tolerancia política* tiene un significado amplio y “describe la tolerancia asegurada a través del aparato del estado” (Jones, 2018, p. 19). Esta también puede ser caracterizada como *pública*, ya que se trataría de una tolerancia asegurada por las autoridades públicas y por arreglos institucionales (p. 19). Así, las y los jueces, no obstante tener puntos de vista personales en cuestiones controvertidas como, por ejemplo, la prohibición del uso del velo por parte de docentes musulmanas en escuelas públicas, al resolver un conflicto *qua* miembros del tribunal de justicia, están requeridos a dejar esos puntos de vista personales de lado y adoptar una posición tolerante en un sistema deontológico liberal.¹ La tolerancia política, típicamente, se pone en juego en supuestos de tolerancia religiosa y cultural, en la medida en que podrían ser vulneradas libertades fundamentales garantizadas en las reglas de mayor jerarquía de un sistema jurídico, como la Constitución.

En cambio, la tolerancia “personal” o “privada” es aquella adoptada por una persona o un grupo de personas hacia otra u otras sin que sea canali-

¹ “German court rules against banning veil in schools, but Europe remains divided”, The Conversation, 23 de mayo de 2015. En <https://theconversation.com/german-court-rules-against-banning-veil-in-schools-but-europe-remains-divided-39077>.

zada a través de las reglas e instituciones estatales. Por ejemplo, el caso de un padre liberal, carnívoro y especista, que debe decidir si tolera o no a su hija vegana, o si en el departamento de al lado se escucha *reggaetón* a todo volumen y los vecinos deben decidir si lo soportan o no. Si bien en este caso podría decirse que el ruido y la tolerancia van más allá del ámbito privado, y en este sentido estaríamos en el ámbito de lo público, la distinción anterior apunta a que se trata de un tipo de tolerancia personal o privada en tanto que no es asegurada por la autoridad pública. Este segundo es el escenario que le interesa particularmente a González de la Vega (2015, p. 117). Su principal objetivo es el ejercicio de la tolerancia privada en el liberalismo deontológico, aquella que tiene como sujetos a los individuos en sus vidas cotidianas y que es ejercida o no por estos en una sociedad liberal, sin intervención del estado. La clarificación del objeto de análisis de la presente discusión es una pieza fundamental porque nos permite distinguir entre tipos de argumentos y también enmarcar el alcance del problema. No obstante, es posible que en algunos casos la distinción no se presente diáfana, como también lo apunta González de la Vega (2015, p. 118 y nota 1). Por ejemplo, podría examinarse la respuesta institucional con respecto a la situación en la que una o más personas fuman marihuana en un departamento alquilado. Así lo hace Stijn Smet (2019) cuando evalúa un enfoque pragmático de la tolerancia jurídica (pública) con respecto al consumo de marihuana en los países en que su posesión es un comportamiento criminalizado. Pero podría también encuadrarse dentro de una tolerancia privada si las y los vecinos decidieran soportar el olor que se filtra a través de las puertas y ventanas pese a su disgusto y desaprobación.

Ahora bien, desde la tolerancia política en los términos del liberalismo rawlsiano, como argumenta Lizárraga, en una sociedad en la que se alcance el deseable consenso superpuesto, no se necesitaría de la tolerancia (Lizárraga, 2015, p. 77). Las personas dotadas de los dos poderes o capacidades (la capacidad de tener un sentido de justicia, y la capacidad de adoptar una concepción del bien), estarían intrínsecamente motivadas por un sentido de la justicia. No es la tolerancia, sino la noción de un consenso superpuesto que Rawls desarrolla en el *Liberalismo Político*, la “‘promesa normativa’ para superar los conflictos entre valores en una sociedad caracterizada por el pluralismo razonable” (Lizárraga, 2015, p. 84). Por tanto, ante una

situación en la que las creencias y valores de una persona entran en conflicto con las acciones de otra, al no impedir estas últimas, no está “tolerando”. En cambio, aquella estaría motivada por su sentido de la justicia desarrollado al vivir bajo instituciones justas y por el consenso alcanzado desde el interior de cada doctrina comprensiva razonable en relación con la concepción política de la justicia como equidad.

Pero, por el otro lado, desde una perspectiva distinta que nos ayude a entender el mundo en el que vivimos, es interesante revisar el debate a la luz de cómo la teoría funciona en nuestras sociedades altamente divididas y polarizadas. Si tomamos la pregunta de Rawls: “¿cómo es posible que pueda existir a través del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente dividida por doctrinas religiosas, filosóficas y morales, razonables, aunque incompatibles entre sí?” (Rawls, 1995, p. 29), lo que nos interesa ahora es examinar si la tolerancia juega algún papel para la existencia de la vida cotidiana de las personas libres e iguales que están profundamente divididas por doctrinas religiosas, filosóficas y morales conflictivas e incluso inconmensurables. Desde esta reformulación, el debate sobre la tolerancia giraría sobre otro eje, que es el que recibe mayor atención de Graciela Vidiella en sus comentarios al primer artículo, y por parte de René González de la Vega en su réplica.

Si se la examina desde esta otra mirada, la noción de “tolerancia” es más demandante. Se presenta cuando una persona tiene que lidiar con creencias y puntos de vista de otras, fuera del parámetro institucional estricto fijado en los términos rawlsianos. Es en este sentido que el liberalismo político rawlsiano es insuficiente para dar cuenta de la noción de tolerancia privada. En tanto las personas se muevan dentro de lo que se concibe como una sociedad estable, en donde existe consenso al interior de su doctrina comprensiva razonable guiada por la concepción política de la justicia como equidad, pareciera que sus conflictos se resuelven de manera pacífica y consensuada. Pero una vez fuera de ella, en el escenario rawlsiano del frágil *modus vivendi* –que es característico de nuestras democracias liberales– ¿qué papel desempeña la noción de tolerancia “contextual” de González de la Vega en el marco del liberalismo deontológico a nivel de las relaciones interpersonales de la vida diaria?

En las sociedades liberales actuales se espera que todas las personas seamos tolerantes con respecto a los puntos de vista de las demás. Esto es así hasta que para algunas personas se ha llegado demasiado lejos. Pareciera que entonces la tolerancia ha alcanzado su límite. Pero ahí es cuando más es necesaria. Quisiera ilustrar este punto con una situación que actualmente está generando tensiones en nuestras sociedades contemporáneas: la cuestión de las personas transgénero y el uso de baños públicos. En recientes años, se ha generado un intenso debate al interior del feminismo sobre el acceso apropiado a los baños. Aunque el eje del disenso en el feminismo contemporáneo se ha centrado de manera simbólica en el uso de los lavabos, subyacen divisiones sobre las libertades e identidades de los cuerpos *trans* y los espacios seguros para mujeres (Jones & Slater, 2020, p. 835). Para el feminismo “crítico del género”,² “las paredes de los servicios sanitarios solo para mujeres se han convertido en un símbolo de los límites del ser mujer: un espacio ‘seguro’ donde los términos de la inclusión están regulados y protegidos de forma vehemente” (p. 835). Esta discusión al interior del feminismo, que ya tiene una década, se ha incrementado recientemente con las noticias sobre agresiones a mujeres trans por el uso de baños públicos,³ o las protestas del uso de vestuarios deportivos de mujeres por parte de atletas trans.⁴

Se trata de una situación que plantea un debate actual en nuestras sociedades liberales. La posición teórica de González de la Vega de un particularismo moderado ¿permite o no dar una mejor respuesta a la objeción formulada contra el liberalismo deontológico caracterizado por el universalismo generalista? ¿Qué nos dice el particularismo moderado cuando el

² Esta posición suele ser referida ampliamente como “feminismo radical trans-excluyente” (‘trans-exclusionary radical feminists’, o TERFs por sus siglas en inglés).

³ “En Puerto Rico. Asesinan a una joven transgénero por usar un baño de mujeres”, *La Sexta*, Madrid, 28 de febrero de 2020. Disponible en <https://www.lasexta.com/202002285e595e-9d0cf25a248fc3a6fc.html>. Véase también, “Polémica en redes porque una persona trans usó el baño de mujeres en la UNC”, *VíaPaís*, Córdoba, 14 de junio de 2019. Disponible en <https://viapais.com.ar/cordoba/1085020-polemica-en-redes-porque-una-mujer-trans-uso-el-bano-de-mujeres-en-la-unc/>.

⁴ Nieto, J. “Le atraen las mujeres” y ‘no se tapa los genitales’: piden echar del vestuario femenino a Lia Thomas”, *El Español*, 23 de marzo de 2022. Disponible en https://www.elespanol.com/deportes/otros-deportes/20220323/mujeres-no-genitales-vestuario-femenino-lia-thomas/659184352_0.html.

contexto se presenta tan radicalizado por la división y polarización? ¿Es posible seguir sosteniendo una respuesta contextual en este nuevo escenario? ¿Cuáles son los límites del enfoque particularista atenuado? ¿De qué forma esta respuesta da lugar a los nuevos desafíos en materia de género? En otras palabras, ¿es un enfoque que nos permite solucionar conflictos en el mundo tal como es hoy?

Recordemos que González de la Vega inicia la discusión dirigiendo una objeción al liberalismo deontológico según la cual la elaboración de un sistema “legalista” sería incapaz de solucionar cada caso mediante la aplicación de una regla previa. En su segundo trabajo, el autor se propuso articular con mayor extensión una “respuesta contextual”, la que podría “aportar las coordenadas suficientes para armonizar la tolerancia con ciertos requisitos normativos del liberalismo deontológico” para solucionar los conflictos de tolerancia en la esfera privada (González de la Vega, 2015, p. 121). La respuesta contextual, nos dice el autor, también parte de la idea de que la tolerancia tiene límites, pero “sostiene que para saber qué es tolerable y qué no lo es debe ser definido, entre otras cosas, *por las características relevantes ofrecidas por cada caso en concreto*” (González de la Vega, 2015, p. 124. El destacado es propio). Se distancia de la propuesta deontológica liberal en cuanto no comparte la imagen de una lista de supuestos que serían considerados (in)tolerables de manera previa, precisa y consistente (exigencias de la doctrina del “universalismo generalista”). Para la perspectiva contextual, “los límites de la tolerancia son impuestos por la relevancia que pueden adquirir distintas razones morales dependiendo de los contextos o de las circunstancias específicas de la tolerancia” (p. 124).

González de la Vega (2015) destaca la importancia de la competencia en el ejercicio de la tolerancia, para lo cual también los factores que nos dan la competencia dependen del contexto, así como la fuerza normativa de las convicciones morales (p. 133). Y agrega como ejemplo el caso en “que un padre tolere que su hijo tome coca-cola cuando se encuentran en una fiesta y que no lo haga cuando se encuentran en casa” (p. 133). Estas serían circunstancias que podrían cambiar la fuerza normativa de la convicción lesionada y que, de acuerdo con el autor, no serían consideradas por el modelo legalista de racionalidad subsuntiva, característico de la tesis universalista. En suma, el problema para González de la Vega estaría en el

hecho de “una tensión entre los problemas de tolerancia entendidos como conflictos *in concreto* y los criterios de la universalidad moral” (p. 136).

El “particularismo de razones” que defiende el autor consiste en la posición según la cual “al menos algunas de las circunstancias empíricas de un caso carecen de relevancia moral fija (siempre a favor de su corrección o siempre en contra), sino que estas pueden variar en función del contexto” (González de la Vega, 2015, p. 136). Esto no le impediría mantener el valor moral de ciertos principios, y por ello sería un particularismo moderado. El nudo de su tesis es que “los principios, aun cuando tengan contenidos medianamente determinados, adquieren distinta relevancia moral y fuerza normativa dependiendo de las circunstancias de cada caso en concreto” (p. 137).

La propuesta de René González de la Vega como solución a los males desatendidos por el liberalismo deontológico resulta atractiva en tanto pretende conservar el valor moral que tienen los principios, y a la vez, incorporar un amplio espacio para las decisiones privadas considerando cada caso según el contexto de las particulares circunstancias.⁵ Con ello pretende evitar la rigidez del modelo de racionalidad subsuntiva. Lamentablemente, González de la Vega no precisa de qué manera funcionaría su propuesta de “particularismo moderado” respecto del agente sujeto de la tolerancia sin caer en una forma de particularismo radical que quiere evitar.

La idea central detrás del particularismo, según Jonathan Dancy, “es la idea de que el comportamiento de una razón (o la de una consideración que sirve como razón) en un caso nuevo no puede predecirse de su comportamiento en cualquier otro contexto” (Dancy, 1993, p. 60). Esto es, la decisión sobre cuál es la respuesta correcta a una situación práctica de tolerancia depende del caso particular y, por lo tanto, las reglas (o los principios) no jugarían ningún papel importante al momento de guiar el comportamiento práctico de las personas. Desde esta posición se rechaza la “racionalidad subsuntiva”, y en su lugar, se postula la “racionalidad narrativa” (Dancy, 1993, p. 113). Para esta última, lo que importaría es cómo las propiedades

⁵ En el ámbito de la filosofía del derecho, encontramos un esfuerzo teórico por parte de Juan José Moreso de conjugar el modelo de racionalidad subsuntivo con el mecanismo de la ponderación, en lo que el autor denomina una “estrategia especificacionista” (2009). Moreso, como González de la Vega, no quiere abdicar de la objetividad moral, y encuentra al modelo subsuntivo o universalista parcialmente cuestionable.

o rasgos destacados de ciertas situaciones adquieren una textura que lleva a que en tales situaciones concretas, lo correcto sea realizar un cierto comportamiento. En otras situaciones concretas, el comportamiento correcto puede que sea otro. No es posible la universalización o generalización de las propiedades, y por ello, no podemos saber de antemano cuál es el comportamiento debido para otra situación similar.

Esta posibilidad dejaría “la puerta abierta a que no pueda hablarse, en ningún sentido relevante, de razonamiento práctico” (Luque, 2015, p. 13). Asimismo, se sigue que tales decisiones estarían fuera de un control racional. González de la Vega dice resistir esta consecuencia, pero no explica cómo. Como mencioné más arriba, el mundo actual es un mundo polarizado caracterizado por creencias y valores radicalizados en temas como la contaminación del medioambiente, la obligatoriedad de las vacunas, la identidad de género, etc.⁶ En este escenario, su propuesta contextual para el agente de tolerancia se vuelve más problemática por sus potenciales consecuencias perversas. Mientras que, por un lado, defendería la utilidad y la bondad de la tolerancia en el marco de un liberalismo deontológico, por el otro lado, con su estrategia contextual vagamente delineada, permitiría un amplio espacio para la intolerancia desde posiciones extremas. En cambio, el liberalismo deontológico podría acomodar dentro del universalismo generalista la preocupación contextual de González de la Vega en su estructura teórica sin sucumbir a los posibles problemas del particularismo (Lariguet, 2017, p. 278).

Recordemos brevemente las características del concepto de tolerancia: 1) que exista un acto que lesione una convicción relevante de una persona; 2) que la persona tenga el poder o la competencia apropiada para detener, frenar u obstaculizar el comportamiento de otra que vulnera su convicción; y 3) que la persona pondere el valor de la convicción lesionada con las razones que le incitan a no intervenir en contra del comportamiento en cuestión. Como vemos, la segunda característica apunta a que el individuo de tolerancia se

⁶ Me refiero por supuesto no a términos absolutos, sino a un incremento de ideas políticas y sociales radicalizadas en una trayectoria progresiva en la que las posiciones se han ido desplazando hacia los extremos a lo largo de los últimos años. Véanse Casal & Rama (2021); Carothers & O’Donohue (2019); Klein (2020); Lee (2022).

encuentra en una situación de superioridad con respecto a la “persona tolerada”, ya que el primero tendría el poder para evitar cierto acto de la segunda persona, quien estaría sujeta a los cambios o a los efectos normativos (positivos o negativos) del acto que realice aquel (Hohfeld, 1991, p. 80).⁷

Si esta relación de “poder-sujeción” la situamos en un mundo donde quienes se encuentran en situación de “poder” o “competencia” sostienen convicciones extremas y polarizadas, podría suponerse que el individuo de tolerancia, al momento de ponderar la lesión de su propia convicción con las razones que le invitan a no intervenir en contra del acto de otra persona que representa una convicción opuesta, le asigne sistemáticamente un peso moral mayor a la lesión, justificando su interferencia –en términos de Lariguet– como “verdaderamente” moral.

Retomemos el ejemplo de las personas trans y el uso de baños públicos. El problema estaría dado porque hay quienes afirman que los baños o vestuarios son espacios de indemnidad física y mental para las mujeres y que la presencia de mujeres trans menoscabaría y amenazaría la seguridad y tranquilidad en ese sitio. Lo que pareciera estar subyacente es una creencia transfóbica hacia las personas trans por parte de quienes rechazan reconocerle su identidad de mujer. No hay, en la propuesta de González de la Vega, ninguna orientación que nos permita exigirle racionalidad al sujeto tolerante, y asegurarnos que sus convicciones no sean resultados de prejuicios, estereotipos, caprichos, o ignorancia. En una situación así, el uso de un baño público por parte de una mujer trans podría ser considerado por otra mujer (o por un hombre) como un acto que lesiona una de sus convicciones relevantes de acuerdo con las circunstancias particulares del contexto, por ejemplo, porque la mujer trans mide 1,87cm, o porque tiene una textura física extremadamente musculosa. Como observa Gui-

⁷ El ejemplo que nos da González de la Vega (2015, p. 141) según el cual “no es lo mismo aceptar que hay delincuencia en el mundo, que aceptar que tu hijo es el delincuente” para ilustrar el elemento contextual, me parece desacertado. Si bien comparto que en general tendemos a justificar los comportamientos de quienes son cercanos, esta es una muestra de la hipocresía humana. No queda claro por qué estaría justificado considerar moralmente disvalioso que los hijos del vecino sean delincuentes y por lo tanto justificada nuestra intolerancia hacia sus actos, pero permitirse acomodar la circunstancia de filiación cuando quien delinque es el propio hijo, y luego sostener que el principio moral según el cual robar es incorrecto, debe o puede ser flexibilizado y, en consecuencia, tolerado el acto delictivo del propio hijo.

lermo Lariguet, “muchas normas que identifican nuestras convicciones nos parecen morales. Sin embargo, una inspección reflexiva revela una naturaleza oscura, vengativa o prejuiciosa” (Lariguet, 2017, p. 278).

Parecería entonces que la propuesta contextual de González de la Vega podría servir como herramienta para justificar actos de intolerancia privada por quienes se encuentran en una posición de poder, acentuando la desprotección de quienes se encuentran sujetos a aquellos. En la actualidad es necesario, en cambio, una teoría más clara y precisa que permita desafiar las creencias erróneas y generar cambios sociales de manera general, sea por vía de leyes, incentivos económicos, campañas mediáticas o deliberaciones colectivas (Bicchieri, 2019). Ello servirá para guiar *a priori* el comportamiento de las personas de manera tolerante, protegiendo a quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.

Bibliografía

- Bicchieri, C. (2019). *Nadar en contra de la corriente*. Colombia: Editorial Paidós.
- Casal, F. y J. Rama (2021). Polarization: What Do We Know and What Can We Do About It?, *Frontiers in Political Science*, 3, 1-11.
- Carothers, T. y A. O’Donohue (2019) (eds.). *Democracies Divided. The Global Challenge of Political Polarization*. Washington: Brookings Institution Press.
- Dancy, J. (1993). *Moral Reasons*. Oxford y Cambridge: Blackwell.
- González de la Vega, R. (2015). Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunciada, *Revista Discusiones*, 16(1), 15-64.
- González de la Vega, R. (2015). Universalismo generalista y particularismo moderado. Réplica a mis críticos, *Revista Discusiones*, 16(1), 115-144.
- Hohfeld, W. N. (1991). *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México D.F.: Editorial Fontamara. Citado por la traducción al castellano de G. R. Carrió. Título original: «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning», *Yale Law Journal*, 23 (1913), 16-59.

- Jones, C. y J. Slater (2020). The toilet debate: Stalling trans possibilities and defending ‘women’s protected spaces, *The Sociological Review Monographs*, 68(4), 834–851.
- Jones, P. (2018). *Essays on Toleration*. Londres: Rowan & Littlefield.
- Klein, E. (2020). *Why we’re Polarized?* Nueva York: Avid Reader Press.
- Lariguet, G. (2017), Book Review González de la Vega, René. (2017). *Tolerance and Modern Liberalism. From Paradox to Aretaic Moral Ideal*. Maryland: Lexington. *Las Torres de Lucca*, 10, 273-279.
- Lee, A. HY. (2022). Social Trust in Polarized Times: How Perceptions of Political Polarization Affect Americans’ Trust in Each Other, *Political Behavior*, 44, 1533-1554.
- Lizárraga, F. (2015). Tolerancia, modus vivendi y consenso en el liberalismo rawlsiano, *Revista Discusiones*, 16(1), 73-97.
- Luque, P. (2015) (ed.). *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons.
- Montero, J. (2015). “El liberalismo deontológico vuelve a la vida (y mucho antes de lo pensado)”, *Revista Discusiones*, 16(1), 55-72.
- Moreso, J.J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica. Citado por la traducción al castellano de M.D. González. Título original: *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- Rawls, J. (1996). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica. Citado por la traducción al castellano de S.R. Madero Baéz. Título original: *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1993.
- Smet, S. (2019). The Pragmatic Case for Legal Tolerance, *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(2), 344–373.
- Verkuyten, M. y R. Kollar (2021). Tolerance and intolerance: Cultural meanings and discursive usage, *Culture & Psychology*, 27(1), 172–186.
- Vidiella, G. (2015). Comentario a “Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunciada” de René González de la Vega, *Revista Discusiones*, 16(1), 99-113.

Instrucciones para autoras/es

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de comentarios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* está destinada a discutir críticamente tanto un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia, como cuestiones relativas al diseño institucional del Poder Judicial. La sección *Discusiones: Libros* albergará trabajos que discutan una idea central presente en un libro o conjunto de artículos considerados clásicos o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que hayan tenido lugar en esta revista o en otras sedes, intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director o la Secretaría de Redacción (fjarena@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

Discusiones: sección principal. El contenido de esta sección surgirá de la decisión del Consejo Editorial, por propuesta del Comité Científico o por una propuesta externa. Las propuestas de discusión para esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del/de la editor/a y los/las discutidores/ras. La propuesta será evaluada por el Consejo Editorial pidiendo parecer al Comité Científico. En caso de ser aceptada, el texto principal será remitido por la Secretaría de redacción para su referato ciego por dos pares externos. Finalizado el proceso de evaluación, corresponderá al/a

la editor/a propuesto/a la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de las personas indicadas como comentaristas y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal. Los textos propuestos para esta sección no deberán exceder las 10.000 palabras y deberán respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Cortes. La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Flavia Carbonell (fcarbonell@derecho.uchile.cl) o Carolina Vergel (carolina.vergel@uexternado.edu.co) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar los siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría; (3) en su caso, archivo word o pdf de la/s sentencia/s analizada/s. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Libros. La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Janaina Matida (janainamatida@gmail.com) o Lorena Ramírez (lorena.ramirez@upf.edu) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y preciso sobre el libro objeto de discusión, no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Balance. La participación en la sección resultará mediante invitación del director, del editor o de la editora o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada al editor Diego Dei Vecchi (deivechidm@gmail.com) o a la editora Laura Manrique (laumanrique@hotmail.com) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar lo siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores de la revista o que se hayan llevado a cabo en otras publicaciones y deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Finalmente, el texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Instrucciones generales de escritura y citado

Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12. A partir del segundo párrafo se utilizará sangría izquierda de 0,5 cm. en la primera línea (el primer párrafo no lleva sangría). Se debe evitar el uso de tabulación, lista y viñetas.

El título principal, en español, estará redactado **en negrita**, con interlineado a espacio y medio, alineado a la derecha y en letra fuente **Times New Roman 14**. Debajo deberá incluirse, en *cursivas*, sin negritas y alineado a la derecha, el título en inglés.

Inmediatamente bajo el título principal de cada trabajo (alineado a la derecha), en letra fuente Times New Roman 12, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán

mención de su grado académico, de su pertenencia institucional (incluyendo ciudad y país) y de su correo electrónico.

A dos espacios (abajo) del nombre, se ubicará, en español y en inglés, el resumen, de no más de 150 palabras, y las palabras claves (entre 3 y 6). Deben redactarse en letra tamaño 10, interlineado sencillo y con sangría izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas. Primero se incluirá la versión en español y, a un espacio (abajo), se incluirá la versión en inglés.

A dos espacios (abajo) se ubicará el primer título. Los títulos y subtítulos estarán redactados en negrita y tamaño 14, dejando un espacio entre el (sub)título y el primer párrafo. La numeración de los títulos y subtítulos se hará en números arábigos. Ej: 1. Mujeres al poder; 2.1. Feministas a la cabeza

Las citas textuales, de una extensión menor a tres renglones, se indicarán entre comillas voladas dobles y se usarán comillas voladas simples si la cita incluye comillas. Las citas textuales de una extensión mayor a tres renglones se deberán indicar en párrafo separado, sin comillas, con sangrías izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, y deberán estar redactadas en fuente Times New Roman 11, redondas, interlineado simple. Debe dejarse un espacio antes y después de la cita.

En caso de que la/el autor/a decida insertar argumentos en párrafo separado fuera del cuerpo del texto, el formato será en Times New Roman 12, interlineado 1,5, con sangrías izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, sin uso del formato de tabulación, numeración y viñetas. Debe dejarse un espacio antes y después.

Referencias:

Se realizarán siguiendo el sistema de la American Psychological Association (APA - 6th edition). Por lo que preferiblemente se incluirán en el cuerpo del texto y deben ir entre paréntesis, indicando el apellido de la autora o autor,

la fecha de publicación y el número de página(s). Ejemplo: “Como se ha dicho, el derecho es doblemente indeterminado (Guastini, 2014, p. 55)”. Si se hace una mención general, se hará constar solamente el apellido de la autora o autor y el año de publicación de la obra. Ejemplo: “Este tema ya ha sido abordado otras veces (Bayón, 1994; Redondo, 1996)”. Las referencias bibliográficas se harán en notas a pie de página únicamente cuando sea inadecuado para el desarrollo del texto hacerlo en el cuerpo del texto. Ejemplo: “Véase, para una versión diferente de esta tesis (Celano, 2013, pp. 135-136)”. Los números que reenvían a las notas se ubicarán luego del signo de puntuación. Las notas al pie de página deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.

La bibliografía se incorporará al final del artículo, antecedida por el título “Bibliografía” en fuente Times New Roman 14, en negritas, y deberá contener exclusivamente las obras citadas (tanto en el cuerpo del texto como en las nota a pie de página). Las referencias, ordenadas alfabéticamente según el apellido del autor o autora, se harán de la siguiente manera (para más indicaciones consultar directamente las normas APA 6ta edición):

Si se trata de un libro: Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.

Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B. (2013). What can Plans do for Legal Theory?. En Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law* (pp. 129-152). London: Springer.

Si se trata de un artículo en revista: Redondo, M.C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, 26(2), 294-324.

Las obras de un mismo autor o autora se listarán en orden descendente por fecha de publicación y usando letras cuando haya más de una publicación para un año (2010, 2001, 1997a, 1997b, etcétera).

La bibliografía estará redactada en letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 y llevará sangría francesa de de 0,5 cm.

Lenguaje inclusivo

La Revista Discusiones recomienda y valora positivamente el seguimiento de las siguientes reglas de lenguaje inclusivo:

(i) Evitar el uso del masculino de manera genérica (*i.e.*, evitar “el refugiado” y usar, en cambio, “la persona refugiada”) y el uso de falsos genéricos (*i.e.*, evitar “los hombres” y usar, en cambio, “las personas” o “la humanidad”).

(ii) Preferir el uso de genéricos terminados en A, E o L (*i.e.* “la/el pianista”, “las/los asistentes”, “la/el profesional”) o, en su defecto, el correspondiente desdoblamiento (*i.e.*, “las/os niñas/os”, “la/el deportista”). En este último caso, se podrá apelar a las perífrasis o giros para evitar sobrecargas (*i.e.*, “Las personas interesadas” en lugar de “las/los interesadas/os”)

(iii) Evitar el uso de denominaciones sexuadas (*i.e.*, evitar “una mujer policía” y usar, en cambio, “una policía”).

(iv) Al proponer ejemplos, evitar aquellos que reproduzcan y refuercen un estigma, paradigma, sesgo, canon o dispositivo de opresión cuando, obviamente, no estén destinados a ejemplificar alguna de estas circunstancias.

Se terminó de imprimir en 2022
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 50 ejemplares

