tirant lo blanch

El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Carlos Bernal Pulido
Rodrigo Camarena González
Alejandra Martínez Verástegui
Coordinadores

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

EL PRECEDENTE EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

2ª ed. (1ª en Tirant)

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón

Manuel Díaz Martínez
Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

Carmen Domínguez Hidalgo
Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Elisa Speckmann Guerra
Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:
Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y **Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

EL PRECEDENTE EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

2ª ed. (1ª en Tirant)

Carlos Bernal Pulido
Rodrigo Camarena González
Alejandra Martínez Verástegui
Coordinadores

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright ® 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.
Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© Carlos Bernal Pulido
Rodrigo Camarena González
Alejandra Martínez Verástegui

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1056-201-1

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Primera Sala
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Presidente

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministra Ana Margarita Ríos Farjat

Segunda Sala
Ministro Alberto Pérez Dayán
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf

Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Alejandra Martínez Verástegui
Directora General

Contenido

Introducción XV

Carlos Bernal Pulido
Rodrigo Camarena González
Alejandra Martínez Verástegui

Usos y teorías del derecho comparado en la argumentación judicial* 1

Damiano Canale

1. Introducción 3
2. El argumento comparativo: caracteres generales 7
3. Tres versiones del argumento comparativo 10
   3.1. Comparación e interpretación jurídica 11
   3.2. Comparación e integración jurídica 14
4. El problema del *'cherry-picking'* 16
5. Teorías del derecho comparado en la práctica judicial 22
6. Fuentes 31
   6.1. Bibliohemerografía 31

Ejemplaridad y derecho 41

Amalia Amaya

1. Tipos de ejemplarismo 44
2. Ejemplaridad y virtud 47
3. Modelos de ejemplaridad. 51
   3.1. Ejemplos reales y de ficción 51
   3.2. Ejemplos positivos y negativos 52
   3.3. Héroes, santos, sabios y ejemplos ordinarios 54
   3.4. Ejemplares parciales y completos 55
   3.5. Exempla y otros ideales normativos 56

4. Imitación y carácter 57
5. El papel de los Jueces ejemplares en el derecho 62
5.1. Educación e imitación 62
5.2. Una teoría de la excelencia judicial 63
5.3. La evolución de la cultura jurídica 65
6. Conclusiones 66
7. Fuentes 67
7.1. Bibliografía. 67
7.2. Hemerografía. 69

El precedente judicial según el positivismo excluyente 73

Thomas da Rosa de Bustamante

1. Introducción 75
2. Identificando el positivismo excluyente 76
3. La práctica jurídica como ejercicio de autoridad: el argumento normativo a favor del positivismo excluyente 78
4. El precedente según el positivismo excluyente 81
5. El precedente y el razonamiento jurídico según el positivismo excluyente de Joseph Raz 85
6. El precedente judicial y la diferencia entre el positivismo excluyente de Raz y la imagen del “sistema único” de Dworkin 90
7. Una interpretación alternativa del razonamiento jurídico en el positivismo excluyente: las propuestas de Shapiro y Schauer 93
8. Fuentes 100
8.1. Bibliohemerografía 100

La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación 103

Rodrigo Camarena González

1. Formas de creación de precedentes en la Suprema Corte de Justicia de la Nación 105
2. ¿Qué constituye un precedente?. 111
3. ¿Cómo se resuelven y cómo deberían resolverse las incompatibilidades entre precedentes? 122
4. Propuestas para discusión 133
5. Fuentes 135
5.1. Bibliohemerografía 135
5.2. Jurisprudencia 139
5.3. Sentencias 139

El cambio del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación 143

Alejandra Martínez Verástegui

1. Introducción 145
2. El cambio del precedente constitucional 151
3. El cambio del precedente constitucional *desde* la Suprema Corte 157
   3.1. El cambio de un precedente constitucional en casos concretos 158
   3.2. El cambio de un precedente constitucional en *abstracto* 164
      3.2.1 La contradicción de tesis. 164
      3.2.2 La sustitución de jurisprudencia 168
4. A manera de conclusión 173
5. Fuentes 174
   5.1. Bibliohemerografía 174
   5.2. Jurisprudencia 177

La anulación de sentencias y el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente. Dos propuestas de reforma del derecho mexicano para garantizar el respeto del precedente 181

Carlos Bernal Pulido

1. Introducción 183
2. El precedente. 184
   2.1. Disposiciones, normas y posiciones 184
   2.2. El precedente (auto-precedente, horizontal y vertical) y las normas adscritas 185
   2.3. La justificación normativa de la doctrina del precedente 187
   2.4. La institucionalización de la doctrina del precedente en el derecho mexicano y el problema de su garantía 188
3. La anulación de sentencias como garantía del precedente horizontal 192
4. La doctrina del defecto sustantivo como garantía del precedente vertical 200
5. Una fundamentación de la propuesta de trasplante de la anulación de sentencias y de la doctrina del defecto sustantivo al derecho mexicano. 204
6. Fuentes 206
   6.1. Bibliohemerografía 206

Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo . . 209

Marina Gascón Abellán

1. Precedentes 211
2. Respeto al propio precedente y universabilidad 214
   2.1. La proyección del principio de universabilidad en la actuación de Jueces y tribunales: la regla del autoprecedente 214
   2.2. Implicaciones de la regla del autoprecedente. 217
      2.2.1. La regla del autoprecedente es un criterio de racionalidad (…) 217
      2.2.2 (…) que no impide abandonar el precedente 218
      2.2.3. (…) y que vincula a todos los Jueces y tribunales (…) 220
3. Algunas cuestiones controvertidas 222
   3.1. Cambios en la composición o titularidad de los tribunales 223
   3.2. Aplicación de la regla cuando un tribunal trabaja "en varias salas o secciones" 224
   3.3. ¿Abandonar o mantener el precedente incorrecto? 226
   3.4. ¿Efectos retroactivos o prospectivos del cambio de precedentes? 228
4. Respeto al propio precedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo 233
   4.1. Planteamiento: la universabilidad como nexo de unión entre la función nomofiláctica y la de creación de precedentes 233
   4.2. Impacto de la regla del autoprecedente en la creación de precedentes 235
5. Fuentes 241
   5.1. Bibliohemerografía 241

El autoprecedente en la jurisprudencia de tribunales de cierre: el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México 247

Diana Beatriz González Carvallo

1. Vinculación de los tribunales de cierre a sus decisiones previas: la cuestión del autoprecedente 250
   1.1. El autoprecedente como carga de argumentación derivada del principio de universalidad 253
   1.2. El principio de universalidad como fundamento de la figura del autoprecedente: algunas objeciones 258
2. El rol de la idea de coherencia jurídica en la noción de "autoprecedente" . . . 261
   2.1. Precedente y fuerza justificatoria de la coherencia 264
3. El autoprecedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación 268
4. Conclusión 275
5. Fuentes 276
   5.1. Bibliohemerografía 276

El poder de la jurisprudencia.
Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento
del precedente judicial en México 279

Camilo Emiliano Saavedra Herrera

1. La fuerza del precedente judicial 287
2. El desarrollo del modelo mexicano. 296
   2.1. Los orígenes 297
   2.2. La consolidación en el nuevo orden constitucional 304
   2.3. El desarrollo del sistema de tesis 312
3. La jurisprudencia en la práctica 322
   3.1. Las modalidades de creación y cambio jurisprudencial 323
   3.2. La creación jurisprudencial. 326
   3.3. El cambio de criterios 335
   3.4. El seguimiento: una mirada a partir de las sentencias sobre expropiaciones 337
4. Conclusiones. 340
5. Fuentes 343
   5.1. Bibliohemerografía 343
   5.2. Bases de datos y sistemas de información 348
      5.2.1. SCJN 348
   5.3. Ejecutorias, jurisprudencias y tesis aisladas 349
   5.4. Informes y otros documentos administrativos 349
   5.5. Decretos y leyes 351
   5.6. Diarios de debates e iniciativas 353

Hallazgos y propuestas para el sistema de
precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 355

Carlos Bernal Pulido
Rodrigo Camarena González
Alejandra Martínez Verástegui

Introducción

En el sistema jurídico mexicano hablar indistintamente de "precedente" y "jurisprudencia" es un asunto problemático. Esto no solamente se debe a que, en nuestra cultura jurídica, el término precedente tradicionalmente no ha sido utilizado en el lenguaje de los operadores jurídicos, sino al diseño institucional de nuestro sistema de criterios judiciales obligatorios.[1] El término jurisprudencia tiene al menos dos acepciones: la primera de ellas se utiliza para hacer referencia a todos los criterios dictados por los Jueces o tribunales y, en el segundo de los casos, hablar de jurisprudencia implica asumir que el criterio al que se alude tiene carácter obligatorio.

En el lenguaje de los operadores jurídicos, el término jurisprudencia se utiliza para hacer referencia a dos cosas distintas aunque íntimamente relacionadas: en un *sentido muy general*, alude al conjunto de criterios establecidos por los Jueces o tribunales; en un *sentido más estricto*, el término jurisprudencia hace referencia a los criterios judiciales que cumplen con los requisitos que la Ley de Amparo establece para considerarlos obligatorios. En efecto, en el sistema jurídico mexicano, no todas las decisiones de los tribunales competentes para dictar criterios vinculantes son obligatorias para los Jueces y tribunales del país. Para que esto ocurra, es necesario que se reúnan los *requisitos formales* establecidos en las normas aplicables a cada uno de los procesos de los que emanan estos criterios.[2]

---

[1] Sin embargo, esa tendencia ha ido cambiando con el paso de los años y cada vez es más frecuente que la Suprema Corte, al hacer referencia a sus criterios anteriores, hable de precedentes. Por ejemplo, una de las sentencias más relevantes de los últimos años, la Contradicción de tesis 293/2011, utiliza reiteradamente el término precedente en frases como la siguiente: "Así, no debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriña a los Jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los *precedentes* del Poder Judicial de la Federación".

[2] En general, estos requisitos se refieren a la reiteración de los criterios, la vía procesal y al tipo de mayoría que debe aprobar una decisión.

Por otro lado, en nuestro sistema jurídico ha prevalecido la publicación de los criterios de los tribunales a través de "tesis", donde se establecen reglas jurídicas en las que generalmente no se hace mención a los hechos del caso del que emana el criterio vinculante.[3] Por el contrario, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el precedente es reconstruido por los órganos aplicadores como una *regla* en la que se incluyen los hechos del caso y una solución normativa.[4] En términos prospectivos, esta estructura facilita que el precedente se aplique más fácilmente a casos similares y que los Jueces puedan realizar algunas maniobras argumentativas.[5] En este sentido, al Juez posterior le corresponde determinar qué tan similares son los hechos del caso para poder decidir si regla del precedente resulta aplicable, operación que se dificulta considerablemente si los criterios en cuestión no hacen referencia a los hechos.[6]

A pesar de ello, en esta obra se utilizan indistintamente los términos "precedente" y "jurisprudencia". Como se explica a continuación, nuestro sistema de criterios judiciales se ha venido transformando en los últimos años a través de cambios legales y jurisprudenciales, de tal manera que no sólo pueden apreciarse elementos que atenúan la excesiva *formalización* que lo ha caracterizado, sino también la progresiva introducción de categorías propias de la cultura jurídica del *common law* en la que la institución de los precedentes vinculantes está ampliamente asentada.

En primer lugar, puede apreciarse una evolución en los últimos años del sistema de criterios judiciales obligatorios. Como se sabe, la Suprema Corte conoce de varios procesos constitucionales: el juicio de amparo, cuya función es la protección de los derechos fundamentales; las controversias constitucionales, que son la vía para resolver conflictos competenciales entre poderes y órdenes de gobierno; y las acciones de inconstitucionalidad, a través de la cuales se realiza el control abstracto

---

[3] El instrumento normativo que establece las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito, se define a la tesis como "la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto. En consecuencia, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la sentencia". Acuerdo General 20/2013, de 25 de noviembre de 2013, artículo 2.A.

[4] Geoffrey Marshall, "What is Binding in a Precedent", en MacCormick, D. Neil y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting precedents*, Ashgate Publishing, Londres, 1997, pp. 506-510.

[5] Sobre esto véase Thomas Da Rosa De Bustamente, *Teoría del precedente judicial*, Ediciones Legales, s.l., 2016, pp. 479-483.

[6] Véase Michele Taruffo, "Precedente y jurisprudencia", *Precedente, Revista jurídica*, 2007, pp. 86-99.

de la ley. En este sentido, las "tesis jurisprudenciales" no sólo se elaboraban para recoger los criterios obligatorios establecidos en juicios de amparo, sino también los derivados de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, a partir de 2016[7] la Suprema Corte dejó de publicar tesis sobre controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, por considerar que debían publicarse las sentencias en su integridad, ya que la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional establece que son vinculantes las *razones* en las que se fundan esas decisiones.[8] Además, la Ley de Amparo vigente permite expresamente que las partes puedan invocar criterios contenidos en sentencias, siempre que cumplan con los requisitos procesales para ser consideradas obligatorias, a pesar de que no hayan sido publicados como "tesis".[9]

En segundo lugar, otro factor importante que ha cambiado radicalmente el sistema de precedentes en México es la apertura al derecho internacional de los derechos humanos a partir de la reforma constitucional de 2011 y de las interpretaciones que la Suprema Corte de Justicia ha hecho a partir de ésta. En efecto, en nuestra Constitución se introdujo un bloque de constitucionalidad que abarca a nuestra norma suprema y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México forma parte. Esta situación fue expresamente reconocida por la Suprema Corte en la Contradicción de tesis 293/2011, determinando además que los criterios establecidos en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos eran vinculantes para los Jueces y tribunales del país.

Por todo lo anterior y en atención a la relevancia que el sistema de precedentes tiene para el funcionamiento adecuado de nuestro sistema jurídico y la protección de los derechos humanos, el Centro de Estudios Constitucionales, con la participa-

---

7 Instrumento normativo que modifica el Acuerdo General 19/2013, de 18 de abril de 2016.

8 El artículo 43 de la Ley reglamentaria del artículo 105 establece que "*Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias* aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales".

9 El artículo 221 de la Ley de Amparo establece que "[c]uando las partes invoquen tesis de jurisprudencia o precedentes expresarán los datos de identificación y publicación. *De no haber sido publicadas*, bastará que se acompañen copias certificadas de las resoluciones correspondientes".

ción de la Universidad de Macquarie de Australia, decidió emprender un proyecto de investigación que tuviera como objetivo *evaluar* la práctica de establecimiento, cambio y seguimiento de precedentes desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como elaborar propuestas que permitan mejorar el funcionamiento del sistema. Durante el desarrollo de este proyecto, se realizó un seminario en el que se contó con la participación de expertos en la materia de distintas partes del mundo, cuyas aportaciones son publicadas en esta obra junto con los resultados de la investigación realizada por los miembros del Centro de Estudios Constitucionales y la Universidad de Macquarie.

La obra comienza con un artículo de derecho comparado en el que Damiano Canale aborda el debate de uso judicial de precedentes extranjeros desde una perspectiva pragmática. Canale, primero, hace explícita la estructura argumentativa del uso de precedente extranjero como una especie del género del argumento sistemático para interpretar o integrar el derecho local. Según este abordaje, las normas extranjeras se consideran herramientas interpretativas aplicables a casos locales regulados por disposiciones similares cuando el contexto local es similar al extranjero o bien, cuando el derecho local no regula el caso, pero el extranjero sí, herramientas integradoras. Su análisis no sólo recuerda que los intérpretes utilizan precedentes extranjeros para alcanzar fines prácticos marcados por su ideología sino que revela que este uso presupone una "teoría normativa del derecho comparado". La teoría puede ser (i) universalista: la cual sostiene que el derecho es una respuesta a demandas sociales comunes para todos los ordenamientos jurídicos; (ii) genética: que sostiene que los trasplantes jurídicos se justifican siempre y cuando existan similitudes en orígenes culturales-históricos (idioma, tradición jurídica, etc.) entre los ordenamientos comparados; y (iii) reflexiva: la cual más que buscar "aprender" de otro ordenamiento es una herramienta de auto-reflexión para comprender mejor el ordenamiento local. Con esta reconstrucción crítica, Canale contribuye al debate teórico acerca del uso de fuentes persuasivas en el contexto judicial, pero también a la práctica judicial cada vez más común dentro de la SCJN de utilizar doctrina judicial extranjera.

Amalia Amaya se ocupa de un tema poco explorado, pero central, en las discusiones sobre precedente judicial: la relación entre ejemplaridad y derecho. Amaya

enfatiza cómo, pese a la importancia del razonamiento ejemplar para la teoría y la práctica jurídica, el análisis se ha restringido a juicios analógicos y a casos ejemplares. Queda por explorar una vertiente de la ejemplaridad que es, sin embargo, ineludible en el ejercicio del derecho: el caso de los Jueces ejemplares. Para la autora, este tipo de operadores judiciales servirían como paradigma de lo que un impartidor de justicia debe ser y hacer tanto en su práctica profesional, como en su vida personal. Para dar cuenta de las características que tendría que reunir este sujeto regulativo se sirve de la teoría de las virtudes sobre el ejemplarismo de agente, según la cual, las herramientas del razonamiento analógico son inadecuadas para dar cuenta de la función específica de estos agentes. Más que operar a partir de las similitudes relevantes entre sujetos o casos, la ejemplaridad de los Jueces paradigmáticos operaría vía imitación. La actuación de estos sujetos virtuosos lleva a los demás operadores jurídicos a intentar emularlos y, con ello, a transformar de manera sustantiva el carácter y la identidad de los imitadores. De acuerdo con Amaya, los efectos de este tipo de razonamiento impactan tanto en el entendimiento y ejercicio del precedente judicial, como en otras áreas del derecho necesariamente vinculadas con dicha institución: la educación jurídica, la argumentación jurídica y el ejercicio de la función judicial.

Por su lado, desde la perspectiva de la Teoría del Derecho, Thomas Bustamante propone una concepción del precedente judicial compatible con el positivismo excluyente, pero entendido éste como una teoría normativa, no descriptiva como Josep Raz pretende. Raz sostiene que, en los casos no regulados, los Jueces apelan a razones morales para resolverlos,[10] pero –a decir de Bustamante– esto entra en tensión con la tesis del positivismo que considera a las fuentes jurídicas como razones excluyentes. Para distinguir un precedente, por ejemplo, se tendrá que recurrir a los principios de moralidad política que se pretendían excluir; ¿cómo se pueden identificar y disociar los hechos "relevantes" de un caso sin apelar a un principio moral subyacente?, ¿cómo se puede inferir una *ratio decidendi* de una sentencia sin involucrar juicios normativos? Luego, las mejores razones para adoptar una teoría positivista excluyente del precedente no son observaciones empíricas neutras, sino razo-

[10] Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 200.

nes morales para reducir la discreción judicial en favor de la autoridad y la estabilidad del derecho.

Como parte del análisis del derecho jurisprudencial mexicano vigente, Rodrigo Camarena ofrece una introducción crítica a las doctrinas de precedentes o jurisprudencia en México. A diferencia de otros sistemas jurídicos, sobre todo del *common law*, la naturaleza de la jurisprudencia como fuente *formal* en México no se deriva de una convención judicial o se infiere del derecho a la igualdad ante los tribunales de justicia sino que se funda en disposiciones constitucionales y legislativas expresas. Esto ha dado lugar a una compleja doctrina de la jurisprudencia formada por distintos mecanismos, reglas y prácticas –como las tesis de jurisprudencia– reguladas por la Ley de Amparo, la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional y Acuerdos Generales expedidos por la SCJN. De esta manera, la práctica judicial mexicana interactúa con la labor legislativa en materia jurisprudencial ya sea porque el Congreso incorpora en las leyes conceptos jurisprudenciales o porque la Corte regula la jurisprudencia en sus propios precedentes o sus acuerdos. Camarena termina con propuestas prácticas para debatir los conceptos de *ratio decidendi* y jurisprudencia por unificación en el contexto mexicano.

Las distintas formas en la que se modifican los precedentes constitucionales al interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son analizadas en el artículo de Alejandra Martínez Verástegui. La autora comienza exponiendo las categorías conceptuales que se utilizan a lo largo de su texto para revisar la manera en las que el Pleno y las Salas de la Corte modifican sus precedentes en la práctica. A partir de ello, se realiza un análisis crítico, a luz de la teoría del precedente, tanto de esa práctica como de los procedimientos establecidos en la ley que son utilizados por la Corte para cambiar sus precedentes. La autora centra su estudio en los cambios que se efectúan a los precedentes constitucionales a través del juicio de amparo, la contradicción de tesis y la sustitución de la jurisprudencia. Derivado de lo anterior, se revisa el procedimiento de interrupción de la jurisprudencia y se analiza la posibilidad de utilizar la técnica del *distinguishing* para modificar criterios al interior de la Corte. Como resultado de este ejercicio reconstructivo y crítico, en el texto se identifican algunos problemas que presenta el cambio de precedentes en la Suprema Corte,

tanto en el diseño legal como en la práctica, y se sugieren algunas líneas de acción para intentar solucionar estos problemas.

Por su parte, el capítulo de Carlos Bernal Pulido contribuye a la protección de la *eficacia* de la jurisprudencia en México desde una perspectiva de derecho comparado. De poco sirve que el Pleno de una Corte establezca los más lúcidos criterios si éstos no son acatados por las Salas o demás tribunales inferiores. Para *garantizar* el acatamiento del precedente, Bernal sugiere que el legislador mexicano se inspire en dos figuras jurídicas desarrolladas por una de las cortes más creativas de Latinoamérica y del mundo:[11] la Corte Constitucional colombiana. La primera figura es la declaratoria de nulidad de sentencias de las Salas de la Corte. Esta es una excepción a la cosa juzgada desarrollada jurisprudencialmente que permite al justiciable cuestionar ante el Pleno un fallo dictado por una Sala, cuando haya violaciones graves y trascendentales al debido proceso; en las cuales está incluído, precisamente, el no acatamiento de la jurisprudencia.[12] La otra figura es la doctrina del defecto sustantivo por desconocimiento de jurisprudencia que consiste en el uso excepcional del juicio constitucional de *tutela* para controvertir sentencias de tribunales ordinarios que hayan resuelto en desacato a la jurisprudencia constitucional. Esta propuesta que –como Bernal indica– debe ser repensada para el contexto mexicano; en el cual, el poder revisor y el Congreso han sido los que han regulado la jurisprudencia y no la Corte, como ha sucedido en Colombia. De esta manera, la propuesta de Bernal podría incidir en una mayor protección del derecho a la igualdad ante los tribunales de justicia, en el entendido de que resoluciones definitivas podrían ser cuestionadas excepcionalmente cuando contradigan la jurisprudencia de órganos superiores, evitando así el trato desigual entre iguales.

Marina Gascón Abellán nos presenta un texto en el que analiza la regla del autoprecedente como una expresión de la máxima kantiana de universalidad. Entendida de esta forma, esta regla de la argumentación jurídica es necesaria para garanti-

[11] Véase, p. ej., Manuel José Cepeda Espinosa, "Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of The Colombian Constitutional Court", *Washington University Global Studies Law Review,* vol. 3, núm. 3, 2004, p. 529.
[12] El mismo Bernal observa que en casos excepcionales la Sala Plena ha revocado sus propias decisiones por no acatar sus precedentes o no justificar su cambio de criterio.

zar la racionalidad de las decisiones judiciales y, con ello, combatir la arbitrariedad. Para la autora, la vinculación al propio precedente tiene tres implicaciones: *a*) es una garantía de la racionalidad de la decisión, ya que supone que quien sentó la regla está dispuesto a seguirla en casos análogos; *b*) es una guía para efectuar correctamente el *overruling* y el *distinguishing*. En efecto, la justificación del abandono y de la adopción del nuevo criterio debe seguir el principio de universabilidad y, al cumplirse con esta carga de la argumentación, se evita que se utilice el *distinguishing* como una maniobra para no cumplir con la obligación de seguir el precedente; *c*) reviste especial importancia para los intérpretes de la Constitución, ya que un criterio adoptado a partir de esta norma únicamente debería ser abandonado con una justificación clara, explícita, intensa y que cumpla con el principio de universalidad.[13] Por otro lado, en el texto se refutan algunos argumentos que objetan la aplicación de la regla del autoprecedente, tales como el cambio en la composición de un órgano judicial; la aplicación de la regla cuando un tribunal actúa en distintas salas o secciones; o las posibles lesiones a la estabilidad y seguridad jurídicas que se producen cuando se abandona un precedente. A su vez, Gascón hace un análisis sobre la forma en la que los principios de universabilidad y de seguridad jurídica determinan la fijación de los efectos temporales de los precedentes. El artículo es especialmente relevante para esta obra porque nos presenta a la universibilidad como nexo de unión entre la función nomofiláctia de los Tribunales Supremos y Constitucionales y la creación de cánones válidos para casos futuros. Por ello, de acuerdo con la autora, el respeto a la regla del autoprecedente determina la capacidad de estos tribunales para crear precedentes eficaces. En efecto, el llevar a cabo este esfuerzo argumentativo por nuestra Suprema Corte facilitaría la identificación de la *ratio decidendi* y los hechos que componen su condición de aplicación, lo que propiciaría el seguimiento de sus criterios, la unificación del derecho y aumentaría la fuerza de sus precedentes.

En la misma línea, Diana Beatriz González Carvallo analiza en su colaboración la aplicación de la regla del autoprecedente por la Suprema Corte de Justicia de la

[13] De acuerdo con Marina Gascón, esta regla debe imponerse con independencia de su reconocimiento legal. En México, el artículo 228 de la Ley de Amparo establece que para que la jurisprudencia sea interrumpida es necesario que el órgano que la dictó exprese las razones en que se apoya la interrupción y que éstas deben referirse a las consideraciones que se tuvieron al establecer el criterio respectivo.

Nación. La autora cuestiona la apelación a la universabilidad como única garantía de racionalidad que justifica la obligación de las Cortes Supremas y Constitucionales de seguir sus propios criterios. Para González, existen otros elementos de racionalidad en los que se encuentra fundamentada la regla del autoprecedente, tales como la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación en la ley, la justicia formal, la coherencia y la legitimidad. La autora propone el principio de coherencia como alternativa a la fundamentación de la noción de autoprecedente. En el texto se exponen las reglas legislativas y jurisprudenciales que regulan el precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Particularmente, se explican los mecanismos institucionales diseñados para preservar la coherencia de los criterios al interior de este Alto Tribunal y algunas circunstancias prácticas derivadas de esos mecanismos, lo que permite concluir a la autora que la regla del autoprecedente se aplica únicamente a criterios emitidos por el Pleno. En estos términos –de acuerdo con la autora– para poder establecer un modelo de autoprecedente dentro de la Suprema Corte sería necesario modificar la normatividad relativa a la creación y publicación de la jurisprudencia, así como reducir el número de casos que se resuelven, lo que reduciría las probabilidades de inconsistencias dentro de la propia Corte.

En México, únicamente las autoridades judiciales están legalmente vinculadas por los criterios de los tribunales competentes para crear precedentes. Sin embargo, en la práctica, las autoridades administrativas y legislativas siguen los criterios emitidos por el Poder Judicial de manera cada vez más frecuente. Camilo E. Saavedra Herrera nos presenta un estudio empírico en el que analiza la autoridad real que tiene la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano. Para ello, el autor realiza una revisión histórica de las causas que propiciaron el reconocimiento legal de la jurisprudencia y la creación de un sistema centralizado basado en la publicación de sus criterios a través de extractos denominados tesis. A su vez, en el texto encontramos un análisis cuantitativo de 242,255 criterios publicados en los instrumentos electrónicos de sistematización de jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, así como de 502 sentencias en materia de expropiación.[14] Esta revisión permite al autor identificar los rasgos que presentan los mecanismos de creación, cambio y seguimien-

[14] Los criterios del Poder Judicial de la Federación se publican en el *Semanario Judicial de la Federación*. La versión electrónica del *Semanario* se puede encontrar en la siguiente liga: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx

to de los precedentes, así como los factores que han otorgado autoridad a los órganos del Poder Judicial y que los han consolidado como actores protagónicos en la producción normativa en el sistema jurídico mexicano.

Finalmente, los investigadores del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Universidad de Macquarie que participamos en este proyecto elaboramos un informe donde se describen los principales hallazgos de esta investigación, y realizamos una propuesta que abarca las técnicas de reiteración, distinción y derogación que pueden ser aplicadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esperamos que esta investigación contribuya a mejorar el funcionamiento del sistema de precedentes en México, lo que redundará, necesariamente, en la protección adecuada de la igualdad en la aplicación de la ley, la seguridad y certeza jurídicas, y la imparcialidad de los Jueces.

Carlos Bernal Pulido
Rodrigo Camarena González
Alejandra Martínez Verástegui

Usos y teorías del derecho comparado en la argumentación judicial*

Damiano Canale**

* Traducción del italiano por Daniela Domeniconi.
** Universidad Bocconi (Milán, Italia).

1. Introducción

Aunque el uso de la comparación jurídica se encuentre ya bastante extendido en los tribunales de todo el mundo, esta práctica continúa suscitando dudas y perplejidad. Los Jueces, ¿se encuentran legitimados para comparar el derecho local con el derecho extranjero en pos de justificar sus decisiones? Cuando esto sucede, ¿el derecho extranjero adquiere una autoridad de *facto* que cambia las características del ordenamiento jurídico en el que actúa el tribunal? Y aún más: la práctica de la que estamos hablando, ¿constituye el síntoma de un cambio radical en el papel de las cortes a nivel global?[1]

En el debate actual, las respuestas a estos interrogantes pueden ser resumidas en tres posturas principales. Según algunos académicos, la citación del derecho extranjero en los fundamentos de la sentencia constituye un mero ejercicio de erudi-

[1] La literatura sobre el uso del derecho extranjero por parte de las cortes ha crecido de modo exponencial en los últimos veinte años. Ha crecido tanto que se torna imposible suministrar una visión general al respecto. Para una reconstrucción razonada del debate véase: Taavi Annus, "Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 14, 2004, pp. 301-350; Basil S. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart, Oxford-Portland, 2004; Michal Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts,* Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 9-18. Investigaciones empíricas sobre este fenómeno fueron desarrolladas por Martin Gelter y Mathias M. Siems, "Citations to Foreign Courts--Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, pp. 35-85; Tania Groppi y Marie-Clair Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart, Oxford-Portland, 2013. En este artículo utilizaré la expresión 'derecho extranjero' en un sentido amplio, a modo de incluir disposiciones normativas, precedentes, decisiones judiciales y otros materiales jurídicos (opiniones doctrinales, distinciones dogmáticas) que no pertenecen, o que no refieren al ordenamiento en el cual una Corte ejerce su poder jurisdiccional. Estos materiales jurídicos son utilizados por las cortes para identificar una o más normas a comparar con las normas locales, con el fin de justificar una decisión.

ción que no merece atención alguna por parte del jurista: se trata de un simple artificio retórico que no condiciona en absoluto las decisiones de los Jueces ni modifica la estructura de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.[2] Otros, en cambio, consideran que esta práctica es una enfermedad perniciosa que debilita la autoridad del derecho doméstico, subordinándolo a cualquier directiva jurídica imprevisible surgida en otras jurisdicciones.[3] Por el contrario, otros académicos ven de modo favorable el fenómeno que estamos considerando: el uso de la comparación jurídica por parte de los tribunales es el síntoma de un importante cambio, ya sea en el modo en el cual los Jueces conciben su función, ya sea en la estructura de los ordenamientos jurídicos. Bajo esta perspectiva, la comparación constituye un instrumento mediante el cual los tribunales dialogan entre sí, establecen conexiones informales con diferentes jurisdicciones, se intercambian la información y los criterios decisionales, resuelven potenciales conflictos entre distintos ordenamientos y armonizan los contenidos del derecho a escala global para construir un cuerpo sistemático de principios jurídicos comunes a toda la humanidad, en particular con respecto a la protección de derechos fundamentales.[4] Como ha afirmado el Juez Genaro Góngora Pimentel, refiriéndose a la Suprema Corte mexicana,

> [No es posible] que el día de hoy la jurisprudencia, tanto de cortes internacionales o regionales, como de otros países del mundo libre, nos siga siendo ajena o aparezca apenas como un pequeño atolón en nuestras resoluciones (…) la esencia de los derechos fundamentales es universal; [por tanto], tenemos que integrarnos al coloquio jurisprudencial internacional y hacer de la comparación un método de interpretación constitucional.

---

[2] Véase, entre otros, David Fontana, "Refined Comparativism in Constitutional Law", *UCLA Law Review*, vol. 49, 2001, pp. 539-623; Austen L. Parrish, "Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law", *University of Illinois Law Review*, vol. 2, 2007, pp. 637-680.

[3] *Cfr.* Antonin Scalia, "Foreign Legal Authority in the Federal Courts", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 305-310; Eric Posner y Cass Sunstein, "The Law of Other States", *Stanford Law Review*, vol. 59, 2006, p.137; Andrea Lollini, "Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi 'forte' e 'debole' a confronto", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 61, 2012, pp. 977-979. En más de 20 estados de los Estados Unidos se presentaron proyectos de ley dirigidos a prohibir la consideración del derecho extranjero por parte de los tribunales o a desalentar esta práctica. Véase Martha F. Davis, "Shadow and Substance: The Impacts of the Anti-international Law Debate on State Court Judges", *New England Law Review*, vol. 47, 2013, pp. 631-652.

[4] *Cfr.* Anne-Marie Slaughter, "Judicial Globalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 1103-1124; Jörg Fedtke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?,* Routledge, Nueva York, 2006, en esp. cap. 3; Jeremy Waldron, *"Partly Laws Common to All Mankind": Foreign Law in American Courts,* Yale University Press, New Haven, 2012, en esp. cap. 3.

> Lo que se ha avanzado en otros países es parte de un patrimonio de la humanidad que debemos aprovechar.[5]

A partir de este debate, Frederick Schauer ha llegado a sostener que las normas del derecho extranjero –si bien no se encuentran dotadas de fuerza vinculante fuera de su ámbito territorial de eficacia–[6] han adquirido en muchos casos autoridad jurídica, a tal punto que han generado una mutación de la naturaleza misma del derecho contemporáneo: "Las innumerables controversias actuales en lo que respecta a la citación [del derecho extranjero] se convierten en controversias relativas a la autoridad del derecho, y, por lo tanto, controversias acerca de su propia naturaleza".[7] Según Schauer, las normas de derecho extranjero son tratadas por los tribunales a menudo como razones para decidir de tipo autoritativo. Obviamente, la autoridad adquirida por el derecho extranjero no genera obligaciones para los Jueces desde el momento en que la consideración o la referencia a normas de otros ordenamientos resulta meramente opcional.[8] Atribuyendo fuerza autoritativa al derecho extranjero, sin embargo, los tribunales estarían modificando progresivamente la regla de reconocimiento de sus respectivos ordenamientos, es decir, la práctica mediante la cual los Jueces y otros operadores jurídicos identifican las fuentes del derecho. Cuando es observada desde este ángulo, por ende, "la práctica de citar [el derecho extranjero] refleja algo más profundo: un cambio en aquello que cuenta como argumento jurídico. Y aquello que cuenta como argumento jurídico –en oposición a argumentos de tipo religioso, económico o polí-

---

5 Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 (opinión disidente), *Diario Oficial de la Federación*, 20 de agosto 2007, III, 80.

6 Por eficacia de una norma entiendo su idoneidad para producir efectos jurídicos, o bien la obligación que recae en los Jueces de darle aplicación. Véase sobre este punto Riccardo Guastini, *La sintassi del diritto*, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 249-250.

7 Frederick Schauer, "Authority and Authorities", *Virginia Law Review*, vol. 94, 2008, p. 1935. Según Schauer, una norma jurídica se encuentra dotada de autoridad si transmite una razón para actuar cuya capacidad de justificar la acción no depende del contenido de la norma –y por lo tanto de sus méritos o deméritos desde el punto de vista prudencial, moral, económico, político, etc.– sino más bien de su fuente. Sobre la noción de *content independent reason for action,* veáse: Herbert L. A. Hart, "Legal and Moral Obligation", en Abraham I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle, 1958, p. 102; Herbert L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory,* Oxford University Press, Oxford, 1982, pp. 254-255; Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, pp. 35-37; Leslie Green, *The Authority of the State*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 41-62; Paul Markwick, "Law and Content-Independent Reasons", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000, pp. 579-596.

8 *Cfr.* Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Boston-Nueva York, 2009, p. 69. Véase también Richard Bronaugh, "Persuasive Precedent", en Laurence Goldstein (ed.), *Precedents in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 217-247.

tico– contribuye a determinar qué cosa el derecho efectivamente es".[9] En este artículo no intentaré determinar si el derecho extranjero está adquiriendo un carácter autoritativo en la jurisprudencia contemporánea, ni si su uso está efectivamente modificando la naturaleza del derecho, cualquiera que sea el modo en que ésta es concebida.[10] Tampoco es mi intención evaluar, desde el punto de vista normativo, la conveniencia de usar el derecho extranjero en la justificación de las decisiones judiciales, ni evaluar cuál es el mejor modo de hacerlo. El propósito de las páginas subsiguientes es bastante más limitado: utilizando los instrumentos puestos a disposición de la teoría de la argumentación jurídica, aclararé cuáles son las características y las funciones del argumento comparativo en la motivación de la sentencia. A tal fin, distinguiré diversas versiones de esta técnica argumentativa, cada una de las cuales está dotada de una forma y de una función típica. Continuaré, luego, destacando que las premisas de este argumento permanecen a menudo implícitas en los fundamentos y no son, por ello, justificadas por los Jueces. Habiendo explicitado dichas premisas y precisado sus condiciones de justificación, brindaré entonces un cuadro teórico general de los usos de esta técnica argumentativa. La reconstrucción aquí propuesta permitirá mostrar cómo es utilizado el argumento comparativo por los tribunales, ya sea para favorecer formas de coordinación entre jurisdicciones; o ya sea para negar que tal coordinación sea apropiada o, incluso, posible. Asimismo, veremos cómo los diversos usos del argumento presuponen verdaderas *teorías normativas del derecho comparado*, que indican cómo el Juez debería realizar la comparación entre normas de distintos ordenamientos jurídicos y usarlas en la toma de decisiones. En la mayoría de los casos, la adhesión a estas teorías no es reconocida por los Jueces; sin embargo, condiciona en gran medida su razonamiento, contribuyendo a seleccionar las soluciones a una controversia susceptible de justificación.

---

9 F. Schauer, "Authority and Authorities", art. cit., p. 1960.

10 He discutido estos temas en Damiano Canale, "Comparative Reasoning in Legal Adjudication", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 28, núm. 1, 2015, pp. 23-27. Por 'carácter autoritativo' de un argumento entiendo a la circunstancia de que la apelación a tal argumento sea considerado por el Juez como una condición necesaria y/o suficiente para justificar la decisión. Sobre la noción de 'naturaleza del derecho' en la perspectiva iusfilosófica de Frederick Schauer véase Frederick Schauer, "On the Nature of the Nature of Law", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 98, 2012, pp. 457-467.

2. El argumento comparativo: caracteres generales

Al fin y al cabo, el enérgico debate actual en torno al uso del derecho extranjero por parte de los tribunales tiene como objeto una particular técnica argumentativa adoptada para justificar la premisa en la teoría de la decisión, es decir, para suministrar razones a favor de la corrección, adecuación y justicia de la norma usada por los Jueces para decidir el caso.[11] Esta técnica, tradicionalmente denominada "argumento comparativo", es clasificada por los teóricos del derecho como una *species* perteneciente al *genus* de la argumentación sistemática; más precisamente, se trata de una variante del llamado *argumentum ab exemplo,* conocido también como *argumentum ex auctoritate.*[12] El argumento autoritativo justifica las decisiones judiciales que encuentran fundamento en decisiones precedentes del mismo tribunal o de otros tribunales; lo que nos conduce al *genus* de la argumentación sistemática, ya que se encuentra estrechamente vinculado a una virtud fundamental que debería poseer cualquier sistema jurídico, encarnada en el ideal del *Rule of Law*. Un sistema jurídico realiza el ideal del *Rule of Law* en la medida en que garantiza la igualdad de tratamiento a los miembros de la sociedad y la previsibilidad de las decisiones judiciales, prescindiendo de las partes involucradas o del Juez que decide la controversia. Como ha subrayado Neil MacCormick, "la fidelidad al *Rule of Law* exige que se evite cualquier variación injustificada del criterio decisional adoptado por los Jueces con respecto a la misma clase de casos",[13] y evitar tales variaciones equivale a garantizar la coherencia del sistema jurídico en el transcurso del tiempo. La diferencia del argumento comparativo respecto de otros argumentos autoritativos se encuentra en que las

---

[11] Sobre las características de la motivación en derecho de la sentencia desde el punto de vista de la teoría del razonamiento jurídico, me remito a Damiano Canale, "Use and Abuse of Intratextual Argumentation in Law", *Cogency*, vol. 3, 2011, pp. 33-52.

[12] Véase Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano,1980, pp. 372-375; John Woods, D. Walton, *Fallacies: Selected Papers 1972-1982,* De Gruyter, Berlín, 1989, pp. 15-24; Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *Argumentation, Communication, and Fallacies. A Pragma-dialectical Perspective,* Lawrence Erlbaum, Hillsdale, 1992, pp. 136-37; Vito Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 158-160; F. H. van Eemeren, *Strategic Maneuvering in Argumentative Discourse. Extending the Pragma-dialectical Theory of Argumentation*, Benjamins, Ámsterdam-Philadelphia, 2010, pp. 202-03; Douglas Walton, Chris Reed y Fabrizio Macagno, *Argumentation Schemes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 314.

[13] Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p.143.

decisiones precedentes, o los otros materiales jurídicos considerados en materia de justificación, pertenecen o reconducen a un ordenamiento jurídico distinto de aquel en el cual el tribunal ejerce la propia jurisdicción. La forma estándar del argumento es, de hecho, la siguiente: una decisión judicial en el ordenamiento jurídico local OJ_l está justificada si es coherente con el modo en el que los casos similares han sido resueltos en el ordenamiento jurídico extranjero OJ_e.

Este argumento puede ser descrito también como una inferencia, cuya conclusión está constituida por una directiva interpretativa que el tribunal puede aplicar para justificar el contenido atribuido a una disposición jurídica local:

1) Atribuye a la disposición D_l perteneciente al ordenamiento jurídico OJ_l el contenido N_l que es coherente con el contenido N_e de la disposición D_e perteneciente al sistema jurídico OJ_e/
2) D_e regula la misma clase de casos regulada por D_l/
3) D_l admite los contenidos N_{l1}, N_{l2}, N_{l3} ... N_{ln}/
4) N_{l1} es coherente con N_e//
5) Atribuye el contenido N_{l1} a D_l

Como todo argumento sistemático, esta técnica argumentativa parte del supuesto según el cual el contenido de una disposición normativa depende del sistema jurídico al cual la disposición pertenece.[14] Dicho de un modo más preciso, los contenidos de las disposiciones jurídicas son una función de las relaciones que las normas establecen entre sí dentro de un sistema coherente de normas. Pero, ¿qué se entiende por 'coherencia' en este contexto? El término 'coherencia' designa una propiedad relacional de las normas que identifica sus condiciones de pertenencia a un sistema jurídico.[15] Bajo esta acepción, la norma N_l y la norma N_e son coherentes si N_l y N_e no llevan a consecuencias jurídicas incompatibles (*consistency*), o si N_e es un

[14] Para un tratamiento más extenso sobre este punto reenvío a Damiano Canale y Giovanni Tuzet, "The A Simili Argument: An Inferentialist Setting", *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 499-509.

[15] El término 'coherencia' es aquí usado con una acepción distinta de aquella adoptada por Ronald Dworkin, quien por coherencia entiende una directiva interpretativa con base en la cual los tribunales están obligados a buscar un equilibrio reflexivo entre los principios jurídicos, por un lado, y la justicia en el caso concreto, por el otro. *Cfr.* Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, pp. 159-168.

medio para lograr el fin establecido por N_l (coherencia teleológica), o si N_l y N_e concretizan el contenido del mismo principio o valor jurídico (coherencia axiológica).

Los elementos que componen un sistema de este tipo no pertenecen necesariamente al mismo ordenamiento jurídico –entendido aquí, genéricamente, como el conjunto de disposiciones y de normas existentes en cierta entidad institucional de tipo jurídico, como un Estado o un régimen jurídico supra o ultra–estatal.[16] Aunque las expresiones 'sistema jurídico' y 'ordenamiento jurídico', frecuentemente, son utilizadas por los juristas como sinónimos, no sucede lo mismo cuando un tribunal utiliza un argumento sistemático para justificar su decisión.[17] En este contexto particular, el sistema de normas al que hace referencia el tribunal se encuentra compuesto por un subconjunto de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico, a veces por un solo documento normativo, o incluso a veces puede incluir normas de derecho extranjero no pertenecientes al ordenamiento jurídico en el que el tribunal ejerce la propia jurisdicción. Por consiguiente, en la justificación de la sentencia, las normas de ordenamientos jurídicos diferentes pueden ser consideradas como elementos del *mismo* sistema jurídico, mientras que normas del mismo ordenamiento jurídico pueden ser consideradas elementos de sistemas o subsistemas distintos. Esto muestra cómo en el contexto de la argumentación jurídica los sistemas jurídicos son construcciones intelectuales elaboradas por los Jueces y los juristas para conseguir cierto fin de tipo social, político, moral o institucional.[18]

En el caso del argumento comparativo, el sistema normativo al cual hace referencia el tribunal está compuesto de normas que pertenecen a ordenamientos jurídicos distintos: en general, una o más normas de derecho extranjero *(source)* y una norma de derecho local *(target)*. Este sistema está construido de tal modo que pueda

---

16 Sobre la noción de existencia de una norma como pertenencia a un ordenamiento jurídico y sus criterios de identidad de los sistemas jurídicos, me remito a Joseph Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 187; Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, "The Expressive Conception of Norms", en Risto Hilpinen (ed.), *New Essays in Deontic Logic*, Reidel, Dodrecht 1981, pp. 95-124; Ricardo Carraciolo, *El Derecho desde la Filosofía*, Ensayos, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Madrid, 2009, pp. 183-203.

17 Véase Aulis Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turun Yliopsito, Turku, 1977, cap. 1.

18 Sobre este punto véase Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008.

justificarse una decisión judicial cuyos efectos se encuentren limitados al ordenamiento jurídico local y a su ámbito de eficacia, aunque tal decisión pueda conducir eventualmente a formas de armonización y coordinación entre distintos ordenamientos.

3. Tres versiones del argumento comparativo

Si observamos la práctica judicial, es fácil notar que el argumento comparativo es utilizado de diversas maneras. La expresión 'argumento comparativo' se refiere, en realidad, a una familia de técnicas argumentativas cuyas características distintivas merecen ser precisadas.

Las diversas versiones del argumento pueden ser distinguidas si se estudia su forma, es decir, las inferencias de las cuales está compuesto el mismo; de ellas depende de hecho la estructura y las condiciones de validez del argumento. Las formas argumentativas que presentaré a continuación constituyen el resultado del análisis de los modos en que el razonamiento comparativo es desarrollado por los tribunales en la motivación de las sentencias: se trata de instrumentos heurísticos para indagar cómo los Jueces, efectivamente, justifican sus decisiones.[19]

En primer lugar, el argumento comparativo es usado en la jurisprudencia como *argumento interpretativo* o también como *argumento integrativo.*[20] En el primer caso,

[19] Con tal fin serán consideradas aquí algunas sentencias paradigmáticas, frecuentemente discutidas en la literatura, emanadas de tribunales de los siguientes ordenamientos jurídicos: Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica, India, Australia, México, Italia, Alemania, Francia y otros países de la Unión Europea. Por argumento válido entiendo aquí un argumento cuya conclusión es considerada justificada por los Jueces en un ordenamiento jurídico o en una familia de ordenamientos. Sobre este punto véase Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, *A Systemic Theory of Argumentation. The Pragma-dialectical Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, en esp. cap. 7; Douglas Walton, *Informal Logic. A Pragmatic Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 150.

[20] Se podría objetar aquí que la interpretación de textos normativos involucra siempre una integración del derecho. Según Hart, la interpretación entra en juego cuando un texto normativo es indeterminado, es decir, cuando el derecho no provee una solución clara para la controversia: Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, en esp. cap. 7. Por lo tanto, la interpretación jurídica no se limitaría a precisar los contenidos que los textos normativos contienen de por sí, sino que terminaría creando un nuevo derecho que 'integre' aquel ya existente. Encuentro esta tesis insatisfactoria. La interpretación jurídica entra en juego "cuando son posibles diferentes opiniones en relación al significado del derecho" (Timothy Endicott, "Legal Interpretation", en Marmor, Andrei (ed.), *The Routledge Companion to the Philosophy of Law*, Routledge, Nueva York, 2012, p. 112), por ejemplo, cuando subsiste un desacuerdo (actual o potencial) con respecto al contenido a atribuir a un texto normativo sobre la base de razones jurídicas, prescindiendo del hecho de que este texto (o su contenido) sea o no indeterminado desde el

el argumento justifica el resultado de la interpretación de una disposición normativa local efectuada por el Juez; en el segundo caso, en cambio, el argumento se utiliza para rellenar una laguna: se asume que el caso no se encuentra regulado por el derecho local y que puede ser solucionado recurriendo al derecho extranjero. Examinemos más detalladamente estas dos versiones del argumento.

3.1. Comparación e interpretación jurídica

Cuando se usa para justificar la interpretación de una disposición normativa, el argumento comparativo puede servir para lograr dos propósitos diferentes dependiendo de si la relación de coherencia sobre la que el argumento descansa es materializada en sentido *positivo* o *negativo*.[21] La relación de coherencia entre la norma local N_l y la norma extranjera N_e es positiva cuando N_l y N_e son tratadas por el intérprete como elementos de un mismo sistema normativo. En este caso, el argumento toma la siguiente forma:

(A1) *Dadas N_l y N_e, si N_l y N_e regulan la misma clase de casos y N_l es coherente con N_e, entonces N_l está justificada.*

La directiva interpretativa que subyace a esta versión del argumento prescribe que el tribunal interprete una disposición local de modo tal que, el contenido de esta última sea coherente con el contenido atribuido a una disposición que regula la misma clase de casos, pero que pertenece a un ordenamiento extranjero. En *Atkins vs. Virginia* la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la Octava Enmienda a la Constitución, que prohíbe "penas crueles e inusuales", es incompatible con las leyes estatales que prevén la pena de muerte para los crímenes cometidos por sujetos con problemas mentales. En la justificación de la interpretación del término 'cruel', la

punto de vista lingüístico. Desde esta perspectiva, el producto de la interpretación jurídica es una norma que expresa uno de los contenidos que un texto normativo puede razonablemente expresar en un determinado contexto jurídico. En estos términos, los argumentos interpretativos pueden ser claramente distintos de aquellos integrativos: los primeros justifican la interpretación de textos normativos, mientras que los segundos justifican la construcción de normas implícitas, típicamente utilizadas para rellenar lagunas. Sobre la distinción entre interpretación e integración del derecho, véase R. Guastini, *op. cit.,* pp. 411-419.

[21] Sobre la distinción entre relaciones de coherencia positiva y negativa, véase D. Canale y G. Tuzet, "The A Simili Argument…", art. cit., p. 33. Véase también D. Fontana, art. cit., p. 539.

Corte afirmó que "en la comunidad mundial, la imposición de la pena de muerte para delitos cometidos por personas con retraso mental se encuentra ampliamente desaprobada". Aunque esta consideración "no sea vinculante en absoluto", su "coherencia *(consistency)* para con el dato normativo brinda un apoyo adicional a la conclusión alcanzada por esta Corte".[22] En este sentido, la norma constitucional local y las normas extranjeras correspondientes fueron tratadas como elementos pertenecientes al mismo sistema normativo; con el fin de justificar la solución del caso mediante el recurso del argumento comparativo.

Cuando se construye en sentido negativo, en cambio, la relación de coherencia consiste en diferenciar dos sistemas normativos en los cuales concurre la misma disposición o disposiciones consideradas equivalentes. En este caso, el argumento comparativo justifica la adscripción a la disposición local de un contenido distinto de aquel atribuido a la disposición foránea.

(A2) *Dadas N_l y N_e, si N_l y N_e regulan la misma clase de casos y N_l no resulta coherente con N_e, entonces N_l está justificada.*

Esta segunda versión del argumento sirve para sostener que, si cierta solución normativa extranjera no se adapta al contexto local, debe ser rechazada. Por ello, si la disposición local D_l admite los contenidos N_{l1}, N_{l2}, ... N_{ln}, y N_{l1} es incompatible con la norma extranjera N_e, mientras que tal incompatibilidad no se dé con los restantes contenidos admitidos por D_l, entonces N_{l1} está justificada. El uso del argumento permite distinguir, de este modo, dos sistemas de normas a partir de de las diferencias que las caracterizan desde el punto de vista estructural, histórico, social, político. En el caso *Regina v. Keegstra* la Corte Suprema de Canadá tuvo que expedirse acerca de

[22] *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002), 316. De modo análogo, en el 2007, la Primera Sesión de la Corte Suprema mexicana fue convocada para juzgar el recurso presentado por el gobernador del estado de Oaxaca, en contra de un punto de acuerdo de la Cámara Federal de diputados que exhortaba al gobernador a renunciar debido a los disturbios ocurridos en dicha entidad. La Corte rechazó el recurso toda vez que el caso constituía una "cuestión puramente política" sustraída del control judicial. Para justificar este criterio, la Corte hizo referencia directa a la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Baker v. Car*, en el que los Jueces estadounidenses habían establecido bajo qué condiciones un acto emanado de un órgano legislativo no puede ser impugnado ante un órgano jurisdiccional. Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, "Foreign Precedents in Mexican Constitutional Adjudication", *Mexican Law Review*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 301-303.

si la expresión de ideas que conscientemente promueven el odio en contra de los judíos están permitidas por el artículo 1o. de la Constitución canadiense; según el cual, las limitaciones a los derechos y libertades se encuentran permitidas sólo si se encuentran "claramente fundadas en una sociedad libre y democrática". La Corte sostuvo, entre otras cosas, que la experiencia de los Estados Unidos en cuanto a la protección de la libertad de expresión podía resultar útil para la interpretación de esta cláusula constitucional: "Los derechos fundamentales son objetos de protección constitucional en los Estados Unidos desde hace más de dos siglos. La experiencia práctica y teórica que de allí deriva es enorme y no puede ser ignorada por esta Corte". No obstante, según la Corte Suprema canadiense, tal experiencia debe ser examinada "con ojo crítico": "Canadá y Estados Unidos no son similares con respecto a algunas cuestiones, las Cartas que protegen los derechos humanos en ambos países no han surgido en el mismo contexto. Es una cuestión de sentido común reconocer que, así como las similitudes entre ambos países justifican la adopción en Canadá de soluciones normativas utilizadas en Estados Unidos, sus diferencias pueden exigir que la perspectiva constitucional *(constitutional vision)* canadiense se desvíe de la estadounidense".[23] Consecuentemente, esta Corte rechazó la jurisprudencia de la Corte Suprema americana en los casos respecto al lenguaje de odio *(hate speech),* interpretando el mandato constitucional para justificar la limitación del derecho de libertad de expresión, incluso cuando no exista un peligro evidente y actual para el orden público.[24] Retomando la cuestión, la norma constitucional local y la norma extranjera correspondiente se basan en dos sistemas normativos diferentes, toda vez que están fundadas en principios y valores distintos: ello justificaba una regulación diferente de casos pertenecientes a la misma clase genérica. Debe notar-

[23] *R. v. Keegstra* [1990] 3 SCR 697, 740. Como ha subrayado David Beatty, "si bien la Corte Suprema de Canadá se remite a menudo a la jurisprudencia norteamericana, en la mayoría de los casos la ha tratado con mucha cautela, no considerándola demasiado útil para la elaboración de soluciones jurídicas adecuadas para Canadá" (David Beatty, "The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments", *The Modern Law Review*, vol. 60, 1997, p. 482). El razonamiento comparativo es frecuentemente utilizado en sentido 'negativo' por la Corte Suprema de Sudáfrica, con el objeto de diferenciar su interpretación de los derechos fundamentales de aquella elaborada por los tribunales de Estados Unidos y Canadá: véase, por ejemplo, *S. v. Makwanyane* [1995] CCT 3/94 ZACC 3, párr. 57 ss.; *Carmichele v. The Minister of Safety and Security* [2010] CCT 48/100 AHRLR 208, § 36; *Mohamed v. President of the Republic of South Africa* [2001] CCT 17/01 ZACC 18, §§ 46 ss. Sobre el tema, véase "The South African Constitutional Court Experience. Reasoning Patterns Based on Foreign Law", *Utrecht Law Review*, vol. 8, 2012, pp. 55-87.

[24] Incluso a veces, la Corte Suprema estadunidense ha adoptado esta versión del argumento. Véase *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005), 576-77.

se que el argumento comparativo interpretativo, en sentido negativo, no es nunca concluyente, simplemente brinda razones a favor de la inadmisibilidad de cierto resultado interpretativo. La norma que regula el caso deberá ser justificada utilizando otras técnicas argumentativas.[25]

3.2. Comparación e integración jurídica

Como se señaló anteriormente, los tribunales utilizan el derecho extranjero no sólo para justificar la interpretación de las disposiciones jurídicas, sino también para integrar el derecho. Si un caso no se encuentra regulado por el derecho local, el argumento comparativo puede ser usado para justificar la aplicación de una norma del derecho extranjero. Esta versión del argumento presenta la siguiente forma:

(A3) *Dada N_e, si el caso C no se encuentra regulado por OJ_l, N_e regula C y es aplicable en OJ_l, entonces C debe ser regulado por N_e.*

El razonamiento aquí descrito no debe confundirse con el razonamiento analógico. El Juez decide que el caso *C* está regulado por N_e, no porque *C* posea una propiedad relevante en común con los casos regulados por N_e. El argumento comparativo integrativo justifica la aplicación de una norma de derecho extranjero sobre la base de una norma local de reenvío, la cual autoriza al Juez a utilizar fuentes de otros ordenamientos para decidir el caso.[26] La comparación es utilizada aquí para dar ra-

[25] En *Henderson* la Cámara de los Lores usó tanto la versión positiva, como la negativa del argumento comparativo de tipo interpretativo. La Corte examinó cómo había sido resuelto el problema de la posibilidad de demandas concurrentes luego de la violación de una obligación de los términos de la regulación contractual y de la regulación de la responsabilidad civil, en otras jurisdicciones, teniendo en cuenta sistemas jurídicos en los cuales se admitía una solución similar, y sistemas en los cuales la misma era rechazada: *Henderson v. Merrett Syndicates* [1995] 2 AC 145, 184-85. El mismo enfoque fue adoptado por la Cámara de los Lores en *White v. Jones* [1995] 2 AC 207, como así también por la Corte de Casación italiana en cuestiones de *wrongful life*: Cass. Civ., sez III, n. 14488/2004 , § 4.2. En *Visy Paper Pty Ltd. v. ACCC*, en cambio, la Corte Suprema australiana justificó su decisión utilizando la versión negativa del argumento comparativo, pero el Juez Kirbi en su postura en disidencia sostuvo que la conclusión alcanzada por la Corte podía ser justificada sólo mediante un uso positivo del mismo argumento: véase *Visy Paper Pty Ltd. v. Australian Competition and Consumer Commission* [2003] HCA 59, §§ 52-57.

[26] En este artículo asumo que cualquier ordenamiento jurídico posee una "pretensión de supremacía": retomando las palabras de Joseph Raz, todo ordenamiento "demanda necesariamente ejercer de modo exclusivo la autoridad de regular la organización de los otros subsistemas institucionales y las conductas de los miembros de la comunidad", rechazando, al mismo tiempo, eventuales pretensiones de supremacía perseguidas por otros ordenamientos. *Cfr.* Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979, pp. 101-102, 118. Se sigue de ello que las

zones en favor de la elección de *cierta* norma jurídica extranjera, entre todas aquellas aplicables en el ordenamiento jurídico local.

Esta versión del argumento es típicamente utilizada por los tribunales que operan en niveles supranacionales, como por ejemplo el de la Unión Europea o el de la Convención Interamericana de Derecho Humanos. En estos contextos, las normas que son objeto de comparación pertenecen a ordenamientos jurídicos que mantienen relaciones de integración verticales, y el argumento comparativo muestra cómo tales ordenamientos se encuentran mutuamente interconectados.[27] Según el art. 19 del Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo 164 del Tratado consultivo de la Comunidad Europea), por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea debe "garantizar que en la interpretación y en la aplicación de los tratados el *derecho* sea respetado" (cursiva añadida). ¿A qué se refiere, en esta disposición, el término 'derecho'? El art. 19 del TUE es interpretado por la Corte de Justicia como una norma que autoriza a este órgano jurisdiccional a recurrir al razonamiento comparativo para llenar las lagunas del derecho de la Unión Europea.[28] En el caso *Factortame III* la Corte afirmó que "el Tratado no contiene disposición alguna que establezca expresamente, de modo específico, las consecuencias derivadas de la violación del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros; corresponde por lo tanto a la Corte, en virtud de la tarea atribuida a ella por el art. 164 del Tratado […], regular este caso […] haciendo referencia a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario y, cuando sea necesario, a los principios generales comunes a los ordenamientos de los Estados miembros".[29] Con base en esta interpretación, entonces, el art. 164 del Tratado impone a los Jueces, en estas circunstancias, recurrir a la

---

normas de derecho extranjero no son directamente eficaces en el ordenamiento local: este último, mediante normas de reenvío, puede ciertamente atribuir eficacia a tales normas, pero ello no implica su inclusión en el ordenamiento local.

[27] En este artículo asumo que existe un ordenamiento jurídico en la Unión Europea que es distinto de aquel que poseen los Estados miembros. Se trata, sin embargo, de una tesis controvertida: véase, al respecto, Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 2002, en esp. cap. 7; Mattias Kumm, "The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty", *European Law Journal*, vol. 11, 2005, pp. 262-307; "How Many Legal Systems? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and the Relations between, Legal Systems in the European Union", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, 2008, pp. 9-50.

[28] *Cfr.* Koen Lenaerts, "Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, p. 876.

[29] Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA and Factortame* [1996] ECR I-1029.

comparación para solucionar los problemas de lagunas. Sólo comparando los ordenamientos de los Estados miembros, de hecho, será posible identificar los principios generales comunes a ellos.[30] Como ha observado un analista, la norma elegida para llenar la laguna será en este sentido "un resultado de la contribución 'entrecruzada' de diversos ordenamientos jurídicos".[31] En realidad, la Corte de Justicia no admite en la motivación cuáles son las fuentes de tales contribuciones; los Jueces generalmente aplican una norma perteneciente al ordenamiento de un Estado miembro y justifican tal elección recurriendo al argumento comparativo. De este modo, el argumento justifica la aplicación de una norma perteneciente al ordenamiento de un Estado miembro dentro del ordenamiento de la Unión.

4. El problema del *'cherry-picking'*

Las tres visiones del argumento comparativo anteriormente descritas, aunque distintas entre sí, poseen el mismo problema: para usar el argumento, los Jueces están constreñidos a identificar la norma o las normas extranjeras a utilizar como *comparans* en relación al *comparandum* local. Ahora bien, ¿cómo se justifica esta elección? Este es, precisamente, el conocido problema del *'cherry picking'* selección a la carta; los tribunales parecen elegir de modo arbitrario las normas de derecho extranjero que serán utilizadas como premisa del argumento, prefiriendo estratégicamente aquellas que apoyan sus decisiones e "ignorando por completo aquellas que justifican las soluciones opuestas".[32] En *Lawrence and Tyron v. Texas,* la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que decidir si la XIV Enmienda otorga a los homosexuales el

[30] Nótese que las cortes europeas hacen uso tanto de la versión integrativa como de la versión interpretativa del argumento comparativo. En el caso *José Miguel Díaz García v. European Parliament* [1992] ECR II-2619, la Corte de primera instancia sostiene que a las disposiciones del derecho europeo que "no hagan referencia explícita al derecho de los Estados miembros para determinar su contenido y ámbito de aplicación", normalmente debe darse una interpretación independiente. La Corte sostiene, sin embargo, que "en ausencia de una referencia expresa, la aplicación del derecho comunitario puede a veces requerir la consideración de los derechos de los Estados miembros, allí donde la corte comunitaria no pueda identificar en el derecho comunitario, o en sus principios generales, criterios idóneos para determinar el significado y el ámbito de aplicación de tales disposiciones a través de una interpretación independiente".

[31] K. Leanerts, art. cit., p. 873. Véase también Pierre Pescatore, "Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 32, 1980, pp. 337-359.

[32] Nelson Lund y John O. McGinnis, "*Lawrence v. Texas* and Judicial Hubris", *Michigan Law Review*, vol. 102, núm. 7, 2004, p. 1581.

derecho de practicar la sodomía con consentimiento. Al momento de justificar la decisión, la Corte tuvo en consideración la solución adoptada por los ordenamientos constitucionales de matriz occidental, considerándolos como los únicos dignos de atención.[33] En *Naz v. Government*, un caso que plantea la misma cuestión jurídica,[34] la Corte Suprema india recurrió detalladamente al argumento comparativo para justificar su decisión. Sin embargo, la Corte consideró también decisiones emanadas de los Jueces constitucionales de las Islas Fiyi, Hong Kong y Nepal, para demostrar, como observó un comentador, "que los derechos de los gays no son un lujo de Occidente".[35] Este ejemplo parece apoyar la áspera crítica del Juez Scalia sobre el uso del derecho extranjero por parte de los tribunales: "invocar el derecho extranjero cuando no concuerda con nuestras opiniones, e ignorarlo en caso contrario, no es un modo razonable para decidir un caso sino un simple sofisma".[36] Del mismo modo, según el Juez Roberts "en el derecho de otros ordenamientos puede encontrarse todo lo que se quiera: considerar al derecho extranjero como un posible apoyo a las decisiones expande enormemente la discrecionalidad del Juez. Esta práctica permite al Juez incorporar al ordenamiento sus preferencias personales haciéndolas pasar por precedentes dotados de autoridad".[37]

Sin embargo, aquí es necesaria una observación: aunque los tribunales no adoptan el mismo criterio para seleccionar el derecho extranjero que utilizarán como premisa del argumento comparativo, de esto no se sigue que el argumento sea arbitrario. Debe, más bien, preguntarse: ¿bajo qué condiciones se encuentra justificado utilizar cierta norma extranjera como premisa? ¿Hay razones jurídicas idóneas para justificar esta elección? La solución al problema del *cherry-picking* no puede ser brindada por el argumento comparativo, desde el momento en que éste no se encuentra

---

[33] *Lawrence and Tyron v. Texas,* 539 US 558 (2003), 573. La Corte Suprema sostuvo que el punto de vista de las "naciones que comparten la tradición anglo-americana, como así también aquél de las principales naciones de Occidente europeo" merecían ser consideradas en la interpretación de la Constitución norteamericana: *Thompson v. Oklahoma*, 487 US 815 (1988), 830-831.

[34] *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi* [2009] WP(C) 7455/2011.

[35] Vikram Raghavan, "Navigating the Noteworthy and Nebulous in Naz Foundation", *NUJS Law Review*, vol. 11, 2009, p. 402. Véase también Madhav Khosla, "Inclusive Constitutional Comparison: Reflections on India's Sodomy Decision", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011, pp. 909-934.

[36] *Roper v. Simmons*, cit., 627 (voto en disidencia del Juez Scalia).

[37] *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary*, 109th Cong., 2005, 201.

en grado de justificar sus mismas premisas; la justificación deberá estar compuesta por otros argumentos. En la mayoría de los casos, a los tribunales parece no preocuparles este problema y las razones que justifican la elección permanecen implícitas en la motivación de la sentencia, con el resultado de que el argumento comparativo aparece frecuentemente desprovisto de fundamentos.[38] Sin embargo, aquello que se encuentra implícito en la justificación de las decisiones puede ser explicitado por el teórico de la argumentación mediante la apelación a un razonamiento contrafáctico.[39] Cuando un tribunal no da razones para sostener la preferencia por cierta norma extranjera, el interrogante que surge es la siguiente: en caso de que pidiéramos a esa Corte justificar su elección, ¿qué razones podrían exhibir los Jueces entre aquellas brindadas por los estándares argumentativos aceptados por el ordenamiento en el cual la Corte opera? La respuesta a este interrogante no describe el modo en que los tribunales de hecho justifican sus decisiones; sino que describe bajo qué condiciones podemos decir que una decisión se encuentra justificada de modo suficiente y exhaustivo dentro de un ordenamiento cierto en determinado momento histórico.

Si se asume esta estrategia investigativa, surge claramente que la justificación del *comparans* extranjero –ya sea utilizado con fines interpretativos o con fines integrativos– se articula en dos momentos. En primer lugar, el tribunal es llamado a identificar una o más normas extranjeras que sean *similares* (en caso de relación de coherencia positiva) o *diferentes* (en caso de coherencia negativa), *desde un punto de vista relevante* a la norma local elegida como *comparandum*. Sobre la base de tal similitud o diferencia, la norma local y la norma extranjera resultarán comparables.[40] La forma de este paso argumentativo es la siguiente:

---

[38] En la sentencia n. 364/1988, la Corte Constitucional italiana usó el argumento comparativo para validar el principio de excusabilidad del error inevitable en el derecho penal. La Corte mencionó los Códigos Penales de Alemania, Austria, Suiza, Grecia, Polonia, Yugoslavia, Japón y Portugal, sin justificar en absoluto esta singular selección de ordenamientos dignos de atención.

[39] Acerca del uso de los condicionales contrafácticos para hacer explícitas las premisas implícitas en un intercambio de razones véase Robert B. Brandom, *Between Saying and Doing. Toward an Analytic Pragmatism*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 80, 96-98.

[40] Este pasaje argumentativo tiene una naturaleza analógica: el tribunal debe identificar una propiedad relevante común entre ordenamientos y/o entre normas de distintos ordenamientos. Sobre el criterio de relevancia en el razonamiento analógico, véase D. Canale y G. Tuzet, "The Simili Argument…", art. cit.

(B1) *Si N_e es similar a N_l desde un punto de vista relevante, entonces está justificado comparar N_l con N_e;*

o bien;

(B2) *Si N_e es diferente a N_e desde un punto de vista relevante, entonces está justificado comparar N_l con N_e.*

(B1) Justifica el uso "positivo" del razonamiento comparativo, mientras (B2) justifica el uso "negativo". Ahora bien, este primer paso que permanece siempre implícito en materia de justificación permite, simplemente, distinguir las normas jurídicas extranjeras comparables con el derecho local de aquellas que no lo son. Una vez cumplida esta distinción, estará justificada la elección de una *determinada* norma extranjera entre todas aquellas que satisfagan el criterio de comparabilidad. En los ordenamientos considerados en este artículo, tales razones pueden ser suministradas utilizando una pluralidad de argumentos: el argumento teleológico, el argumento principialista, el argumento consecuencialista y/o el argumento histórico-genético. Veámoslos más detalladamente:

(C1) *Argumento teleológico.* La preferencia concedida a N_{e1} está justificada por los fines sociales y políticos perseguidos por el ordenamiento local OJ_l: si N_{e1} es un medio idóneo para alcanzar estos fines, entonces la elección de N_{e1} está justificada. En las decisiones de la Corte de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, la preferencia acordada a cierta norma de un Estado miembro para llenar una laguna encuentra un justificativo en el hecho de que tal norma es un medio idóneo para alcanzar los fines de la Unión –más específicamente, la realización de una "comunidad basada en el *Rule of Law*"–.[41] Más precisamente, si una norma perteneciente al ordenamiento de un Estado miembro constituye un medio idóneo para alcanzar el ideal del *Rule of Law*, entonces tal norma puede ser usada para solucionar la laguna presente en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

[41] Caso 294/83 *Les Verts v. European Parliament* [1986] ECR 1339, § 23. Véase Miguel P. Maduro, "Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism", *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, 2007, pp. 1-21; K. Lenaerts, art. cit., p. 873.

(C2) *Argumento principialista*. La preferencia concedida a N_{e1} está justificada por los principios que caracterizan al OJ_l: si N_{e1} es coherente con tales principios, en el sentido que constituye una posible concretización, entonces, la comparación de N_{e1} con N_l está justificada. En los casos *Atkins v. Virginia* y *Roper v. Simmoms*, por ejemplo, al utilizar el argumento comparativo, la Corte Suprema de los Estados Unidos toma en consideración sólo los ordenamientos jurídicos de matriz occidental, y particularmente las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, afirmando que estos ordenamientos comparten con el ordenamiento norteamericano los mismos principios fundamentales, considerados como base necesaria común para comparar el derecho extranjero con el derecho local a los fines decisionales.[42]

(C3) *Argumento consecuencialista*. La preferencia concedida a N_{e1} está justificada por las consecuencias que la aplicación de N_{e1} ha producido en su contexto original. Sin tener en cuenta tales consecuencias, es considerado útil a fin de prever qué consecuencias provocaría la aplicación de la misma regulación en el contexto local, entonces comparar N_l con N_{e1} está justificado. En *Washington v. Glucksberg*, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo en cuenta la experiencia holandesa en la regulación del suicidio asistido para determinar si esta práctica, en caso de haber sido calificada por la Corte como el ejercicio de un derecho fundamental, habría alentado formas de eutanasia activa o amenazado la ética médica.[43] En casos de este tipo, el argumento comparativo es utilizado para formular predicciones con respecto a hechos considerados relevantes;[44] es decir, los tribunales tratan al derecho extranjero como "un mapa de las consecuencias que probablemente sigan a la adopción de cierta decisión",[45] un mapa que resulta oportuno consultar antes de decidir.

---

42 *Atkins v. Virginia*, loc. cit., 316, *Roper v. Simmons*, loc. cit., 576.

43 *Washington v. Glucksberg,* 521 US 702 (1997), 734.

44 *Cfr.* Basil Markensinis y Jörg Fedtke, "The Judge as Comparatist", *Tulane Law Review*, vol. 80, 2005/2006, p. 97. En *Printz*, el Juez Breyer afirmó: "obviamente estamos interpretando nuestra Constitución y no aquella de otras naciones, puede haber importantes diferencias políticas y estructurales entre nuestro ordenamiento y los ordenamientos extranjeros considerados. Pero la experiencia en otros lugares puede sin embargo arrojar luz, desde el punto de vista empírico, sobre las consecuencias que soluciones diferentes del mismo caso podrían provocar". (*Printz v. United States,* 521 US 898 (1997), 977).

45 William N. Eskridge Jr., "United States: *Lawrence v. Texas* and the Imperative of Comparative Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, p. 560. Véase también E. Posner y C. Sunstein, art. cit., p. 139. Algunos analistas, no obstante, indican que "la experiencia de otros países puede arrojar poca luz sobre las posibles consecuencias que la regulación produciría en un país diferente" (T. Annus, art. cit., p. 338); esto, porque las variables sociales, políticas e institucionales que han determinado las consecuencias en el contexto de origen son innu-

(C4) *Argumento histórico-genético*. La elección de la norma extranjera N_{e1} está justificada por el origen y el desarrollo histórico del ordenamiento al cual N_{e1} pertenece. Si OJ_e desciende genéticamente de OJ_l y forma parte de la misma familia de ordenamientos jurídicos, o bien si se ha desarrollado históricamente de modo similar, entonces está justificado comparar N_l con N_e. En *Mohamed v. President of the Republic*, la Corte Constitucional de Sudáfrica tuvo que decidir si la extradición de un detenido en los Estados Unidos, cuando éste fuese acusado de un delito para el cual se prevé pena de muerte en el país de destino, viola o no la Carta de Derechos *(Bill of Rights)* sudafricana. Para responder esta cuestión, la Corte examinó detalladamente numerosas decisiones de casos similares, emanados de los tribunales de países del *Commonwealth*, asumiendo que la experiencia obtenida por los ordenamientos que comparten la misma herencia histórica resulta de gran importancia en la interpretación constitucional.[46] La pertenencia a una tradición jurídica común, entonces, es considerada como una razón para justificar la elección de las normas extranjeras a utilizar en la comparación.

Ahora bien, si estos son los caminos argumentativos que el Juez puede adoptar para justificar la preferencia acordada a la norma extranjera que actúa como *comparans* en la argumentación, ¿cómo se justifica la elección de uno de ellos? ¿Qué condiciones deben darse, por ejemplo, para preferir las consideraciones de orden histórico-genético por sobre aquellas de tipo consecuencialista o principialista? Esta cuestión aparece como algo particularmente relevante en situaciones en las cuales los caminos argumentativos descritos conducen a conclusiones incompatibles entre sí, es decir, cuando justifican soluciones alternativas a la misma controversia. Resulta oportuno, entonces, indagar qué compromisos argumentativos asume un Tribunal cuando elige seguir cada uno de estos caminos, precisando bajo qué condiciones se encuentra justificada tal decisión.

---

merables. *Cfr.* Mark Tushnet, "The Possibilities of Comparative Constitutional Law", *The Yale Law Journal*, vol. 108, 1999, p. 1307.

[46] *Mohamed*, loc. cit., §30.

5. Teorías del derecho comparado en la práctica judicial

Si observamos la práctica judicial, resulta evidente que la justificación de las premisas del argumento comparativo depende de alguna asunción general relativa a las características y a los propósitos de la comparación en el campo del derecho. Estas asunciones funcionan como "meta-reglas interpretativas"[47] en el razonamiento del Juez: indican qué caminos argumentativos, entre los diversos descritos en el parágrafo anterior, deben preferirse. La reflexión metodológica llevada a cabo por los estudiosos del derecho comparado en los últimos decenios desempeña un papel interesante en este sentido.[48] Las teorías de derecho comparado (o algunos fragmentos de ellas) son utilizadas por los tribunales como directivas interpretativas de preferencia en la selección de la versión del argumento comparativo a adoptar en cierto contexto decisional. Una precisión resulta aquí necesaria: no estoy sosteniendo que los tribunales, en la motivación de sus decisiones, asuman discusiones relativas a las características distintivas del derecho comparado, a sus fines cognoscitivos, o al método que el comparativista debería adoptar. De manera trivial, los tribunales toman prestados fragmentos del debate teórico y filosófico sobre estos temas y los usan, explícita o implícitamente, para justificar las premisas del razonamiento comparativo. Estos fragmentos del discurso se encuentran descontextualizados y son utilizados como verdaderas "teorías normativas del derecho comparado", que ofrecen razones "últimas" del argumento comparativo, sin considerarse necesaria una ulterior justifi-

---

[47] Véase Jerzy Wróblewski, "Legal Reasoning in Legal Interpretation", *Logique y Analyse*, vol. 12, núm. 45, 1969, p. 9.

[48] No es posible reconstruir aquí, incluso someramente, el debate metodológico actual desarrollado en el campo de estudios del derecho comparado. Si bien no falta quien sostenga que la reflexión metodológica en este ámbito de estudios tiene un impacto "negativo y normalizador" y deba por ello ser dejada de lado (Pierre Legrand, "Beyond Method: Comparative Law As Perspective", *American Journal of Comparative Law*, vol. 36, p. 789), resulta innegable que en los últimos veinticinco años las tomas de postura de tipo metodológico han florecido de modo exagerado entre los comparativistas. Para una imagen global de este espeso debate véanse: Mark Van Hoecke, *Epistemology and Comparative Law*, Hart, Oxford-Portland, 2004; Oliver Brand, "Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 405-466; Pierre Legrand y Roderick Munday (ed.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; Pierre Giuseppe Monateri, *Methods of Comparative Law,* Elgar, Cheltman-Northampton, 2012, Maurice Adams y Dirk Heirbaut, *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Hart, Oxford-Portland, 2014; Samuel Geoffrey, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, Oxford-Portland, 2014.

cación. Desde este punto de vista, son tres las posturas presentes en la jurisprudencia: la teoría *universalista*, la *genética* y la *reflexiva*.

(D1) *Teoría universalista del derecho comparado*. Esta teoría se funda en dos tesis: *1)* el derecho es un conjunto de normas y de instituciones creadas para responder a exigencias sociales; *2)* las exigencias a las que el derecho debe responder, así como los principios que deberían dirigir sus contenidos, son comunes a todas las sociedades gobernadas por el derecho o, por lo menos, a la mayoría de ellas. Estas tesis se basan en una teoría funcionalista de la acción social, que identifica un conjunto de propiedades funcionales comunes a las conductas de los miembros de casi cualquier estructura social,[49] o también en una teoría cosmopolita de los principios jurídicos, que reconoce la existencia de bienes y fines colectivos comunes al interior del género humano que deberían guiar el desarrollo de cualquier ordenamiento jurídico.[50] En ambos casos, el enfoque universalista permite identificar las características comunes a los distintos ordenamientos, que funcionan como *tertium comparationi*s en el uso del argumento comparativo. Este enfoque también permite construir una jerar-

[49] Según el enfoque funcionalista clásico, "sistemas jurídicos diferentes proporcionan la misma solución, o soluciones muy similares, incluso en detalle, a los mismos problemas sociales, a pesar del hecho de que estos sistemas posean distintas evoluciones históricas, estructuras conceptuales y modalidades operativas diferentes" (Konrad Zweigert y Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 36). En esta perspectiva las diferencias entre ordenamientos son consideradas fruto de hechos contingentes; si se consideran las propiedades funcionales de las normas y de los institutos jurídicos, resulta fácil individualizar la solución jurídica de cierto problema social recurrente en cualquier estructura social y que resulta "claramente superior" a todas las otras (*ibidem, p.* 46). Sobre este punto véase también Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, Ann Arbor,1997, p. 144. Ello no excluye que el derecho pueda desempeñar funciones sociales diversas potencialmente en conflicto entre ellas: véase Anne Peters y Heiner Schwenke, "Comparative Law beyond Post-Modernism", *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 49, 2000, p. 828.

[50] Los estudios comparativistas caracterizan la fuente de estos principios de modo diferente. Según un enfoque cosmopolita en sentido 'fuerte', los principios comunes a todos los ordenamientos constituirían una precondición de la existencia del Derecho, ya sea porque hacen al Derecho conceptualmente posible, o porque la conformidad para con tales principios constituye un presupuesto de la acción humana, independientemente de las concepciones del bien y del plan de vida de cada individuo. *Cfr.* Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2002, y C. Corradetti, "Can Human Rights Be Exported? On the Very Idea of Human Rights Transplantability", en Antonina B. Engelbrekt y Joakim Nergelius (eds.), *New Directions in Comparative Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2009, p. 41. Por el contrario, el cosmopolitismo en sentido 'débil' sostiene que los principios comunes a todos los ordenamientos son el resultado de un proceso deliberativo de tipo epistémico: emergen mediante el control cruzado y la discusión pública de las elecciones colectivas, de manera análoga a como sucede en el campo de la investigación científica: *cfr.* J. Fedtke, *op. cit.,* p. 82. Es similar la posición de quien sostiene que el derecho comparado resulta de ayuda para identificar la solución epistémicamente correcta de un problema jurídico, desde el punto de vista moral en tanto que es resultado de la reflexión llevada a cabo no por un único tribunal, sino por el conjunto más amplio posible de tribunales: *cfr.* E. Posner, C. Sunstein, art. cit.

quía entre soluciones alternativas a un mismo problema jurídico, o entre diferentes medios para conseguir cierto fin moral o político. En sede judicial, el Juez deberá elegir la norma que comparativamente satisfaga mejor la exigencia social que da sentido al caso, o la norma que mejor concretice el principio sobre el cual se basa la decisión.

Esta teoría de la comparación justifica tanto el recurso al argumento teleológico (C1) como el recurso al argumento principialista (C2) a los fines de justificar la preferencia acordada a la norma extranjera que se utilizará como premisa del argumento comparativo. En el primer caso, los Jueces adoptan un enfoque funcionalista en el desarrollo del argumento; en el segundo caso, adoptan uno cosmopolita. Concebir las normas jurídicas como respuestas a problemas sociales universales, o como medios para cumplir los principios comunes de toda la humanidad, permite identificar qué norma extranjera debe ser comparada con la norma local; y permite identificar la mejor solución a la controversia. Si el Juez se adhiere a esta teoría de la comparación, su decisión estará dirigida, fundamentalmente, a reformar el derecho local en miras a la construcción de un derecho global: la decisión judicial se transforma en una actividad cuya relevancia política y moral trasciende las fronteras del ordenamiento jurídico individual para abrazar las fronteras del mundo.[51]

(D2) *Teoría genética del derecho comparado.* Según esta postura, el derecho comparado muestra cómo las normas y los institutos jurídicos de un ordenamiento se desarrollan en el tiempo, en estrecha relación a la evolución de otros ordenamientos. Los ordenamientos jurídicos nacen a menudo, de hecho, de una base social y cultural común, pero en el desarrollo de su historia se diferencian uno del otro por efecto de factores de tipo contextual. Esta fuente común puede ser vista como una base sustancial para la comparación: si un ordenamiento jurídico deriva de la evolución de otro ordenamiento jurídico, o ha tomado de él algunos de sus contenidos, entonces la comparación es posible y puede brindar información útil al Juez para prever la evolución de cierta disciplina o sus consecuencias prácticas.[52] Entendido de este

[51] La versión funcionalista de la teoría universalista es adoptada en *Atkins v. Virginia*, loc. cit., 310. Una teoría universalista de corte cosmopolita es, en cambio, suscrita por los Jueces en S. V. Walters [2002] CCt 28/01 ZACC 6, §52.

[52] Las principales fuentes de esta teoría están constituidas por la teoría del *legal transplant* elaborada por Alan Watson (Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgo,1974) y del *Legal Formants Approach* propuesto por Rodolfo Sacco y sus alumnos (Rodolfo Sacco, "Legal For-

modo, el derecho comparado justifica el uso de soluciones jurídicas elaboradas en otros ordenamientos cuando estos tengan afinidad histórico-genética con el ordenamiento local. Existe, sin embargo, una versión distinta de la teoría genética, según la cual las diferencias sociales y culturales entre los contextos jurídicos son insalvables, incluso en el caso de que éstos compartan los mismos orígenes históricos o un ordenamiento haya "tomado prestado" parte de sus contenidos de otros ordenamientos. Tal postura se basa en la tesis según la cual la experiencia jurídica de una comunidad no es reproducible;[53] y se opone, por lo tanto, al ideal de un derecho global uniforme, bajo el cual se escondería, en realidad, la pretensión de dominio de una determinada cultura jurídica sobre las otras. Por consiguiente, el enfoque genético justifica tanto un uso *positivo* como un uso *negativo* del argumento comparativo basado en razones histórico-genéticas (C4): cuando es usada de modo negativo, esta teoría conduce a los Jueces a negar la relevancia del derecho extranjero en la decisión judicial o a usar el argumento comparativo para diferenciar el ordenamiento jurídico local de otros ordenamientos.[54] Por el contrario, la versión positiva de esta teoría justifica el "trasplante" de una solución jurídica extranjera al interior del ordenamiento local.[55] El enfoque genético puede asimismo justificar el recurso al argumento consecuencialista (C3), utilizado a veces para identificar la norma extranjera digna de consideración; a veces para negar que cierta norma merezca atención.

---

mants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II), *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, pp. 1-34; P. G. Monateri, Rodolfo Sacco, "Legal Formants", en Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, MacMillan, Londres, 1998, vol. 2, pp. 531-33). Sobre la base de sus investigaciones dedicadas a la tradición iusrománica, Watson afirmó que los grandes cambios de los regímenes jurídicos ocurren, en general, por efecto del "transplante" de normas de un ordenamiento al otro, justificado a partir del prestigio y del valor reconocido a un determinado *corpus* normativo. Este fenómeno caracterizaría todo el curso de la historia y sería independiente de factores contingentes. La escuela inaugurada por Rodolfo Sacco, en cambio, hace hincapié en las fuentes institucionales del derecho (los llamados "formantes" jurídicos, constituidos por disposiciones normativas, decisiones judiciales y opiniones de juristas), entendidas como instrumentos de la lucha entre élites sociales que se encuentran en competencia entre sí. Es tarea del derecho comparado estudiar la relación entre los dispositivos de regulación social producidos por estas fuentes y las dinámicas históricas de su "trasplante" de un régimen jurídico a otro.

53 Esta tesis es sostenida, por ejemplo, por Otto Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law", *Modern Law Review*, vol. 37, 1974, p. 7.

54 *Cfr. Printz v. United States,* loc. cit., 921, § 11; Stanford v. Kentucky, 492 US 361 (1989), 369, Thompson, loc. cit., 686 (voto en disidencia del Juez Scalia); *R. v. Rahey* [1987] 1 SCR 588, 639.

55 Véanse, entre otros, *United States v. Then*, 56 F3d 464 (1995), 469 (voto en disidencia del Juez Calabresi); *Knight v. Florida*, 528 US 990 (1999), 997 (voto en disidencia del Juez Breyer).

(D3) *Teoría reflexiva del derecho comparado*. Según esta teoría, la comparación jurídica permite al Juez adquirir mayor distancia respecto del ordenamiento en el cual ejerce su propia jurisdicción, permitiéndole comprender mejor sus características. Como ha indicado Mary Ann Glendon, "el derecho comparado no da modelos o soluciones. El conocimiento de la experiencia extranjera conduce a adquirir una forma de auto comprensión que constituye un primer y necesario requisito para elaborar un abordaje propio de nuestros problemas".[56] En otras palabras, la comparación resulta útil a los Jueces porque les permite reconocer falsas exigencias locales, prever las consecuencias de cierta decisión e identificar los propósitos políticos del derecho a aplicar. Si la atención está puesta en el uso del argumento comparativo por parte de los tribunales, pueden identificarse dos versiones de la teoría reflexiva. La primera, que podemos denominar 'interna', sostiene que en la consideración del derecho extranjero los Jueces no deben aspirar a uniformar los ordenamientos jurídicos, sino simplemente adquirir mayor conciencia del contexto local en el que operan.[57] La segunda versión de la teoría reflexiva, que podemos llamar 'externa' parte, en cambio, del supuesto según el cual en la época de la globalización, los individuos "se encuentran siempre más expuestos a condicionamientos culturales similares, si no idénticos" y deben afrontar a menudo los mismos problemas políticos y sociales, como por ejemplo, el cambio climático y la lucha contra el terrorismo.[58] Este fenómeno tiende a favorecer un desarrollo paralelo de la legislación y de la jurisprudencia dentro de los distintos ordenamientos, sin naturalizar con ello sus diferencias. Desde esta perspectiva, el derecho comparado no es simplemente un medio de autoreflexión del Juez, sino que puede brindar una visión más clara y precisa de algunas líneas de desarrollo del derecho a escala global.

---

[56] Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1989 p. 142.

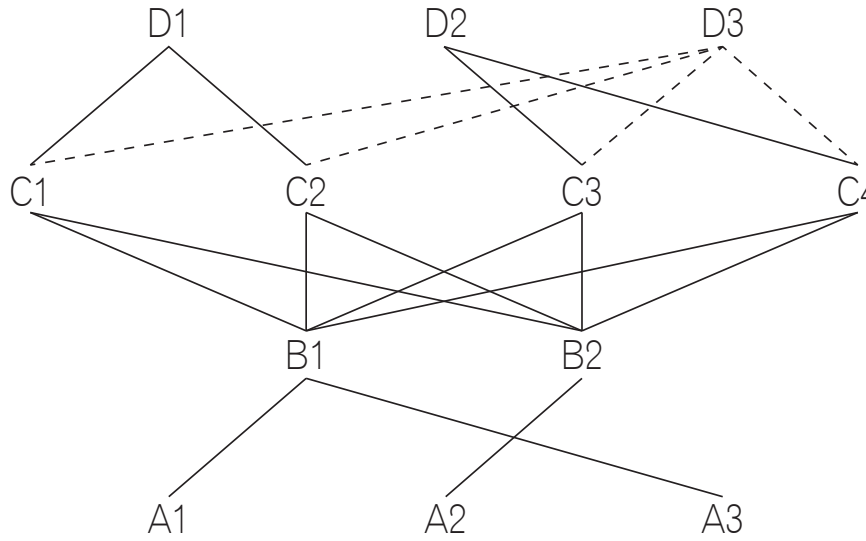
[57] *Cfr.* Else Øyen, "The Imperfection of Comparisons", en Else Øyen (ed.), *Comparative Methodology: Theory and Practice in International Social Research*, Sage, Londres, 1990, pp. 1-18.; P. Legrand, "The Same and the Different", art. cit. Según este enfoque, "las analogías y las presunciones de similitud deben ser abandonadas a modo tal de favorecer una genuina percepción de la distancia y de la diferencia [entre ordenamientos]", en (Günter Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 26, 1985, p. 453). Dicho en otros términos, el fin de la comparación consiste en "dar cuenta de [su] objeto extraño a nosotros" (Jack M. Balkin, Sanford Levinson, "The Canons of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998, p. 1005). Para una discusión crítica de este abordaje, véase "Profili ermeneutici della comparazione giuridica", en Giuseppe Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 45-59.

[58] Rosalind Dixon, "A Democratic Theory of Constitutional Comparison", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, p. 961. Sobre este punto véase también M. Tushnet, art. cit., p. 1285.

Cuando es utilizado como una teoría normativa, el enfoque reflexivo no permite a los Jueces "tomar prestadas" soluciones jurídicas adoptadas en otros lugares, ni trasplantar una disciplina jurídica de un ordenamiento a otro: las normas jurídicas de otros ordenamientos no pueden ser usadas para rellenar lagunas ni para interpretar el derecho local. La comparación puede tener sólo un efecto indirecto sobre la decisión del Juez, clarificando el contexto local o global en el cual la decisión se inserta. Con respecto a la justificación de las normas extranjeras a considerar al momento de la comparación, la teoría reflexiva autoriza el uso de una amplia gama de técnicas argumentativas. Ello justifica recurrir al argumento teleológico (C1), al argumento principalista (C2), al argumento consecuencialista (C3) y al argumento histórico-genético (C4). Al mismo tiempo, sin embargo, esta teoría reconfigura radicalmente el modo en que la comparación debe llevarse a cabo: debilita la relación de coherencia entre normas extranjeras y normas locales sobre las que el argumento comparativo se basa, y conduce a concebir el derecho extranjero como una simple fuente de inspiración para los Jueces.[59]

Sobre la base del análisis aquí propuesto es posible representar la estructura inferencial del argumento comparativo, considerándolo en sus diversas declinaciones, mediante el siguiente diagrama:

[59] Un abordaje normativo de este tipo fue adoptado por el Juez Kriger en *Du Plessis v. De Klerk* [1996] (3) SALR 850 (CC), 911-918. Para un análisis de esta decisión, véase Sujit Choudhry, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, vol. 74, 1999, pp. 859-860.



El diagrama ilustra las condiciones de justificación del argumento en la jurisprudencia contemporánea. Estas condiciones pueden ser descritas como cadenas de razonamiento, articuladas inferencialmente, que identifican los caminos argumentativos que un tribunal puede adoptar para justificar, de modo satisfactorio y exhaustivo, la propia decisión con ayuda de la comparación jurídica.[60] Cada nivel del diagrama (A, B, C, D) identifica una elección discrecional que el Juez debe hacer en caso que recurra a esta técnica argumentativa. El nivel (A) comprende la elección de una de las tres versiones base del argumento: interpretativa positiva, interpretativa negativa e integrativa; el nivel (B) concierne, en cambio, a la elección de la relación de similitud entre las normas objeto de comparación; el nivel (C) comprende la individualización del argumento idóneo para justificar la norma de derecho extranjero utilizada como premisa del argumento; el nivel (D), finalmente, concierne a la adhe-

[60] Desde un punto de vista pragmático, estas condiciones vuelven explícitos los compromisos argumentativos que un Juez asume frente al auditorio compuesto por los representantes legales de la Parte y de los otros Jueces, que podrían ser llamados a juzgar el caso o intervenir en la controversia, cuando usa el razonamiento comparativo. Pronunciando (A1), por ejemplo, una Corte cumple con una secuencia de actos lingüísticos que la compromete con (B1) y que resulta incompatible con (B2); el compromiso con (B2) puede ser satisfecho pronunciándose por (C1), (C2, (C3) o (C4). En el caso de que el tribunal se pronuncie por (C1), se compromete con (D1) o con (D3), que son incompatibles con (D2).

sión del Juez a la teoría del derecho comparado en la que se fundan las elecciones discrecionales precedentes.

El diagrama puede ser leído de abajo hacia arriba y viceversa. Si se lo lee partiendo desde abajo, muestra bajo qué condiciones se encuentran justificadas la versión interpretativa positiva, interpretativa negativa e integrativa, respectivamente. Ello permite evidenciar qué compromisos argumentativos asume el Juez al utilizar cada una de las versiones del argumento, y cómo estos compromisos pueden ser satisfechos cuando se le solicite al Juez justificar las decisiones discrecionales mencionadas anteriormente. Por ejemplo, el uso de la versión interpretativa positiva del argumento (A1) está justificado cuando la norma local y la norma extranjera son similares de un modo relevante (B1); la elección de la norma extranjera a utilizar como premisa puede estar a su vez justificada, alternativa o conjuntamente, mediante el argumento teleológico (C1), el argumento principialista (C2), el argumento consecuencialista (C3), y/o el argumento histórico-genético (C4). Si la decisión parte de la base del argumento teleológico, entonces el tribunal adhiere a una teoría universalista (D1) o a una teoría genética (D2) del derecho comparado. [Nótese que la relación inferencial de (C1), (C2), (C3), (C4) con (D3) está marcada por una línea discontinua; esto es porque la teoría reflexiva no justifica, en sentido estricto, los usos interpretativos e integrativos del argumento]. Una lectura del diagrama que va de arriba hacia abajo, en cambio, pone en evidencia de qué modo la adhesión a una determinada teoría del derecho comparado condiciona el camino argumentativo del Juez y las decisiones que éste toma en cuanto a la motivación de la sentencia, cuando hace uso del argumento comparativo.

Vale la pena subrayar que las condiciones de justificación reconstruidas en este ensayo no son reducibles a las condiciones de validez lógica de un argumento, ni provienen de principios generales de la interacción lingüística que rigen una situación comunicativa ideal,[61] ni transmiten valoraciones de tipo moral o político con respecto al uso del derecho extranjero por parte de los tribunales. Estas condiciones fueron reconstruidas examinando el modo en que los Jueces de hecho motivan sus

[61] *Cfr.* Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1983, en esp. cap. 3

decisiones y elaboran reglas y modelos argumentativos capaces de explicar esta práctica. Se trata, entonces, de condiciones *a posteriori* y revisables, aunque describan reglas y modelos de justificación generalmente de larga duración, que contribuyen a identificar una tradición jurídica o incluso una época del derecho. Estos estándares operan en el discurso de los Jueces como "razones infraestructurales"[62] en la motivación de la sentencia: ellos modelan el proceso argumentativo estableciendo su punto de inicio, sus pasos necesarios, y seleccionando al mismo tiempo las conclusiones admisibles. El estudio de estas razones permite distinguir los usos apropiados o correctos de un argumento de aquellos inapropiados o incorrectos, haciendo posible la explicitación de sus premisas en beneficio de los destinatarios de la decisión, de los demás Jueces y de la opinión pública. El diagrama aquí trazado puede, sin embargo, ser entendido como una especie de mapa de una porción circunscripta, pero no menos significativa, del "espacio de razones" en el cual el discurso judicial se encuentra inmerso. Tales razones no constituyen un mero apoyo retórico de la actividad del Juez sino que son más bien un elemento constitutivo de aquello que el derecho, de hecho, es.[63]

Hay todavía un punto a considerar en este ensayo. Hemos visto que las teorías del derecho comparado implícitamente adoptadas por los Jueces no son neutrales: los tribunales se inspiran en debates teóricos que refieren a la naturaleza y la finalidad de la comparación jurídica para justificar sus decisiones. Esto tiene algunas implicaciones interesantes con respecto a la relación entre teoría y práctica jurídica. Consideremos, por ejemplo, las doctrinas de la "fertilización cruzada" y del "diálogo entre las cortes" mencionadas al comienzo, las cuales sostienen, típicamente, una teoría universalista del derecho comparado. En realidad, estas doctrinas operan en el razonamiento jurídico como profecías autocumplidas.[64] La explicación teórica de aquello que sucede cuando un tribunal compara el derecho local con el derecho extranjero se transforma en una predicción de las consecuencias producidas por

---

[62] Michael Bratman, *Intention, Plans and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, p. 180.

[63] He sostenido esta tesis de modo más extenso en Damiano Canale y Giovanni Tuzet, "Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale", *Analisi e diritto*, 2014, pp. 195-209.
La noción de 'espacio de razones' fue introducida en el debate filosófico por Wilfried Sellars, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), (1956) 1997, §36.

[64] Sobre esta noción, véase Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, Free Press, Nueva York, 1968, p. 477.

esta actividad, que el mismo tribunal cumplirá. Esto, porque los Jueces utilizan explicaciones teóricas del derecho comparado presentes en el discurso de los comparativistas, como *premisas normativas* de su decisión, generando el mismo fenómeno que las teorías pretenden describir. Cuando esto sucede, las teorías son usadas como meta-normas de la argumentación, que permiten sostener ciertas decisiones judiciales y rechazar otras. Afirmar, entonces, que el uso del argumento comparativo lleva actualmente a los tribunales a armonizar los respectivos ordenamientos y a sentar las bases para un derecho global, podría ser una estrategia eficaz para que esto suceda realmente en un futuro próximo.

6. Fuentes

6.1. Bibliohemerografía

Aarnio, Aulis, *On Legal Reasoning*, Turun Yliopsito, Turku, Finlandia, 1977.

Adams, Maurice y Heirbaut, Dirk (ed.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Hart, Oxford-Portland, 2014.

Alchourrón, Carlos E., bulygin, Eugenio, "The Expressive Conception of Norms", en hilpinen, Risto (ed.), *New Essays in Deontic Logic*, Reidel, Dodrecht, 1981, pp. 95-124.

Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1983,

Annus, Taavi, "Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 14, 2004, pp. 301-350.

Balkin, Jack M. y Levinson, Sanford, "The Canons of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998, pp. 963-1024.

Beatty, David, "The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments", *The Modern Law Review*, vol. 60, 1997, pp. 481-498.

Bobek, Michal, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts,* Oxford University Press, Oxford, 2013.

Brand, Oliver, "Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 405-466.

Brandom, Robert B., *Between Saying and Doing. Toward an Analytic Pragmatism*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Bratman, Michael, *Intention, Plans and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

Bronaugh, Richard, "Persuasive Precedent", en Laurence Goldstein (ed.) *Precedents in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 217-247.

Canale, Damiano, "Use and Abuse of Intratextual Argumentation in Law", *Cogency*, vol. 3, 2011, pp. 33-52. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=2887994

Canale, Damiano, "Il ragionamento giuridico", en Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* Torino, Giappichelli, 2013, pp. 316-351.

_____, "Comparative Reasoning in Legal Adjudication", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 28, núm. 1, 2015, pp. 5-27.

_____ y Tuzet, Giovanni, "The A Simili Argument: An Inferentialist Setting", *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 499-509.

_____, "Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale", *Analisi e diritto*, 2014, pp. 195-209.

Carraciolo, Ricardo, El Derecho desde la Filosofía, Ensayos, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Madrid, 2009.

Choudhry, Sujit, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, vol. 74, 1999, pp. 819-892.

Corradetti, Claudio, "Can Human Rights Be Exported? On the Very Idea of Human Rights Transplantability", en Antonina B. Engelbrekt y Joakim Nergelius (eds.) *New Directions in Comparative Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2009, pp. 40-55.

Davis, Martha F., "Shadow and Substance: The Impacts of the Anti-international Law Debate on State Court Judges", *New England Law Review*, vol. 47, 2013, pp. 631-652.

Dixon, Julie, "How Many Legal Systems? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and the Relations between, Legal Systems in the European Union", *Problema. Anuario de filosofía e teoría del derecho*, vol. 2, 2008, pp. 9-50.

Dixon, Rosalind, "A Democratic Theory of Constitutional Comparison", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, pp. 947-998.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.

Eemeren, Frans H. van, *Strategic Maneuvering in Argumentative Discourse. Extending the Pragma-dialectical Theory of Argumentation*, Benjamins, Ámsterdam-Philadelphia, 2010.

_____, y Grootendorst, Rob, *Argumentation, Communication, and Fallacies. A Pragma-dialectical Perspective,* Lawrence Erlbaum, Hillsdale, 1992.

_____, *A Systemic Theory of Argumentation. The Pragma-dialectical Approach*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Endicott, Timothy, "Legal Interpretation", en Marmor, Andrei (ed.), *The Routledge Companion to the Philosophy of Law*, Routledge, Nueva York, 2012, pp. 109-122.

Eskridge, William N. Jr., "United States: *Lawrence v. Texas* and the Imperative of Comparative Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, pp. 555-560.

Fedtke, Jörg, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?* Routledge, New York, 2006.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, "Foreign Precedents in Mexican Constitutional Adjudication", *Mexican Law Review*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 293-307.

Fontana, David, "Refined Comparativism in Constitutional Law", *UCLA Law Review*, vol. 49, 2001, pp. 539-623.

Frankenberg, Günter, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 26, 1985, pp. 411-456.

Gelter, Martin y Siems, Mathias M., "Citations to Foreign Courts--Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, pp. 35-85.

Geoffrey, Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, Oxford-Portland, 2014.

Glendon, Mary Ann, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.

Green, Leslie, *The Authority of the State*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

Groppi, Tania y Ponthoreau, Marie-Clair (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart, Oxford-Portland, 2013.

Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2014.

Häberle, Peter, *Europäische Verfassungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2002.

Hart, Herbert L. A., "Legal and Moral Obligation", Abraham I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle, 1958, pp. 82-107.

_____, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory,* Oxford University Press, Oxford, 1982.

_____, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

Jackson, Vicki, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Kahn-Freund, Otto, "On Uses and Misuses of Comparative Law", *Modern Law Review*, vol. 37, 1974, pp. 1-27.

Khosla, Madhav, "Inclusive Constitutional Comparison: Reflections on India's Sodomy Decision", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011, pp. 909-934.

Kumm, Mattias, "The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty", *European Law Journal*, vol. 11, 2005, pp. 262-307.

Legrand, Pierre, "Beyond Method: Comparative Law As Perspective", *American Journal of Comparative Law*, vol. 36, 1988, pp. 788.

_____, "The Same and the Different", en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.) *Comparative Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 240-311..

Legrand, Pierre y Munday, Roderick (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

Lenaerts, Koen, "Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, pp. 873-906.

Lollini, Andrea, "Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi "forte" e "debole" a confronto", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 61, 2012, pp. 973-1017.

_____, "The South African Constitutional Court Experience. Reasoning Patterns Based on Foreign Law", *Utrecht Law Review*, vol. 8, 2012, pp. 55-87.

Lund, Nelson y Mcginnis, John O., "*Lawrence v. Texas* and Judicial Hubris", *Michigan Law Review*, vol. 102, núm. 7, 2004, pp. 1555-1614.

MacCormick, Neil, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

_____, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Maduro, Miguel P., "Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism", *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, 2007, pp. 1-21.

Markesinis, Basil, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart, Oxford-Portland, 2004.

_____ y Fedtke Jörg, "The Judge as Comparatist", *Tulane Law Review*, vol. 80, 2005/2006, pp. 11-167.

_____, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, traducción de Anna Taruffo, Il Mulino, Bolonia, (2006) 2009.

Markwick, Paul, "Law and Content-Independent Reasons", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000, pp. 579-596.

Mattei, Ugo, *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997.

Merton, Robert K., *Social Theory and Social Structure*, Free Press, Nueva York, 1968.

Monateri, Pier Giuseppe (ed.) *Methods of Comparative Law,* Elgar, Cheltman-Northampton, 2012,.

_____ y Sacco, Rodolfo, "Legal Formants", en Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, MacMillan, Londres, 1998, vol. 2, pp. 531-33.

Øyen, Else, "The Imperfection of Comparisons", en Else Øyen (ed.), *Comparative Methodology: Theory and Practice in International Social Research*, Sage, Londres, 1990, pp. 1-18.

Parrish, Austen L., "Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law", *University of Illinois Law Review*, vol. 2, 2007, pp. 637-680.

Pescatore, Pierre, "Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 32, 1980, pp. 337-359.

Peters, Anne y Schwenke, Heiner, "Comparative Law beyond Post-Modernism", *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 49, 2000, pp. 800-834.

Posner, Eric y Sunstein, Cass, "The Law of Other States", *Stanford Law Review*, vol. 59, 2006, pp. 131-180.

Raghavan, Vikram, "Navigating the Noteworthy and Nebulous in Naz Foundation", *NUJS Law Review*, vol. 11, 2009, pp. 397-417.

Ratti, Giovanni Battista, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008.

Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979.

_____,*The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

_____, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

Sacco, Rodolfo, , "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)", *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, pp. 1-34.

Scalia, Antonin, "Foreign Legal Authority in the Federal Courts", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 305-310.

Schauer, Frederick, "Authority and Authorities", *Virginia Law Review*, vol. 94, 2008, pp. 1931-1961.

_____, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Boston-New York, 2009.

_____, "On the Nature of the Nature of Law", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 98, 2012, pp. 457-467.

Sellars, Wilfried, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), (1956) 1997.

SLAUGHTER, Anne-Marie, "Judicial Globalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 1103-1124.

TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano,1980.

TUSHNET, Mark, "The Possibilities of Comparative Constitutional Law", *The Yale Law Journal*, vol. 108, 1999, pp. 1225-1309.

VAN HOECKE, Mark (ed.), *Epistemology and Comparative Law*, Hart, Oxford-Portland, 2004.

VELLUZZI, Vito, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*. Giappichelli, Torino, 2002.

WALDRON, Jeremy, *"Partly Laws Common to All Mankind": Foreign Law in American Courts,* Yale University Press, New Haven, 2012.

WALTON, Douglas, *Informal Logic. A Pragmatic Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

_____, REED, Chris y Fabrizio MACAGNO, *Argumentation Schemes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgo, 1974.

WOODS, John y WALTON, Douglas, *Fallacies: Selected Papers 1972-1982,* De Gruyter, Berlín, 1989.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Legal Reasoning in Legal Interpretation", *Logique y Analyse*, vol. 12, núm. 45, 1969, pp. 3-31. Disponible en: http://www.jstor.org/stable/44083553

ZACCARIA, Giuseppe, "Profili ermeneutici della comparazione giuridica", en Giuseppe Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 45-59.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

Ejemplaridad y derecho

Amalia Amaya*

* Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM.

El razonamiento ejemplar juega un papel central tanto en la teoría como en la práctica jurídica. Por 'razonamiento ejemplar' o 'ejemplarismo' se entiende, bien el razonamiento por analogía, bien el razonamiento a partir de ejemplos, pero con independencia de que se sostenga que el razonamiento ejemplar es lógicamente equivalente al razonamiento analógico o que se identifique el mismo con el razonamiento basado en casos, esta forma de razonamiento se suele asociar, de manera casi exclusiva, con casos ejemplares.[1] Los precedentes son, sin duda, un tipo fundamental, en el contexto del derecho, de casos ejemplares. Sin embargo, existe, junto con los casos ejemplares, otro tipo de ejemplares que son, a mi parecer, extremadamente relevantes para el derecho: los Jueces ejemplares, es decir, los Jueces paradigmáticamente buenos. En este capítulo, explicaré cómo se pueden caracterizar estos ejemplares y qué papeles cumplen los mismos en una teoría del razonamiento jurídico. Este análisis también nos permitirá esclarecer la cuestión de cómo el razonamiento ejemplar y el razonamiento analógico se relacionan entre sí.

La estructura de este trabajo es la siguiente.[2] En la primera sección diferenciaré entre dos tipos de ejemplarismo, el ejemplarismo de caso y el ejemplarismo de agente, sobre el que versará el resto del capítulo. En la segunda sección articularé una concepción aretaica del ejemplarismo de agente, según la cual los Jueces ejempla-

---

1 Véase Scott Brewer, "Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy", *Harvard Law Review*, vol. 109, núm. 5, 1996, pp. 923-1028 (quien identifica el razonamiento ejemplarista con el razonamiento analógico); y Edward H. Levi, "An Introduction to Legal Reasoning", *The University of Chicago Law Review*, vol. 15, 1948, p. 501 (para una discusión del razonamiento ejemplar como razonamiento a partir de ejemplos o razonamiento 'de caso a caso').

2 Una versión anterior de este trabajo en inglés apareció en "Imitation and Analogy", en H. Kaptein y B. Van der Veldeen (eds.), *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, University of Amsterdam Press, Amsterdam, 2017.

res son, sobre todo, ejemplares de virtud. En la tercera sección discutiré distintos modelos de ejemplaridad judicial y mostraré la variedad y la amplitud del elenco de modelos que pueden resultar útiles tanto para la práctica como para la teoría jurídica. Los Jueces ejemplares nos proporcionan modelos que son dignos de ser imitados. En la cuarta sección, me ocuparé de la naturaleza de la imitación, someteré a crítica la postura según la cual el razonamiento imitativo es un tipo de razonamiento analógico y propondré una concepción de la imitación como un proceso mediante el cual se desarrolla el carácter. En la quinta sección, doy cuenta de las distintas funciones que pueden cumplir los Jueces ejemplares en el derecho. De manera más específica, sostendré que los Jueces ejemplares son fundamentales en la educación jurídica, en el desarrollo de una teoría de la argumentación jurídica y en la evolución de la cultura jurídica. Concluiré apuntando algunas líneas de investigación que valdría la pena emprender acerca de la relevancia de la ejemplaridad en el derecho.

1. Tipos de ejemplarismo

Es preciso diferenciar entre dos tipos de ejemplares jurídicos, a saber, las decisiones o los casos ejemplares y los Jueces ejemplares. La mayor parte de la literatura sobre razonamiento basado en ejemplos se ha centrado en el primer tipo de ejemplares; los segundos se han discutido, en alguna medida, en textos que tratan de ofrecer listas o biografías de Jueces excelentes; sin embargo, no parece haber habido un esfuerzo por conectar esta literatura con el desarrollo de una teoría de la argumentación ni, de manera más general, se ha explorado su relevancia para la teoría del derecho.[3] Esto es desafortunado ya que, y éste es el punto central por el que quisiera

[3] Véase Roscoe Pound, *The Formative Era of American Law*, Boston, Little Brown and Co., 1938; George Currie, "A Judicial All-Star Nine", *Wisconsin Law Review*, vol. 3, 1964, pp. 3-31; Bernard Schwartz, "The Judicial Ten: America's Greatest Judges", *South Illinois University Law Review*, vol. 405, 1979, p. 405; y James E. Hambleton, "The All Time, All-Star, All-Era Supreme Court", A.B.A. J., vol. 69, 1983, pp. 462-465. Para algunas biografías de Jueces distinguidos, véase Mads Andenas y Duncan Fairgrieve, *Tom Bingham and the Transformation of the Law,* Oxford University Press, Oxford, 2009; Howard Ball y Phillip Cooper, *Of Power and Right: Hugo Black, William O. Douglas and the America's Constitutional Revolution,* Oxford University Press, Nueva York, 1992; Howard Ball, *Hugo Black: Cold Steel Warrior*, Oxford University Press, Oxford, 1996; Gerald Gunther, *Learned Hand: The Man and the Judge*, Oxford University Press, Oxford, 2010; Edward White, *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges*, 3a rev. ed., Oxford University Press, Nueva York, 2007; John Vile (ed.), *Great American Judges: An Encyclopedia*, ABC-Clio, s.l., 2003. Tinsley Yarbrough, *Harry A. Blackmun: The Outsider Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2008 y, en México, la serie "Jueces ejemplares" publicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

abogar en este trabajo, los Jueces ejemplares, junto con los casos ejemplares, son esenciales tanto para la teoría como para la práctica jurídica. Es posible, por lo tanto, diferenciar entre dos tipos de ejemplarismo: el ejemplarismo basado en los casos, que se ocupa del papel que juegan los casos ejemplares, e.g., los precedentes, en el razonamiento jurídico y el ejemplarismo basado en el agente, que se centra en el estudio de los Jueces ejemplares.[4] Estas dos versiones del ejemplarismo no se oponen entre sí, sino que son complementarias.[5] Cada una de ellas contribuye de un modo distinto a mejorar la práctica jurídica y a teorizar acerca de la misma.

El ejemplarismo basado en los agentes puede ser fundacional o no fundacional. Conforme a la versión fundacional, la identificación de los Jueces paradigmáticamente buenos proporciona el fundamento de la teoría de la argumentación. Desde esta perspectiva, los juicios acerca de cómo deben decidir los Jueces se derivan de juicios particulares acerca de la identidad de los Jueces ejemplares. Dicha identidad tiene prioridad conceptual sobre los juicios teóricos de modo que las propiedades evaluativas de las decisiones se definen en términos de los Jueces paradigmáticamente buenos. Según esta aproximación, no existe ningún criterio que nos permita determinar qué cuenta como una buena decisión antes de identificar a los Jueces ejemplares; por el contrario, la identidad de los Jueces paradigmáticamente buenos nos proporciona las bases para construir una teoría de la toma de decisiones judiciales. Dicha teoría sería el resultado de una investigación empírica acerca de cómo los Jueces ejemplares deciden, de hecho, los casos.[6]

Esta forma ambiciosa de ejemplarismo basada en el agente me parece que es muy problemática. De manera central esta teoría asume una concepción insostenible de la construcción de teorías. No es que se compilen simplemente datos acerca de

---

[4] Véase la distinción realizada por Zagzebski entre las teorías éticas ejemplaristas cuyos ejemplares principales son las personas, las teorías ejemplaristas basadas en el acto y las basadas en los resultados. Linda Zagzebski, *Divine Motivation Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 48.

[5] Véase Amalia Amaya, "Exemplarism and judicial virtue", *The Journal of Law and Literature*, vol. 25, núm. 3, 2013, pp. 429-430.

[6] Linda Zagzebski defiende una versión fundacionista del ejemplarismo basado en los agentes tanto para ética como para epistemología. Véase Linda Zagzebski, *Divine Motivation Theory*, *op. cit.*; "Exemplarist Virtue Theory", *Metaphilosophy,* vol. 41, 2010; Linda Zagzebski, "Ideal Agents and Ideal Observers in Epistemology", en S. Hetherington (ed.), *Epistemology Futures*, Oxford University Press, Oxford, 2006; y *Exemplarist Moral Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

los ejemplares y después se construya una teoría normativa acerca de la toma de decisiones que dé cuenta de los mismos. La idea de que hay algún conjunto de hechos brutos a partir de los cuales se pueden confirmar o refutar las teorías ha sido descartada desde hace ya mucho tiempo y no parece que sea más acertada cuando se trata de datos relativos a los ejemplares. Una concepción más plausible acerca de cómo las teorías y los hechos se relacionan entre sí apela a métodos coherentistas tales como el equilibrio reflexivo. Cuando se desarrolla una teoría se trabaja desde "los dos extremos", como dice Rawls.[7] De este modo se revisan los juicios teóricos acerca de cómo deben decidirse los casos a la luz de los juicios particulares respecto a la identidad de los ejemplares; los ejemplares son, a su vez, revisables, a la luz de juicios más teóricos acerca de qué constituye una buena decisión judicial. No existe una prioridad conceptual de los juicios particulares acerca de la identidad de los ejemplares sobre los juicios teóricos acerca de cómo deben decidirse los casos, sino una relación de interdependencia entre ambos conjuntos de juicios. Asignarle a los *exempla* un rol fundacional dentro de una teoría de la argumentación se basa en una concepción insatisfactoria acerca de cómo los datos y las teorías se relacionan entre sí.[8]

Una versión no fundacional del ejemplarismo basado en el agente me parece más atractiva. Según esta versión, los *exempla* ocupan un lugar importante en una teoría del razonamiento jurídico, aun cuando no se pueda decir que proporcionan los fundamentos de dicha teoría. Hay tres funciones, me parece, que los ejemplares pueden cumplir en una teoría de la argumentación: la noción de Juez paradigmáticamente bueno es esencial para inculcar los rasgos de carácter que son necesarios para la toma de buenas decisiones judiciales, para desarrollar una teoría acerca de la excelencia en la práctica judicial y para dar cuenta de la evolución de la cultura jurídica. Me ocuparé de cada una de estas funciones en las secciones siguientes pero antes me parece necesario, con vistas a aclarar el tipo de ejemplarismo que quiero defender,

---

[7] John Rawls, *A Theory of Justice*, rev. ed, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 18.

[8] En último término, el problema no es dar a los ejemplares un papel fundacional, sino asumir que la teoría tiene que tener una estructura fundacional (sirvan o no los *exempla* como fundamento) para poder explicar y justificar la práctica. Por supuesto, es preciso que las teorías nos permitan explicar y justificar la práctica, pero dichas teorías no tienen por qué ser fundacionistas. Las estructuras coherentistas son, por diversas razones, preferibles a las estructuras tradicionales fundacionistas. Para una discusión del debate entre el coherentismo y el fundacionismo y su aplicación al derecho, véase Amalia Amaya, *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Hart Publishing, Oxford, 2015.

explicar en detalle la noción de ejemplar que me parece que es relevante para el razonamiento jurídico y, de manera más específica, para el razonamiento judicial.

2. Ejemplaridad y virtud

¿Cómo podemos identificar los *exempla*? ¿Qué es lo que hace que un Juez particular sea un Juez ejemplar? Conforme a una teoría muy influyente, desarrollada por Linda Zagzebski, los ejemplares se pueden identificar mediante la emoción de la admiración.[9] Según Zagzebski, los ejemplares son las personas admirables, donde la 'admirabilidad' se identifica a través de la emoción de la admiración. La identificación de la ejemplaridad mediante la emoción de la admiración me parece, sin embargo, problemática. Para empezar, la propuesta de identificar los ejemplares a través de la emoción de la admiración asume que la mayoría de los observadores van a encontrar al ejemplar de manera natural admirable, pero esta asunción parece ser excesivamente optimista: como dice Confucio, sólo la persona humana tiene la capacidad de juzgar con propiedad a otros como agradables o desagradables.[10] Además, no parece que la mayoría de las personas coincidan en sus sentimientos de admiración, en parte porque los juicios acerca de quién es admirable no son independientes de la teoría sino que dependen de alguna concepción previa, aun cuando no esté articulada explícitamente, de virtud. La emoción de la admiración no es una vía para identificar la ejemplaridad de una manera directa y pre-teórica: no hay emociones brutas —al igual que no hay datos brutos— sino que los juicios acerca que quién es digno de admiración están también informados por ideas teóricas preexistentes acerca del bien. Quiénes son los Jueces admirables no es algo que podemos averiguar simplemente a través de una investigación empírica, sino que tenemos alguna concepción previa de en qué consiste juzgar correctamente antes de identificar quiénes son los buenos Jueces.

En lugar de usar la emoción de la admiración como base para una teoría de la ejemplaridad, mi sugerencia es que usemos los recursos de la teoría de la virtud para

---

9 *Cfr.* J. Rawls, *A Theory of Justice, op. cit.*

10 Las analectas, 4.3., citado en Kim Myeong-Seok, reseña del libro de Amy Olberding, "Moral Exemplars in the Analects: A Good Person is That", *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2012.

describir *exempla*. Según esta aproximación aretaica al ejemplarismo, los Jueces ejemplares son aquéllos que poseen las virtudes judiciales, es decir, los rasgos de carácter que son necesarios para cumplir con excelencia las funciones que les han sido institucionalmente asignadas. Las virtudes judiciales comprenden tanto virtudes morales como virtudes epistémicas o intelectuales. La honestidad, la magnanimidad, la valentía o la prudencia se encuentran entre las virtudes morales que deben tener los buenos Jueces. El buen Juez tiene también un conjunto de virtudes intelectuales, como la apertura de mente, la perseverancia, la humildad intelectual y la autonomía intelectual. Entre las virtudes epistémicas, destaca, de manera especial, la virtud de la sabiduría práctica o *phronesis*, que es esencial para llevar a cabo con éxito la toma de decisiones judiciales. Esta virtud es necesaria para mediar entre las exigencias impuestas por las virtudes específicas en casos de conflicto, para determinar cuál es el justo medio de la virtud y para especificar qué es lo que la virtud requiere en el caso particular.[11] Por supuesto, la virtud de la justicia es central también para la toma de decisiones judiciales. Esta virtud no encaja con facilidad en las coordenadas de la teoría de la virtud: a diferencia de otras virtudes, la virtud de la justicia no se puede entender como el justo medio entre dos vicios, ni tampoco está asociada con una motivación característica.[12] A pesar de estas dificultades, no parece posible describir al buen Juez sin apelar a la virtud de la justicia: esta virtud es, como dice Hart, la más jurídica de las virtudes y una virtud especialmente apropiada para el derecho.[13] Además de las virtudes generales morales e intelectuales, las virtudes judiciales también incluyen lo que podríamos llamar la virtud de la fidelidad al derecho o de la integridad judicial que es específica del rol del Juez. Por último, la ejemplaridad en el contexto de la toma de decisiones judiciales requiere la posesión de un conjunto de virtudes institucionales, es decir, de rasgos de carácter que son necesarios para el buen funcionamiento de los órganos colegiados.[14]

---

[11] Véase Linda Zagzebski, *Virtues of the Mind,* Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 211-231.

[12] Véase Bernard Williams, *The Sense of the Past*, Princeton University Press, Princeton, 2006, pp. 205-217.

[13] Véase H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 7.

[14] Por ejemplo, las virtudes de la comunicación y las virtudes necesarias para lograr el consenso serían algunas de las virtudes requeridas para el buen funcionamiento de las instituciones. La cuestión acerca de qué virtudes facilitan el funcionamiento de las instituciones es diferente del problema de si las instituciones, al igual que los individuos, pueden poseer virtudes. Sobre este problema véase Reza Lahroodi, "Collective Epistemic Virtues", *Social Epistemology*, vol. 21, 2007 y Miranda Fricker, "Can There Be Institutional Virtues?", *Oxford Studies in Epistemology*, vol. 3, T. S Gendler y J. Hawthorne (eds.), Oxford University press, Oxford, 2010.

Los Jueces que tienen todas o algunas de estas virtudes generan admiración. Es decir, los Jueces ejemplares son también Jueces admirables. Por lo tanto, esta aproximación aretaica a la ejemplaridad preserva la importante conexión que existe entre ejemplaridad y admiración (conexión que destaca adecuadamente Zagzebski) pero sin hacer de la admiración, por las razones expuestas anteriormente, el test de la ejemplaridad. Zagzebski define el concepto de virtud en términos de admiración. Según esta concepción, una virtud es "un rasgo adquirido profundo y duradero que admiramos de manera reflexionada".[15] Pero ésta, a mi parecer, es una manera invertida de ver la relación entre virtud y admiración. Admiramos a una persona por sus virtudes, no es que una persona sea virtuosa porque la admiramos. Una aproximación aretaica a la ejemplaridad reconoce la importancia que tiene admiración en una teoría de la ejemplaridad sin definir, de manera problemática, la ejemplaridad (y la virtud) en términos de admiración.

Esta concepción aretaica de la ejemplaridad enfrenta una objeción que merece la pena considerar. Se podría argumentar que existe una tensión inherente entre el ejemplarismo y la ética de la virtud, ya que la ejemplaridad depende del contexto en mayor medida que la virtud y, por ello, una teoría ejemplarista de la toma de decisiones judiciales ofrece un estándar normativo mucho más flexible que el estándar basado en virtudes, que pretende tener validez con independencia del contexto.[16] Se podría responder a esta objeción negando la tesis según la cual una aproximación a la normatividad basada en virtudes pretende ofrecer estándares transculturales. Una teoría normativa basada en virtudes —uno podría sostener— es relativista en cuanto que diferentes culturas valoran distintas virtudes. Por lo tanto, no hay una tensión entre la teoría de la virtud y el ejemplarismo puesto que lo que cuenta como virtuoso varía con el contexto tanto como lo que cuenta como ejemplar. Esta respuesta, sin embargo, no me parece atractiva. A pesar de que existen, sin duda, versiones relativistas importantes de la teoría de la virtud,[17] una versión no relativista de las virtudes me parece una vía mucho más interesante para dar cuenta de la normatividad

[15] L. Zagzebski, *Exemplarist Moral Theory*, *op. cit.*, p. 113.
[16] Le agradezco a Masksymilian del Mar el haber formulado esta objeción.
[17] Véase, especialmente, Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2007.

con base en virtudes.[18] La respuesta a la objeción según la cual la teoría de la virtud y el ejemplarismo están en tensión porque la primera está ligada a una concepción mucho menos dependiente del contexto que el segundo, no consiste en sostener que la virtud es un concepto relativo, sino en negar que la ejemplaridad tenga que ser entendida en términos relativos. A diferencia de otras aproximaciones a la ejemplaridad —por ejemplo, de aquéllas que fundamentan los ejemplares en la emoción de la admiración— que avanzan estándares normativos que varían de manera importante con el contexto, una aproximación a la ejemplaridad basada en virtudes tiene la ventaja, a mi parecer, de dotar al ejemplarismo de los recursos necesarios para librar a la teoría de implicaciones relativistas.

Otra ventaja importante del modelo aretaico de la ejemplaridad es que nos permite dar cuenta de algunas de las cualidades que asociamos típicamente con el buen Juez. Algunos de los rasgos de carácter que he mencionado antes son rasgos que tanto los legos como los juristas identificarían con la ejemplaridad. Sería verdaderamente sorprendente que alguien dijera que la justicia no es un rasgo que esperamos que tengan los buenos Jueces. Esto es, sin embargo, compatible con que haya diferentes concepciones acerca de qué hace que un Juez sea ejemplar, dado que las virtudes se pueden especificar de modos distintos. Por supuesto, no todo el mundo tiene la misma idea de justicia ni hay acuerdo acerca de qué hace que un Juez sea justo. Por consiguiente, las personas también difieren en la identificación de quiénes son buenos Jueces.[19] Es más, puede haber también distintas formas en las que un Juez puede ser ejemplar. Es decir, hay diferentes modelos de ejemplaridad. La descripción de los Jueces ejemplares apelando a las virtudes judiciales permite esta variación, sin privar a los ejemplares de su contenido normativo, puesto que no cualquier rasgo de carácter puede contar como virtud judicial ni tampoco cualquier especificación –conforme a la aproximación no-relativista que defiendo– puede considerarse como una especificación de la virtud de la justicia. En la siguiente sección

---

18 Véase Martha Nussbaum, "Non-Relative Virtues: An Aristotelian Approach", *Midwest Studies in Philosophy*, vol. XIII, 1988.

19 Aunque, en mi opinión, el ejemplarismo tiene la ventaja de que ayuda a alcanzar acuerdos, ya que es más probable que nos pongamos de acuerdo acerca de quiénes son buenos Jueces que acerca de qué constituye una buena práctica judicial. Me ocupo brevemente de este problema en la última sección de Amalia Amaya, "Exemplarism and Judicial Virtue", *op.cit.*

examinaré distintos tipos de *exempla*; todos ellos, a mi parecer, tienen el potencial para contribuir de distintas maneras a mejorar tanto la teoría como la práctica jurídica.

3. Modelos de ejemplaridad

Los ejemplares, según he sostenido, son personas virtuosas que nos proporcionan modelos que son dignos de ser admirados e imitados. Hay, sin embargo, distintas clases de ejemplares y formas diferentes en las que uno puede ser ejemplar. Cada una de estas categorías contribuye de una manera distintiva a llevar a cabo las funciones que los ejemplares pueden cumplir en el derecho.

3.1. Ejemplos reales y de ficción

Existen ejemplos reales y de ficción. A veces, aprendemos acerca de los ejemplares y de la manera en la que los mismos enfrentaron virtuosamente las situaciones que les tocó vivir a través de experiencias de primera mano. El grupo de personas con el cual tenemos una conexión directa —nuestros profesores, padres o abuelos, los amigos y colegas— nos proporcionan en ocasiones modelos que queremos emular o que esperamos poder evitar. Pero, por suerte, el círculo de personas de las que podemos aprender es mucho más amplio que este grupo. También aprendemos acerca de la virtud de caracteres del pasado, de gente que está muy distante de nuestro trato así como de individuos ejemplares que existieron sólo en la ficción. Aprendemos de estas personas ejemplares sólo a través de la narrativa. Por ello, las narrativas son esenciales para poder ampliar el horizonte de ejemplares que admiramos o deseamos emular. La función de la narrativa es tan importante en el derecho como en cualquier otro contexto: aun cuando, sin duda, aprendemos acerca de la virtud judicial de nuestros profesores de derecho y colegas, se aprende mucho también a través de las historias que se cuentan acerca de los grandes Jueces o juristas con los cuales nunca hemos interactuado.[20]

[20] Sobre la relación entre virtudes y narrativa, el *locus classicus* es MacIntyre, *op. cit.*

Dos tipos de narrativas ponen a nuestra disposición un conjunto amplio de modelos de virtud: las narrativas históricas y las literarias. Aprendemos acerca de la virtud, judicial o de otra clase, mediante las historias que se cuentan acerca de individuos excepcionales que nunca hemos llegado a conocer, tales como los textos históricos acerca de caracteres ejemplares y las descripciones de gente admirable en los textos literarios. A pesar de que, obviamente, existen diferencias importantes entre las narrativas históricas y las literarias, ambos tipos de textos son más parecidos de lo que puede parecer a primera vista. Hasta finales del siglo XVIII, la historia fue una rama de la literatura en el mundo occidental y los textos históricos de la China imperial utilizaron de manera importante fuentes literarias.[21] Las historias acerca de gente real del pasado —tanto de aquéllos que consiguieron pasar a la historia como de los que sólo se conocen entre un círculo más reducido de personas— así como las historias acerca de gente coetánea son, en aspectos importantes, como las narrativas literarias. No obstante, con independencia de las conexiones que puedan existir entre las narrativas históricas y las literarias, ambos tipos de narrativas son esenciales para el ejemplarismo en cuanto que proporcionan modelos a imitar más allá de aquéllos de los que tenemos experiencia de primera mano. El repertorio relevante de *exempla* incluye, por lo tanto, no sólo ejemplos reales de los que tenemos experiencia de primera mano sino también aquéllos que sólo llegamos a conocer a través de las narrativas históricas así como ejemplos ficticios descritos en el cine y la literatura.

3.2. Ejemplos positivos y negativos

Los ejemplares pueden ser positivos o negativos. Los 'anti-ejemplares' dan lugar a una serie de preguntas muy interesantes. ¿Funcionan igual de bien que los ejemplares positivos como modelos para regular la conducta? En contra de la relevancia de los ejemplares negativos se ha argumentado que los buenos y los malos modelos no son objetos miméticos igualmente fuertes.[22] Zagzebski también ha sostenido que "es más fácil modelarnos en lo que queremos ser que en lo que queremos evitar" y ha

[21] Sor-Hoon Tan, "Imagining Confucius: Paradigmatic Characters and Virtue Ethics", *Journal of Chinese Philosophy*, vol. 32, núm. 414, 2005, p. 416.
[22] Véase Fossheim, discutido en Zagzbeski, *Exemplarist Moral Theory*, *op. cit.*, p. 135.

puesto en duda el valor educativo de los ejemplares negativos.[23] Sin embargo, existe evidencia empírica a favor de la tesis según la cual los ejemplares negativos tienen fuerza motivacional y que los métodos de enseñanza que exponen a los alumnos tanto a modelos positivos como negativos son más efectivos –al menos en los dominios estudiados– que la exposición exclusiva a ejemplos positivos.[24] Por lo tanto, parece necesario otorgar a los ejemplares de vicios judiciales, junto con ejemplares de virtud judicial, un lugar dentro de una teoría de la ejemplaridad judicial.[25]

El valor potencial de los ejemplos negativos refuerza la tesis de que la literatura contribuye de manera importante a aumentar el repositorio de *exempla*, dado que, con frecuencia, los Jueces de ficción son modelos de vicio judicial, más que modelos de virtud judicial. Los Jueces se describen en la literatura en muchas ocasiones como corruptos (como en *Medida por medida* [1604] de Shakespeare, en *Hécuba* [424 a. C.] de Eurípides o en *El Sueño de las Calaveras* [1631] de Quevedo), indiferentes (como en *El último día de un condenado a muerte* [1829] de Víctor Hugo, en *Gargantúa y Pantagruel* [1534] de Rabelais o en *Resurrección* [1899] de Tolstoi), excesivamente formalistas (como en *El Mercader de Venecia* [1600] de Shakespeare) o simplemente como tontos (como en *La apelación* [2008] de Grisham o en *Cien Años de Soledad* [1967] de García Márquez). Pero, dados los beneficios que se derivan de usar tanto ejemplos positivos como negativos, esto no va en detrimento del valor de la literatura como fuente de ejemplaridad judicial. La reflexión acerca de ejemplos de vicio permite a los Jueces apreciar las serias consecuencias que tiene el vicio judicial y esto puede llevarles a ver la importancia de cultivar las virtudes judiciales al igual que a comprender, por contraste, qué es lo que requiere la virtud judicial.

---

23 *Ibidem*, p. 31.

24 Véase Paul A. Haack, "Use of Positive and Negative Examples in Teaching the Concept of Music Style", *Journal of Research in Music Education*, vol. 20, núm. 4, 1972, y P. Lockwood *et al.* "The Impact of Positive and Negative Fitness Exemplars on Motivation", *Basic and Applied Social Psychology*, vol. 27, núm. 1, 2005.

25 Véase, Graeme Williams, *A Short Book of Bad Judges*, Simmonds and Hill Publishing, Londres, 2013.

3.3. Héroes, santos, sabios y ejemplos ordinarios

Tres categorías principales se discuten bajo la noción de ejemplar: el santo, el héroe y el sabio.[26] Estas figuras representan formas diferentes, e irreducibles, de ejemplaridad, que se identifican con el cuidador, el valiente y el justo, respectivamente.[27] Estas categorías también se suelen asociar con virtudes predominantes, a saber, la caridad, la valentía y la sabiduría.[28] Aun cuando estos tipos son, sin duda, importantes *exempla*, es esencial destacar que no sólo los grandes héroes, los santos y los sabios nos proporcionan buenos modelos a emular sino que la gente ordinaria también constituye una categoría esencial dentro de la ejemplaridad. Los héroes ordinarios —es decir, la gente que no ha hecho cosas excepcionales de una manera extraordinaria pero que, de todos modos, ha enfrentado de un modo sobresaliente los problemas comunes y las dificultades cotidianas con admirable comprensión del sentido de la vida y de lo que es realmente importante— son fundamentales para aprender acerca de rasgos básicos de la experiencia moral cotidiana. De manera similar, en el contexto del derecho, aprendemos no sólo de los Jueces que han tenido que resolver casos importantes que implican dilemas morales o de los que han trabajado en regímenes que les obligaron a enfrentar serios peligros y a tener que combatir grandes males —como el régimen Nazi o el *apartheid* en Sudáfrica—, sino también de los Jueces que se han ocupado de casos rutinarios y que han trabajado en circunstancias menos excepcionales.[29]

---

[26] Véase Zagbezski, *Exemplarist Moral Theory*, cap. 3. Véase también Julia Markovits, "Saints, Heroes, Sages and Villains", *Philosophical Studies*, vol. 158, 2012.

[27] Para una defensa de la posición según la cual existen diferentes tipos, irreducibles, de ejemplaridad moral, véase Lawrence A. Blum, "Moral Exemplars: Reflections on Schindler, the Trocmes, and Others", *Midwest Studies in Philosophy*, vol. XIII, 1988, pp. 196-221. Para una discusión de algunos estudios que muestran que la excelencia moral puede ser ejemplificada de diversas maneras, véase Lawrence J. Walker y Karl H. Hennig, "Differing Conceptions of Moral Exemplarity: Just, Brave, and Caring", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 86, 2004.

[28] Zagzebski, *Exemplarist Moral Theory*, *op. cit.*, p. 96.

[29] La relevancia de los ejemplos comunes u ordinarios para la educación en virtudes de los Jueces no pasó desapercibida a Wigmore. Tras describir la carrera de Ervoan Heloury Kermartin de Tréguier, en Bretaña, quien más tarde fuera canonizado como San Ivo, patrón de los abogados, Wigmore señaló: "[San Ivo] llevó a cabo su carrera como un hombre ordinario, en las mismas condiciones que rodean a cualquier abogado y a cualquier Juez en cualquier tiempo y en cualquier lugar. ¡Que sea pues consagrado en nuestras aspiraciones como ejemplo de un ideal de justicia alcanzable en la vida real por un miembro de nuestra profesión!" (John Wigmore, "St. Ives, Patron Saint of Lawyers", *Fordham Law Review,* vol. 5, 1936, p. 407). De manera análoga, Burnett escribió: "Ninguna parte de la historia es más instructiva y agradable que la vida de los grandes hombres… Pero las vidas de los héroes y los príncipes están generalmente repletas de las grandes cosas que hicieron, que pertenecen a una historia general, más que particular, y

Los ejemplares ordinarios son también de la mayor importancia para el desarrollo teórico. La teoría moral se centra, en muchas ocasiones, en las tensiones descarnadas características de los dilemas morales, así como la teoría del derecho se ocupa, de manera fundamental, de los problemas que presentan los casos difíciles en los que hay profundos conflictos de valores. Sin embargo, la vida moral ordinaria (al igual que la vida del derecho) transcurre muchas veces sin conflictos severos, lo que no quiere decir que no presente grandes retos morales. Las narrativas de los héroes ordinarios nos ayudan a desarrollar una teoría de la virtud y, de manera más específica, de la virtud judicial, que en lugar de centrarse en los casos extremadamente difíciles, tiene los recursos para dar cuenta del conjunto de la experiencia moral y proporciona una guía útil para las circunstancias ordinarias que caracterizan la mayor parte de nuestra vida cotidiana.[30]

3.4. Ejemplares parciales y completos

La ejemplaridad no requiere la posesión de todas las virtudes. De manera similar, conforme al modelo de ejemplaridad basado en la admiración, los ejemplares tampoco tienen que ser admirables en todos sus rasgos al máximo grado. La mayoría de los ejemplares nos proporcionan modelos parciales, más que completos, de virtud. Algunos ejemplares, sin embargo, poseen un conjunto inusualmente amplio de virtudes, mientras que otros son *exempla* de alguna virtud en particular, pero no son ejemplares considerados en su totalidad. Existe otra distinción, relacionada, entre 'parangones morales', que ejemplifican qué es ser una buena persona, y 'modelos de rol', que son específicos de un dominio. No obstante, aun cuando la mayoría de los ejemplares judiciales (o, en realidad, la mayoría de los ejemplares en general) no lleguen a ser ejemplares completos, son útiles en cuanto modelos que son dignos de ser imi-

que divierten a los lectores presentándoles a su imaginación un espléndido despliegue de grandeza en vez de ofrecerles lo que realmente es útil para ellos… Sin embargo, las vidas privadas de los hombres, aunque rara vez entretienen al lector con tal variedad de pasajes, como hacen las otras, desde luego le ofrecen cosas más imitables, y les presentan la sabiduría y la virtud no sólo como una idea hermosa, que se ve con frecuencia como un mero producto de la invención y la fantasía del escritor, sino en ejemplos tan sencillos y familiares que lo guían y lo persuaden mejor" (Gilbert Burnett, *The Life and Death of Sir Matthew Hale, Kt. Lord Chief of Justice of England*, University of Michigan, Michigan, 1805, iii-v).

30 Véase Amy Olberding, *Moral Exemplars in the Analects: The Good Person is That*, New York, Routledge, Nueva York, 2012, p. 8.

tados, herramientas útiles para teorizar acerca de la excelencia e instrumentos para el desarrollo del derecho. Además, hay evidencia de que los modelos, para ser verdaderamente inspiradores, deben reflejar comportamientos que los aprendices consideran alcanzables, lo que hace que los ejemplos parciales (y la gente ordinaria, a diferencia de las categorías de los sabios, los héroes y los santos) sean extremadamente útiles para modelar la conducta.[31]

3.5. *Exempla* y otros ideales normativos

Hasta ahora he sostenido que los Jueces ejemplares poseen los rasgos de carácter necesarios para la buena toma de decisiones judiciales en un grado mayor que la mayoría de los Jueces, pero que no tienen que poseer todas las virtudes ni encarnarlas a la perfección. Esto diferencia a los ejemplares de otros tipos de ideales normativos que están más alejados de lo que es humanamente alcanzable. Conforme a la versión del ejemplarismo que estoy defendiendo, el Juez Hércules, imaginado por Dworkin, no sería un Juez ejemplar. A diferencia de Hércules, los ejemplares no tienen ninguna destreza, habilidad o rasgo de carácter súper-humano. Hércules es un ideal que se aparta de las condiciones y los recursos humanos y esto pone en tela de juicio su capacidad para ofrecer un ideal normativo relevante para Jueces reales, es decir, un estándar que sea capaz de guiar y mejorar la práctica jurídica. Por el contrario, los ejemplares son ideales normativos a los que los Jueces se pueden aproximar. Los ejemplares también se diferencian de otros ideales normativos que, a pesar de ser realizables por Jueces de carne y hueso, no están encarnados. El ideal de 'la persona virtuosa', 'el *spoudaios*' o 'el *phronimos*' son ejemplos de ideales normativos que no asumen capacidades que estén más allá de las humanas pero que, sin embargo, carecen de la encarnación y la concreción de los *exempla*.[32] Los ejemplares, como argumentaré más abajo, no son sólo instancias de una concepción abstracta de virtud, sino que su poder como herramientas para el desarrollo personal y profesional, y para el desarrollo de la teoría y le evolución de la cultura está íntimamente

[31] Véase Dennis J. Moberg, "Role Models and Moral Exemplars: How Do Employees Acquire Virtues by Observing Others", *Business Ethics Quarterly*, vol. 10, núm. 3, 2000.

[32] Para una discusión de estos ideales, véase George Duke, "The Aristotelian Spoudaios as Ethics Exemplar in Finnis' Natural Law Theory", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 2, 2013 y D. Russell, *Practical Intelligence and the Virtues*, Oxford University Press, Oxford, 2009, capítulo 4.

vinculadaa con su particularidad. En toda su riqueza, imperfección y especificidad, los *exempla* nos proporcionan modelos que son dignos de imitación. La siguiente sección examina el proceso de imitación así como el tipo de razonamiento ejemplar que es operativo en el razonamiento imitativo.

4. Imitación y carácter

La imitación es un tema que ha sido recientemente objeto de intenso estudio en distintas disciplinas como neurociencias, psicología, comportamiento animal, ciencias de la computación, educación, antropología, estudios sobre medios de comunicación masiva y filosofía.[33] Ha surgido, por lo tanto, un renovado interés en el que fue históricamente un pilar fundamental del estudio de la retórica, la música y las artes, pero cuya relevancia fue desvaneciéndose gradualmente al dársele una importancia desconocida hasta entonces a la innovación y a la idea de autoría.[34] Sin embargo, investigaciones recientes han mostrado que la imitación, lejos de ser una forma anticuada de embarcarse en actividades literarias o artísticas, es una habilidad peculiar que está ligada a capacidades característicamente humanas como el lenguaje y la lectura de mente que juegan un papel fundamental en la acumulación cultural y la evolución.[35] Además, la imitación también tiene una importancia central en el desarrollo moral y es un aspecto esencial de la empatía.[36] ¿En qué consiste la imitación? Se puede diferenciar entre dos caminos que llevan a la imitación: un 'camino bajo' que conduce a la imitación de comportamiento observado específico, que está codificado en nuestra estructura cognitiva y que tiene una base neuronal, a saber, el sistema neurológico espejo, y un 'camino alto', que está mediado por la activación de rasgos de la personalidad y estereotipos sociales que llevan a los observadores a adecuar su comportamiento a patrones generales de comportamiento.[37] Esta influencia

---

[33] Para una útil introducción, véase Susan Hurley y Nick Chater (eds.), *Perspectives on Imitation*, MIT, Cambridge, 2005.

[34] Véase John Frow, "An Ethics of Imitation", *Angelaki*, vol. 14, núm. 1, 2009, quien discute la transición de un 'régimen clásico', que valora la imitación a un 'régimen moderno', que se basa en la idea de autoría.

[35] Véase Susan Hurley y Nick Chater, "Introduction: The Importance of Imitation", *Perspectives on Imitation*, *op. cit*., p. 14. Véase también Philip S. Gerrans, "Imitation, Mind Reading and Social Learning", *Biological Theory*, vol. 8, 2013.

[36] Véase Jean Decety, "Empathy, Imitation and the Social Brain", Amy Coplan y Peter Goldie (eds.), *Empathy: Philosophical and Psychological Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

[37] Véase Ap. Dijksterhuis, 'Why We are Social Animals: The High Road to Imitation as a Social Glue", Hurley y Chater (eds.), *Perspectives on Imitation*, *op. cit*., pp. 207-221.

imitativa puede ser automática o deliberada, es decir, puede ser el resultado de una selección consciente de modelos de comportamiento. Aquí me ocuparé de manera exclusiva del camino alto, deliberativo, de la imitación, ya que es el tipo de imitación que es más relevante para la teoría y la práctica jurídica.

Ahora bien, ¿cómo funciona el proceso de imitación? La imitación no puede considerarse como un proceso automático mediante el cual se copia, sin más, el comportamiento del ejemplar sino que es una actividad racional. De manera más específica, la imitación se podría entender como una forma de razonamiento analógico. Los caracteres paradigmáticamente buenos podrían proporcionar la base para el siguiente argumento:

> Se debe emular a P.
>
> P hizo x en la situación y.
>
> La situación actual es similar a y.
>
> Por lo tanto, se debe hacer x.[38]

Entender la imitación como una forma de razonamiento analógico saca a la luz en qué medida el proceso de imitación involucra el ejercicio de la razón. Sin embargo, hay varios problemas con esta concepción del tipo de razonamiento involucrado en la imitación. En primer lugar, según este argumento, la identificación de la situación actual como similar a la situación a la que se enfrentó el ejemplar funciona como una premisa a partir de la cual se puede derivar la conclusión de que se debe hacer lo que el ejemplar hizo. El problema es que la identificación de las semejanzas relevantes entre las dos situaciones presupone justamente un tipo de sensibilidad moral que es característica de aquéllos que son dignos de admiración. Por lo tanto, no es que uno primero haga una analogía y después imite sino que es necesario poseer de en-

[38] Véase S. Tan, "Imagining Confucius: Paradigmatic Characters and Virtue Ethics", *supra* nota 21, pp. 414. La traducción es mía. Véase también Keith Mc Greggor, "Imitation as Analogy", ResearchGate, 2018.

trada algún grado de virtud para poder ser capaz de detectar las analogías relevantes que se dan entre la situación que enfrentó el ejemplar y la situación propia.

En segundo lugar, conforme al argumento anterior, el resultado de la imitación es que una persona haga exactamente lo que hizo el ejemplar, pero ésta es una concepción bastante pobre del proceso de emulación. La imitación, cuando tiene éxito, lleva a desarrollar el tipo de autonomía intelectual y moral que es característico de las personas ejemplares. La imitación no consiste en la repetición automática del comportamiento del ejemplar.[39] El objetivo de la emulación no es conseguir que el estudiante o el joven haga lo que el maestro hizo, sino desarrollar en ambos los rasgos de carácter que hacen al ejemplar admirable. Entre dichos rasgos figura de manera singular la capacidad de formar un punto de vista propio y actuar en consecuencia. Lo que se quiere lograr mediante la imitación no es la simple fidelidad al maestro sino la adquisición de aquellos rasgos de carácter que hacen que el mismo sea digno de admiración.

Por último, hay una razón adicional por la cual no parece correcto concluir, como establece el argumento que nos ocupa, que uno deba hacer lo que P hizo: el espacio de posibilidad que el ejemplar tuvo a su disposición puede ser muy distinto del conjunto actual de posibilidades. Quizá P hizo x porque ésa era, en aquel entonces, la mejor posibilidad disponible; pero a lo mejor si tuviera que enfrentar esa situación ahora, habría actuado de otra manera. No se trata sólo de que las posibilidades sean diferentes, sino que las circunstancias históricas pueden también variar significativamente. Los ejemplares son individuos particulares que viven en situaciones históricas concretas y, como cualquier otro ser humano, tienen también limitaciones específicas. Por lo tanto, la imitación no puede consistir simplemente en hacer ahora lo que el ejemplar hizo antes, ya que es posible que la virtud requiera actuar de otra manera dadas las circunstancias. Esto, sin embargo, no reduce el valor de los *exempla* sino que, por el contrario, muestra la fuerza normativa de los mismos. Es posible

[39] Al igual que el hábito —el otro medio fundamental para inculcar las virtudes— no es tampoco un proceso automático. Véase Richard Sorabji, "Aristotle on the Role of Intellect in Virtue", *Essays on Aristotle's Ethics*, A. Rorty (ed.), University of California Press, Berkeley, 1980, y Nancy Sherman, *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 157-201.

que estemos en desacuerdo con la manera en la que personas ejemplares actuaron en el pasado o con las decisiones que tomaron, pero de todos modos admiramos la manera en la que enfrentaron dichas situaciones. Examinar el modo en el que ellos se comportaron y decidieron en el pasado nos ayuda a actuar y decidir en nuestras circunstancias actuales.

Por lo tanto, es necesario realizar una descripción mucho más compleja del proceso de imitación que la que asume la concepción de imitación como analogía. Varias dimensiones de la imitación exitosa deben ser tomadas en consideración. En primer lugar, la emulación de los caracteres paradigmáticos tiene un aspecto emocional importante. Para que dicha emulación sea algo más que una imitación superficial del comportamiento externo, es necesario emular también la reacción emocional.[40] Es preciso aprender no sólo cómo actuaron los individuos ejemplares sino también cómo se sintieron acerca de las situaciones que enfrentaron. La virtud, como señaló Aristóteles, es una cuestión tanto de acción como de emoción.[41] Por ello, la imitación exitosa requiere que uno entienda cómo el ejemplar actuó y cómo se sintió en una situación determinada para poder responder virtuosamente a un conjunto de circunstancias diferentes.

En segundo lugar, la imitación requiere de manera fundamental el ejercicio de la imaginación.[42] La participación imaginativa en la experiencia ética del ejemplar es necesaria para que la imitación tenga éxito. Es preciso tener la capacidad de ponerse en la situación en la que se encontró el carácter paradigmático para comprender por qué el ejemplar actuó de una determinada manera, qué objetivos tenía en mente, cuáles eran sus actitudes y sentimientos y a qué rasgos de la situación trató de responder. Una comprensión cabal del comportamiento del ejemplar es necesaria para estar en una posición de aprehender qué es lo que la virtud requiere en las nuevas circuns-

---

[40] Acerca de los aspectos emocionales de la emulación de caracteres paradigmáticos, véase, S.Tan, art. cit., pp. 420-23.

[41] Véase R. Hursthouse, *On Virtue Ethics*, 1999, pp. 108-121; Nancy Sherman, *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*, Clarendon Press, Oxford, 1989, y Susan Stark, "Virtue and Emotion", *Noûs*, vol. 35, 2001.

[42] Para un argumento que apoya la tesis según la cual la imaginación es central para el éxito de la imitación, véase S. Tan, art. cit., pp. 417-419.

tancias. La imaginación es, por tanto, de vital importancia para entender plenamente a los caracteres paradigmáticos y poner tal entendimiento en práctica.

En tercer lugar, la imitación, cuando es exitosa, tiene como resultado la transformación de la propia identidad.[43] Al imitar, uno aspira a convertirse, en alguna medida, en el tipo de persona que es el modelo. Mediante el proceso de imitación, se aprende a ver las cosas como las ve la persona virtuosa. Es decir, quien imita correctamente adquiere el tipo de sensibilidad que es característica de los ejemplares. O dicho en otros términos, cuando uno tiene éxito al emular al ejemplar, logra apropiarse del modo de ver del mismo.

En resumen, la imitación exitosa conduce a desarrollar un tipo de carácter que es digno de admiración. Ahora bien, se podría argumentar que esta transformación de la identidad no es algo que está al alcance de todos. La mayor parte de las personas no pueden igualar a los ejemplares que les resultan admirables.[44] Para empezar, la virtud depende de distintos tipos de circunstancias, como muestran las discusiones acerca de la "suerte moral".[45] Además, no parece que dependa exclusivamente de uno tener el tipo de estructura psicológica necesaria para la excelencia moral.[46] No me voy a pronunciar sobre este tema —aunque me parece que la tesis de Mencio según la cual "el sabio y los mortales ordinarios pertenecen a una misma clase"[47] es mucho más persuasiva que concepciones que hacen de la excelencia el espacio exclusivo de unos pocos—, creando una brecha, por consiguiente, entre la moralidad y la voluntad y accesibilidad universal. Pero el punto que me interesa destacar aquí —con independencia de si la excelencia puede o no ser alcanzada por todos los seres humanos— es que todos podemos ser mejores de lo que somos. Incluso aun cuando resultara que no todos los Jueces pueden convertirse en Jueces ejemplares, de seguro todos pueden llegar a ser más virtuosos de lo que son, estén en las circunstancias en las que estén. Los ejemplares pueden ayudar a los Jueces a mejorar en cuanto que

---

43 *Ibidem*, p. 419.
44 Véase L. A. Blum, art. cit., pp. 215-216.
45 *Ibidem*, p. 216.
46 Véase L. Zagzebski, "Ideal Agents and Ideal Observers in Epistemology", *art. cit.*, p. 136 y L. A. Blum, *supra* nota 28, p. 216.
47 Tan, art. cit., p. 414.

proporcionan ideales que, a diferencia de otros ideales normativos –como he señalado antes– pueden, al menos, aproximar.[48]

5. El papel de los Jueces ejemplares en el derecho

La imitación de los ejemplares, como vías para la formación del carácter, juega un papel central tanto en la teoría del derecho como en la práctica jurídica. Los ejemplares de virtud judicial cumplen tres funciones primordiales en la educación jurídica, el razonamiento jurídico y el desarrollo del derecho.

5.1. Educación e imitación

En la historia de la educación occidental, la imitación de ejemplares se ha considerado generalmente como una herramienta pedagógica.[49] Es interesante destacar que la imitación también ha tenido un lugar central en la filosofía de la educación no occidental. En la tradición confuciana, la emulación no era sólo una forma de educación moral, sino que se consideraba la vía más eficaz para la misma.[50] La imitación de ejemplares se ha considerado como un instrumento pedagógico fundamental en diversas áreas y éste es también, quisiera sugerir, el caso del derecho, donde los ejemplares desempeñan un papel central en el desarrollo profesional de los Jueces. Los Jueces ejemplares, en cuanto que sirven como modelos a imitar, son instrumentos fundamentales para inculcar las virtudes en la judicatura. Como he mencionado, el conjunto de modelos que se pueden utilizar con fines educativos es muy amplio e incluye no sólo ejemplos positivos sino también negativos, *exempla* reales y ficcionales, y tanto categorías supererogatorias (como los santos, héroes y sabios) como modelos más terrenales, es decir, gente que no es perfectamente virtuosa, pero que

[48] Una objeción interesante, que no puedo considerar aquí, pone en cuestión la conveniencia de que los Jueces ordinarios traten de imitar a los Jueces ejemplares. Según esta objeción, mientras que la gente ejemplar es capaz de hacer cosas extraordinarias, es preferible que la gente no ejemplar siga simplemente las normas, ya que las consecuencias de que la gente no ejemplar intente imitar a la ejemplar pueden llegar a ser desastrosas.

[49] Véase Bryan R. Warnick, *Imitation and Education: A Philosophical Inquiry into Learning by Example*, State University of New York, 2008, p. 2.

[50] Véase Amy Olberding, *Moral Exemplars in the Analects: The Good Person is That*, New York, Routledge, Nueva York, 2012, p. 10.

sirven, no obstante, como ejemplares en algunos aspectos específicos o que son excelentes en algún dominio concreto.

El potencial educativo de la imitación de ejemplares tiene implicaciones importantes para la educación jurídica y, en concreto, para la capacitación judicial. Si la imitación de *exempla* es un medio para la educación jurídica, entonces parece necesario estructurar la educación jurídica, y, de manera más específica, la carrera judicial, de manera que proporcione buenas oportunidades de conocer, aprender e interactuar con aquéllos que en el pasado o el presente, en la realidad o en la ficción, poseen las virtudes que son esenciales para la buena práctica jurídica.

5.2. Una teoría de la excelencia judicial

Los ejemplares también juegan un papel importante en el desarrollo de la teoría jurídica, especialmente, son instrumentos importantes para teorizar acerca de la toma de decisiones judiciales virtuosa. Los Jueces ejemplares no sólo ilustran las virtudes judiciales sino que están también en la génesis de nuestra concepción de virtud judicial. No es simplemente que los ejemplares "representen rasgos de carácter en nuestra imaginación" sino que son más bien "los canales a través de los cuales construimos esos rasgos".[51] En otras palabras, los ejemplares no encarnan meramente una concepción previa, abstracta, de virtud sino que contribuyen a determinar en qué consiste la virtud judicial en primer lugar y qué constituye una práctica judicial virtuosa.

Los ejemplares coadyuvan a la tarea de teorizar acerca de la excelencia en la toma de decisiones judiciales de distintas maneras. Para empezar, nos ayudan a refinar y revisar la concepción de virtud judicial. A la luz de lo que sabemos acerca de los Jueces ejemplares, podemos mejorar nuestra concepción de cuál es la mejor práctica judicial. Los juicios acerca de los Jueces ejemplares también nos proporcionan un test para evaluar las teorías acerca de la toma de decisiones judiciales.[52] Las teorías acerca de cómo deben decidir los Jueces deben encajar con los juicios acerca

[51] Véase Sherman Clark, "Neoclassical Public Virtues: Towards an Aretaic Theory of Law-making and Law teaching", en Amalia Amaya y Ho Hock Lai (eds.), *Virtue, Law and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 88.
[52] Véase L. Zagzebski, *Divine Motivation Theory, op. cit.*, p. 41.

de la identidad de los Jueces paradigmáticamente buenos. Desde luego, tales juicios son, como cualquier otro juicio particular, revisables a la luz de un conjunto de razones de tipo teórico. Pero es un argumento en contra de una determinada teoría acerca de cómo deben decidir los Jueces que, conforme a los criterios propuestos por dicha teoría, resulte que los Jueces ejemplares no sean Jueces paradigmáticamente buenos. Además, la reflexión acerca de los Jueces ejemplares plantea una serie preguntas que contribuyen a avanzar la investigación acerca de la toma de decisiones judiciales.[53] Por ejemplo, ¿en qué se diferencia la respuesta de un Juez ejemplar de la de otros Jueces? ¿Qué condiciones son necesarias para ser un buen Juez? ¿Y cuáles son suficientes? ¿Qué es lo que nos parece admirable en los grandes Jueces? Un estudio cuidadoso de los ejemplares puede contribuir a iluminar un elenco de cuestiones teóricas más amplias acerca de cómo deben decidir los Jueces. El estudio de los ejemplares también puede contribuir al desarrollo de una teoría de la virtud judicial o de la excelencia en la toma de decisiones judiciales en cuanto que nos permite revelar conexiones entre las virtudes, especialmente, entre las virtudes morales y las epistémicas y nos ayuda a determinar la plausibilidad de la tesis de la unidad de las virtudes.[54] Por último, los ejemplares nos permiten enriquecer nuestra concepción de las virtudes.[55] Las virtudes se ilustran casi siempre mediante un conjunto de ejemplares tradicionales, lo que produce una visión empobrecida y poco sofisticada de lo que constituye una práctica judicial excelente. Por ejemplo, la virtud de la sabiduría práctica se asocia tradicionalmente con Salomón. Como resultado de esto, se vincula esta virtud con la imaginación y la capacidad de resolución que esperamos que tengan los buenos Jueces, pero también se ve como ligada a una concepción de la toma de decisiones judiciales que está en tensión, de manera importante, con las exigencias del Estado de derecho. El análisis de un canon más amplio de modelos relevantes nos puede ayudar a construir versiones más refinadas de las virtudes.[56] En resumen, aunque, desde luego, es posible embarcarse en una descripción abstracta de las virtudes judiciales, reflexionar acerca de los Jueces ejemplares contribuye de di-

---

53 A. Olberding, *op. cit.*, p. 188.

54 L. Zagzebski, *Exemplarist Moral Theory, op. cit*., p. 119 y ss.

55 Véase S. Clark, "Neoclassical Public Virtues", art. cit., y Amy Olberding, "Dreaming of the Duke of Zhou: Exemplarism and the *Analects"*, *Journal of Chinese Philosophy*, 2008, pp. 631, 635.

56 Otra función —que sólo puede desempeñar el ejemplarismo fundacional— consiste en evitar la circularidad en la teoría (véase L. Zagzebski, *Divine Motivation Theory, op. cit*., pp. 45-46).

versos modos a desarrollar una teoría sutil y compleja acerca de qué es lo que constituye una práctica judicial excelente.

5.3. La evolución de la cultura jurídica

La imitación, a través del llamado 'efecto engranaje', juega un papel central en la transmisión cultural y tecnológica, la acumulación y la evolución.[57] La imitación ayuda a transmitir a través de las generaciones con un alto grado de fidelidad inventos acerca de cómo alcanzar fines que serían difícilmente redescubiertos mediante ensayo y error. La imitación no sólo ayuda a preservar artefactos culturales que se perderían de otro modo sino que también ayuda a difundir estos descubrimientos, que pasan a formar una plataforma para desarrollos futuros. La evolución única de la cultura humana está, por lo tanto, caracterizada por un 'efecto engranaje' según el cual "modificaciones y mejorías se quedan en la población con bastante facilidad (con poca pérdida o retroceso) hasta que nuevos cambios mueven la rueda del engranaje un diente más arriba".[58] Este proceso se basa tanto en la invención como en la transmisión fidedigna, pero mientras que la inventiva está bastante presente entre los primates, los humanos trasmiten los elementos culturales con un grado mucho mayor de fidelidad. Por lo tanto, es la transmisión fiel (el engranaje) lo que explica por qué la cultura humana, a diferencia de otras culturas animales, es cumulativa. Esta diferencia se explica por el hecho de que la imitación en los humanos, en contraste con la imitación en animales no-humanos, está orientada al proceso en vez de al producto. Este tipo de imitación es, según esta propuesta, la clave para una forma única de aprendizaje social y permite dar cuenta –junto con formas distintivas de cooperación que dan lugar a la enseñanza activa, motivaciones sociales para adecuar el comportamiento al del grupo y sanciones normativas en contra de la no adecuación– de la evolución cultural cumulativa, que es única de los humanos.

---

[57] Véase Michael Tomassello, *The Cultural Origins of Human Cognition*, Harvard University Press, Cambridge, 1999 y Claudio Tennie, Josep Call y Michael Tomasello, "Ratcheting up the Ratchet: On the Evolution of Cumulative Culture", *Philosophical Transactions of the Royal Society Biological Sciences*, vol. 364, 2009, pp. 2405-2415.

[58] *Ibidem*, p. 245.

Estas tesis acerca de la importancia de la imitación, como una forma característicamente humana de aprendizaje social, para la evolución de la cultura humana apuntan también a la relevancia de la imitación para el desarrollo de la cultura jurídica. La imitación de expertos se ha considerado como "una forma confiable de aprender a usar herramientas, hacer redes de pesca, cazar, tocar un instrumento, pronunciar palabras o reproducir historias".[59] De la misma manera, la imitación de los Jueces ejemplares, de los expertos en el oficio de juzgar, parece una vía segura para aprender cómo comportarse, pensar, razonar y actuar en una Corte de justicia. Parece plausible sostener que la cultura jurídica, tanto como la cultura humana en general, es, en una medida importante, el resultado de la transmisión, a través de generaciones, de patrones de razonamiento, pensamiento y acción. La imitación en el derecho, al igual que en arte, música o cultura, viene de la mano de la creación y la invención. Es, y esta es la tesis que quisiera sugerir, el engranaje a través del cual la cultura jurídica se hereda y el derecho evoluciona cumulativamente y se perfecciona.

6. Conclusiones

En este trabajo, he defendido el valor de los ejemplares de sujeto, junto con los ejemplares de caso, entre los cuales los precedentes son un tipo que tiene una importancia singular para la teoría y la práctica jurídica. Los Jueces ejemplares nos proporcionan modelos que son dignos de imitación. Esta emulación, sin embargo, no se puede explicar adecuadamente apelando al argumento por analogía. El razonamiento imitativo es un subtipo de razonamiento ejemplar que no puede reducirse al razonamiento analógico. La imitación, cuando tiene éxito, según he sostenido, implica una transformación de la identidad y es, en último término, una vía fundamental para el desarrollo del carácter. Los Jueces ejemplares, como he argumentado, son Jueces virtuosos, es decir, Jueces que poseen y ejercitan las virtudes judiciales. Esta concepción aretaica de la ejemplaridad es lo suficientemente amplia para abarcar diversos modelos de ejemplaridad y nos permite dar cuenta de los distintos tipos de ejemplares que nos inspiran a progresar y nos ayudan a mejorar.

[59] Véase P. Gerrans, "Imitation, Mind Reading and Social Learning", art. cit., p. 21.

Los ejemplares de virtudes, como he argumentado, cumplen tres funciones primordiales en el ámbito del derecho: contribuyen a la educación jurídica, favoreciendo el desarrollo de las virtudes en la judicatura, son herramientas útiles para teorizar acerca de la excelencia en el desempeño de la función judicial y son elementos críticos en la evolución de la cultura jurídica. El potencial de los ejemplares para contribuir a la teoría del derecho no se agota, sin embargo, en estas tres funciones. El estudio de la ejemplaridad podría contribuir a la comprensión de algunos problemas centrales en teoría jurídica contemporánea tales como el problema del desacuerdo, la naturaleza de la autoridad, o el debate acerca del generalismo *versus* el particularismo jurídico.[60] Por lo tanto, es necesario reivindicar, como espero haber logrado mostrar en este trabajo, la importancia del estudio de la imitación de ejemplares dentro de la teoría del derecho.

7. Fuentes

7.1. Bibliografía

Amaya, Amalia, "Imitation and Analogy", en H. Kaptein y B. Van der Veldeen (eds.), *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, University of Amsterdam Press, Amsterdam, 2017.

_____, *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Hart Publishing, Oxford, 2015.

Andeanas, Mads y Fairgrieve, Duncan, *Tom Bingham and the Transformation of the Law,* Oxford University Press, Oxford, 2009.

Ball, Howard, *Hugo Black: Cold Steel Warrior*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

Ball, Howard y Cooper, Phillip, *Of Power and Right: Hugo Black, William O. Douglas and the America's Constitutional Revolution,* Oxford University Press, Nueva York, 1992.

[60] Le agradezco a Damiano Canale la sugerencia acerca de la relevancia de la ejemplaridad para examinar el problema de la autoridad en el derecho.

Clark, Sherman, "Neoclassical Public Virtues: Towards an Aretaic Theory of Law-making and Law teaching", en Amalia Amaya y Ho Hock Lai (eds.), *Virtue, Law and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

Decety, Jean, "Empathy, Imitation and the Social Brain", en Amy Coplan y Peter Goldie (eds.), *Empathy: Philosophical and Psychological Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Gunter, Gerald, *Learned Hand: The Man and the Judge*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1997.

Hurley, Susan y Chater, Nick (eds.), *Perspectives on Imitation*, Cambridge, 2005.

Macintyre, Alasdair, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2007.

Olberding Amy, *Moral Exemplars in the Analects: The Good Person is That*, Routledge, Nueva York, 2012.

Pound, Roscoe, *The Formative Era of American Law*, Little Brown and Co., Boston, 1938.

Rawls, John, *A Theory of Justice*, rev. ed, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

Russell, D., *Practical Intelligence and the Virtues*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Sherman, Nancy, *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

Sorabji, Richard, "Aristotle on the Role of Intellect in Virtue", en A. Rorty (ed.), *Essays on Aristotle's Ethics*, University of California Press, Berkeley, 1980.

Tomassello, Michael, *The Cultural Origins of Human Cognition*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

Vile, John, *Great American Judges: An Encyclopedia*, ABC-Clio, 2003.

Warnick, Bryan R., *Imitation and Education: A Philosophical Inquiry into Learning by Example*, State University of New York, Albany, 2008.

White, Edward, *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges*, 3a rev. ed., Oxford University Press, Nueva York, 2007.

Williams, Bernard, *The Sense of the Past*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

Williams, Graeme, *A Short Book of Bad Judges*, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, Londres, 2013.

Yarbrough, Tinsley, *Harry A. Blackmun: The Outsider Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Zagzebski, Linda, *Divine Motivation Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

_____, *Exemplarist Moral Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

_____, "Ideal Agents and Ideal Observers in Epistemology", en S. Hetherington (ed.), Oxford, Oxford University Press, Oxford, 2006.

_____, *Virtues of the Mind,* Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

7.2. Hemerografía

Amaya, Amalia, "Exemplarism and Judicial Virtue", *The Journal of Law and Literature*, vol. 25, núm. 3, 2013.

Blum, A. Lawrence, "Moral Exemplars: Reflections on Schindler, the Trocmes, and Others", *Midwest Studies in Philosophy*, vol. XIII, 1988, pp. 196-221.

Brewer, Scott, "Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy", *Harvard Law Review*, vol. 109, 1996, pp. 923-1028.

Currie, George, "A Judicial All-Star Nine", *Wisconsin Law Review*, vol. 3, 1964, pp. 3-31.

Duke, George, "The Aristotelian Spoudaios as Ethics Exemplar in Finnis' Natural Law Theory", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 2, 2013, pp. 183-204.

Fricker, Miranda, "Can There Be Institutional Virtues?", en T. S Gendler y J. Hawthorne (eds.), *Oxford Studies in Epistemology*, vol. 3, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Frow, John, "An Ethics of Imitation", *Angelaki*, vol. 14, núm. 1, 2009, pp. 77-86.

Gerrans, Philip S., "Imitation, Mind Reading and Social Learning", *Biological Theory*, vol. 8, 2013, pp. 20-27.

Haack, Paul A., "Use of Positive and Negative Examples in Teaching the Concept of Music Style", *Journal of Research in Music Education*, vol. 20, núm. 4, 1972, pp. 456-461.

Hambleton, James E., "The All Time, All-Star, All-Era Supreme Court", *A.B.A. J.*, vol. 69, 1983, pp. 462-465.

Lahroodi, Reza, "Collective Epistemic Virtues", *Social Epistemology*, vol. 21, 2007, pp. 281-297.

Lockwood, Penelope, Wong, Carol, McShane, Kelly y Dolderman, Dan, "The Impact of Positive and Negative Fitness Exemplars on Motivation", *Basic and Applied Social Psychology*, vol. 27, núm. 1, 2005, pp.1-13.

Markovits, Julia, "Saints, Heroes, Sages and Villains", *Philosophical Studies*, vol. 158, 2012, pp. 289-311.

Moberg, Dennis J., "Role Models and Moral Exemplars: How Do Employees Acquire Virtues by Observing Others", *Business Ethics Quarterly*, vol. 10, núm. 3, 2000, pp. 675-696.

Myeong-Seok, Kim, reseña del libro de Amy Olberding, "Moral Exemplars in the Analects: A Good Person is That", *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2012.

Nussbaum, Martha, "Non-Relative Virtues: An Aristotelian Approach", *Midwest Studies in Philosophy*, vol. XIII, 1988, pp. 32-53.

Olberding, A., "Dreaming of the Duke of Zhou: Exemplarism and the *Analects"*, *Journal of Chinese Philosophy*, vol. 35, núm. 4, 2008, pp. 625-639.

Schwartz, Bernard, "The Judicial Ten: America's Greatest Judges", *South Illinois University Law Review*, vol. 405, 1979, p. 405.

Tan, Sor-Hoon, "Imagining Confucius: Paradigmatic Characters and Virtue Ethics", *Journal of Chinese Philosophy*, vol. 32, núm. 414, 2005, pp. 409-426.

Stark, Susan, "Virtue and Emotion", *Noûs*, vol. 35, 2001, pp. 440-455.

Tennie, Claudio, Call, Josep y Tomasello, Michael, "Ratcheting up the Ratchet: On the Evolution of Cumulative Culture", *Philosophical Transactions of the Royal Society Biological Sciences*, vol. 364, 2009, pp. 2405-2415.

Walker, Lawrence J. y Hennig, Karl H., "Differing Conceptions of Moral Exemplarity: Just, Brave, and Caring", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 86, 2004, pp. 629-47.

Zagzebski, Linda, "Exemplarist Virtue Theory", *Metaphilosophy,* vol. 41, núm. 1-2, 2010, pp. 41-57

El precedente judicial según el positivismo excluyente

Thomas da Rosa de Bustamante*

* Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Federal de Minas Gerais. Becario de Productividad en Investigación del CNPq (PQ-s). Contacto: tbustamante@ufmg.br

1. Introducción

El presente capítulo explica la concepción de precedente judicial que deriva del positivismo excluyente, cuando esta teoría es interpretada en su mejor luz. Nuestro objetivo no es exponer la autocomprensión que los defensores del positivismo excluyente tienen del precedente judicial, sino proporcionar una interpretación del precedente judicial que sea plausible a la luz de las premisas teóricas fundamentales del positivismo excluyente. Se busca, sucintamente, construir una concepción de precedente que cumpla con las exigencias normativas del positivismo excluyente y presente consecuencias prácticas diferentes de las que podríamos derivar de teorías que permiten, de manera necesaria o contingente, el empleo de argumentos morales en el proceso de identificación del derecho.

En la segunda sección presento de manera sintética las tesis que identifican el positivismo excluyente y lo diferencian en relación con otras teorías jurídicas disponibles para entender la naturaleza del derecho. En la tercera sección analizo los argumentos normativos que se pueden aducir en defensa de esta forma de positivismo, con vistas a elucidar de manera general las razones que alguien podría objetar para adoptar una teoría que se sitúe en este campo teórico. La cuarta sección, a su vez, analiza explícitamente el precedente judicial, con fin de determinar cómo este tipo de fuente del derecho puede ser explicado de manera coherente por el positivismo excluyente. Las secciones quinta y sexta, a su vez, discurren sobre la concepción de razonamiento jurídico o argumentación jurídica defendida por Raz, el principal autor de la tradición del positivismo excluyente, para demostrar ciertas incoherencias entre esta concepción de razonamiento jurídico y el modelo de precedentes que el posi-

tivismo excluyente puede ofrecer. Finalmente, en la última sección, analizo una interpretación alternativa a la de Raz sobre el razonamiento jurídico y la decisión judicial, que me parece más adecuada para la construcción de una teoría del precedente judicial. Si los pasos de mi argumento son correctos, una teoría positivista excluyente del precedente judicial debe ser vista como una teoría normativa.

2. Identificando el positivismo excluyente

De manera abstracta, puede entenderse una teoría como integrante del positivismo excluyente si ella sostiene que la existencia del derecho es exclusivamente un hecho social cuyo contenido puede ser establecido sin la necesidad de un juicio de naturaleza moral. Trátase, en grande medida, de un problema de demarcación. El derecho es entendido como un dominio limitado de razones, dentro del cual no se incluyen razones de naturaleza pragmática o moral.[1] Siempre sería posible, pues, identificar el contenido del derecho positivo por medio de una observación empírica de los hechos sociales relevantes para su producción.

En una analogía con un concepto empleado con frecuencia en la filosofía del lenguaje, el concepto de derecho sería determinado por "reglas constitutivas", es decir, reglas que crean una realidad que es lógicamente dependiente de ellas, como sucede en el caso de juegos como el ajedrez o el fútbol.[2] Para saber qué cuenta como un jaque mate o un penalti, recurrimos a reglas que determinan el significado de actos que producen efectos en la práctica social que examinamos y cuyo contenido es establecido según esas reglas constitutivas. Algo semejante ocurriría con la regla de reconocimiento, que contiene los criterios por medio de los cuales podemos afirmar la existencia de una obligación jurídica.

Para el positivismo excluyente no bastaría, sin embargo, sostener una versión frágil de la denominada "tesis de las fuentes sociales", según la cual la regla de reco-

---

[1] La imagen del derecho como un "dominio limitado" de razones fue ofrecida por Frederick Schauer en: "The Limited Domain of Law", *Virginia Law Review,* vol. 90, núm. 7, 1990, pp. 1909-1956.

[2] La formulación original de la noción de "reglas constitutivas" se encuentra en John Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969.

nocimiento de cierto sistema jurídico podría, dependiendo de su contenido, incluir ciertos criterios morales de identificación del derecho. Podemos comparar el positivismo incluyente con el positivismo excluyente de la siguiente manera: para el primero, la única restricción sobre el contenido posible del derecho es que la regla de reconocimiento, ella misma, sea un hecho social que podemos constatar sin realizar una valoración moral; mientras que para el segundo, la regla de reconocimiento sólo consigue cumplir su función de identificación del derecho si los criterios de identificación del derecho que contiene sean, ellos también, amorales.

El punto central del positivismo excluyente es que sin esa restricción sobre el contenido posible de la regla de reconocimiento el derecho perdería una de sus propiedades más importantes, que es su capacidad de ser autoritativo, es decir, de generar razones protegidas para la acción de quien se pone bajo su dominio. Para que el derecho tenga capacidad de coordinar la acción de los integrantes de la comunidad en que él se constituye, tiene que retener esa capacidad, bajo pena de que se frustren sus propósitos justificadores.[3]

Los positivistas excluyentes suelen sostener que es perfectamente consistente con el positivismo excluyente que eso ocurra –es decir, que éste sea capaz de generar razones protegidas– incluso cuando se crea que existen conexiones importantes entre el derecho y la moral. Por ejemplo, podría decirse, como afirman algunos influyentes positivistas excluyentes contemporáneos, que el derecho tiene un propósito moral o que la existencia del derecho es moralmente exigida para que se pueda atingir el bien común.[4] Podría decirse, también, que el derecho extremadamente injusto no debe ser obedecido, sea por los ciudadanos que encuentren bajo su dominio o

---

[3] Véase, en este sentido, Joseph Raz, "Authority, Law and Morality", en Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politic*s, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 210-237.

[4] Scott Shapiro, *Legality,* Belknap, Cambridge, 2011, pp. 213-214. La propuesta de Shapiro sobre el "propósito moral del derecho" me parece coherente con la concepción de Raz, que sostiene un punto semejante: "La tarea del derecho, considerada de manera abstracta, es servir a una situación por medio de la cual objetivos morales que, ante de la situación actual (…), difícilmente serían alcanzados sin él, y cuya realización por el derecho no es contraproducente, sean realizados". Joseph Raz, "About Morality and the Nature of Law", en Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation,* Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 178.

por las autoridades que tienen competencia para aplicarlo con el fin de solucionar disputas concretas entre sujetos privados.[5]

La única separabilidad entre derecho y moral que importa para el positivismo excluyente es la que se refiere a cuestiones de validez del derecho positivo. Es importante que las razones que el derecho genere sean protegidas, es decir, que sea posible para cualquier persona –poco importa si es un observador sociológico, una autoridad con el deber de aplicar el derecho, o un ciudadano privado– identificar el derecho sin realizar un juicio propio sobre su contenido.

¿De qué manera, la adopción de esta teoría afecta la práctica del precedente judicial? O, de modo más específico, ¿cómo vislumbra ella el acto del Juez que crea una norma judicial con respecto a un caso no regulado por el derecho en vigor? ¿De qué manera la regla judicial, después de ser fijada por ese Juez, vincula a los Jueces posteriores? ¿Qué tipo de diferencia práctica puede tener esa teoría del derecho para la práctica del precedente judicial, en comparación con otras teorías que no admiten sus supuestos teóricos sobre el contenido de la regla de reconocimiento o de los criterios básicos de identificación del derecho?

Una búsqueda de respuestas, aunque parciales e incompletas, a esas preguntas es el primer propósito que justifica la redacción del presente ensayo. Un segundo propósito, de igual importancia, es el de discutir algunas críticas que se puede hacer a las respuestas comúnmente aceptadas a esas preguntas.

3. La práctica jurídica como ejercicio de autoridad: el argumento normativo a favor del positivismo excluyente

Para encontrar respuestas a los cuestionamientos planteados en el final de la sección anterior, necesitamos responder a una interrogante más básica: ¿por qué alguien

[5] Véase, en este sentido, la respuesta de Joseph Raz a las críticas de Robert Alexy, donde él expresamente sostiene que la posibilidad de que el derecho extremadamente injusto no sea vinculante para los tribunales en nada debería afectar a sus tesis sobre la naturaleza del derecho. Joseph Raz, "The Argument from Injustice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 313-335.

debería adoptar una concepción de derecho vinculada al positivismo excluyente? En otros términos, ¿qué se gana con esa forma de comprender el derecho?

La respuesta más convincente a esa pregunta –según la mayoría de los teóricos del derecho contemporáneos, incluso los que no adoptan el positivismo excluyente– es la de que el positivismo excluyente sería la forma de satisfacer a la pretensión de autoridad que el derecho reivindica para sí y sus directivas.

Pero ¿en qué sentido el derecho pretende ser autoritativo? Según la concepción de Joseph Raz, el derecho se torna relevante para nosotros en el momento en que tenemos que determinar de manera correcta la mejor forma de actuar cuando existen múltiples razones que se podrían adoptar para nuestra decisión. En el ámbito práctico, cuando surgen controversias sobre la mejor forma de actuar, es necesario ponderar una serie de razones para la acción que reivindican prioridad sobre las demás para determinar el contenido de nuestra acción. La mayoría de los conflictos sociales y de los dilemas morales que se colocan delante de cada uno de nosotros deriva de esta pluralidad de razones y de la posibilidad de atribuirse diferentes pesos a las razones que se presentan como candidatos a determinar nuestra conducta.

Raz denomina esas razones que se presentan para nosotros de "razones de primer orden", y las razones que utilizamos para evaluar el peso y los órdenes de precedencia de esas razones de "razones de segundo orden". Entre las razones de segundo orden, existe una clase de razones que pueden ser denominadas "razones protegidas", la cual sirve para determinar cuáles de entre las razones primarias debemos seguir. Las razones protegidas tienen una doble faceta. Por un lado, son razones positivas para nuestra acción. Son razones para actuar conforme una o más razones de primer orden que se consideran vencedoras. Por otro lado, también son razones excluyentes, es decir, razones para no actuar con base en cualquier otra razón que haya sido vencida en la ponderación de razones que llevó al establecimiento de razones protegidas.[6]

---

[6] Véase J. Raz, *The Authority of Law, op. cit.,* pp. 16-19. Sobre la noción de razones excluyentes, véase también Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 35-45.

Con ello se hace más fácil entender la función de la autoridad práctica para los ciudadanos en general. La autoridad se hace relevante si y sólo si ella es capaz de generar para nosotros razones protegidas capaces de sustituir las múltiples razones de primer orden que tendríamos que ponderar, en caso de que no existiese el comando de la autoridad que se presenta para nosotros como el resultado de nuestra ponderación. La autoridad es capaz de prestar un servicio cuando, para nosotros, realiza un juicio de segundo orden sobre la precedencia de razones de primer orden que tenemos para determinar el curso de nuestra acción. Las razones de autoridad se presentan para nosotros, por tanto, como el resultado de una ponderación de razones de primer orden, haciendo innecesaria una evaluación más de esas razones. Para ser legítimas, las decisiones de autoridad deben encontrar *justificaciones*, por consiguiente, para *sustituir* las razones de primer orden que tendríamos para determinar el curso de nuestra acción.

La justificación de Raz para la autoridad es establecida con base en el argumento que él denominó: "tesis de la justificación normal" *(normal justification thesis)*, que sostiene que una decisión de autoridad está justificada cuando el individuo subordinado a esta autoridad tiene más probabilidad de actuar con base en las razones correctas, al seguir las razones de segundo orden establecidas por la autoridad, de la que tuviera si él mismo se pusiese a ponderar las razones de primer orden disponibles para orientar su acción.[7]

En el ámbito de situaciones controvertidas, complejas y contenciosas, por ejemplo, la existencia de razones autoritativas es una ganancia social relevante, pues evita problemas de decisión y costos sociales y morales difíciles de ser soportados sin un procedimiento capaz de dirimir nuestras controversias de manera justa.[8] Es sensato suponer, por tanto, que en esas hipótesis –de casos controvertidos, complejos y contenciosos– la autoridad presta un servicio para los miembros de una comunidad

---

[7] Joseph Raz, *The Morality of Freedom*. Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 53.

[8] Scott Shapiro sostiene que la necesidad del orden jurídico surge bajo determinadas circunstancias, caracterizadas por problemas morales serios cuyas soluciones son complejas, contenciosas o arbitrarias. Esas circunstancias son caracterizadas, genéricamente, como las circunstancias de la juridicidad, es decir, las circunstancias en que hay razones morales fuertes para solucionar esos conflictos por medio de criterios jurídicos. S. Shapiro, *Legality*, *op. cit.,* pp. 170-173.

política porque ella elimina un pesado conjunto de costos morales de los procesos no-institucionalizados de deliberación sobre el peso de las razones de primer orden.

Si la tesis de la justificación normal es correcta, por lo tanto, la legitimidad del derecho deriva de su capacidad de generar razones de segundo orden que sustituyan adecuadamente las razones de primer orden que los ciudadanos tendrían que ponderar, si esas razones de segundo orden no existiesen. Las razones jurídicas son, por tanto, razones sustitutivas que excluyen las razones morales del proceso de ponderación acerca de cuál razón de primer orden debe ser seguida por los ciudadanos.

4. El precedente según el positivismo excluyente

Una idea central del positivismo excluyente, en lo que concierne al precedente judicial, es la de que el precedente cuenta como un hecho social que crea derechos y obligaciones jurídicas. El precedente es, para el positivismo jurídico excluyente, una fuente del derecho capaz de innovar el sistema jurídico y generar nuevas razones protegidas para que los Jueces futuros decidan un caso concreto y para que los ciudadanos determinen de modo general el contenido de sus obligaciones jurídicas.

En cuanto hechos creadores del derecho, los precedentes deben ser capaces de generar razones protegidas para los casos futuros, incluso cuando sea difícil identificar la *ratio decidendi* o la norma judicial que determina el contenido de esas razones.

Una distinción esencial para el positivismo excluyente de Raz es la distinción entre "casos regulados", en que hay una regla jurídica establecida y dotada de autoridad, y los casos "no regulados", donde no existe un acto institucional que fije el contenido del derecho positivo. La distinción entre casos regulados (y "derecho establecido") y casos no regulados (y "derecho no establecido" o laguna jurídica) es esencial para entender la actividad de los Jueces cuando ellos se ven delante de casos concretos. Si, por un lado, los hechos *sub judice* se subsumen al enunciado de una regla jurídica fijada en la legislación o en algún precedente judicial dotado de autoridad, existe una respuesta jurídica predeterminada, y la actividad básica de los funcionarios que aplican el derecho y de los ciudadanos que lo utilizan para establecer el contenido de sus obligaciones es determinar el significado que esas obligaciones

tienen desde el "punto de vista jurídico", y no desde el punto de vista de la moral individual de sus ciudadanos. Si, por otro lado, no existen razones protegidas identificadas bajo la forma de una regla jurídica, la actividad judicial no es más un acto de aplicación, sino pasa a ser un acto de creación judicial del derecho *(judicial law-making).*

Eso no implica, sin embargo, que en el ámbito de los casos reglados, donde existe "derecho establecido" *(settled law),* la actividad judicial se restringa a la identificación de las razones jurídicas relevantes, pues permanece abierta la posibilidad, si los Jueces encontraren razones para ello, de creación de excepciones a una regla judicial por medio de la técnica del *distinguishing* o de la revocación de reglas contenidas en precedentes judiciales por medio de la creación de un nuevo precedente que supere el precedente anterior por medio de un *overruling*. La regla general, sin embargo, es que los casos regulados sean sólo casos de aplicación del derecho, mientras los casos no-regulados sean actos de creación de nuevo derecho judicial.

Aunque en los casos regulados la tendencia en el derecho sea la de generar obligación en general y para los Jueces, Raz deja abierta la posibilidad de que estos últimos modifiquen el derecho en un caso difícil, dejando la condición de meros aplicadores del derecho y pasando a la condición de agentes de creación del derecho en el caso concreto. Los actos de creación judicial del derecho *(judicial lawmaking)* presentan, pues, características importantes que los distinguen de los actos legislativos. Una de esas características, explica Raz, es la constante posibilidad de creación de excepciones en el derecho judicial. "Hablando de manera específica, el derecho judicial es vinculante y válido, de la misma manera que el derecho legislado. Pero el derecho judicial es único en lo que concierne a los amplios poderes que las cortes tienen para modificarlo por medio del *overruling* y el *distinguishing*".[9]

¿Cómo explicar esa característica del derecho judicial? La aparente flexibilidad del derecho establecido por precedentes puede constituir una especie de amenaza al carácter autoritativo del derecho si algunas distinciones no fuesen introducidas para tornar ese raciocinio coherente. Curiosamente, la mejor explicación para la po-

[9] J. Raz, "Law and Value in Adjudication", en *The Authority of Law, op. cit.,* p. 195.

sibilidad de conciliar la maleabilidad del derecho judicial y el carácter autoritativo de los precedentes es proporcionada por un autor que se sitúa en el campo no del positivismo excluyente, sino del positivismo incluyente. En efecto, fue la necesidad de explicar la naturaleza de los precedentes que constituyen derecho válido y crean obligaciones para algunos Jueces, pero no para otros (que se encuentran en una posición superior en la cadena jerárquica del sistema judiciario) que llevó a Wil Waluchow a diferenciar dos tipos de "fuerza" que el derecho es capaz de ejercer en un caso concreto.[10] Al referirnos a la noción del derecho, recurrimos a los fundamentos del derecho, es decir, a las proposiciones generales que determinan lo que constituye o no derecho válido en un determinado sistema. En un lenguaje hartiano, empleamos la regla de reconocimiento que fija los criterios fundamentales de juridicidad en el sistema jurídico en consideración y establece el carácter jurídico de determinada proposición. Esa determinación puede dejar abierta, sin embargo, si ese "derecho válido" es vinculante para nosotros.

Una de las críticas que ha hecho Dworkin al positivismo jurídico se dirige en contra la separación que este último hace entre las cuestiones de validez y cuestiones de fuerza del derecho. Dworkin cree, contrariamente al positivismo en general (sea incluyente o excluyente), que no tiene sentido construir una concepción de derecho que torne la validez de una norma jurídica en una cuestión separada de su fuerza, pues los Jueces no pueden, coherentemente, aceptar esa distinción cuando actúan como participantes de la práctica jurídica y adoptan el punto de vista interno en relación al derecho. De acuerdo con Dworkin, no tendría sentido para un Juez aducir que una determinada regla hace parte del derecho, pero que él es libre de rechazarla en un caso concreto.[11]

A pesar de no aceptar esa crítica al positivismo, Waluchow sostiene que la distinción entre validez y fuerza del derecho puede servir de base para una explicación adecuada de la técnica del precedente judicial. En la hipótesis, por ejemplo, de un precedente fijado por una Corte intermedia, debemos decir que mientras ese precedente judicial siga siendo válido será parte del sistema jurídico al que esté relacionado

---

10 Wil Waluchow, *Inclusive Legal Positivism,* Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 31-79.

11 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Belknap, Cambridge, MA, 1986, pp. 108-113.

y será una norma capaz de vincular a los Jueces que están subordinados a la Corte intermedia. En otras palabras, el precedente ejerce un tipo de fuerza sobre los Jueces inferiores que Waluchow denomina de "fuerza institucional". Es esa fuerza institucional que explica el hecho de que en los sistemas jurídicos donde hay precedentes vinculantes u obligatorios los Jueces se reconocen como obligados a aplicar precedentes incluso cuando ellos lamentan la existencia de la regla judicial o consideran injustas sus consecuencias.

La fuerza institucional, como se percibe, nada tiene que ver con la "fuerza moral" de que nos habla Dworkin, es decir, con la capacidad que el derecho tiene de generar obligaciones morales para nosotros y razones para las personas en general, sean oficiales o ciudadanos, obedecer a ciertas determinaciones. Como explica Waluchow, hay diferencias importantes entre la fuerza moral y la fuerza institucional del derecho:

> La fuerza institucional (...) está relacionada con el poder jurídico de una persona (si lo hay) para alterar el derecho existente así como para nulificar sus efectos sobre una decisión. La fuerza moral, como la definimos, concierne la extensión en que (…) hace una obligación moral de someterse a las exigencias del derecho. En el caso de los ciudadanos, las únicas cuestiones verdaderas conciernen a la fuerza moral del derecho. Ellos no tienen poder para modificarlo, pese el hecho de que pueden evidentemente argumentar por cambios en los tribunales (…). En el caso de los Jueces, sin embargo, tanto la fuerza moral cuanto la fuerza institucional tienen importancia.[12]

La noción de fuerza institucional puede explicar diferentes tipos de precedente eventualmente existentes en un orden jurídico, como, por ejemplo, la diferencia entre precedentes vinculantes u obligatorios y precedentes meramente persuasivos. Los primeros generan argumentos de autoridad a favor de cierta decisión, estableciendo razones protegidas en el sentido de Raz, mientras que los últimos son destituidos de fuerza institucional y son incapaces de vincular al Juez posterior e instituir razones protegidas para determinar su acción.

---

[12] W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit*., pp. 39-40.

La cuestión de la fuerza institucional del precedente es independiente de su validez. Por ejemplo, si un tribunal de nivel jerárquico intermedio establece una regla R_1 y la regla de reconocimiento del sistema jurídico en cuestión: establecer que R_1 tiene efecto vinculante sobre los tribunales inferiores; R_1 puede ser considerada una regla válida, pero su fuerza institucional no es enteramente establecida por esa conclusión. El Juez J_1, de jerarquía inferior, estará vinculado por R_1, al paso que el Juez J_2, integrante de un Tribunal superior, no estará limitado por la fuerza institucional de R_1 y podrá, en caso de que considere su contenido repugnante, revocar el precedente en cuestión y establecer una regla diferente, R_2, para sustituir R_1 en el caso en discusión y en los casos futuros. Según el positivismo excluyente, ese fenómeno sería explicado como un caso clásico de *overruling* de R_1 por R_2, es decir, como un caso de *revocación* de una regla judicial por considerarla "derecho defectuoso". Sin embargo, con independencia de cualquier defecto, injusticia, incoherencia, ineficiencia o contradicción con otras reglas, el positivismo excluyente considera fuera de cuestión que R_1 fue jurídicamente válida y, durante el periodo en que estuvo vigente, debe ser considerada como parte del sistema jurídico por una teoría jurídica razonable.

Antes de la revocación de R_1 por el Juez J_2, o por el órgano colegiado que él integra, podríamos decir, por consiguiente, que R_1 era parte del sistema jurídico y que el Juez J_1 es limitado por su fuerza institucional, estando obligado a seguir R_1 pese el hecho de que él considere incorrecto su contenido, al paso que el Juez J_2 no sufre incidencia de R_1 y tendrá, inclusive, la obligación de no seguirla o revocarla en caso de que considere su contenido repugnante y contrario a los principios fundamentales del derecho.

5. El precedente y el razonamiento jurídico según el positivismo excluyente de Joseph Raz

Aunque los principales adeptos del positivismo excluyente en el mundo contemporáneo vienen del *common law*, una de las críticas más usuales a esta forma de positivismo es la de que este no sería capaz de ofrecer una explicación plausible del precedente judicial. En este sentido, Gerald Postema sostiene que la tesis de las fuentes sociales –la aserción de que el contenido del derecho es constituido por hechos sociales que deben ser identificados sin una evaluación moral– tiene un cierto atractivo

intuitivo cuando consideramos argumentos judiciales basados en la ley, pero es más difícil de ser reconciliada con los argumentos producidos en el contexto del *common law*.[13] El problema del argumento por precedentes es que, a diferencia de la legislación, no hay una enunciación canónica de reglas a ser aplicadas por el juzgador. Por causa de esta indeterminación textual, la capacidad del intérprete de construir la *ratio* de un precedente, al menos en las situaciones en que esta puede hacerse compleja o contenciosa, depende de la capacidad del intérprete de acceder a los "principios generales del *common law*" y de un "sentido de razonabilidad y equidad" compartido con otros juzgadores.[14]

Esa necesidad pragmática de realizar juicios valorativos para identificar el contenido del derecho jurisprudencial surge incluso en los casos en que ese derecho parece estar determinado, como suele ocurrir en las hipótesis en que se propone realizar un *distinguishing* o un *overruling* de un precedente establecido. Al considerar la hipótesis de distinción de precedentes o de superación de un precedente existente en un cierto sistema jurídico, los tribunales apelan precisamente a los valores o principios que el positivismo excluyente considera irrelevantes para identificar el derecho.[15] El derecho fijado en precedentes judiciales, como el propio positivismo excluyente reconoce, está constantemente abierto a la introducción de excepciones en sus reglas, las cuales se pueden basar, al menos en parte, en argumentos morales. En vez de apelar para razones protegidas, "argumentos [en controversias sobre precedentes] en el sentido de que eso o aquello es el derecho son normalmente fundamentados con referencia a ideas que no son específicamente jurídicas".[16]

¿Cómo es que el positivismo excluyente de Raz puede eludir ese problema?

La respuesta de Raz a esa pregunta ha sido establecer una diferencia entre el "razonamiento jurídico" (*legal reasoning*) y el "razonamiento sobre el derecho" (*reaso-*

---

13 Gerald J. Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason", en Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 95.

14 *Ibidem*, p. 96.

15 *Ibidem*, p. 102.

16 AWB Simpson, "The Common Law and Legal Theory", en *Oxford Essays in Jurisprudence –Second Series*, Oxford University Press, Oxford, 1973, p. 87.

ning about the law). El primero es una especie de razonamiento moral, en el que tomamos al derecho como punto de partida para encontrar la solución adecuada para un caso concreto, mientras que el último es un razonamiento amoral que empleamos para determinar el contenido del derecho. Aunque pueda parecer sorprendente a primera vista, Raz cree que el razonamiento jurídico debe ser entendido en un sentido más amplio que el razonamiento sobre el derecho, en la medida en que el derecho es a veces indeterminado, haciendo "imposible para los tribunales decidir a favor de cualquier de las partes únicamente con base en el derecho".[17]

Autoridades jurídicas, en casos difíciles, se encontrarían bajo un "deber jurídico de aplicar estándares extra-jurídicos", de la misma manera que un jurista está obligado a aplicar reglas jurídicas extranjeras en un caso que envuelve partes de diferentes jurisdicciones.[18] En consecuencia, Raz cree que el razonamiento jurídico implica más que "aplicar" el derecho. Cuando el derecho está sub-determinado, la tarea de los oficiales jurídicos es razonar "de acuerdo con el derecho", lo que envuelve más que "establecer el derecho".[19] El razonamiento jurídico, en ese sentido, "no es simplemente razonar sobre cuáles normas jurídicas son aplicables al caso", sino un raciocinio que tiene "normas jurídicas válidas como sus premisas mayores o operativas" y "combina esas premisas de manera no redundante en el mismo argumento con premisas morales u otras premisas basadas en el mérito".[20]

Por tanto, la teoría de Raz sobre la autoridad conduce a un modelo de decisiones judiciales que no siempre está en desacuerdo con otras teorías de la decisión que adoptan una visión bien diferente sobre el carácter de los enunciados autoritativos. Quizás un ejemplo ilumine esa afirmación. Tomemos el caso que Ronald Dworkin ofreció para responder al epílogo de Hart a la segunda edición de *The Concept of Law*, que concierne a la responsabilidad civil en razón de la participación en el mercado, atribuida a los productores de una droga cuyo consumo causó que una persona contrajera una molestia grave desconocida al tiempo en que la droga era comercializada.

---

17 Joseph Raz, "On the Autonomy of Legal Reasoning", en *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.,* p. 332.

18 J. Raz, "Legal Positivism and the Sources of Law", en *The Authority of Law*, *op. cit*., p. 49; S. Shapiro, *Legality*, *op. cit*., p. 272.

19 J. Raz, "On the Autonomy of Legal Reasoning", art. cit., pp. 332-3.

20 John Gardner, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, núm. 1, 2001, p. 215-6.

En el caso concreto, una señora adquiere la droga por muchos años, sin que pueda comprobar que adquirió el medicamento de un único laboratorio. Está comprobado el nexo de causalidad entre el consumo de la droga y el surgimiento de la molestia, pero la víctima no puede comprobar que adquirió el medicamento del laboratorio A o del laboratorio B. Ambos, con todo, participan del mercado que produjo y ofreció la droga a la población en general, siendo cada uno de ellos con una fracción de este mercado. La controversia jurídica es, pues, si ellos pueden ser condenados a resarcir a la víctima en la proporción de su participación en el mercado, independientemente de la prueba de que la víctima consumió drogas fabricadas por cada laboratorio.[21]

¿Cómo sugerirían Raz y Dworkin que debería ser decidido ese caso? En vista de la disparidad teórica entre esos autores, se podrían esperar diferencias significativas entre los procesos de razonamiento sugeridos por cada uno de los dos autores. Observamos, no obstante, una semejanza en lo que concierne a la solución práctica de la cuestión jurídica en discusión. De acuerdo con Dworkin, los Jueces "deben intentar identificar los principios jurídicos que están en la base y justifican el derecho vigente sobre la responsabilidad, y después intentar aplicar esos principios para el caso".[22] Los argumentos vinculantes para los Jueces, por consiguiente, son aquellos que derivan de los principios de moralidad política que ofrezcan la mejor justificación posible para el sistema jurídico, es decir, que produzcan un argumento que construya el sistema jurídico en su mejor luz y haga el sistema lo mejor que puede ser.[23] ¿Debería un Juez raziano hacer algo diferente?

A pesar de su perspectiva estricta sobre enunciados jurídicos autoritativos, no creo que un Juez raziano haría un trabajo enteramente diferente. Él –casi ciertamente– no sostendría que el derecho está "establecido" en el caso de la responsabilidad civil, en razón de la participación en el mercado, y probablemente recurriría a consideraciones morales de naturaleza extra-jurídica para determinar el principio correcto a ser adoptado en el caso en consideración. El Juez no estaría aplicando sino *inter-*

---

[21] La hipótesis de Dworkin es idéntica a un caso decidido en California. Véase: *Sindell v. Abbott Labs*., 607 P.2d 924, (Cal. 1980).

[22] Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Belknap, Cambridge, 2006, p.143.

[23] *Cfr.* R. Dworkin, *Law's Empire, op. cit.*

pretando el derecho. Y cuando consideramos lo que Raz sostiene sobre la interpretación, queda claro que la actitud interpretativa no se apartará mucho de la perspectiva de Dworkin. Una interpretación, para Raz, no siempre debe ser vislumbrada como un "descubrimiento" de un sentido original. Ella puede, al contrario, ser vista como "una explicación del trabajo interpretado que explica por qué él es importante, en la medida en que lo sea".[24] Aunque el proceso de interpretación sea informado por ideas de autoridad y continuidad, hay también espacio para consideraciones de equidad e innovación en la interpretación de las fuentes del derecho. La interpretación jurídica debe ser dirigida tanto al pasado, con vistas a asegurar fidelidad al derecho y continuidad, cuanto al futuro, atribuyendo importancia a otras consideraciones morales: "tribunales cuyas decisiones determinan los destinos de muchas personas y deben basarlas en consideraciones moralmente plausibles".[25]

Aunque haya diferencias específicas entre estas perspectivas sobre la decisión y la interpretación, se puede decir que en los dos casos, las consideraciones morales determinan el contenido de la decisión y la formación del precedente que será utilizado por los tribunales en el futuro. Se podría indagar, por tanto, ¿por qué Raz y Dworkin divergen tan intensamente sobre la autoridad jurídica, ya que ambos defienden teorías de la decisión que tienen tanto en común?[26] ¿Por qué ese desacuerdo teórico?

Considero que Mark Greenberg tiene una respuesta persuasiva a esa cuestión. Greenberg cree que Raz y la perspectiva mayoritaria en la teoría del derecho están

---

[24] Joseph Raz, "Interpretation without Retrieval", en Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation: Essays on Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 170-171. La visión general de Raz sobre la interpretación puede ser explicada de la siguiente manera: "Una interpretación es una explicación de un trabajo interpretado que señala algunos aspectos del mundo, y de modo que (1) ella cubra adecuadamente los aspectos significativos del trabajo interpretado, … y no sea inconsistente con cualquier otro aspecto del trabajo; (2) ella explique los aspectos del trabajo en que se enfoca; y (3) al hacer las actividades antes descritas, dilucide lo que es importante en el trabajo, y explique –en la medida en que eso sea posible– cualquier razón para prestar atención al trabajo como un trabajo de arte de este tipo. Cuanto más éxito se tenga en alcanzar esos criterios, y más importante sea el sentido que se atribuya justificadamente a ese trabajo, mejor es la interpretación" (*Ibidem,* p. 171).

[25] J. Raz, Joseph, "On the Authority and Interpretation of Constitution", en *Between Authority and Interpretation*, *op. cit.,* pp. 354-5.

[26] Es necesaria una advertencia en este punto. Aunque es verdad que en casos relevantes y difíciles Raz utiliza un concepto de interpretación semejante al de Dworkin, es también verdad que para Raz es una exageración entender que todo acto de aplicación del derecho requiere una interpretación constructiva o que se confunda interpretar una norma con interpretar todo el sistema jurídico. Véase J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 80-82. Agradezco a Rodrigo Camarena González por esta observación.

implícitamente comprometidos con una visión ampliamente aceptada –pero muchas veces, no explícitamente articulada–; según la cual el derecho sería un tipo de "contenido lingüístico o mental ordinario" que puede ser comprendido según un modelo denominado de "paradigma del derecho como comando". Esta concepción, de acuerdo con Greenberg, sostiene que "lo que es autoritativamente pronunciado se torna una norma jurídica –o, de manera equivalente, se torna jurídicamente válido– simplemente porque fue autoritativamente pronunciado".[27]

Lo que explica la popularidad de esa visión estándar, para Greenberg, es el hecho de que la mayoría de los participantes contemporáneos en la teoría del derecho comparte lo que él denomina la Tesis del carácter directo de la explicación *(Explanatory Directness Thesis),* que sostiene que el carácter autoritativo de un pronunciamiento es: *1)* "anterior en el orden de explicación al surgimiento de la norma" y *2)* "independiente del contenido específico del pronunciamiento y de sus consecuencias", de tal modo que *3)* no hay explicaciones intermedias entre el pronunciamiento autoritativo y el surgimiento de la norma.[28]

A su vez, los críticos de la visión estándar (*Standard Picture*) piensan que es incorrecto decir que la validez de una norma es establecida en un momento único por un único pronunciamiento autoritativo, a la manera de las Tesis del carácter directo de la explicación.

6. El precedente judicial y la diferencia entre el positivismo excluyente de Raz y la imagen del "sistema único" de Dworkin

El positivismo excluyente sería una teoría plausible si el hecho de que alguien (por ejemplo, un tribunal) pronunciara algo como derecho hiciese una diferencia práctica relevante independientemente del contenido de este pronunciamiento. ¿Hace diferen-

[27] Mark Greenberg, "The Standard Picture and its Discontents", *Oxford Studies in Philosophy of Law,* vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 44.
[28] *Ibidem*, p. 46.

cia decir que el contenido del derecho es X o Y, si la argumentación jurídica es limitada a la identificación del derecho?

Para el positivismo excluyente es importante que el contenido del derecho sea establecido de una manera tal que no sea necesaria una valoración moral de cualquier naturaleza. Ese es su punto central, y debe valer también para el precedente judicial.

Ronald Dworkin, entre otros, rechaza la idea de que la visión de Raz pueda ser considerada como una teoría válida y relevante. Los últimos escritos de Dworkin apuntan a una forma interesante de concebir la relación entre el derecho y la moral. Dworkin cree que el derecho y la moral no deben ser entendidos como sistemas independientes, entre los cuales se puede (o no) establecer relaciones. La propia pregunta que divide iusnaturalistas y positivistas, para Dworkin, sería una pregunta equivocada. En vez de preguntarse si hay o no relaciones entre el derecho y la moral (sean estas contingentes o necesarias) sería más interesante entender el derecho y la moral como partes de un único sistema. Es decir, el derecho debería ser comprendido como un departamento de la moral, o sea, como una parte institucionalizada de la moral.

Si esa forma de comprender el derecho es correcta, entonces el derecho pasa a ser constituido por el conjunto de obligaciones morales que surgen para los miembros de una comunidad política en virtud de la acción de las instituciones que ejercen autoridad en el interior de esta comunidad. En una comparación simplificada, podríamos decir que el derecho es el conjunto de obligaciones y derechos morales que derivan de la acción de las instituciones y reivindican obediencia en una determinada comunidad política. Los legisladores, por ejemplo, modifican el contenido del derecho porque las leyes que ellos producen tienen la capacidad de alterar las obligaciones morales que nosotros tenemos en relación unos con los otros. Una ley adquiere obligatoriedad de la misma manera que una convención es capaz de cambiar nuestras obligaciones morales, en la medida en que ambas alteran las circunstancias en que nuestros juicios morales son realizados. Las convenciones, para Dworkin, tienen una capacidad dramática de alterar las obligaciones morales existentes en la comunidad. Algo parecido acontece, en el plano privado, en relación con las promesas. Las promesas son capaces de crear obligaciones para nosotros porque

ellas generan expectativas legítimas que son dotadas de un significado moral, es decir, porque ellas alteran las circunstancias fácticas bajo las cuales se puede hacer un juicio sobre nuestros derechos y deberes. Si, por ejemplo, yo altero las expectativas de alguien por medio de mis promesas, puedo causar un daño injustificado a esa persona al inducirla a comportarse de determinada manera por confianza de que honraré mi promesa. Identificar la manera como una promesa genera derechos y obligaciones es, por tanto, determinar cuál es el impacto moral que ella tiene sobre los sujetos activos y pasivos de esas promesas.

Para Dworkin, ésta debería ser también la manera como determinamos el contenido del derecho. Los actos legislativos son capaces de alterar el contenido del derecho de la misma manera que las promesas –es decir, alterando las circunstancias subyacentes a los juicios morales que debemos hacer para determinar el contenido de nuestras obligaciones. A diferencia del positivismo excluyente, Dworkin sostiene que el contenido del derecho es él mismo dependiente de una valoración de naturaleza moral.[29]

Esa forma de describir el nacimiento de obligaciones jurídicas es diferente de la forma propuesta por Raz. De manera esquematizada, podríamos describir la manera como este último explica el precedente judicial por medio de las siguientes proposiciones:

1. *Ocurrencia de un evento jurídico derivado de la acción de las instituciones → texto de un precedente judicial* **φ***;*
   (*V.g.,* la Corte constitucional decide por la legitimidad de las uniones homosexuales y por la igualdad de derechos de los participantes de esas uniones civiles en comparación con las uniones heterosexuales);
2. **φ** *es una proposición válida;*

[29] Existe una similitud importante entre Dworkin y la teoría del impacto moral del derecho de Mark Greenberg. No obstante, existe también una diferencia significativa. Dworkin cree que es necesario un juicio moral interpretativo para determinar el contenido del derecho, mientras Greenberg sostiene una hipótesis diversa, según la cual la interpretación no determina el derecho en ninguna medida. La interpretación es meramente un proceso epistémico. El contenido del derecho es causalmente determinado por hechos morales. Véase, Mark Greenberg, "The Moral Impact Theory of Law", *Yale Law Journal*, vol. 123, 2014, pp. 1288-1342.

(*In casu*, proposición "las uniones homosexuales son legítimas y sus participantes tienen igualdad de derechos en comparación con las uniones heterosexuales" es una proposición jurídica válida);

3. *Ciudadanos e instituciones tienen obligación de realizar* φ
(*In casu*, es obligatorio reconocer las uniones homosexuales como legítimas y los iguales derechos de sus participantes en comparación con los participantes de uniones heterosexuales).[30]

Para Dworkin, sin embargo, la segunda proposición en la cadena arriba sería dispensable para determinar el contenido de nuestras obligaciones jurídicas. Al evaluar los derechos jurídicos que tenemos unos en relación con los otros, consideramos la acción de las instituciones políticas que producen actos formales de producción del derecho (sean leyes, constituciones, decretos, precedentes, tratados internacionales, etc.), las cuales tienen un impacto moral sobre nuestras obligaciones. El derecho es la suma de obligaciones morales que nosotros tenemos en la comunidad política considerada la acción de esas instituciones. En el esquema de arriba, podríamos derivar la conclusión contenida en la proposición 3 directamente de la proposición 1.

En este esquema, por tanto, la cuestión más crucial es determinar si la proposición 2 es o no necesaria para identificar el contenido de nuestras obligaciones jurídicas. Si 2, al sostener que el precedente φ es una proposición jurídica válida, altera el contenido de nuestros derechos y obligaciones –es decir, si φ hace una diferencia práctica– entonces hay un buen argumento para el positivismo excluyente.

7. Una interpretación alternativa del razonamiento jurídico en el positivismo excluyente: las propuestas de Shapiro y Schauer

Retomemos las cuestiones planteadas en la sección 2 de este capítulo:

[30] El esquema que se propone en las líneas que siguen es una adaptación de la interpretación de Jeremy Waldron sobre la controversia entre Dworkin y Raz sobre la relación entre derecho y moral. Véase, Jeremy Waldron, "Jurisprudence for Hedgehogs", en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 417, 2013, pp. 12-19. Disponible en: http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/417

> ¿De qué manera la adopción de esta teoría afecta la práctica del precedente judicial? O, de modo más específico, ¿cómo ella vislumbra el acto del Juez que crea una norma judicial con respecto a un caso no reglado por el derecho en vigor? ¿De qué manera la regla judicial, después de fijada por ese Juez, vincula a los Jueces posteriores? ¿Qué tipo de diferencia práctica puede tener esa teoría del derecho para la práctica del precedente judicial, en comparación con otras teorías que no admiten sus supuestos teóricos sobre el contenido de la regla de reconocimiento o de los criterios básicos de identificación del derecho?

Si nuestro análisis de las contribuciones de Raz y Dworkin es correcto, es probable que la concepción de razonamiento jurídico ofrecida por Raz frustre las principales aspiraciones del positivismo excluyente. Si se adopta la descripción que Raz hace del proceso de razonamiento jurídico, entonces un adepto del positivismo excluyente enfrenta una aparente paradoja cuando se encuentra delante de un precedente judicial, pues aunque su teoría presente una rigurosa prueba amoral para la determinación del contenido de una regla de derecho –o, más específicamente, del precedente judicial–, esta regla tiene un poder limitado de vinculación para los Jueces posteriores, en la medida en que estos siempre necesitarán realizar un juicio moral para determinar si los precedentes identificados según el método del positivismo excluyente deben ser seguidos, distinguidos o superados. La paradoja es la siguiente: ¿por qué definir el derecho de manera tan rigurosa mientras se atribuye un catálogo tan generoso de razones morales que pueden ser aducidas para dejar de obedecer a ese derecho?

Esta aparente paradoja, en caso de que se confirme, tiene graves consecuencias para las pretensiones del positivismo excluyente, pues tornaría esta teoría incapaz de ofrecer una respuesta satisfactoria a las preguntas planteadas en el inicio de esta sección. Es decir, la adopción del positivismo excluyente no haría diferencia en relación a la adopción de un modelo de lectura moral del derecho semejante a la teoría designada por Dworkin como "derecho como integridad". El acto judicial que crea una norma jurídica individual sería, inevitablemente, un razonamiento moral, y lo mismo sucedería con el Juez posterior, en el momento de determinar si las reglas derivadas de los precedentes judiciales deben ser seguidas, diferenciadas o superadas. No haría una diferencia práctica relevante –además de una mera definición convencional– al definir el precedente judicial de la manera austera sugerida por el positivismo excluyente. Aunque la definición del precedente se hiciese con independencia de consideraciones morales, estas consideraciones regresarían con fuerza institucio-

nal en todos los hechos de aplicación de estos precedentes, de modo que la fuerza institucional del derecho sería solapada, casi por completo, por la fuerza moral que los precedentes son capaces de generar para sus órganos de aplicación.

Por consiguiente, parece imperioso para el positivismo excluyente eludir esta paradoja. Una manera de disolverla sin abdicar del positivismo excluyente es redefinir la concepción de razonamiento jurídico exigida por los defensores de este positivismo. Si la función del derecho es crear razones protegidas para coordinar la acción de los oficiales y de los ciudadanos en una comunidad, precisamos entonces de una concepción de razonamiento jurídico que atribuya a las razones protegidas que el derecho genera un *peso especial* en la argumentación jurídica, es decir, que torne sus razones merecedoras –en la práctica– de un *status* especial en relación a las razones morales que ellas pretenden sustituir.

En ese sentido, merece mención la propuesta de Scott Shapiro, que cree que para que el positivismo jurídico excluyente cumpla adecuadamente su propósito moral –que, en su concepción, es sustituir las razones de primer orden que compiten entre sí en situaciones controvertidas, complejas y contenciosas– el razonamiento jurídico debe ser precisamente diferenciado del razonamiento moral. Aunque Raz esté en lo correcto al sostener que no todas las razones admisibles para una decisión autoritativa son razones jurídicas, pues, en ciertas situaciones, es posible sostener la inexistencia de un deber para los funcionarios de aplicar el derecho, las circunstancias en que los argumentos extra-jurídicos deben ser admitidos como fundamento para el razonamiento jurídico deben ser consideradas genuinamente excepcionales. El razonamiento jurídico, por tanto, debe ser entendido como un proceso *amoral* de descubrimiento del contenido del derecho, lo cual es determinado únicamente por hechos sociales.

Esta caracterización del razonamiento jurídico como un proceso amoral tiene importantes consecuencias para la teoría del precedente judicial. La teoría del precedente desarrollada por Frederick Schauer, por ejemplo, parece ajustarse de manera más armoniosa con las tesis más fundamentales del positivismo excluyente, en la medida en que ella prevé que para la determinación del elemento vinculante de los precedentes judiciales se debe tratar el contenido de la regla inferida de la decisión como *independiente de su justificación moral*. Las reglas, para Schauer, están apenas indi-

rectamente relacionadas con sus justificaciones políticas y morales, en la medida en que su fuerza institucional deriva de su *status* de pronunciamiento autoritativo, y no de sus méritos morales. No obstante que toda regla tenga un propósito justificador, que normalmente es un principio moral o político, la autonomía semántica de su contenido permite que ellas sean opacas en relación a esta justificación. Como explica Schauer, cuando entendemos una decisión anterior como un "precedente", esta decisión debe afectar la decisión corriente incluso si el juzgador la considera errada, y la razón fundamental para seguirla es únicamente su *status* de precedente. "El argumento a partir de los precedentes opera sustancialmente de la misma manera que el argumento fundado en reglas".[31] En otros términos, "es la fuente o el *status* de un precedente que le da autoridad –que genera una razón para la acción– en lugar del contenido del precedente o del grado de persuasión del razonamiento que él incorpora".[32] El propósito del precedente, por tanto, sería justamente el de resistir a nuestras preferencias y a nuestros juicios delante de experiencias recalcitrantes en que la justificación de la regla establecida en este precedente parece inaplicable a nuestros ojos.

La comprensión que Schauer ofrece del precedente judicial está afinada con la doctrina tradicional del precedente en el derecho inglés, o por lo menos a su expresión dominante, ejemplificada en los escritos de Rupert Cross, que define la *ratio decidendi* de un precedente judicial como "cualquier regla de derecho expresa o implícitamente tratada por el Juez como un paso necesario para su conclusión, teniendo en vista la línea de razonamiento por él adoptada".[33] El precedente surge, por tanto, como una regla de derecho que puede ser invocada con independencia de la fuerza moral de su justificación sobre el caso concreto. Funciona, pues, como un comando dotado de autoridad, en el sentido propio del término empleado por Raz, es decir, como una directiva capaz de sustituir los juicios y razones del juzgador en el caso concreto.

Parece evidente, por tanto, que un modelo de precedentes judiciales establecido según las premisas del positivismo excluyente, como parece ser el de Frederick Schauer,

---

[31] Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Base Decision-making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 182.

[32] Frederick Schauer, "Precedent", en Andrei Marmor, *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, Nueva York, 2012, p. 124.

[33] Rupert Cross y J. W. Harris, *Precedent in English Law*, 4a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 72.

genera razones para una teoría de la decisión *(theory of adjudication*) menos sensible a valoraciones morales propias del juzgador y argumentos de moralidad política como fundamentos de la decisión judicial. Si no se considera esa consecuencia práctica del positivismo excluyente, no habrá razón para imaginar por qué alguien pueda encontrar argumentos plausibles para adoptar esta teoría.

Este punto ha sido percibido por Wil Waluchow ya en el inicio de la década de 1990, antes de que Joseph Raz publicara sus principales escritos sobre la interpretación y el razonamiento jurídico, donde parece acercarse a un modelo de razonamiento jurídico más permisivo en relación a argumentos morales.

Cuando discurre sobre la teoría de la decisión y su relación con la teoría del derecho, Waluchow entiende a ambas como "separadas pero conectadas", intentando con esa afirmación construir una réplica tanto a Ronald Dworkin cuanto a Joseph Raz. Por un lado, como vimos arriba, Waluchow no acepta la proposición de Dworkin según la cual la fuerza del derecho sería sólo una fuerza moral indistinguible tanto de los fundamentos del derecho cuanto de su fuerza institucional. Por otro lado, Waluchow rechaza también la teoría de la decisión que parece implicada por el positivismo excluyente, cuando esta teoría es aplicada de manera consistente.

En la raíz de su crítica está la premisa de que hace diferencia para los Jueces, en general, justificar sus decisiones jurídicas bajo la premisa de que están ejerciendo un acto de aplicación del derecho, y no un acto legislativo de creación originaria de normas jurídicas: "los Jueces generalmente prefieren verse y presentarse a sí mismos como siempre aplicando el derecho", es decir, prefieren caracterizar sus argumentos como "implicando nada más que la aplicación del derecho preexistente".[34] La base de esta percepción está, en mi entendimiento, en la intuición hartiana de que el derecho debe ser entendido de manera sensible a los enunciados aceptados desde el *punto de vista interno* a la práctica jurídica, que es el punto de vista de los Jueces y funcionarios que *aceptan* el derecho en el sentido fuerte de adoptar una actitud crítica y reflexiva en relación con las normas que emanan del derecho y con conductas que

[34] W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.,* p. 69.

a ellas no se ajustan. Como es familiar a los estudiosos de teoría jurídica contemporánea, una de las ideas centrales de Hart es que los Jueces aceptan y reconocen la validez de padrones jurídicos porque ellos, en efecto, los *emplean* para determinar el curso de acción a ser adoptado y para realizar juicios críticos acerca de los Jueces y ciudadanos privados que no obedecen a estos padrones jurídicos.[35]

De esa aserción Waluchow extrae la conclusión de que cuando los Jueces actúan de manera oficial, "ellos se preocupan con los derechos y obligaciones jurídicas" y su actividad "está relacionada con el derecho, no la política o la moralidad".[36] Por vía de consecuencia, la adopción del positivismo excluyente o del positivismo incluyente afecta directamente el tipo de teoría de la decisión o de teoría de la interpretación de precedentes que un Juez debe adoptar: "si el positivismo excluyente fuese adoptado como describiendo de manera precisa la naturaleza del derecho, entonces la tendencia podría ser la de que los Jueces evitasen argumentos de moralidad política en casos envolviendo la aplicación de derechos fundamentales".[37]

Es claro que este límite –como ya aducimos arriba– es aceptado *cum grano salis*, pues cualquier tipo de teoría del derecho, sea el positivismo excluyente o incluyente, o el interpretivismo de Dworkin, o aún, con más razón, una teoría del derecho natural, es compatible con una teoría de la decisión que admita excepciones a esa regla y permita, en casos particularmente sensibles desde el punto de vista moral, el empleo de consideraciones extra-jurídicas para justificar la interpretación, diferenciación y revocación de reglas derivadas de precedentes judiciales. Sin embargo, independientemente de esas excepciones, el positivismo excluyente se pone a favor de un principio que puede encontrar razones importantes para justificarlo en un Estado de derecho: el principio de que es más importante la existencia de una regla particular que la corrección de su contenido.[38] Es decir, es importante, desde el pun-

---

[35] Sobre el punto de vista interno y la actitud crítica reflexionada en relación al derecho véase, por todos, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 89-91.

[36] W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit*., p. 71.

[37] *Ibidem,* p. 71. De acuerdo con Waluchow, "los argumentos de moralidad política no podrían ser utilizados para establecer el contenido del derecho preexistente válido, y toda vez que a los Jueces les gustarían ser vistos como estableciendo el último, ellos evitarían argumentos de moralidad política" (ídem, p. 71).

[38] En este sentido, considérese el siguiente pasaje de Louis Brandeis, que ejerció el cargo de Chief Justice de la Suprema Corte de los Estados Unidos: "en la mayoría de las cuestiones es más importante que la regla de derecho

to de vista práctico, que el poder judicial actúe de manera coherente y disciplinada, fiel a las decisiones que fueran públicamente establecidas por las cortes superiores, incluso cuando esas decisiones estuvieren erradas. Es importante que este punto sea aceptado como un aspecto a ser tomado en serio efectivamente por el Poder Judicial, que las reglas que derivan de la jurisprudencia actúen –al menos en la vasta mayoría de los casos– como razones protegidas que deben ser aceptadas como buenas, aun cuando la ponderación de razones que llevó a su establecimiento haya sido defectuosa. Es posible, por supuesto, construir un sistema jurídico en torno a esta idea, sea por medio de los "precedentes sobre precedentes judiciales", que establecen la auto-comprensión del Poder Judicial sobre la fuerza de los precedentes, sea por medio de normas establecidas por el legislador o por la Constitución sobre la vinculación de esos precedentes.[39] En el caso de Brasil, en particular, el positivismo excluyente consigue explicar por lo menos una parte relevante de las reglas constitucionales que crean instituciones jurídicas y procedimientos judiciales específicos para asegurar la fuerza vinculante de los precedentes judiciales; menciónese, por ejemplo, las reclamaciones constitucionales al Supremo Tribunal Federal para asegurar la eficacia de sus decisiones vinculantes en el control abstracto de constitucionalidad y de sus *súmulas*.

Si hay buenas razones para aceptar este tipo de fuerza vinculante para el precedente judicial, entonces el positivismo excluyente puede ser una buena teoría para explicar su fundamento, su funcionamiento y la naturaleza de los comandos autoritativos establecidos en reglas jurisprudenciales. Ronald Dworkin probablemente está en lo correcto, por tanto, al sostener que los argumentos disponibles para la defensa del positivismo excluyente son argumentos normativos, y no puramente teórico-descriptivos. Diferentes concepciones de juridicidad, para Dworkin, "constituyen una adhesión común al valor de la juridicidad (*legality*), pero con diferentes concepciones sobre qué es esa juridicidad".[40] El positivismo excluyente será plausible si fuera capaz de "ofrecer autoridad en las circunstancias en que la autoridad es necesaria".[41]

---

aplicable esté establecida donde ella haya sido establecida de manera correcta" (Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 US 393, 406, 1932), citado en F. Schauer, *Playing by the Rules*, *op. cit.,* p. 141-142.

[39] Sobre la fuerza institucional de los precedentes sobre precedentes y de las reglas legisladas sobre precedentes judiciales, véase Thomas Bustamante, *Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y Aplicación de Reglas Jurisprudenciales,* Legales, Lima, 2016, pp. 329-336.

[40] Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, *op. cit.,* p. 170.

[41] *Ibidem*, p. 178.

Para establecer esa necesidad, precisamos entonces de argumentos normativos, en especial de naturaleza política o moral. Aunque permanezca una importante fuerza activa en el debate jurídico-teórico y en la práctica jurídica sobre el positivismo excluyente, no podemos más suponer que sus tesis conceptuales sean pretensiones neutras y no-comprometidas. Una teoría de los precedentes basada en el positivismo excluyente debe ser una teoría política, libre del "camuflaje metodológico" típico de las teorías que se presentan como puramente conceptuales.[42]

8. Fuentes

8.1. Bibliohemerografía

Bustamante, Thomas da Rosa de, "A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H L A Hart?", *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, vol. 20, 2015, pp. 307-327.

_____, *Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y Aplicación de Reglas Jurisprudenciales,* Legales, Lima, 2016.

Cross, Rupert y Harris, J. W., *Precedent in English Law*, 4a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1991.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Belknap, Cambridge, MA, 1986.

_____, *Justice in Robes*, Belknap, Cambridge, 2006.

Gardner, John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, núm. 1, 2001, pp. 199-227.

[42] Idem, p. 183. Véase, también, Thomas Bustamante, "A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H L A Hart? *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, vol. 20, 2015, pp. 307-327.

Greenberg, Mark, "The Standard Picture and its Discontents", *Oxford Studies in Philosophy of Law,* vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2010. Disponible en: *https://ssrn.com/abstract=1103569*.

_____, "The Moral Impact Theory of Law", *Yale Law Journal*, vol. 123, 2014, pp. 1288-1342.

Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

Postema, Gerald J., "Law's Autonomy and Public Practical Reason", en Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*. Oxford University Press, Oxford, 1986.

_____, "Authority, Law and Morality", en Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 210-237.

_____, "Interpretation without Retrieval", en Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation: Essays on Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 170-171

_____*, Practical Reasons and Norms*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1999.

_____, *Between Authority and Interpretation,* Oxford University Press, Oxford, 2009.

_____, *The Authority of Law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.

Shapiro, Scott, *Legality,* Belknap, Cambridge, 2011.

Simpson, AWB (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence –Second Series*, Oxford University Press, Oxford, 1973.

Schauer, Frederick, "The Limited Domain of Law", *Virginia Law Review,* vol. 90, núm. 7, 1990, pp. 1909-1956.

_____, "Precedent", en Andrei Marmor, *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, Nueva York, 2012, p. 124.

_____, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Base Decision-making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991

Searle, John, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969.

Waldron, Jeremy, "Jurisprudence for Hedgehogs", en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 417. 2013, pp. 12-19. Disponible en: http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/417

Waluchow, Wil, *Inclusive Legal Positivism,* Oxford University Press, Oxford, 1994.

La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Rodrigo Camarena González*

* Profesor de tiempo completo del ITAM. Agradezco las observaciones y preguntas de los organizadores, participantes y asistentes del Seminario "El precedente constitucional en la Suprema Corte de Justcia de la Nación" llevado a cabo los días 7 y 8 de diciembre del 2016. En especial a Carlos Bernal, Roberto Lara y Alejandra Martínez.

Este capítulo es una introducción crítica a la manera en que la Suprema Corte crea el precedente judicial. La primera sección analiza el marco jurídico que regula la creación del precedente con especial énfasis en la reiteración y el precedente en sentido estricto. Después, la segunda sección aborda la cuestión de la determinación de la *ratio decidendi* aplicada a la práctica judicial mexicana. Luego, la tercera sección analiza la manera en cómo se resuelven las incompatibilidades de criterios entre órganos del mismo rango mediante el proceso de contradicción de tesis. Finalmente, la sección cuarta sugiere cinco puntos de partida para repensar el marco jurídico actual que regula la creación del precedente judicial en México.

1. Formas de creación de precedentes en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Por mandato constitucional México cuenta con una doctrina *legislativa* del precedente. De manera genérica, el artículo 14 [4] de la Constitución establece que: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra *o a la interpretación jurídica de la ley*, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."[1] De manera más específica, el artículo 94 [10] ordena que "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación..."[2]

[1] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), *Diario Oficial de la Federación*, 5 de Febrero de 1917 (se añaden cursivas).
[2] *Ibidem* (según reforma del 6 de Junio de 2011).

Más precisamente, se puede afirmar que existe una doctrina de jurisprudencia y otra de precedente. La primera regula bajo qué condiciones los criterios contenidos en resoluciones de juicios de amparo adquieren el carácter de fuente vinculante. La segunda hace lo correspondiente respecto a sentencias de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.

La Ley de Amparo regula los tres supuestos en que la jurisprudencia de los órganos superiores es vinculante para los inferiores: (a) Por *reiteración*. Un mismo criterio en cinco sentencias, en diferentes sesiones, aprobado por una mayoría calificada en caso del Pleno (ocho Ministros) y las Salas (cuatro Ministros) y Plenos de Circuito (dos terceras partes de Magistrados), o unanimidad en caso de Tribunales Colegiados, son vinculantes para los órganos inferiores;[3] (b) Por *contradicción de tesis,* también conocida como *unificación de criterios.* Las discrepancias interpretativas entre órganos del mismo rango son resueltas por una mayoría simple del superior jerárquico en un proceso abstracto y no contencioso con efectos prospectivos respecto a juicios que generaron la discrepancia;[4] (c) Por *sustitución*. Los órganos inferiores están vinculados a la jurisprudencia del superior. Sin embargo, después de aplicar un criterio en un caso concreto, están facultados para sugerir al superior que sustituya el criterio anterior siempre que una mayoría calificada lo apruebe en un proceso no contencioso y abstracto similar al de la unificación.[5]

En cambio, la Ley reglamentaria del artículo 105 constitucional abandona la lógica reiterativa de la jurisprudencia, y considera vinculante los criterios aprobados por una mayoría calificada del Pleno o de las Salas en un sólo precedente. Esta ley regula el funcionamiento de la Corte no como órgano de cierre, sino como un Tribunal Constitucional con competencia exclusiva. Esta ley establece un cuarto supuesto de vinculación (d) *el precedente constitucional* (en sentido estricto). De acuerdo con el artículo 43, "Las *razones* contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias

[3] Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación,* 2 de abril de 2013, última reforma del 17 de junio de 2016, arts. 215-217, 222-224.
[4] *Ibidem*, arts. 225-227.
[5] *Idem*, 230.

para las Salas, Plenos de Circuito (…) y demás órganos inferiores.[6] Esta Sección se concentra en las formas de reiteración (a) y (d) y deja para la sección 3 el análisis de los otros dos tipos de creación de precedentes vinculantes.

Estas doctrinas se podrían analizar críticamente desde una perspectiva del principio de separación de poderes. Resulta llamativo que el Poder *Legislativo* establezca requisitos de reiteración y de mayorías calificadas para reconocer obligatoriedad a los criterios del Poder *Judicial*. Esto podría considerarse una tensión entre los poderes judicial y legislativo incompatible con el actual arreglo institucional de distribución de poderes de manera coordinada. También se podría sostener que legislar sobre jurisprudencia es redundante ya que el texto original de 1917 ya consideraba que en caso de falta de claridad en textos legislativos, la interpretación judicial es vinculante. Si bien, por razones históricas se elevó a rango constitucional la jurisprudencia como fuente obligatoria –quizás en respuesta a quienes consideraban dicha institución como un trasplante del *common law* ajeno a nuestra tradición jurídica de derecho codificado–, se podría objetar que ya no se actualizan estas razones una vez que se reconoce en la práctica la relevancia de las interpretaciones judiciales.[7]

A pesar de lo interesante de la perspectiva del principio de separación de poderes, es más relevante para la práctica judicial analizar las doctrinas desde el punto de vista del *derecho a la igualdad*. [8] Así como los legisladores deben emitir disposiciones basadas en categorías constitucionales sin discriminar injustificadamente, de manera análoga los Jueces deben tratar casos similares; a menos que tengan buenas razones para lo contrario, so pena de violar el derecho a la igualdad de los litigantes.

---

[6] Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), *Diario Oficial de la Federación,* 11 de mayo de 1995, última reforma del 27 de enero de 2015, [Ley del 105], art. 43 (cursivas añadidas).

[7] Véase CPEUM, *supra* nota 1, art. 107 XIII (según reforma de 19 de Febrero de 1951), art. 94 [5] (según reforma de 25 octubre de 1967), art. 94 [10] (según reforma de 6 de junio de 2011). Respecto a la historia y evolución de la Jurisprudencia en México, véase Jorge Mario Magallón Ibarra, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*, UNAM, México, 2004, pp. 252-291, 317-341. Sobre la jurisprudencia como un trasplante del *stare decisis* anglosajón, véase, en el mismo volumen, Héctor Fix Zamudio, "Prólogo", pp. XXIV-XXV; Rodrigo Camarena González, "From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: The Migration of The Doctrine of Precedent To Civil Law Constitutionalism", *Transnational Legal Theory,* vol. 7, núm. 2, 2016, p. 257.

[8] Sobre el precedente y el derecho a la igualdad véase Alfonso Ruiz Miguel, "Equality Before the Law and Precedent", *Ratio Juris,* vol. 10, núm. 4, 1997, p. 372.

Para ilustrar las implicaciones de las doctrinas en relación con el derecho a la igualdad se utilizará el concepto de norma adscrita.[9] En vista de la indeterminación semántica de las disposiciones jurídicas, los Jueces adscriben una norma de las muchas posibles después de un proceso de interpretación. Por ejemplo, si la vaga expresión "normas generales" se interpretó de manera que incluye no sólo leyes, pero también iniciativas de reforma constitucional se presume que en juicios futuros los Jueces interpretaran dicha disposición de manera que incluya a las iniciativas de reforma constitucional.[10]

Las normas adscritas suelen tener la estructura de reglas; es decir, se conforman por un antecedente que describe ciertos hechos y una consecuencia jurídica.[11] Estos antecedentes son categorías jurídicas para regular los actos humanos. Si en el juicio J^x en vista de los hechos o hipótesis H^1, H^2, H^3 se concluyó que dicho acto está prohibido, obligado o permitido por la Constitución, existe una presunción que en el juicio sucesivo J^y con hechos similares recibirán una consecuencia similar. Si juicios similares se tratan diferente y sin una justificación del trato diferenciado hay una violación al derecho de la igualdad de los litigantes.

Hay tres objeciones en contra de las doctrinas legislativas del precedente desde la perspectiva del derecho a la igualdad. En primer lugar, el requisito de reiteración equivale a una *autorización implícita* a tratar juicios similares de manera diferente sin una justificación razonable. Bien puede ser que una mayoría calificada del Pleno de la Suprema Corte adscriba la norma N^a a la disposición D^x y la reitere en cuatro juicios de amparo. No obstante, en sentido estricto, N^a permanece como una fuente meramente persuasiva para las Salas e incluso para los demás órganos inferiores que podrían adscribir la norma N^b y contradecir al órgano superior.

---

[9] Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 103-132. El Pleno ha adoptado esta distinción al diferenciar entre las disposiciones constitucionales o de tratados internacionales con su característica ambigüedad y vaguedad y las normas judiciales con significado concreto. Véase, CT. 293-2011, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 septiembre 2013, p. 57.

[10] El ejemplo se toma del Amparo Camacho, AIR 2996-1996, Genaro David Góngora Pimentel, 3 de febrero de 1997, considerando V.

[11] Véase, p. ej., Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991, pp. 23-24.

El requisito de la reiteración puede afectar el derecho a la igualdad e afectar indirectamente la vigencia de otros derechos. Una sola sentencia puede ser tan trascendente como para establecer un nuevo derecho constitucional. Por ejemplo, en el amparo directo en revisión 6-2008 el Pleno adscribió la norma Nª relativa al derecho al libre desarrollo de la personalidad a partir de una interpretación armónica de la dignidad humana y distintas disposiciones de tratados internacionales.[12] El asunto trató acerca del derecho de una persona a una nueva acta de nacimiento –y no su modificación, como marcaba el código civil– por haber desarrollado órganos sexuales femeninos e identificarse como tal, a pesar de haber sido identificado como varón. Una sola sentencia de amparo fue tan relevante como para incorporar un nuevo derecho constitucional en la esfera de los gobernados. Tal fue la relevancia del precedente que sirvió para confirmar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ciudad de México.[13] Sería violatorio al derecho a la igualdad que después un Juez negara el derecho a una nueva acta por reasignación sexual porque Nª no ha sido reiterada al menos cuatro veces por el órgano superior. En ocasiones, un solo precedente es tan importante que crea o expande derechos constitucionales que deben beneficiar no sólo a las partes, sino a todos los gobernados que se encuentran en la misma situación.

El requisito de reiteración también influye en las atribuciones de las autoridades. Por ejemplo, en el caso Radilla, la mayoría del Pleno abandonó el criterio sostenido por varias décadas de que sólo los Jueces federales podían realizar el control de constitucionalidad de las leyes, para ahora sostener la norma Nª que todas las autoridades judiciales están facultadas para realizar el control de la constitucionalidad.[14] De nuevo, sería cuestionable que posteriormente un Juez se negara a realizar un análisis del control de constitucionalidad porque Nª no ha sido reiterada.

En segundo lugar, contar con dos doctrinas legislativas del precedente crea una *bifurcación* de normas adscritas. Puede ser que una mayoría unánime del Pleno ads-

---

[12] ADR 6-2008, Sergio A. Valls Hernández, 6 de enero de 2009, considerando VII, sección 2.

[13] AI 2-2010, Sergio A. Valls Hernández, 2 de agosto de 2010, párrafos 251, 263-265.

[14] Varios. 912-2010, José Ramón Cossío Díaz, 14 de julio de 2011, párrafos [24-32]. Algunos de los anteriores criterios eran: Tercera Sala, AIR 2230-70, Mariano Ramírez Vázquez, 8 de junio de 1972; AR 1878-1993, José de Jesús Gudiño Pelayo, 9 de mayo de 1995, especialmente el considerando III.

criba la norma Nª en un amparo que no será vinculante hasta que sea reiterada otras cuatro veces. En cambio, el mismo Pleno en una sola sentencia votada por mayoría calificada en una acción de inconstitucionalidad o controversia constitucional es suficiente para hacer de Nª una norma vinculante. Esta bifurcación parece sugerir que las normas derivadas de un tipo de juicio tienen mayor valor que las de otro, incluso si fue la misma autoridad la que adscribió la norma.

En tercer lugar, la doctrina legislativa entra en tensión con la *práctica judicial.* El Pleno y las Salas se refieren a amparos en lo individual, e incluso los llaman "precedentes" sin importar si han sido reiterados o votados por una mayoría calificada. Puede ser que el Pleno cite un precedente no reiterado del mismo órgano como sucedió con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. También puede ser que una Sala cite un precedente del Pleno sin que haya sido reiterado. Por ejemplo, en el amparo indirecto en revisión 896-2008, la Segunda Sala citó un amparo votado por una mayoría no calificada ni reiterada para negar la procedencia del amparo en contra del procedimiento de reformas a la Constitución.[15] El precedente era el amparo indirecto en revisión 2021-2009, resuelto por una mayoría de siete a cuatro.[16] Así, el Pleno o las Salas llegan a utilizar los precedentes para justificar sus decisiones, sin la necesidad de que estos tengan el carácter formal de vinculante.

A pesar de la práctica dentro de la Corte, según la legislación vigente, cualquier órgano judicial podría negarse a seguir tales precedentes. Un Juez de primera instancia podría darle efectos vinculantes a una norma adscrita no reiterada ni votada por una mayoría calificada, pero otro Juez podría considerarlo persuasivo, sin mayor esfuerzo argumentativo que sostener que no son formalmente vinculantes. Esto podría pasar aún si las Salas o incluso el Pleno tratan sus normas como precedentes. De nuevo existiría una posible violación al derecho a la igualdad, en la medida que una norma adscrita se trata como precedente en ciertos órganos pero no en otros.

En cierta manera la Constitución ya reconoce que precedentes no reiterados pueden tener fuerza vinculante. El artículo 94 [8] establece que el Pleno está "facultado

[15] AIR 896-2008, Margarita Beatriz Luna Ramos, 5 de octubre de 2011, p. 47.
[16] AIR 2021-2009, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, 28 de marzo de 2011, considerando III.

para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que competa conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito (…) aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia *o los que,* conforme a los referidos acuerdos*, la propia Corte determine* para una mejor impartición de justicia (…).[17] Es decir, aún si no existe jurisprudencia, el Pleno pude determinar que ciertos asuntos se resuelvan por órganos inferiores en determinado sentido. Así, se reduce la posibilidad de que un órgano inferior contradiga al Pleno.

Una posible solución al problema de las doctrinas legislativas, en relación con el derecho a la igualdad, es considerar toda norma adscrita como *prima facie* vinculante. De esta manera, la obligación general consistiría en aplicar normas adscritas sin importar si fueron o no reiteradas o votadas por una mayoría. La excepción sería distinguir o cambiar de precedentes, pero el Juez siempre deberá cumplir una carga de la argumentación.[18] Además de minimizar el trato desigual injustificado entre litigantes, considerar toda norma adscrita como *prima facie* vinculante coordinaría la labor de los Jueces constitucionales. Una norma adscrita por el Pleno sea en materia de amparo o como Tribunal Constitucional tendría el mismo valor. Una norma adscrita del Pleno tendría mayor peso que una de las Salas, pero esta jerarquización se da con base en la función judicial y no en un número predeterminado de votos o reiteraciones.

2. ¿Qué constituye un precedente?

Los teóricos del derecho suelen afirmar que una sentencia no es vinculante en su totalidad, sino sólo su *ratio decidendi*.[19] La *ratio* debe estar vinculada necesariamente con la controversia jurídica, y todo lo demás es *obiter dicta,* o sea, aseveraciones accesorias*.* A diferencia de los textos legislativos en que cada disposición es vinculante,

[17] CPEUM, *supra* nota 1, art 94 [8].

[18] Véase, Alejandra Martínez Verástegui, "El cambio de precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en este volumen.

[19] Sobre el concepto de *ratio decidendi* y sus distintas concepciones, véase Pierluigi Chiassoni, "The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction", en Thomas Bustamante y Carlos Bernal Pulido (eds.), *On the Philosophy of Precedent,* proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, Frainz Steiner Verlag, Nomos, Stuttgart, 2012, pp. 17-22.

cuando se trata de los precedentes judiciales sólo los enunciados relacionados con la cuestión jurídica planteada son vinculantes.

Al menos a primera vista, en México el proceso de identificación de la *ratio* parece ser distinto al de los países anglosajones. En estos países el órgano judicial no suele identificar la norma adscrita, sino que son los intérpretes en casos siguientes quienes infieren la *ratio*.[20] En cambio, en México, los Tribunales Colegiados y en la Suprema Corte tratan de expresar la *ratio* de una sentencia de manera explícita, abstracta e impersonal conocida como tesis.[21] El mismo órgano que resolvió el juicio aprueba el texto que identifica el criterio jurídico para que después se publique de manera independiente a la sentencia en el *Semanario Judicial de la Federación.*

El proceso de identificación, aprobación y publicación del texto de la tesis está regulado por la Ley de Amparo y por un Acuerdo General del Pleno de la Suprema Corte. La ley establece que cuando uno de los órganos facultados para establecer jurisprudencia establezca un "criterio relevante" se procederá a elaborar la tesis con título, subtítulo, criterios interpretativos y demás datos para su identificación.[22] O sea, se presume que no toda sentencia será merecedora de una tesis, ya que habrá juicios en los que sólo se aplica el marco jurídico preexistente sin mayor trascendencia para casos futuros.

Por su parte, el Acuerdo establece, entre otras reglas, que la tesis debe derivarse de la parte considerativa de la sentencia, en caso de jurisprudencia reiteración

---

[20] William Twining y David Miers, *How to do Things with Rules*, 5a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 278. Inferir la *ratio* a partir de la sentencia es el enfoque común en Inglaterra, pero hay quienes argumentan que en Estados Unidos la práctica suele ser identificar textualmente el *holding* a manera de regla, como si fuera una disposición legislativa. Véase Peter M. Tiersma, "The Textualization of Precedent", *Nortre Dame Law Review,* vol. 82, núm. 3, 2006, p. 1187; Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, p. 53.

[21] Véase Acuerdo Número 20/2013, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emitan los organos del Poder Judicial de la Federación, 12 de diciembre de 2013, *DOF*, [Acuerdo 20/2013]. Hay prácticas judiciales similares a la mexicana, aunque no idénticas, dentro de la tradición romano-germánica como las '*massimas*' de la Corte de Casación italiana o las "*súmulas*" del Supremo Tribunal Federal brasileño. Véase Rodolfo Sacco, "La massima mentitoria", en Giovanna Visintini (ed.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente: con particolare riguardo alla responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1988, pp. 51-58; Thomas Bustamante y Evanilda de Godoi Bustamante, "Constitutional Courts as 'Negative Legislators': The Brazilian Case", *Revista Jurídica Piélagus,* vol. 09, 2010, pp. 146-152.

[22] Ley de Amparo, *supra* nota 3, art. 218.

que el mismo criterio se haya sustentado en cinco sentencias y que el criterio sea 'novedoso'. [23] Curiosamente, el Acuerdo también requiere que la tesis debe ser redactada con tal claridad que no sea necesario consultar la sentencia.[24] Así, las tesis adquieren una clase de autonomía no sólo de la disposición que se interpretó, sino incluso de la sentencia.

La práctica de las tesis se sigue en juicios de amparo y hasta hace poco también se seguía en juicios previstos por la Ley Reglamentaria del artículo 105. El artículo 43 de esta última ley establece que el elemento vinculante de las sentencias son las "razones" contenidas en los considerandos. Sin embargo, el Acuerdo también establece que se deben identificar y publicar tesis cuando la Corte funciona como tribunal constitucional.[25]

El objeto de las tesis parece ser dar difusión a la norma adscrita que guiará a los intérpretes en casos similares. Así como una disposición legislativa puede redactarse de manera inequívoca con la estructura de una regla para constreñir a los intérpretes, de manera análoga se pretende emitir un criterio judicial que sólo tenga que subsumirse en los hechos de los casos futuros. No obstante, es posible que tanto las disposiciones como las tesis sean vagas o ambiguas. Además, nada impide que la tesis se interprete a la luz de la sentencia en que se dictó, y esta sentencia a la vez se interprete como parte de un conjunto de precedentes que interpretaron cuestiones jurídicas similares.

Las tesis han sido cuestionadas tanto por académicos como por miembros de la Corte. Por ejemplo, Ana Laura Magaloni ha criticado la práctica porque establece reglas generales que se alejan de los hechos y de lo discutido en la sentencia.[26] De manera similar, el Ministro Zaldívar ha observado que las tesis parecen establecer

---

[23] Acuerdo 20/2013, *supra* nota 21, art. 4.

[24] *Ibidem*, art. 4 c).

[25] *Ibidem*, art. 11, segundo párrafo.

[26] Ana Laura Magaloni Kerpel, "¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de los derechos fundamentales?", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aturo Zaldívar Lelo de Larrea (eds.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, UNAM, México, 2008,vol. II Tribunales constitucionales y democracia, p. 281 nota 21; Ana Laura Magaloni Kerpel, "La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional", *Working Papers: Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE),* núm. 57, 2011, p. 4.

como vinculante un texto autónomo a la sentencia.[27] Por su parte, el Ministro José Ramón Cossío, en un texto académico, ha sugerido que deberían ser las partes y los Jueces posteriores quienes determinen la ratio de una sentencia, sobre todo cuando la Corte funciona como Tribunal Constitucional.[28]

La objeción central en contra de las tesis es que caen en un formalismo jurídico que se aleja de la cuestión jurídica planteada, creando y aplicando reglas descontextualizadas. Por ejemplo, del amparo directo 28-2010 resuelto por la Primera Sala surgió una tesis –ahora jurisprudencia– que establece que la Constitución no reconoce un derecho al insulto.[29] La tesis establece que el derecho al honor prevalece sobre la libertad de expresión cuando las expresiones sean "a) ofensivas u oprobiosas, según el contexto; y, b) impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado".[30] Esta tesis brinda poca atención a los hechos del caso. En el juicio un periódico demandó a una revista la reparación del daño moral causado porque uno de sus columnistas acusó al periódico de ser "cómplice del terror", por firmar acuerdos con un simpatizante del movimiento separatista en España. La Sala determinó que no era constitucional condenar por daño moral a la revista pues había sido un ejercicio legítimo de libertad de expresión apegado a estándares periodísticos de "malicia efectiva" que no informaban algo claramente falso.[31] Esta tesis parece confirmar la crítica. Se ignora que las partes eran personas jurídicas –cuya protección del derecho al honor difiere del de las persona físicas, pues estas y no las primeras se ven afectadas en sus sentimientos–, y que la controversia se centró más en los estándares periodísticos que se deben seguir, no tanto en el derecho al insulto.

Así, se corre el peligro de que en casos posteriores se descontextualice lo establecido en el precedente y se obvien diferencias entre casos. En un precedente posterior, la Primera Sala aplicó la misma tesis, pero la tesis obviaba matices respecto

---

[27] Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 25 de mayo de 2015 (relativa a la CT 182-2014 pendiente de resolver), p. 27.

[28] José Ramón Cossío Díaz, *La controversia constitucional,* Editorial Porrúa, México, 2014, pp. 697, 721-724.

[29] AD 28-2010, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 noviembre 2011.

[30] Tesis [J.]: 1a./J. 31/2013 (10a.), de rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONSTITUCIÓN NO RECONOCE EL DERECHO AL INSULTO, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XIX, abril de 2013, Tomo 1, Pág. 537, Reg. Digital: 2003302.

[31] AD 28-2010, *supra* nota 29, pp.77-82.

al distinto nivel de protección al honor. En esta ocasión una Magistrada demandó la reparación del daño moral en contra de periodistas por la publicación de una serie artículos críticos acerca de su función como presidente de un tribunal. Es decir, era una controversia entre una persona física pública y otra persona física privada, no entre dos medios de comunicación como el caso anterior.[32] De nuevo, la Primera Sala no abordó a fondo del tema del derecho al insulto, pero sí el de los deberes de los periodistas respecto la veracidad de una noticia y resolvió que no era constitucionalmente permisible condenar a la reparación del daño moral. O sea, este precedente tampoco condenó a una persona –jurídica o física– por insultar a otra en un ejercicio de comunicación no protegido por la Constitución ni prevaleció, como la tesis sugiere, el honor sobre la libertad de expresión.

En otras ocasiones las tesis establecen como *ratio* lo que en realidad fue un *obiter.* Por ejemplo, una de las tesis que surgió del antes discutido amparo directo en revisión 6-2008 establece que el derecho al libre desarrollo de la personalidad abarca, entre otras, "la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral."[33] El juicio se centró en la constitucionalidad de modificar un acta de nacimiento por reasignación sexual. No se trató acerca de la libertad de contraer matrimonio o libertad profesional. Si bien la tesis se desprende del texto de la sentencia, esto fue un *obiter* que ilustra los alcances del derecho pero no es la *ratio* del caso.

Ciertamente, se debe tomar en cuenta la crítica de las tesis para decidir si es una práctica que debe ser perfeccionada o abandonada. En el año 1988, Rolando Tamayo y Salmorán, entonces titular de la Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Corte, sugirió los lineamientos que las tesis deben acatar. Dentro de estos destacan la congruencia con la sentencia y el carácter deóntico de las tesis.[34] Es decir, toda tesis debe tener una estructura de regla que declare que

[32] AD 25-2010 y A.D.26-2010, Olga Sánchez Cordero De García Villegas, 28 marzo 2012.

[33] Tesis [A.]: P. LXVI/2009, de rubro: DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXX, diciembre de 2009, Pág. 7, Reg. Digital: 165822.

[34] Rolando Tamayo y Salmorán, "Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia", *Jurisprudencia*, 1988, p. 285. Disponible en: http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/2/jur/jur18.pdf

una actividad está permitida, prohibida, u obligada o una regla de competencia y ser fiel a lo discutido en la sentencia.[35]

En efecto, hay tesis que sí son fieles a la *litis* y los hechos del caso, de manera que se utilizan estos para formular expresamente una regla o bien, no es difícil inferir una a partir de la tesis. Otra de las tesis que derivó del amparo directo en revisión 6-2008 es ilustrativa para comprender tanto los alcances del derecho como los hechos relevantes del caso. Por un lado, la tesis expresa que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica "derechos a la identidad personal, sexual y de género, pues a partir de éstos el individuo se proyecta frente a sí mismo" y respecto los hechos del caso "la reasignación sexual que decida una persona transexual para adecuar su estado psicosocial a su físico (…) forma parte del libre desarrollo de la personalidad."[36] De los hechos del caso y su conclusión se infiere que existe una permisión a los ciudadanos respecto de decisiones que afecten su autonomía personal. Dicha tesis puede servir para identificar la *ratio* e incluso extenderla, mediante analogía, a casos similares. De hecho, este derecho ha servido para confirmar la validez del divorcio sin causa,[37] declarar la inconstitucionalidad de códigos que no lo prevén[38] y, más recientemente, a declarar la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del autoconsumo lúdico de la marihuana.[39]

El ejemplo confirma la necesidad de utilizar los hechos del caso para formular una regla general que se adscribe al texto constitucional o legislativo, pero además resalta la necesidad de vincular esta con un principio constitucional. Así, toda tesis debe ser una regla conformada por tres elementos: *a)* el antecedente o los hechos del caso que conforman una actividad humana; *b)* el consecuente que informa que dicha actividad está prohibida, permitida u obligada, y *c)* un principio constitucional

[35] *Ibidem.*

[36] Tesis [A.]: P. LXIX/2009, de rubro: REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXX, diciembre de 2009, Pág. 17, Reg. Digital: 165698.

[37] ADR 917-2009, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 23 de septiembre de 2009 (legislación del Distrito Federal); ADR 1905-2012, José Ramón Cossío Díaz, 22 de agosto de 2012 (legislación del estado de Hidalgo.)

[38] ADR 1819-2014, Olga Sánchez Cordero De García Villegas, 22 de octubre de 2014 (legislación del estado de Coahuila); ADR 3979-2014, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 25 de febrero de 2015 (legislación del estado de Jalisco); CT 73-2014, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 25 de febrero 2015 (legislación de los estados de Morelos y Veracruz).

[39] AIR 237-2014, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 4 de noviembre de 2015.

que justificó la creación de la regla o que prevaleció sobre otro en caso de una colisión de derechos. Así, la tesis sirve para subsumir los casos idénticos futuros, o bien para extender su *ratio* en casos similares.

Además de que existen tesis que sí cumplen la estructura de reglas como se analizó en los párrafos anteriores, se podría utilizar las tesis para desempeñar las funciones retrospectiva y prospectiva del principio de universalidad en el precedente, identificadas por Neil MacCormick.[40] El principio de universalidad es el ideal de que los Jueces emitan sentencias capaces de formularse como reglas universales que sirvan como premisa general en situaciones similares, no como juicios *ad hoc*. Por un lado, atendiendo a la postura retrospectiva, se pueden utilizar las reglas emitidas hoy para ver si son coherentes con las que se emitieron en el pasado; y, en caso de incompatibilidad, se puede analizar si la diferencia está o no justificada. Por otro lado, atendiendo a la postura prospectiva, se pueden utilizar las tesis para confirmar si los Jueces estarían dispuestos a aplicar la misma regla en casos futuros.[41]

Independientemente de las maneras en que se podrían perfeccionar las tesis, los críticos tienen razón en subrayar que la argumentación jurídica va más allá de lo que una práctica judicial interna busca establecer. Nada impide que futuros Jueces y abogados acudan al texto de la sentencia en lugar de la tesis para inferir la "verdadera" *ratio*. Si bien el acceso a las sentencias antes era restringido, la tendencia actual es que puedan ser consultadas en línea o en versión impresa. De hecho, la Primera Sala afirmó en criterio persuasivo, que en caso de incongruencia entre la tesis y la sentencia se debe atener a esta última.[42] Esto en razón de que el criterio vinculante está en la sentencia, mientras que la tesis sólo cumple la función de difusión.[43] La Segunda Sala y el Pleno también han sostenido que en caso de incongruencia entre la tesis y la sentencia, la última prevalece pero en criterios formalmente obliga-

---

[40] Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 75.

[41] Para una propuesta de aplicación del principio de universalidad en el contexto mexicano, aunque crítico de las tesis, véase Roberto Lara Chagoyán, "El principio de universalidad en el razonamiento jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* vol. 247, 2007, pp. 232-242.

[42] CT 120-2004 PS, Juan N. Silva Meza, 10 de noviembre de 2004, considerando quinto.

[43] *Ibidem.*

torios.[44] Lo que vincula a los Jueces futuros es el criterio jurídico que se estableció en la justificación de la sentencia, no el extracto que representa la tesis.

En efecto, si bien en ocasiones se atiende a la tesis antes que a la sentencia, ninguna disposición constitucional o legislativa establece su obligatoriedad. No obstante, el Pleno de la Corte, mediante Acuerdo General más reciente, ha establecido que los criterios se vuelven obligatorios a partir de la publicación de la tesis de jurisprudencia, tratándose de juicios de amparo o de la ejecutoria, tratándose de acciones de inconstitucionalidad o controversias constitucionales.[45] Aquí surge de nuevo el problema sobre ¿cuál es el elemento vinculante?, ¿es el texto de la tesis o el criterio establecido en la sentencia? El problema que se arrastra para determinar la vinculación del precedente es la reiteración de cinco fallos. De uno a cuatro precedentes en amparo son precedentes persuasivos, pero el quinto fallo hace que el criterio sea formalmente obligatorio y es a partir de entonces que se exige su aplicación. Una manera de disolver la dicotomía estricta entre precedente persuasivo y obligatorio es considerar cada precedente como presuntivamente vinculante. Cada precedente es aplicable *prima facie* en casos similares, pero mientras más reiterado sea más difícil es la carga de la argumentación para distanciarse del precedente.

A pesar de lo regulado por el Pleno, la vinculación general del precedente parece ser una consecuencia de los principios formales de autoridad, igualdad ante la ley y la certeza jurídica. Primero, cuando un Tribunal Superior ha adscrito una norma a cierta disposición se espera que el Juez inferior acate dicha norma, so pena de que su sentencia sea revocada por el superior. Segundo, cuando un tribunal ha tratado a un litigante en cierta manera se espera que litigantes en similar situación sean tratados de manera similar. Tercero, cuando un Tribunal ha adscrito una norma se espera que futuros juicios seguirán dicha norma, que no la derogarán. Aunque la obligación

---

[44] Véase la Tesis [A.]: 2a./J. 31/2004, de rubro: CONTRADICCIÓN DE TESIS. CUANDO ES CONFUSA O INCOMPLETA LA TESIS REDACTADA, DEBE ATENDERSE A LA EJECUTORIA RESPECTIVA, Segunda Sala; Del mismo rubro, Tesis P. LXXXI/95, Pleno.

[45] Acuerdo general número 19/2013, de 25 de noviembre de 2013, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el que se regula la difusión del *Semanario Judicial de la Federación* vía electrónica, a través de la página de internet de este Alto tribunal, *DOF,* 29 noviembre 2013. Acuerdo séptimo. Véase también, CT 20-2015, Juan N. Silva Meza, 26 de agosto 2015.

de seguir el precedente es general y no absoluta, esto no releva a los Jueces de su deber constitucional de fundar y motivar cualquier desviación del precedente.[46]

Una vez que se toma en cuenta que lo que constituye precedente es la norma adscrita establecida en la sentencia, se puede aportar elementos para confirmar o negar el valor presuntivo de las tesis. Como observa MacCormick, las *rationes* pueden ser *explícitas* o *implícitas*, y tienen que estar vinculadas con los argumentos invocados por las partes y ser necesarias para justificar el fallo.[47] Entonces, se puede cuestionar el texto de una tesis que en realidad contradice la *ratio* explícita que estableció el tribunal anterior. También se puede argumentar que la tesis en realidad no tiene que ver con lo que argumentaron las partes o no fue necesaria para resolver la cuestión.

La inferencia de la *ratio* es más compleja cuando el Tribunal no formuló explícitamente una norma adscrita con la estructura de una regla. En este escenario, los intérpretes pueden inferir la regla a partir de los hechos considerados como relevantes por el tribunal anterior.[48] Así, en los juicios de amparo se puede identificar a los hechos considerados como relevantes y vincularlos a la decisión del juicio, para inferir la regla. Por ejemplo, en un amparo en que se impugna la constitucionalidad de una iniciativa de reforma constitucional es posible establecer un antecedente formado por el hecho H^1 iniciativa de reforma y el hecho H^2 una presunta violación al procedimiento de reforma.[49] El consecuente sería que los Jueces de amparo tienen com-

[46] CPEUM, n 1, art. 16 [1].

[47] Neil MacCormick, *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 154.

[48] Véase Arthur L. Goodhart, "The Ratio Decidendi of a Case", *Modern Law Review*, vol. 22, núm. 2, 1959, p. 119. Julius Stone critica la propuesta de Goodhart porque puede haber sentencias sin *ratio*, o con varias *rationes*. Además, los hechos descritos en la sentencia siempre pueden ser reinterpretados en varios niveles de generalidad para reducir o ampliar el alcance de la *ratio* o pueden haberse ignorado otros hechos más relevantes. Véase Julius Stone, *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*, Butterworths, Sídney, 1985, pp. 124-137. La postura escéptica de Stone puede ser objetada haciendo alusión a dos restricciones: el holismo en los precedentes y la intersubjetividad de la interpretación. El holismo indica que las *rationes* se obtienen a la luz no de una sentencia, sino de un conjunto. A mayor número de sentencias que justifican una interpretación, más difícil será proponer una interpretación incompatible. Por su parte, la intersubjetividad subraya el hecho de que los Jueces no interpretan precedentes en un monólogo sino como respuesta a los argumentos y críticas de otros intérpretes. Esto reduce, aunque no elimina, la subjetividad al momento de inferir una *ratio*.

[49] AIR 2996-1996, *supra* nota 10, resultandos segundo y tercero.

petencia para resolver dichas controversias.[50] De esta manera, el intérprete puede encontrar una regla implícita y aplicarla a casos análogos futuros.

No obstante, la inferencia de la *ratio* a partir de una sola sentencia puede verse frustrada por al menos dos factores. Primero, puede ser que la sentencia no abunde en la descripción de los hechos. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando se impugna la inconstitucionalidad de una disposición general en abstracto como en el caso de la acción de inconstitucionalidad en la que no existen hechos en sentido tradicional, ya que sólo se contrasta una disposición infra-constitucional con una constitucional. También puede suceder cuando vía amparo se impugna la inconstitucionalidad de una disposición general, pero lo que se impugna no es cómo se interpretó o aplicó, sino los efectos de la ley en sí misma.[51] En segundo término, puede ser que la sentencia contenga descripciones y aseveraciones ambiguas o contradictorias de manera que sea difícil identificar claramente una regla general que comprenda lo discutido.

En estos casos, las dudas acerca de la *ratio* que regula un cierto escenario se pueden dilucidar acudiendo a precedentes posteriores que han analizado cuestiones similares. Así como una disposición de un código puede ser interpretada a la luz de otras disposiciones, de manera similar un precedente puede interpretarse a la luz de otros precedentes. Esto es lo que lo que los juristas llaman una interpretación *sistemática* de las fuentes jurídicas o lo que los teóricos de la justificación, como se analizará en la sección tres, llaman una interpretación holística.[52] A través de una interpretación sistemática u holística se espera que las aparentes ambigüedades o contradicciones se aclaren una vez que un precedente se lee no de forma aislada sino como un elemento de un conjunto de fuentes que debe ser coherente.

Una herramienta de origen legislativo consiste simplemente en "combinar" elementos de varias fuentes para formar una fuente más compleja.[53] Se analizan hechos

---

[50] *Ibidem*, considerando quinto, resolutivo primero.

[51] Esto es, lo que en la práctica denomina una norma autoaplicativa. Véase, p. ej., Primera Sala, AIR 152-2013, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 Abril 2014, párrafos 34 a 70.

[52] Sobre la interpretación sistemática de las disposiciones legislativas, véase Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Marina Gascón y Miguel Carbonell (trads.), UNAM, México, 1999, pp. 43-47.

[53] *Ibidem*, 44.

similares de varias sentencias, y se trata de inferir una regla que abarque todas. Así, a mayor número de precedentes que sean compatibles con una interpretación, más difícil será defender una interpretación alternativa.

Otra herramienta sistemática pero de origen judicial es la interpretación a partir de líneas jurisprudenciales. Como observa MacCormick, los precedentes son analizados a partir de precedentes históricos *(leading cases)* en los que se establece un concepto fundamental y precedentes sucesivos *(satellite cases)* que lo aclaran, delimitan y señalan sus excepciones.[54] Quizá esta herramienta es la que mejor ilustra el carácter histórico de un precedente. Cualquier sentencia de un tribunal superior tendrá el carácter de precedente, pero su verdadero alcance sólo puede conocerse una vez que los Jueces aclararon, desarrollaron o expandieron una *ratio* en casos posteriores.

Para concluir esta sección es importante resaltar que el análisis de un precedente más allá del texto de una tesis parece coincidir con la tendencia al interior de la Corte. La misma Corte ha analizado los precedentes, al menos los de la Corte Interamericana, de manera progresiva.[55] Es decir, los tribunales superiores señalan los alcances de una determinada disposición como un estándar mínimo, y a los tribunales intermedios les toca expandir progresivamente esa interpretación en sentencias posteriores.

Aún queda por ver si los litigantes comparten este interés en analizar los precedentes como material argumentativo. Por un lado, los litigantes pueden acudir a las sentencias para inferir reglas estrictas que reduzcan la discreción judicial. Por otro lado, siguiendo el efecto progresivo de los precedentes, los litigantes pueden invocar precedentes no como reglas estrictas sino como razones o principios que deben expandirse para ampliar o actualizar su ámbito de aplicación. Es en este sentido que el "precedente" constriñe, en tanto que debe considerarse lo ya dicho, pero también es la pauta para expandir derechos u obligaciones.

---

[54] N. MacCormick, *Rhetoric and The Rule of Law, op. cit.*
[55] CT 293-2011, *supra* nota 9, Considerando Quinto, sección II.

3. ¿Cómo se resuelven y cómo deberían resolverse las incompatibilidades entre precedentes?

Como se anticipó en la sección 1, el segundo tipo de creación de precedentes vinculantes es el de *contradicción de tesis* o de *unificación de criterios.* En esta sección se analiza principalmente este tipo de creación de precedente, pero se considera similar al proceso de sustitución, ya que ambos procesos son abstractos no contenciosos que buscan salvaguardar el ideal de la coherencia normativa. Si bien el primero consiste en que el tribunal superior resuelve un desacuerdo interpretativo entre inferiores, mientras que el segundo surge a partir de una sugerencia de un tribunal inferior al superior, en ambos procesos se espera que el tribunal elija la norma adscrita más coherente. Es decir, como se explicará posteriormente, la razón que justifica elegir una interpretación sobre otra es que una forma parte de un conjunto relacionado de fuentes con mayor justificación que la alternativa.

Siguiendo la lógica del ahora extinto recurso de casación,[56] la Ley de Amparo reconoce que una función de los órganos de cierre, más que resolver controversias entre particulares, es la de fijar claramente el contenido del derecho y evitar discrepancias interpretativas entre órganos inferiores. Cuando existe un desacuerdo entre los tribunales colegiados acerca de la norma que se debe adscribir a una disposición legislativa o constitucional, el Pleno de Circuito resuelve la discrepancia, o si el desacuerdo es entre Plenos de Circuito, la Sala resuelve el conflicto, y lo mismo hará el Pleno respecto a los desacuerdos entre las Salas.

Si bien las fuentes jurídicas pueden parecer fragmentadas, incompatibles, e incluso contradictorias, los Jueces deben aspirar a interpretarlas de manera que formen un conjunto tan coherente como sea posible, capaz de servir como guía de la con-

[56] Véase Piero Calamandrei, *La cassazione civile: storia e legislazioni*, Fratelli Bocca, Italia, vol. I., 1920, p. 533; Piero Calamandrei, *Il ricorso per cassazione*, Universita degli studi, Florencia, 1956, pp. 2-7; Nina Nichols Pugh, "The Structure and Role of Courts of Appeal in Civil Law Systems", *Louisiana Law Review,* vol. 35, núm.5, 1975, pp. 1184-1186; Victoria Iturralde, "Precedent as Subject of Interpretation (a civil law perspective)", en Thomas Bustamante y Carlos Bernal Pulido (eds.), *On the Philosophy of Precedent*, *op. cit.,* pp. 107-109.

ducta de los ciudadanos.[57] Este ideal de la coherencia se viola cuando dos o más Jueces interpretan las mismas o similares disposiciones en vista de hechos análogos de manera incompatible creando incertidumbre entre los ciudadanos.

La violación al ideal de la coherencia no sólo afecta a las partes en juicios, como sucede en el caso del derecho a la igualdad, sino a la ciudadanía en general pues se le adscriben normas contradictorias a una misma disposición sin que el ciudadano pueda conocer si una actividad está permitida, prohibida u obligada por el ordenamiento. Además, la violación al ideal podría sugerir que las autoridades judiciales no se encuentran limitadas por el derecho toda vez que un Juez puede adscribir la norma N^a a la disposición D^x, pero otros Jueces –estratégica o inconscientemente– pueden adscribir la norma contraria N^b a la misma disposición.

Si bien el ideal de la coherencia se encuentra vinculado con el de uniformidad en la interpretación, es necesario distinguirlos para lograr mayor claridad. La coherencia normativa, al menos cuando se refiere a las normas adscritas, está conformada por cuatro elementos: *i)* aspira a que una determinada regla (norma adscrita) sea compatible con otras reglas y encuentre fundamento en principios constitucionales tanto formales –como el de seguridad jurídica– como sustantivos –como cualquier derecho constitucional–;[58] *ii)* es un ideal al menos moderadamente holístico,[59] es decir,

[57] Sobre la importancia de la coherencia normativa como guía de la conducta humana véase, Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969, pp. 46, 66-70, 111-113; Neil MacCormick y Robert S. Summers, "Introduction", en Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, Darmouth Publishing, s.l., 1997, pp. 1, 10-11. Robert Alexy, "Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion", en Aulis Aarnio et al. (eds.), *On Coherence Theory of Law*, Juristförlaget i Lund, s.l., 1998, p. 45. Ángeles Ródenas, "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", *Doxa,* núm. 24, 2001, pp. 63-65. También hay detractores de la coherencia normativa como Joseph Raz. Raz cuestiona el ideal por facultar a los intérpretes para que impongan orden donde en realidad hay caos o por asumir que todas las normas se derivan de un solo principio cuando las sociedades son plurales y conflictivas por naturaleza. Véase Joseph Raz, "The Relevance of Coherence", *Boston University Law Review,* vol. 72, núm. 2, 1992, pp. 292-293. Sin embargo, el mismo Raz valora el ideal de la coherencia local (en contraposición a la de todo el sistema jurídico) y considera que un grado de coherencia entre precedentes es necesario para la coordinación institucional. (*Ibidem*, pp. 313-315).

[58] Acerca de los principios formales, véase Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers (trad.), Oxford University Press (1985) 2002, pp. 58, 414-8; Martin Borowski, "The Structure of Formal Principles- Robert Alexy's 'Law of Combination'", en Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Franz Steiner Verlag, Berlín, 2010, p. 19; Robert Alexy, "Formal Principles: Some Replies to Critics", *International Journal of Constitutional law,* vol. 14, núm. 3, 2014, p. 511.

[59] Un holismo irrealista es como el Hércules, el Juez imaginario de Ronald Dworkin que tiene que tomar en cuenta todas las disposiciones, todos los precedentes para llegar a la respuesta correcta. Véase Ronald Dworkin, "Hard

los Jueces aspiran a formar conjuntos de normas compatibles y vinculadas entre sí por principios;[60] *iii)* es un ideal que aplica tanto vertical como horizontalmente. Los tribunales inferiores se encuentran vinculados por las normas del superior, pero este también se encuentra vinculado por sus propias normas adscritas;[61] *iv)* los conflictos entre normas se tratan de evitar preferencialmente mediante la reconciliación y en caso de no ser posible, el conflicto se resuelve a favor de la interpretación que sea compatible con más normas y de mayor jerarquía.[62]

En cambio, el ideal de la uniformidad en la interpretación, surgido del recurso de casación, se caracteriza por otros cuatro elementos: *1)* su razón fundamental es proteger el ideal de seguridad jurídica. Independientemente del contenido de una decisión, lo que importa es terminar con la incertidumbre y constreñir a los órganos judiciales inferiores. *2*) Es al menos moderadamente atomístico. Se concentra en adscribir una sola norma a cada disposición. *3)* Es predominantemente vertical. El órgano cierre unifica las discrepancias interpretativas entre los órganos inferiores mediante la emisión de un norma. *4)* Los conflictos interpretativos entre órganos del mismo rango se solucionan con el postulado que sostiene que la norma superior deroga a la inferior.

Si bien ambos ideales están vinculados, aquí se dará preferencia a la coherencia sobre la uniformidad por tres razones. Primero, en un estado constitucional se espera que los tribunales salvaguarden no sólo principios formales sino también sustantivos. Así lo ha sostenido el Pleno al distinguir entre supremacía constitucional formal relativa a la jerarquía de las fuentes, y supremacía sustantiva que busca la

---

Cases", *Harvard Law Review,* vol. 88, núm. 6, 1975, pp. 1084-5. Para una crítica del holismo irrealista en la justificación judicial, véase Amalia Amaya, *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 37, 45, 72, 473-4, 534. Sobre el holismo de Dworkin, véase Andrei Marmor, "Coherence, Holism, and Interpretation: The Epistemic Foundations of Dworkin's Legal Theory", *Law and Philosophy,* vol. 10, núm. 4, 1991, pp. 383.

[60] Este elemento se inspira en la obra de Neil MacCormick, véase N. MacCormick, *Rhetoric and The Rule of Law, op. cit.,* pp. 12, 47-48, 95, 104, 132.

[61] Véase Diana Beatriz González Carvallo, "El autoprecedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en este volumen.

[62] Véase Robert Alexy y Aleksander Peczenik, "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", *Ratio Juris,* vol. 3 (1 bis), 1990, p.130; Aleksander Peczenik, "Jumps and Logic In The Law", *Artificial Intelligence and Law,* vol. 4, núm. 3, 1996, pp. 306-317.

"unidad coherente de los principios objetivos del ordenamiento jurídico; en específico, de los derechos humanos."[63] Segundo, si existe la obligación del intérprete judicial de interpretar las disposiciones de manera coherente, las normas que progresivamente se adscriben a estas deben formar conjuntos coherentes de normas adscritas. Tercero, sólo la coherencia normativa puede justificar y constreñir el cambio del precedente por los órganos cierre.[64] Cuando una norma es incoherente con un conjunto de normas debe abrogarse para minimizar la incoherencia entre los precedentes de la misma Corte.

Hecha esta distinción entre los ideales de coherencia y uniformidad en la interpretación, se analizará la manera en que se resuelven las incompatibilidades entre precedentes. Este procedimiento está regulado por la Constitución, la Ley de Amparo y los precedentes judiciales. En primer lugar, el artículo 107 XIII de la Constitución establece que cuando los órganos judiciales del mismo rango sustenten "tesis" contradictorias, las autoridades o las partes pueden denunciar la contradicción ante el superior.[65] En un proceso no contencioso, sin la intervención de las partes de los juicios originarios, y después de que las sentencias hayan sido ejecutadas, el superior resuelve la contradicción.

En segundo lugar, la Ley de Amparo prevé que el órgano judicial superior puede *i)* acoger el criterio de uno de los órganos inferiores, *ii)* proponer un criterio alternativo, *iii)* determinar que en realidad no existe contradicción o *iv)* determinar que la contradicción ha quedado sin materia.[66]

Finalmente, los precedentes regulan lo que se debe entender por "tesis" y por "contradicción". En la contradicción de tesis 36-2007 el Pleno sostuvo que la contradicción de tesis no se limita a cuestiones jurídicas "esencialmente iguales" ya que es prácticamente imposible que hubiera dos juicios idénticos. No obstante, el Pleno interpretó el término tesis como la "posición o criterio que adopta un juzgador a tra-

---

63 CT 21-2011-PL, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 9 de septiembre de 2012, párr. 111.

64 Véase James W. Harris, "Towards Principles of Overruling: When Should a Final Court of Appeal Second Guess?", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 10, núm. 2*,* 1990, pp. 154-156, 182, 196.

65 CPEUM, *supra* nota 1, art.107 XIII.

66 Ley de Amparo, *supra* nota 3, art. 226 [4].

vés de argumentaciones de índole lógico jurídicas para justificar su decisión en una controversia determinada".[67] Con todo, se aclaró que la referencia a la lógica no era en sentido de deducción a partir de premisas incuestionables sino como desacuerdos interpretativos cuya solución favorece la seguridad jurídica.[68]Así, en vez de entenderse la contradicción como una inconsistencia lógica entre dos proposiciones jurídicas mutuamente excluyentes,[69] se tomó la contradicción como un mecanismo para minimizar las tensiones interpretativas entre los órganos del mismo rango. Las incompatibilidades no tienen lugar sólo cuando existe una norma adscrita según los hechos H^1, H^2 y H^3 que *prohíbe* dicha actividad y otra norma que regula los hechos idénticos pero *obliga* la actividad. En cambio, se consideran también incompatibilidades, por ejemplo, cuando una norma permite y otra obliga, o cuando existen ciertos hechos diferentes, pero la mayoría de los hechos jurídicamente relevantes son similares.

Pero ¿cómo se determina que una interpretación es mejor que la alternativa? La coherencia no es una cuestión de validez lógica de todo o nada sino una cuestión gradual en la que una interpretación es más o menos razonable.[70]

Una posible respuesta es que una norma encuentre mayor apoyo en normas adscritas que la alternativa. Este mayor apoyo bien puede ser en número: a mayor número de normas adscritas compatibles con la norma, más coherente es. O también puede ser cualitativa: la norma que favorezca un principio jurídico cuya protección se prefiere sobre otra, más coherente será. Por ejemplo, si el sistema jurídico protege la vida de los adultos, con mayor razón se protegerá la vida de los menores de edad, aún si no existe un conjunto de normas adscritas en este sentido. Pareciera que sólo la dimensión cualitativa involucraría un juicio de valor siguiendo la conocida ley de la ponderación de Alexy: "[c]uanto mayor es el grado de no satisfacción de

---

[67] CT 36-2007-PI, Margarita Beatriz Luna Ramos, 30 de abril de 2009, considerando quinto.

[68] *Ibidem*, considerando sexto.

[69] Sobre este sentido lógico de las incompatibilidades jurídicas en la argumentación véase, Chaïm Perelman y Lucie Olbrecths-Tyteca, *Tratado de la argumentación*, Julia Sevilla Muñoz trad., Editorial Gredos, Madrid [1958] 1989, pp. 309-310, 315.

[70] R. Alexy y A. Peczenik, "The Concept of Coherence…", art. cit., p. 133; Luc. J. Wintgens, "Some Critical Comments On Coherence In Law", en Bob Brouwer *et al.* (eds.), *Coherence and Conflict in Law: Proceedings of the 3rd Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Amsterdam, 1992*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 115.

uno de los principios, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".[71] Pero, en realidad, ambas dimensiones se entrelazan: un intérprete puede persuadir a otros acerca de la prevalencia de un principio tanto proponiendo argumentos como citando normas adscritas.

Parece ser que esta es la manera en que se resuelven las incompatibilidades entre normas adscritas. Primero, se confirma que exista incompatibilidad entre normas N^a o N^b respecto a hechos similares cuyas conclusiones son difíciles de reconciliar. La incompatibilidad se puede descartar, por ejemplo, si en realidad las normas tienen distinto ámbito de aplicación.[72] En segundo lugar, se acude a otras normas para determinar cuál es la norma más coherente. En tercer lugar, se elige entre N^a o N^b o bien se propone una alternativa N^c y se justifica la selección.

La contradicción de tesis 299-2013 ejemplifica este procedimiento.[73] Dos tribunales discutieron el crimen de contrabando presunto de vehículos extranjeros y la obligatoriedad del criterio jurisprudencial que confirmaba la constitucionalidad del crimen. Un tribunal sostuvo que si bien los órganos judiciales pueden inaplicar disposiciones legislativas por ser inconstitucionales, no es posible inaplicar precedentes obligatorios.[74] En cambio, el otro tribunal sostuvo que los precedentes pueden ser inaplicados por un inferior cuando violan derechos constitucionales, como el derecho a la presunción de inocencia.[75] De esta manera, existía una incompatibilidad entre el criterio que autorizaba someter la jurisprudencia a control de constitucionalidad para proteger el derecho a la presunción de inocencia y el criterio que prohibía este tipo de control en aras del principio de seguridad jurídica.

---

[71] R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 102. Véase también, Carlos Bernal Pulido, "El precedente y la ponderación", en Alejandra Martínez Verástegui (coord.), *La Constitución como objeto de interpretación*, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016, pp. 114-122.

[72] Véase, A. Perelman y L. Olbrecths-Tyteca, *op. cit.*, p. 316.

[73] CT 299-2013, Jorge Mario Pardo Rebolledo, 14 de octubre de 2014.

[74] AD 210/2013, Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, Susana Magdalena González Rodríguez, 2 de junio de 2013, pp. 164-77.

[75] AD 122/2013, Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, Elba Sánchez Pozos. 25 de abril de 2013, pp. 38, 54-60, 66. Donde se desaplicó el criterio de la CT 158/2004, Juan Silva Meza, 22 de junio de 2005.

El conflicto interpretativo llegó al Pleno de la Corte, el cual resolvió que no es posible que los tribunales inferiores sometan a la jurisprudencia a un control de constitucionalidad. Primero, se confirmó la incompatibilidad entra la norma N[a]: 'Los tribunales colegiados están impedidos de someter la jurisprudencia de la Suprema Corte a control de la constitucionalidad', y N[b]: 'Los tribunales colegiados están obligados a someter la jurisprudencia de la Suprema Corte a un control *ex officio* de la constitucionalidad y/o convencionalidad'.[76] En segundo lugar, se acudió a disposiciones y normas para resolver la incompatibilidad.[77] Se recordó que la reforma del artículo 1o. elevó los tratados internacionales que contienen derechos humanos a nivel constitucional, lo que contribuyó a establecer la norma adscrita que indica que todos los Jueces del país están obligados a realizar un estudio de constitucionalidad y/o convencionalidad de leyes.[78] Esta norma se vinculó con otra que estableció que las restricciones constitucionales prevalecen sobre los tratados internacionales.[79] En tercer lugar, se propuso la norma que debía prevalecer similar a N[a]. La razón principal para justificar la prohibición del control de constitucionalidad y/o convencionalidad de la jurisprudencia fue que esta protege el derecho a la seguridad jurídica inferido de los artículos 14 y 16 de la Constitución.[80] Además, la Ley de Amparo establece que la jurisprudencia es obligatoria para todos los órganos judiciales inferiores, sin excepción alguna.[81] Finalmente, el Pleno infirió el principio de autoridad del artículo 94 [8] constitucional, para concluir que la aplicación de la jurisprudencia es "inobjetable".[82] Si bien el mismo órgano que adscribió la norma puede modificarla ya sea mediante el proceso no contencioso de sustitución o una vez que ejerza su facultad de atracción para resolver un juicio de especial relevancia, el inferior no puede hacer esto.[83]

---

[76] *Ibidem*, considerando tercero.
[77] Idem, considerando quinto, sección I.
[78] V-912-2010, *loc. cit.*, considerando séptimo.
[79] CT 293-2011, *loc. cit.*
[80] CT 299-2013, *loc. cit.*, considerando quinto, sección II.
[81] *Ibidem.* Véase, Ley de Amparo, *supra* nota 3, art. 217.
[82] CT 299-2013, *loc. cit.* considerando quinto, sección II. El artículo 94 [8] establece que: "El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales […], así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que […], la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia. […]" en CPEUM.
[83] *Ibidem*. Véase, CPEUM, *loc. cit.*, artículos 94 [10], 107 V [último párrafo] y 107 VII b).

Aquí surge el primer problema con la manera en que se resuelven las incompatibilidades: ¿por qué limitar la exhaustividad de la investigación a dichas fuentes? Si la coherencia entre fuentes es una cuestión gradual, y si uno de los elementos que la define es el aspecto holístico, entonces ¿por qué limitar la investigación a las fuentes invocadas por el Pleno?

Una de las consecuencias negativas de que la contradicción de tesis sea un proceso no contencioso es que las partes son excluidas de un proceso de toma de decisiones que puede incidir en su esfera jurídica. Al excluir a las partes, la posibilidad de que sujetos con pretensiones incompatibles determinen el grado de holismo de la investigación se elimina. El desacuerdo se resolvería de mejor manera si se incluyen más participantes para que ellos invoquen más normas y más argumentos. Un proceso contencioso haría que las partes proporcionaran argumentos y fuentes a favor de una y otra norma adscrita, lo que enriquece la investigación. Al mismo tiempo, los límites de la investigación se desarrollan en este proceso intersubjetivo.

La exclusión de las partes de este proceso también menoscaba la claridad argumentativa que caracteriza un proceso contencioso. Aunque el proceso judicial es mucho más complejo que resolver preguntas de manera dicotómica del tipo sí/no, esta estructura favorece que cada una de las partes proporcione todas las fuentes y los argumentos posibles a favor y en contra de las normas incompatibles N^a y N^b.[84]

Otro problema es cómo se reconstruyen los conjuntos de normas para determinar que un conjunto es más coherente que el otro, y por ende esta norma debe prevalecer. En primer lugar, se podría utilizar el método de la *analogía legis* –extensión de ámbito de aplicación una regla para buscar una norma con hechos similares y principios similares que confirme una u otra norma.[85] También puede utilizarse el método de *analogía juris* para inferir un principio de varias normas adscritas.[86] De esta mane-

[84] Sobre la dicotomía legal-ilegal como un mecanismo para facilitar la discusión práctica, véase John Finnis, *Natural Law and Natural Rights,* 2a ed., Oxford University press, Oxford, 2011, pp. 279-280.
[85] Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto,* Dott. A. Giuffrè Editore, Milan (1938), 2006, pp. 90-92, 133-143.
[86] Sobre analogía *juris* en la interpretación de leyes, véase *ibidem*, pp. 182-4.

ra, a mayor número de normas adscritas que puedan ser comprendidas bajo un solo principio más coherente será la norma.

Además del método de analogía, siguiendo a Robert Alexy, se pueden utilizar los precedentes como una red de preferencias *prima facie*.[87] Las tensiones entre principios constitucionales son inevitables, pero una red de normas adscritas estabiliza esta tensión y desarrolla jerarquías entre principios. Ya sea mediante el proceso de ponderación o por cualquiera otro de los métodos de interpretación (intención del legislador, sistemático, etc.), los Jueces por un lado reducen la indeterminación semántica de las disposiciones constitucionales y por otro adscriben un peso concreto a los principios. Así, por ejemplo, el Pleno y la Primera Salan han establecido que el derecho a la libertad de expresión o a la información del ciudadanos, usualmente, prevalecen sobre el derecho a la privacidad de los servidores públicos, debido a la conexión de los primeros con el sano desarrollo de una democracia.[88] Estas jerarquías no son absolutas ni estáticas. Siempre puede haber nuevas circunstancias en las que el principio usualmente derrotado prevalezca o bien la comunidad jurídica cambie la jerarquía de principios. Con todo, esta red de precedentes sí establece una carga argumentativa que debe ser superada.

La estructura de las normas adscritas como reglas sirve para reconstruir esta red de precedentes como jerarquías *prima facie*. Por un lado, el antecedente de la norma incluye los hechos bajo los que se subsume la regla o el principio aplicable. Así, si se consultan los precedentes se puede tener evidencia que sugiera cómo ciertos hechos han sido caracterizados en los precedentes. Por ejemplo, contraer matrimonio puede ser clasificado como un mero acto de derecho privado que debe ser regulado por el legislador democrático o como un ejercicio del derecho a la autonomía protegido por el derecho constitucional.

---

[87] R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 99; R. Alexy, "Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion", *art. cit.*, p. 47.

[88] Pleno, CC. 61-2005, José de Jesús Gudiño Pelayo, 24 de enero de 2008; Pleno, CT 56-2011, Sergio A. Valls Hernández, 30 de mayo de 2013; Primera Sala, ADR 2044-2008, José Ramón Cossío Díaz, 17 de junio de 2009. Pero véase, en sentido contrario, AIR 599-2012, José Fernando Franco Salas, 12 de agosto de 2014.

Por otro lado, una vez identificada cuál es la regla (o el principio) en la que se subsumen los hechos se procede a identificar qué principio ha prevalecido sobre otro. Utilizando el consecuente de las normas adscritas, se puede utilizar una serie de precedentes para sugerir que determinado principio debe prevalecer. Por ejemplo, si el derecho de una pareja a contraer matrimonio es subsumible dentro del principio de autonomía, pero este principio colisiona con el principio del legislador democrático, los precedentes podrán sugerir que el primero prevalece sobre los segundos.

Aunque habría mucho que decir sobre la coherencia jurídica como ideal, se pueden sugerir unas pautas básicas para resolver las incompatibilidades entre normas adscritas. El procedimiento se podría reconstruir y perfeccionar en cinco pasos argumentativos. Primero se identifican ciertos hechos que han recibido consecuencias jurídicas incompatibles. Como se mencionó anteriormente, la incompatibilidad no es lógica sino un grado de tensión entre distintos principios jurídicos. Así, se forma el antecedente de una regla, formado por ciertos hechos, y una consecuencia jurídica.

El segundo paso requiere ubicar a cada una de estas normas como miembro de un conjunto de normas adscritas. Cada norma se encuentra vinculada con otras en razón de que son similares hechos y que salvaguardan un mismo o similar principio jurídico, es decir se vinculan por analogía. Dentro de este conjunto de normas, se utiliza la red de preferencias *prima facie* para determinar el peso concreto que la comunidad jurídica ha adscrito a cada principio.

El tercer paso requiere contrastar ambos conjuntos de normas. El tribunal se pregunta ¿qué conjunto de normas es más coherente? El que contiene la Norma N^a o el que contiene la Norma N^b.

El cuarto paso requiere expandir o perfeccionar el conjunto de normas que apoyan cada norma adscrita en vista de las réplicas y contra-réplicas de los demás intérpretes.[89] Este procedimiento podría perfeccionarse si incluyese a las partes para que,

[89] Sobre cómo una afirmación justificada puede convertirse en conocimiento una vez que ha pasado un determinado umbral de objeciones y réplicas, véase Keith Lehrer, *Theory of Knowledge*, 2a ed., Westview Press, Londres, 2000, cap. VII, especialmente p. 163.

en el medida que la secuela procesal avanza, más normas adscritas sean analizadas. Sin embargo, aún según la práctica actual, esta expansión tiene lugar cuando los Magistrados o Ministros discuten a favor o en contra de una determinada norma de manera que se acuden a más fuentes jurídicas para justificar una u otra interpretación.

El quinto y último paso requiere comparar ambos conjuntos para determinar cuál es el más coherente de acuerdo con los criterios de analogía, la red de preferencias *prima facie* y la ley de la ponderación. Este paso se puede subdividir en tres criterios de coherencia jurídica. Primero se inicia con analogía, que sigue el principio básico de analogía *legis* A1. Donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.[90] Es decir, el principio que subyace a una norma se extiende para cubrir un caso no anticipado. Después, se sigue el principio de analogía *legis* aplicado a las normas adscritas. A2. A mayor número de normas adscritas que apoyen la norma adscrita y que puedan ser englobados en un solo principio más coherente será. Finalmente, el argumento de mayoría razón.[91] A3. Si se protegen bienes jurídicos por salvaguardar un principio, con más razón se han de proteger bienes jurídicos de mayor valor.

El segundo criterio se refiere a la red de preferencias *prima facie*. Según el punto de vista fáctico, el criterio B1 sugiere que los hechos del caso deben ser subsumidos en la regla o principio en que se han subsumido casos similares. El criterio B2 establece la relación de preferencia que tiene un principio en relación con otro cuando estos han entrado en colisión en casos similares.

Se concluye con el método de ponderación de Alexy pero a la luz de la red de preferencias. La red de preferencias puede ser cuestionada por el criterio C1 que sugiere que los hechos que forman una determinada norma no se hayan presentado en casos similares, de manera que el principio que le subyace a ésta deba prevalecer a pesar de lo que indique la relación de preferencias. O bien, se puede apelar al criterio C2 que sugiere que puede haber un cambio normativo en la jerarquía de princi-

---

[90] N. Bobbio, *op. cit.*, p. 134.

[91] Lars Lindahl, "Conflict in systems of legal norms: a logical point of view", en Bob Brouwer, Ton Hol y Arend Soeteman (eds.), *Coherence and Conflict in Law:Proceedings of the 3rd Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Amsterdam, 1992*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1992, p. 60.

pios constitucionales. El cambio puede darse porque se promulgó un nueva disposición constitucional que revierte la jerarquía de principios o bien porque uno de los intérpretes identifica una serie de precedentes recientes que sugieren que la relación de preferencias ha cambiado.

La citada contradicción de tesis 299-2013 ilustra algunos de los criterios de coherencia. Por ejemplo, en el voto particular del Ministro Cossío está implícito el argumento de mayoría de razón (A3): si la Corte tiene el poder de invalidar leyes promulgadas por el legislador democrático, con mayor razón deberían los Magistrados poder cuestionar el contenido de la jurisprudencia que no pasó ningún filtro democrático.[92] En respuesta, la mayoría sostuvo que reconocer dicha facultad menoscabaría el principio de seguridad jurídica, un principio jurídico fundamental y esencia de la jurisprudencia que debía prevalecer sobre la justicia material porque se causaría un caos jurisprudencial ya que cada Juez sometería a control de la constitucionalidad la jurisprudencia que no le agrade (C1).[93] La minoría podría haber insistido en que el control de la constitucionalidad de la jurisprudencia en los casos en concreto se daba en vista del derecho a la presunción de inocencia elevado a rango constitucional, que debiera prevalecer sobre la seguridad jurídica (C2).[94]

Como se puede ver, en estos casos en que hay desacuerdo, puede ser que no haya una respuesta claramente correcta sobre la otra, pero los criterios de coherencia pueden servir para estructurar el proceso argumentativo. Además, la discreción judicial se podría reducir con la intervención de las partes en un proceso contencioso. Mientras más participantes intervengan para reducir un desacuerdo interpretativo más robusto será el debate.

4. Propuestas para discusión

En vista del análisis antes realizado se sugieren cinco puntos centrales en los que puede perfeccionarse la manera en como se crea el precedente en la Suprema Corte.

---

92 CT 299-2013, voto particular del Ministro José Ramón Cossío Díaz.
93 *Ibidem*, Considerando Quinto, sección II.
94 CPEUM, art. 20 B I (18 de junio de 2008).

1. *Considerar cada precedente como vinculante, independientemente de su votación o reiteración*. El hecho de que las sentencias de amparo no adquieran el carácter de precedente según el tipo de juicio puede generar trato desigual injustificado entre litigantes. En ocasiones un solo juicio de Amparo puede ser suficiente para establecer un nuevo derecho fundamental. Con base en el derecho a la igualdad ante los tribunales, se puede considerar que una vez que los tribunales superiores adscriben una norma a una disposición ésta sea vinculante para los intérpretes futuros.

2. *Discutir sobre la vigencia de una doctrina legislativa del precedente.* Quizá en el contexto del actual Estado de derecho, contar con una doctrina legislativa que regule una práctica judicial no coincide con la relación coordinada entre poderes. La doctrina judicial se puede realizar progresivamente en la medida en que los tribunales superiores resuelven juicios y se enfrentan a nuevas circunstancias.

3. *Discutir sobre la posibilidad de perfeccionar la práctica de las tesis o bien abandonarla.* Se puede perfeccionar las prácticas de las tesis para que sean congruentes con la *ratio decidendi* del caso y expresen una norma con la estructura de una regla. En todo caso, debe tomarse en cuenta que el valor de las tesis es presuntivo, y el verdadero criterio se infiere a partir de la sentencia. Se puede retomar los criterios de relevancia y novedad de las tesis para otorgar valor de precedente sólo a los criterios que realmente establecen un criterio útil para la comunidad jurídica.

4. *Resolver incompatibilidades entre precedentes en un proceso contencioso.* El proceso de contradicción de tesis y el de sustitución de criterios puede enriquecer haciendo uso del proceso contencioso en que ambas partes discuten un tema en concreto que afectará su esfera jurídica. El hecho de que haya un desacuerdo interpretativo entre tribunales puede ser razón para que se acumulen varios juicios y en un sólo juicio en concreto se resuelva la situación jurídica y se establezcan precedentes para casos futuros.

5. *Resolver las incompatibilidades entre precedentes mediante un proceso argumentativo más holístico.* Dado que la coherencia normativa es una cuestión de grado, se puede perfeccionar la manera en que se resuelven las incompatibilidades si se discute no a partir de cómo una norma adscrita está en tensión con otra sino ubicando cada una de estas normas dentro de un conjunto más amplio. Así, a mayor número de precedentes apoyados por un principio de mayor jerarquía, más coherente será la norma en comparación con la alternativa.

5. Fuentes

5.1. Bibliohemerografía

Alexy, Robert, "Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion", en Aulis Aarnio et al. (eds.), *On Coherence Theory of Law*, Juristförlaget i Lund, s.l., 1998, pp. 41-49.

_____, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers (trad.), Oxford University Press, Oxford, (1985) 2002.

_____, "Formal Principles: Some Replies to Critics", *International Journal of Constitutional law,* vol. 14, núm. 3, 2014, pp. 511-524.

Alexy, Robert y Peczenik, Aleksander, "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", *Ratio Juris,* vol. 3 (1 bis), 1990, pp. 130-147.

Amaya, Amalia, *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Hart Publishing, Oxford, 2015.

Bernal Pulido, Carlos, "El precedente y la ponderación", en Alejandra Martínez Verástegui (coord.), *La Constitución como objeto de interpretación*, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016, pp. 107-123.

Bobbio, Norberto, *L'analogia nella logica del diritto,,* Dott. A. Giuffrè Editore, Milán (1938), 2006.

Borowski, Martin, "The Structure of Formal Principles- Robert Alexy's 'Law of Combination'", en Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Franz Steiner Verlag, Berlín, 2010.

Bustamante, Thomas y Godoi Bustamante, Evanilda de, "Constitutional Courts as 'Negative Legislators': The Brazilian Case", *Revista Jurídica Piélagus,* vol. 09, 2010, pp. 137-156.

Calamandrei, Piero, *La cassazione civile: storia e legislazioni*, Fratelli Bocca, Italia, vol. I., 1920.

_____, *Il ricorso per cassazione*, Universita degli studi, Florencia, 1956.

Camarena González, Rodrigo, "From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: The Migration of The Doctrine of Precedent To Civil Law Constitutionalism", *Transnational Legal Theory,* vol. 7, núm. 2, 2016.

Chiassoni, Pierluigi, "The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction", en Thomas Bustamante y Carlos Bernal Pulido (eds.), *On the Philosophy of Precedent, Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*, Frainz Steiner Verlag, Nomos, Stuttgart, 2012, pp. 17-22.

Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional,* Editorial Porrúa, México, 2014.

Dworkin, Ronald, "Hard Cases", *Harvard Law Review,* vol. 88, núm. 6, 1975, pp. 1057-1109.

Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights,* 2a ed., Oxford University press, Oxford, 2011.

Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969.

Goodhart, Arthur L., "The Ratio Decidendi of a Case", *Modern Law Review*, vol. 22, núm. 2, 1959, pp. 117.

Lara Chagoyán, Roberto, "El principio de universalidad en el razonamiento jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* vol. 247, 2007, pp. 221-247.

Lehrer, Keith, *Theory of Knowledge*, 2a ed., Westview Press, Londres, 2000.

Lindahl, Lars, "Conflict in systems of legal norms: a logical point of view", en Bob Brouwer, Ton Hol y Arend Soeteman (eds.), *Coherence and Conflict in Law: Proceedings of the 3rd Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Amsterdam, 1992*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1992, pp. 39-64.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1978.

_____, *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*, UNAM, México, 2004.

Magaloni Kerpel, Ana Laura, "La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional", *Working Papers: Centro de Investigación y Docencia Económicas* (CIDE)*,* núm. 57, 2011,

_____, "¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de los derechos fundamentales?", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aturo Zaldívar Lelo de Larrea (eds.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, UNAM, México, 2008, pp. 271.

Marmor, Andrei, "Coherence, Holism, and Interpretation: The Epistemic Foundations of Dworkin's Legal Theory", *Law and Philosophy,* vol. 10, núm. 4, 1991, pp. 383-412. Disponible en: http://www.jstor.org/stable/3504842

Nichols Pugh, Nina, "The Structure and Role of Courts of Appeal in Civil Law Systems", *Louisiana Law Review,* vol. 35, núm.5, 1975, pp. 1163 y ss.

Peczenik, Aleksander, "Jumps and Logic In The Law", *Artificial Intelligence and Law,* vol. 4, núm. 3, 1996, pp. 297-329.

Perelman Chaïm y Olbrecths-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación*, Julia Sevilla Muñoz trad., Editorial Gredos, Madrid (1958) 1989.

Raz, Joseph, "The Relevance of Coherence", *Boston University Law Review,* vol. 72, núm. 2, 1992, pp. 273-312.

Ródenas, Ángeles, "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", *Doxa,* núm. 24*,* 2001, 24 5, pp. 63-83.

Ruiz Miguel, Alfonso, "Equality Before the Law and Precedent", *Ratio Juris,* vol. 10, núm. 4, 1997, pp. 372.

Sacco, Rodolfo, "La massima mentitoria", en Giovanna Visintini (ed.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente: con particolare riguardo alla responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1988, pp. 51-58.

Schauer, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

_____, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.

Stone, Julius, *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*, Butterworths, Sydney, 1985.

Tamayo y Salmorán, Rolando, "Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia", *Jurisprudencia*, 1988, pp. 283-292. Disponible en: http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/2/jur/jur18.pdf

Tiersma, Peter M., "The Textualization of Precedent", *Nortre Dame Law Review,* vol. 82, núm. 3, 2006, p. 1187. Disponible en: http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol82/iss3/6

Twining, William y Miers, David*, How to do Things with Rules*, 5a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Wintgens, Luc. J., "Some Critical Comments On Coherence In Law", en Bob Brouwer et al. (eds.), *Coherence and Conflict in Law: Proceedings of the 3rd Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Amsterdam, 1992*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992.

5.2. Jurisprudencia

Tesis [A.]: P. LXVI/2009, de rubro: DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXX, diciembre de 2009, Pág. 7, Reg. Digital: 165822.

Tesis [J.]: 1a./J. 31/2013 (10a.), de rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONSTITUCIÓN NO RECONOCE EL DERECHO AL INSULTO, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XIX, abril de 2013, Tomo 1, Pág. 537, Reg. Digital: 2003302.

Tesis [A.]: P. LXIX/2009, de rubro: REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXX, diciembre de 2009, Pág. 17, Reg. Digital: 165698.

5.3. Sentencias

Amparo indirecto en revisión 2996-1996, Genaro David Góngora Pimentel, 3 de febrero de 1997.

Contradicción de tesis 120-2004 PS, Juan N. Silva Meza, 10 de noviembre de 2004.

Contradicción de tesis 36-2007-PI, Margarita Beatriz Luna Ramos, 30 de abril de 2009.

Amparo indirecto en revisión 896-2008, Margarita Beatriz Luna Ramos, 5 de octubre de 2011.

Amparo directo en revisión 6-2008, Sergio A. Valls Hernández, 6 de enero de 2009.

Amparo directo en revisión 917-2009, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 23 de septiembre de 2009.

Amparo indirecto en revisión 2021-2009, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, 28 de marzo de 2011.

Acción de inconstitucionalidad 2-2010, Sergio A. Valls Hernández, 2 de agosto de 2010.

Amparo directo 25-2010 y A.D.26-2010, Olga Sánchez Cordero De García Villegas, 28 marzo 2012.

Amparo directo 28-2010, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 noviembre 2011.

Varios. 912-2010, José Ramón Cossío Díaz, 14 de julio de 2011.

Contradicción de tesis 21-2011-PL, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 9 de septiembre de 2012.

Contradicción de tesis 293-2011, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 septiembre 2013.

Amparo directo en revisión 1905-2012, José Ramón Cossío Díaz, 22 de agosto de 2012.

Amparo directo 122/2013, Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, Elba Sánchez Pozos. 25 de abril de 2013.

Amparo indirecto en revisión 152-2013, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 Abril 2014.

Amparo directo 210/2013, Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, Susana Magdalena González Rodríguez, 2 de junio de 2013.

Contradicción de tesis 299-2013, Jorge Mario Pardo Rebolledo, 14 de octubre de 2014.

Contradicción de tesis 73-2014, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 25 de febrero 2015.

Amparo indirecto en revisión 237-2014, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 4 de noviembre de 2015.

Amparo directo en revisión 1819-2014, Olga Sánchez Cordero De García Villegas, 22 de octubre de 2014.

Amparo directo en revisión 3979-2014, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 25 de febrero de 2015.

El cambio del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Alejandra Martínez Verástegui*

* Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Agradezco el apoyo de quienes generosamente leyeron este texto y lo enriquecieron con sus comentarios: Roberto Lara Chagoyán, Carlos Bernal Pulido, Rodrigo Camarena González, Roger Rodríquez Santander y los integrantes del Seminario interno del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, especialmente Diana Beatriz González Carvallo y Camilo Saavedra Herrera. A su vez, quisiera reconocer y agradecer el trabajo de revisión a Grizel Robles Cárdenas.

1. Introducción

En este trabajo me propongo un doble objetivo: primero, reconstruir las *distintas maneras* en la que se modifican los precedentes constitucionales en la práctica jurisdiccional de la Suprema Corte mexicana; y segundo, hacer un *análisis crítico* a la luz de la teoría del precedente tanto de esa práctica de cambio de precedentes como de los procedimientos formales que se utilizan para ese efecto. En este sentido, dicha teoría me proporcionará las herramientas para enjuiciar si los conceptos, los procedimientos y la manera de razonar que se utilizan en la práctica mexicana del cambio del precedente cumplen con ciertos criterios de claridad, precisión y justificación.[1]

El propósito del presente trabajo da por supuesto algo que parece cuestionable: la idea de que el "precedente judicial" forma parte de la práctica jurisdiccional de la Suprema Corte. Como es bien sabido, el precedente judicial es una institución que nace en el ámbito de los sistemas de *common law*. Así, no es extraño que los estudios acerca del precedente en los países de la tradición jurídica románica-germánica comiencen recordando la oposición que existe entre los sistemas jurídicos de *civil law* (derecho legislado) y de *common law* (derecho jurisprudencial).[2] Las diferencias que

[1] De esta manera, la teoría del precedente que utilizo es una *teoría análitica* del precedente. Al respecto, véase Perluigi Chiasoni, "La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional", en Carlos Bernal Pulido y Thomas Bustamante (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 22-23.

[2] Por todos, véase Giovanni Sartor, "Il precedente giudiziale", *Contratto e impresa*, núm. 11, 1996, pp. 234-275; Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México, 2001; Leonor Moral Soriano, A Progressive Foundation of Precedents", en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 86, núm. 3, 2000, pp. 327-350; y Ferreres Comella, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", manuscrito inédito (en posesión de la autora), 2008. Siguiendo a Merryman, Victoria Iturralde sostiene que lo correcto es hablar de "tradiciones jurídicas" de *civil law* o de

existen en la producción del derecho y la administración de justicia en los países de las dos tradiciones se explican no sólo por las distintas condiciones en que se desarrollaron los sistemas jurídicos en Gran Bretaña y en Europa continental, sino también debido a factores socio-económicos, culturales e ideológicos.[3] Por lo que respecta al precedente, esas diferencias se relacionan con aspectos tales como la historia jurídica, la teoría de las fuentes, las técnicas interpretativas y el razonamiento jurídico.[4]

Con todo, en numerosos trabajos se ha sostenido que la idea de que la institución del precedente es ajena a la tradición continental constituye una objeción muy débil para rechazar su utilización en los sistemas de *civil law*.[5] Por un lado, porque algunas de las notas distintivas de las familias de *common law* y de *civil law* se han ido *difuminando*, lo que ha redundado en un claro acercamiento de ambas tradiciones. En esta línea, por ejemplo, no sólo es posible decir que hoy en día en muchos países de los sistemas continentales los tribunales tienen la práctica de justificar sus decisiones invocando precedentes judiciales, sino que históricamente algunas formas de seguimiento de precedentes han tenido mayor importancia de lo que se cree, como lo muestra el papel que ha jugado la jurisprudencia en la configuración del recurso de casación en Europa. Por otro lado, es posible afirmar que con el reconocimiento de la fuerza vinculante de los precedentes se persiguen valores que son muy importantes para el adecuado funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, como la *seguridad*, *igualdad* e *imparcialidad*, independientemente de la familia o tradición jurídica de la que se trate, de tal manera que con su implementación se consigue mejo-

---

common law y no de "sistemas jurídicos". De acuerdo con esta idea, un sistema jurídico es un conjunto de instituciones jurídicas, normas y procedimientos. En cambio, la expresión tradición jurídica hace referencia a determinadas actitudes sobre la naturaleza del derecho, el funcionamiento y la organización del sistema jurídico y la manera en cómo se concibe, crea y aplica el derecho. Un sistema jurídico, por tanto, es una expresión parcial de una cultura determinada. (Iturralde Sesma, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 13-14).

3 Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho, op. cit.*, p. 296.

4 Giovanni Sartor, Il precedente giudiziale", art. cit., pp. 234-236.

5 Para revisar una explicación sobre las principales objeciones al carácter vinculante de la jurisprudencia en los países de *civil law,* véase Ferreres Comella, V.V.A.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.

rar el funcionamiento de éstos en aspectos que también son fundamentales, como la uniformidad de las respuestas que provee el derecho a una misma cuestión.[6]

En el caso mexicano, a pesar de que no existen las condiciones institucionales que subyacen a la práctica del precedente en los países de la tradición del *common law* –como la doctrina del *stare decisis*–,[7] hay varias razones que se pueden esgrimir para justificar la idea de que en nuestro país los tribunales de más alta jerarquía a nivel federal establecen precedentes que posteriormente son seguidos por ellos mismos y los tribunales inferiores: *1)* los juristas y los tribunales *de hecho* hacen referencia a "criterios jurídicos" que se encuentran contenidos en *decisiones judiciales anteriores* y se atienen a ellos al momento de argumentar y decidir los casos;[8] *2)* los Jueces y tribunales *están obligados* a resolver los casos que se les presentan de conformidad con los "criterios jurídicos"[9] contenidos en decisiones judiciales anteriores que cumplan con ciertos requisitos relacionados con la *reiteración* de los mismos o el *tipo de procedimiento* del que emanaron;[10] y *3)* con independencia de lo anterior, es impor-

---

[6] Por todos, véase Ferreres Comella, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", art. cit., pp. 1-2; Ignacio Otto, *Derecho constitucional y sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1991; Marina Gascón Abellán, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

[7] En la tradición de *common law* los precedentes tienen fuerza vinculante en virtud de la existencia del principio de *stare decisis*. Este principio se manifiesta en dos dimensiones. La *dimensión vertical* significa que los Jueces inferiores están obligados a seguir los criterios establecidos por los tribunales superiores en supuestos similares al caso que se están resolviendo. La fuerza del precedente está modulada por la clase de tribunal que dicta el precedente, al punto que su acatamiento puede ser inexcusable cuando es establecido por los tribunales que se encuentran en la cúspide de la estructura judicial. Véase Ignacio Otto, *Derecho constitucional…*, *op. cit.*, pp. 290-291.

[8] Como un ejemplo de la utilización de las categorías de *common law* en la práctica de la Suprema Corte véase Contradicción de tesis 54/2009, de 27 de mayo de 2010.

[9] El décimo párrafo del artículo 94 constitucional establece que corresponde a la ley la determinación de los requisitos para que la jurisprudencia se considere obligatoria.

[10] En efecto, en México la jurisprudencia se ha considerado fuente formal de derecho para determinados órganos jurisdiccionales desde finales del siglo XIX, cuando se incorporó a la legislación mexicana la figura de la jurisprudencia obligatoria. El Presidente de la Suprema Corte de aquella época, Ignacio Vallarta, elaboró el proyecto de la Ley de Amparo de 1882. En dicha norma se estableció que la jurisprudencia era obligatoria para todos los Jueces de Distrito y se componía por los criterios y principios de interpretación de la Constitución, sostenidos por la Suprema Corte en cinco sentencias conformes, dictadas en los juicios de amparo. Posteriormente, en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908 se extendió la materia de esta institución, añadiendo la posibilidad de establecer jurisprudencia al interpretar las leyes federales. A su vez, en la Ley de Amparo de 1919 se reguló la posibilidad de sentar jurisprudencia mediante la interpretación de los tratados internacionales y se estableció su obligatoriedad no sólo para los Jueces de Distrito, sino también para los Magistrados de Circuito y los Tribunales de las entidades federativas. La regulación de la jurisprudencia en la forma descrita anteriormente se incorporó en la Ley de Amparo de 1935, vigente todavía en la actualidad. Con posterioridad, en 1951 se crearon los Tribunales Colegiados de Circuito para que conocieran de asuntos que hasta ese entonces eran de competencia exclusiva de la Suprema Corte. Así, en 1968 los Tribunales Colegiados de Circuito fueron dotados de facultades para establecer jurisprudencia obligatoria en las

tante destacar que en años recientes se observa en las sentencias de la Suprema Corte una tendencia a utilizar cada vez más el *aparato conceptual* que suministra la teoría del precedente, de tal manera que no sólo es una cuestión muy común que se haga referencia a los criterios jurídicos adoptados en resoluciones anteriores en términos de "precedentes", sino que además cada vez con más frecuencia se utilizan distinciones y herramientas argumentativas propias de dicha teoría, tales como los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*; maniobras como el *distinguishing* y el *overruling*; o la distinción entre precedentes obligatorios (*binding*) y precedentes no obligatorios (*persuasive precedent*).[11]

Antes de entrar en materia, me parece importante hacer algunas precisiones sobre lo que me he propuesto realizar en este texto. La primera de ellas es que, como lo indica el título de este texto, acotaré el ámbito de mis indagaciones al precedente constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actuando en Pleno y en Salas, por lo que no haré referencia a su funcionamiento en órganos jurisdiccionales inferiores. La segunda puntualización que me interesa hacer es que únicamente analizaré la manera en la que se cambian los precedentes constitucionales conforme a la regulación establecida en la Ley de Amparo, de tal forma que no haré referencia a los procedimientos regulados por la Ley Reglamentaria del Artículo 105 constitucional, ya que tienen una lógica distinta.[12]

---

materias de su competencia. En este punto sigo lo expuesto en José Ovalle Favella, "Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia", en Jorge Adama Goddard (coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2005, pp. 454-455.

[11] Como un ejemplo de la utilización de las categorías de *common law* en la práctica de la Suprema Corte, véase la sentencia de 27 de mayo de 2010, que resolvió controversia constitucional 54/2009, en la que se utiliza de forma nítida la técnica del *distinguishing*: "Es importante destacar que el demandante considera como precedente directamente aplicable las razones elaboradas en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, tanto en lo relativo a la relación entre materia penal y materia de salud, como en lo que toca a la aplicabilidad de las normas oficiales mexicanas en el ámbito local. Si bien son ciertas las consideraciones del demandante en lo relativo a la existencia del referido precedente, este Tribunal Pleno considera que las mismas no deben ser directamente aplicables y que el precedente debe distinguirse claramente del caso que ahora se analiza". Otro ejemplo donde la Suprema Corte distingue claramente entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* puede encontrarse en el ADR 2735/2017.

[12] La resolución de *acciones de inconstitucionalidad* y de *controversias constitucionales* son competencia exclusiva del Pleno de la Suprema Corte. Las primeras tienen como finalidad el control abstracto de la constitucionalidad de leyes. Las segundas son una vía de resolución de conflictos de competencias constitucionales entre órganos y niveles de gobierno. Para sentar un precedente vinculante en esta clase de procesos sólo se requiere de *una* sentencia que sea aprobada por una mayoría de ocho Ministros. Cuando la sentencia no se aprueba por la mayoría requerida para sentar un precedente vinculante, el criterio funciona únicamente como precedente persuasivo. De acuerdo con la ley, el precedente se conforma por las razones contenidas en los fundamentos jurídicos de la sentencia que apoyen el fallo.

Una tercera precisión tiene que ver con la terminología que emplearé a lo largo de este texto. Como señalé anteriormente, una de las razones por las cuales me parece que en nuestro sistema jurídico existe una práctica de seguimiento de precedente es porque los tribunales suelen tomar en cuenta "criterios jurídicos" contenidos en decisiones judiciales anteriores al momento de decidir los asuntos que se someten a su jurisdicción. En el derecho mexicano, cuando esos "criterios jurídicos" están revestidos de obligatoriedad se denominan "jurisprudencia". Al respecto, es importante destacar que no es infrecuente que un término jurídico tenga significados distintos y esto sucede con el vocablo "jurisprudencia".[13]

En un sentido amplio, por jurisprudencia puede entenderse el *conjunto de sentencias* dictadas por los tribunales. En un sentido más restringido, jurisprudencia equivale a *doctrina jurisprudencial*, es decir, a la parte de las sentencias de las altas cortes que establece los criterios vinculantes para los demás Jueces y tribunales. En la tradición continental, la doctrina jurisprudencial (o la jurisprudencia en un sentido más estricto) sería el correlato del precedente en los países anglosajones.[14]

En México, el significado del término jurisprudencia es más cercano a esta última acepción, equivale a algo parecido a la doctrina jurisprudencial. En materia constitucional, la jurisprudencia mexicana no es un conjunto de sentencias, sino un conjunto de "criterios jurídicos" contenidos o derivados de las sentencias que dictan los tribunales federales cuando aplican la Constitución. Como se verá enseguida, aunque esos criterios se extraen de las sentencias, su publicación y difusión se hace por completo desvinculada de los casos concretos y de las propias sentencias. Lo que un abogado consulta para preparar una defensa y los Jueces invocan en sus sentencias como precedentes no son sentencias, sino lo que en nuestra cultura jurídica se de-

---

Sin embargo, desde la aprobación de la Ley Reglamentaria en 1995, se elaboraban tesis aisladas (persuasivas) y de jurisprudencia (obligatorias) derivadas de las sentencias emanadas de estos procesos siguiendo el mismo método del juicio de amparo. Posteriormente, en abril de 2016 se eliminó la elaboración de las tesis en estos procedimientos, cambiando con ello la lógica del precedente en México. Véase el *Instrumento normativo que modifica el acuerdo general 19/2013.*

13 Una exposición sobre el origen y la formación del término se encuentra en Luis Diez-Picazo, "La jurisprudencia", en *El Poder Judicial*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

14 Sobre estas distinciones conceptuales, véase Alejandro Nieto, "Valor legal y alcance real de la jurisprudencia", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 8, 2002, pp. 103-105 y Michele Taruffo, "Precedente y Jurisprudencia", *Precedente. Revista jurídica*, 2007, pp. 87-90.

nominan "tesis", es decir, criterios identificados por los propios tribunales que pueden sentar precedentes y que, al menos en teoría, *deberían ser* algo parecido a una *ratio decidendi*.[15]

Puede decirse entonces que la jurisprudencia, entendida como precedente o doctrina vinculante, está recogida en una "tesis jurisprudencial". Por ello, en muchas ocasiones se produce una asimilación entre ambos conceptos, utilizándose de forma intercambiable los términos *jurisprudencia* y *tesis jurisprudencial*. En relación con este tema, es importante señalar que en ejercicio de su potestad reglamentaria la Suprema Corte ha establecido que una tesis es "la expresión por escrito, en forma abstracta, de un *criterio jurídico* establecido al resolver un caso concreto", de tal manera que "la tesis no es un *extracto*, una *síntesis* o un *resumen* de la sentencia" (énfasis añadido).[16]

Esta definición muestra que hay una clara semejanza entre lo que *debería de ser* una tesis y una *ratio decidendi*. Otra cosa es que *en la práctica* las tesis no se elaboren siguiendo esos lineamientos y, en cambio, en muchos casos recojan más bien el *rationale*

---

[15] Un ejemplo de los precedentes vinculantes que consultan Jueces y abogados sería la siguiente tesis jurisprudencial de rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES. El primer párrafo del artículo 7o. de la Constitución Federal establece que "Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta"; esto es, la prohibición de la censura previa implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad que, por razones de contenido, tenga el poder de impedir su desarrollo. Sin embargo, la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir normas sobre el modo de su ejercicio. Lo anterior significa que estos límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más la entrada de un determinado mensaje al debate público por estar en desacuerdo con su contenido, sino a través de la atribución de responsabilidades —civiles, penales, administrativas— posteriores a la difusión del mensaje; además, el indicado artículo 7o. constitucional evidencia con claridad la intención de contener dentro de parámetros estrictos las limitaciones a la libertad de expresión al establecer que ésta '... no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito.'. Por su parte, el artículo 6o. constitucional destaca la imposibilidad de someter la manifestación de las ideas a inquisiciones de los poderes públicos al señalar que 'La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa', a excepción de aquellos casos en que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Se trata, por tanto, de límites tasados y directamente especificados en la Constitución Federal." Véase: Tesis [J.]: P./J. 26/2007, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, Pág. 1523; Jurisprudencia; Materia(s): Constitucional. Acción de inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada 46/2006. Partidos Políticos Acción Nacional y Convergencia. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

[16] Acuerdo número 20/2013 del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 25 de noviembre de 2013.

de la decisión o incluso aspectos que podrían calificarse como *obiter dicta*. De cualquier forma, considero que el concepto de tesis presenta importantes semejanzas con el de *ratio decidendi*, lo que puede interpretarse como otro elemento que justifica que se hable de precedente en el sistema mexicano.[17]

Finalmente, una distinción importante es la que debe trazarse entre una "tesis aislada" y una "tesis jurisprudencial". Una *tesis aislada* puede conceptualizarse como un criterio interpretativo que no reúne los requisitos legales para considerarlo vinculante.[18] Aunque las tesis aisladas no son de observancia obligatoria, en muchas ocasiones, en la práctica son invocadas por abogados y tribunales como *precedentes persuasivos*. En cambio, como señalé anteriormente, cuando un criterio sí reúne los requisitos legales para considerarlo vinculante se denomina *tesis jurisprudencial* o *jurisprudencia*. Así, para referirme a los *precedentes vinculantes* en el ordenamiento mexicano utilizaré indistintamente los términos *tesis jurisprudencial* o *jurisprudencia*. En el mismo sentido, para referirme a los *precedentes persuasivos*, es decir, a aquellos que no reúnen los requisitos legales para considerarse vinculantes, recurriré al concepto de *tesis aislada*.

2. El cambio del precedente constitucional

En este apartado intentaré bosquejar una aproximación conceptual al tema del cambio del precedente, con la intuición de que ese análisis puede ser aplicable a la jurisprudencia mexicana. Con todo, es necesario proceder con algunas cautelas. En principio, tiene sentido sostener que el precedente no puede analizarse de forma abstracta y que es necesario hacer referencia a su funcionamiento en sistemas jurídicos concretos si se quiere evitar repetir generalizaciones que no respondan a la realidad.[19]

---

17 Sobre este tema véase Rodrigo Camarena González, "La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en este mismo volumen.

18 Rubén A. Sánchez Gil, "La jurisprudencia de inconstitucionalidad y su aplicación", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, julio-diciembre 2004, p. 235.

19 Victoria Sesma Iturralde, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995, p. 18.

Esto es así porque las *características institucionales* de cada ordenamiento son las que determinan la manera en la que funciona el precedente judicial en cada lugar.[20]

Sin embargo, creo que es posible y necesario bosquejar un marco conceptual que sea útil para entender la forma en las que se modifican los precedentes con independencia del sistema jurídico de que se trate. Como ya lo he señalado, aunque la gran parte del arsenal conceptual que se emplea en la práctica de sentar y seguir precedentes proviene de la tradición de *common law*, esas categorías se utilizan cada vez con mayor frecuencia en los países del *civil law*.[21] De ahí que sea importante establecer unas bases conceptuales mínimas que nos servirán después para analizar el cambio de precedentes constitucionales en el sistema jurídico mexicano. Al mismo tiempo, también es posible señalar algunos factores institucionales que inciden en la configuración del precedente judicial en cada ordenamiento. A estos dos aspectos dedicaré esta segunda parte.

Para comenzar, quisiera señalar que, en los distintos sistemas legales, el contenido y la fuerza del precedente se vinculan con la organización del Poder Judicial. El lugar que tienen los diferentes órganos jurisdiccionales en dicha estructura y las funciones que desempeñan dentro de la misma son fundamentales para establecer cómo opera el precedente en los distintos ordenamientos.[22] A través de la estructura jerárquica de los tribunales es posible distinguir las dimensiones en que opera el precedente.

Así, el *precedente vertical* implica la vinculación de los órganos jurisdiccionales a los precedentes de los tribunales de rango jerárquico superior que tengan facultades para revisar sus decisiones. En la tradición continental, la manera en la que se

---

[20] Al respecto, *cfr.* Michele Taruffo, "Institutional Factors Influencing Precedents", en Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Routledge, Londres, 1997.

[21] Un ejemplo muy ilustrativo de esta situación lo constituye la Corte Constitucional colombiana, que utiliza en sus sentencias todo este arsenal conceptual y ha hecho un gran esfuerzo por definir claramente esas categorías con la finalidad de que su uso pueda arraigar entre los operadores jurídicos. Al respecto, *cfr.* C. Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, *op. cit.*

[22] En la explicación la organización jerárquica de los tribunales como factor determinante en la configuración de la fuerza vinculante del precedente, sigo lo expuesto en Michele Taruffo, "Institutional Factors Influencing Precedents", art. cit., pp. 437-443.

suele garantizar que las decisiones de los órganos judiciales superiores se sigan por el resto de los operadores jurídicos es a través de la vinculación de la organización jerárquica a un sistema de recursos, especialmente a través de la casación.[23]

En cambio, con el término *precedente horizontal* puede hacerse referencia a dos cosas distintas.[24] Por un lado, a los casos en los que un tribunal utiliza un criterio derivado de una decisión proveniente de *otro tribunal del mismo nivel jerárquico*. Y por otro lado, a los casos en los que se entiende que un tribunal está vinculado por sus propias decisiones anteriores, que algunos autores también denominan "autoprecedente".[25]

La anterior distinción permite identificar la *fuerza* de los precedentes: los precedentes verticales normalmente vinculan de modo estricto (*binding precedents*), es decir, son de observancia obligatoria; mientras que los precedentes horizontales generalmente se consideran persuasivos (*persuasive precedents*), ya que los órganos

---

[23] Leonor Moral Soriano, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 133. En los lugares en los que existe un Tribunal Constitucional, se ha llegado a pensar que esa función que antes cumplía la casación en los sistemas continentales puede ser desempeñada por un recurso como el amparo (o sus equivalentes en los distintos ordenamientos donde se contemplan), que serviría para garantizar que los Jueces interpreten las leyes de manera consistente con los precedentes constitucionales. Con respecto al caso español, Luis María Díez-Picazo apunta algunas ideas que se mueven en esta línea. Aunque la cita es un poco larga, creo que vale la pena su trascripción: "el recurso de amparo es el cauce a través del cual el Tribunal Constitucional puede convertirse en el centro de unificación, *en clave de fiscalización de la interpretación conforme a la* Constitución, del entero proceso de creación-aplicación del Derecho. A diferencia de los ordenamientos de *common law*, los ordenamientos de *civil law* se caracterizan por poseer una Administración de Justicia dividida en órdenes jurisdiccionales diferenciados, de donde surgen a menudo líneas jurisprudenciales dispares sobre cuestiones fundamentales. Si a ello se añade la creciente complejidad del sistema normativo, se corre el riesgo de perder el mínimo de unidad y coherencia necesario para que cualquier ordenamiento jurídico funcione satisfactoriamente. Por ello, es sin duda correcta la caracterización de la Constitución como nuevo Derecho común; caracterización que, en la cultura jurídica decimonónica, correspondía a los códigos y, en especial, al Código Civil. Pues bien, si la instancia unificadora ya no son los códigos sino la Constitución, su cauce procesal ya no es el recurso de casación sino *el recurso de amparo*. Por medio de éste, pueden llegar al Tribunal Constitucional, en la práctica, *todo género de casos con relevancia constitucional*." (Luis María Díez-Picazo, "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, p. 35) Las cursivas son mías.

[24] Véase M. Taruffo,"Institutional Factors…", art. cit., p. 439. Como puede observarse, el significado que se atribuye al precedente horizontal no es unánime.

[25] En este sentido, autoras como Leonor Soriano y Marina Gascón denominan *autoprecedente* a la obligación de seguir los propios precedentes y lo distinguen del *precedente horizontal*, concebido como la vinculación de los Jueces a los criterios sentados por otros órganos de la misma jerarquía. En su opinión, el autoprecedente no estaría vinculado al principio jerárquico, sino al *principio de universalidad* como requisito de racionalidad de toda decisión. (*Cfr.* Leonor Moral Soriano, *El precedente judicial, op. cit.,* p. 133 y Marina Gascón Abellán, *La técnica del precedente, op. cit.*, pp. 30-107). Sin embargo, de acuerdo con el uso más extendido entre los constitucionalistas, el precedente horizontal determina la vinculación del Juez a sus propias decisiones.

jurisdiccionales no se encuentran obligados a seguirlos cuando existan razones sustantivas para apartarse de ellos.[26] En esta línea, se entiende que los tribunales de primera instancia no crean precedente (en sentido vertical), sino que únicamente resuelven los conflictos planteados en los casos de su conocimiento. Sin embargo, generalmente se encuentran vinculados en forma persuasiva por sus propios criterios (aunque la fuerza de esa vinculación es algo que varía de un ordenamiento a otro).[27] Corresponde entonces a los tribunales de superior jerarquía fijar pautas de conducta obligatorias para los inferiores.[28]

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad que tienen los tribunales de modificar los precedentes, es importante señalar que el seguimiento de estos últimos es una práctica que contribuye a la uniformidad del derecho y que resulta especialmente relevante para la aplicación del texto constitucional. Adicionalmente, como ya fue señalado, a través del seguimiento de precedentes se promueven valores muy importantes para el adecuado funcionamiento del ordenamiento jurídico, tales como la seguridad jurídica y la igualdad.

Con todo, los precedentes *no necesariamente deben seguirse* en todos los casos. En ocasiones, es posible dejar de lado un precedente cuando el caso que se va a resolver tiene alguna característica distinta al anterior que justifique introducir algún matiz al precedente. En cambio, en otros casos, simplemente existe la necesidad de revocar un precedente al advertir, a través de una nueva reflexión, que resulta inade-

---

[26] Partiendo de estas ideas, Leonor Moral Soriano señala que en el derecho inglés los precedentes pueden ser obligatorios y persuasivos, y los primeros se dividen en absolutamente obligatorios y condicionalmente obligatorios. Esto porque en algunos casos una resolución que vincula obligatoriamente es tan claramente errónea, por ser contraria a derecho o a la razón, que no debe ser seguida en aras de las correcta administración de justicia. Leonor Moral Soriano, 2002, *El precedente judicial, op. cit.,* pp. 36-37.

[27] Véase Marina Gascón Abellán, "Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo" y Diana González Carvallo, "El autoprecedente en la jurisprudencia de tribunales de cierre: el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México" (ambos en este mismo volumen).

[28] Los tribunales intermedios tienen mecanismos para regular la vinculación a sus precedentes (vinculación horizontal). Tal es el caso del sistema jurídico de Estados Unidos, donde la Suprema Corte ha establecido la obligación de los tribunales federales de apelación de ser coherentes y uniformes en sus resoluciones. Para ello, dichos órganos cuentan con mecanismos intra-orgánicos como el cambio en la composición de sus salas cada mes, o el que los Jueces del propio tribunal o la parte afectada por una resolución puedan solicitar que el asunto se reexamine en pleno. En el caso del Tribunal Supremo, la vinculación a sus precedentes es concebida como una fuente de legitimidad de dicho órgano. (Véase Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid, 2001, pp. 49-59).

cuado o que es necesario adaptarlo a la cambiante realidad social. En los países de *common law* se conoce a estas dos operaciones que se utilizan para cambiar los precedentes como *distinguishing* y *overruling*, respectivamente.

En el *common law* la técnica del *distinguishing* o distinción tiene una función más o menos equivalente a la interpretación de la ley en la tradición continental.[29] Distinguir un precedente consiste en sostener que el caso que se está resolviendo presenta características que lo hacen sustancialmente diverso del precedente, de tal suerte que no es posible aplicar en ese caso la *ratio decidendi*.[30] No obstante, es importante tener en cuenta que en la teoría del precedente con esta etiqueta puede aludirse a dos cosas distintas. La distinción *débil* ocurre cuando el tribunal simplemente sostiene que la *ratio decidendi* en cuestión no se aplica al caso concreto que se está resolviendo. El precedente no se utiliza para resolver el caso porque los hechos son distintos a los establecidos en el supuesto de hecho de la regla. En cambio, la distinción *fuerte* supone que, en principio, el caso en cuestión sí cae bajo el campo de aplicación de la *ratio decidendi*. Lo que se sostiene es que el caso posee una característica o propiedad que no fue prevista en la *ratio decidendi* y que hace a ésta inadecuada para resolverlo, por lo que debe aplicársele una *ratio* distinta, que representa una *excepción* a la regla del precedente distinguido.

Aunque la distinción de un precedente permite dejar de seguirlo, ello no quiere decir que se trate de una técnica que posibilite apartarse del precedente sin mayores requisitos. En este sentido, es necesario que la propiedad que diferencia al caso realmente sea una propiedad *relevante*. El tribunal que decida distinguir un precedente debe justificar las razones por las cuales la consecuencia jurídica prevista en la *ratio* resulta inadecuada para el caso en cuestión.

---

29 En palabras de Michele Taruffo y Massimo La Torre, "[i]n *common law* sistems, '*distinguishing'*, 'explaning' or restating a precedent is more or less equivalent to what in civilian systems is represented by statutory interpretation. Indeed, one interprets a statute by 'restating' or 'explaning' and, in a sense, '*distinguishing'* between the abstract state of affairs or conduct provided for in the written law and the case at hand to be decided." (Taruffo y Torre, "Precedent in Italy", en Neil Maccormick y Robert S. Summers (eds.), *op. cit.,* p. 176). Las cursivas son mías.

30 En la reconstrucción de la técnica del *distinguishing* sigo con alguna libertad lo expuesto en G. Sartor, "Il precedente giudiziale", art. cit., pp. 261-262.

La pregunta de *qué tribunal* puede distinguir un precedente encuentra diferentes respuestas en cada ordenamiento, fundamentalmente en atención a la *jerarquía* del tribunal que sentó el precedente y a la *jerarquía* del tribunal que pretende distinguirlo. Con todo, lo que resulta evidente es que la distinción la tiene que realizar un *tribunal posterior* que se pregunta si se encuentra vinculado por un precedente. Ese tribunal puede ser el propio órgano jurisdiccional que dictó el precedente (que estaría vinculado horizontalmente o en términos de autoprecedente) o en algunos casos los tribunales inferiores (que estarían vinculados verticalmente).

Por otro lado, el *overruling* se produce cuando un tribunal posterior *revoca* o *deroga* el precedente aplicable a un caso y establece una nueva regla para justificar su decisión.[31] La revocación se funda en la idea de que el precedente es erróneo o inadecuado. En esta línea, el efecto de la revocación es que el precedente pierde autoridad y deja de vincular a los tribunales posteriores. Así, el *overruling* supone la *revocación* de la *ratio decidendi*.[32] De acuerdo con lo anterior, este ejercicio supone que el tribunal posterior adopte una *nueva* regla para decidir la misma cuestión de derecho resuelta por el precedente que se deja sin efectos.

Así, puede decirse que en realidad el *overruling* implica dos maniobras: la primera consiste en *revocar* una regla creada para dar solución a la misma cuestión de derecho y la segunda implica establecer una *nueva* regla de decisión que rige para

[31] En la explicación de la técnica del *overruling* también sigo la ideas de G. Sartor, "Il precedente giudiziale", pp. 261-265. Los términos derogar y abrogar son utilizados por algunos autores cuando se refieren al *overruling*.

[32] La traducción el verbo *to overrule* al español presenta algunos problemas. Quizá, la manera más extendida de traducirlo es como "revocar", aunque también se emplea el término "anular". Sobre esta cuestión, Miguel Beltrán de Felipe y Julio González García señalan que "*to overrule* no se puede traducir como 'revocar una sentencia', pues las sentencias se revocan mediante los recursos que contra ellas se interpongan, y eso no es *overruling*. (Beltrán de Felipe y González García, *op. cit.,* p. 16, nota el pie núm. 13). En este sentido, tienen razón al afirmar que la revocación de sentencias no constituye un *overruling*, ya que esta operación supone algo muy distinto. Con todo, se equivocan cuando critican la utilización del verbo "derogar" como traducción de *to overrule*: "[q]ue sepamos, una sentencia no se deroga" [*Ibidem*], afirman en otro lugar. Lo que pierden de vista Beltrán de Felipe y González García es que el *overruling* no implica la derogación de una sentencia, sino la derogación de la regla jurisprudencial (la *ratio decidendi*) establecida en una sentencia. En la tradición de *common law* el verbo *to overrule* no se aplica a las sentencias, sino a las reglas que se establecen en los precedentes. Técnicamente no es incorrecta la utilización de los verbos "derogar" o "abrogar" como traducción de la actividad implicada en el *overruling* de un precedente. (*Cfr.* G. Sartor, "Il precedente giudiziale", art. cit., p. 262). Lo que es incorrecto es afirmar que las sentencias se derogan a través del *overruling*, lo que se deroga es la *ratio decidendi*.

los casos futuros que sean semejantes.[33] Por lo demás, el *overruling* normalmente comporta una valoración de los hechos, en el sentido de que presupone que el nuevo caso no presenta ninguna propiedad fáctica relevante que haga posible introducir alguna excepción a la regla utilizando la técnica del *distinguishing*.

Finalmente, la configuración del poder de revocar los precedentes varía de un ordenamiento a otro. Con todo, cuando la vinculación es vertical normalmente los precedentes pueden ser revocados por los tribunales que los dictaron o por los tribunales jerárquicamente superiores al que dictó el precedente. Adicionalmente, el *overruling* puede ser explícito o implícito. Existe una revocación *expresa* cuando un tribunal posterior que tiene ese poder declara expresamente que el precedente está revocado por virtud de uno nuevo que dicta para resolver el caso. En cambio, la revocación *implícita* se produce cuando el precedente anterior es incompatible con la *ratio* prevista en una decisión ulterior dictada por un tribunal con poder de revocación.

3. El cambio del precedente constitucional *desde* la Suprema Corte

En los apartados anteriores intenté mostrar dos cosas. En primer lugar, que al momento de decidir los casos que son sometidos a su jurisdicción, los tribunales tienen en cuenta los criterios jurídicos contenidos en *decisiones judiciales precedentes* de los órganos de más alta jerarquía del Poder Judicial de la Federación. Así, al menos en este sentido muy limitado, resulta lógico afirmar que en el sistema jurídico mexicano existe una práctica de seguimiento de los precedentes judiciales. En segundo lugar, me interesó enfatizar la incidencia de distintos factores institucionales en la configuración de cualquier sistema de precedente, así como bosquejar un panorama muy general de los esquemas conceptuales y argumentativos que se utilizan en la práctica para cambiar los precedentes en los sistemas del *common law*.

En lo que resta del trabajo me apoyaré en ese marco teórico para hacer una reconstrucción de la forma en la que opera el cambio del precedente constitucional en

[33] Thomas Bustamante, *Teoría del precedente judicial. La justificación de la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Ediciones legales, Lima, 2016, pp. 397-398.

el sistema mexicano y analizar críticamente esa práctica. Dicho de manera más precisa, a continuación describiré las formas en las que *desde* la Suprema Corte se modifican los precedentes constitucionales y, al hilo de esa descripción, trataré de presentar algunos problemas con los que se enfrenta esa práctica. Así, el propósito de este ejercicio, reconstructivo y crítico a la vez, es identificar algunos problemas y sugerir algunas líneas de acción para intentar solucionar los problemas identificados.

Como ya adelanté, únicamente me ocuparé de analizar la forma en la que la Suprema Corte cambia los precedentes a través de *juicios de amparo en concreto*, la *contradicción de tesis* y la *sustitución de jurisprudencia*. Aunque estos mecanismos regulados en la Ley de Amparo se utilizan para realizar el cambio del precedente, funcionan de la misma manera en temas de *legalidad* y *constitucionalidad*, y no debe perderse de vista que sólo me centraré en el cambio del *precedente constitucional*. En este sentido, también vale la pena reiterar que no haré referencia a los procedimientos de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, regulados en la Ley Reglamentaria del Artículo 105 de la Constitución, a través de los cuales también se pueden modificar los precedentes constitucionales.

Ahora bien, no hay que perder de vista que al ser el tribunal de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico, la Suprema Corte tiene las facultades de establecer precedentes, apartarse de los mismos y revocar los precedentes sentados por los órganos inferiores. De esta manera, al resolver un *caso concreto* –por ejemplo, un juicio de amparo atraído o algún recurso que tenga competencia para conocer–, puede cambiar un precedente constitucional cuando de manera implícita o explícita se aparte de alguno de sus propios criterios o revoque un precedente sentado por algún órgano jurisdiccional inferior. Adicionalmente, es importante señalar que la Ley de Amparo contiene dos mecanismos que regulan la forma en que este Alto Tribunal puede modificar *en abstracto* los precedentes sentados por los órganos inferiores: la contradicción de tesis y la sustitución. En este orden de ideas, a continuación me ocupo de estas dos formas de cambio de precedente.

3.1. El cambio de un precedente constitucional en casos concretos

El cambio de los precedentes a partir de un caso concreto se produce cuando la Suprema Corte, actuando en Pleno o en Salas, decide *apartarse* de un criterio obliga-

torio propio o de un órgano jurisdiccional inferior y establecer un *nuevo criterio* que utiliza para resolver el asunto sometido a su consideración. A diferencia de lo que ocurre en los otros supuestos de cambio de precedente que se analizarán en el siguiente apartado, en este caso la Suprema Corte sienta un nuevo precedente al resolver un caso concreto en ejercicio de su función jurisdiccional, y no de manera abstracta con motivo de un procedimiento que sólo tiene como finalidad cambiar un precedente.

En ese sentido, puede decirse que en esta forma de cambio opera tanto la *dimensión horizontal* como la *dimensión vertical* del precedente. Así, a continuación me referiré a dos situaciones distintas: 1) cuando alguno de los órganos jurisdiccionales que conforman la Suprema Corte *decide* un caso en contra de un precedente sentado por un órgano inferior y, con motivo de esa sentencia, establece un nuevo criterio; y 2) cuando alguno de los órganos jurisdiccionales que conforman la Suprema Corte *decide* un caso en contra de un precedente sentado por ese mismo órgano y con motivo de esa sentencia establece un nuevo criterio.

Sobre el primer supuesto, no puede perderse de vista que la Suprema Corte es el órgano que está en la cúspide del sistema judicial. Con todo, a pesar de que sus decisiones tienen el máximo grado de autoridad en todo el ordenamiento jurídico,[34] en estricto sentido, los órganos inferiores sólo están constreñidos a seguir sus criterios cuando hayan cumplido los requisitos legales para ser obligatorios.[35] No obstante, tampoco se puede pasar por alto que por razones estratégicas o prudenciales los Jueces y tribunales tienden a seguir los criterios dictados por la Suprema Corte, aunque no sean obligatorios en estricto sentido. Así, por la manera en la que se estructuran las relaciones de autoridad entre tribunales, la Corte está en posición de emitir cualquier criterio, aunque sea contrario a las interpretaciones de los órganos inferiores.

Por otro lado, cabe destacar que no hay ningún precepto que regule la forma en la que el Pleno puede apartarse de los criterios de las Salas. Sin embargo, parece

---

[34] Michele Taruffo, *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 544.

[35] En este sentido, la vinculación a la jurisprudencia se ha garantizado a través de mecanismos como el sistema de recursos y la carrera judicial. Además, si los órganos judiciales no cumplen con esta obligación pueden incurrir en responsabilidad administrativa. Las sanciones administrativas se derivan de la fracción XI del artículo 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, en correlación con el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y el artículo 8o. de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

evidente que cuando este órgano sienta un criterio obligatorio –jurisprudencia por reiteración– contrario a otro criterio obligatorio establecido por una Sala, éste pierde su fuerza vinculante. El problema se presenta cuando el Pleno dicta un criterio no obligatorio –tesis aislada– contrario a un criterio obligatorio –tesis jurisprudencial– de una Sala. En este caso, el criterio de la Sala seguiría siendo obligatorio –en tanto no sea interrumpido por la propia Sala– para todos los órganos inferiores y el criterio del Pleno tendría únicamente fuerza persuasiva. En ese escenario, nos encontramos ante la paradójica situación de que los órganos inferiores estarían obligados a seguir la jurisprudencia de las Salas, lo que implicaría que podrían emitir resoluciones contrarias a los criterios del Pleno. Por esa razón, la Corte ha sostenido que, cuando se presente este supuesto, la Sala debe *modificar* su jurisprudencia para adaptarla a los criterios del Pleno en aras de garantizar la seguridad jurídica y el respeto al sistema de precedentes.[36]

El segundo supuesto implica que los tribunales resuelvan los casos según los criterios establecidos en sus propias decisiones anteriores, lo que se define como autoprecedente.[37] Existen varias razones por las que se considera que los tribunales deben seguir sus propios precedentes, tales como las pretensiones de coherencia y universalidad de los precedentes, y la protección de ciertos valores como la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica. Por esa razón, cuando un órgano judicial se aparte de sus precedentes debe hacerlo expresamente y hacerse cargo de proporcionar razones suficientes que justifiquen el cambio de criterio.[38]

Esta situación puede presentarse cuando alguno de los órganos jurisdiccionales que conforman la Suprema Corte *decide* un caso en contra de un precedente sentado por ese mismo órgano y con motivo de esa sentencia establece un nuevo criterio. En esas situaciones, nos encontramos ante lo que sería la *dimensión horizontal* del precedente. Al respecto, si bien puede decirse que ni el Pleno ni las Salas están vinculados en un sentido fuerte por sus propios precedentes, la exigencia de racionali-

---

36 Tesis [A.]: 2a. XXII/2007, de rubro JURISPRUDENCIA. DEBE MODIFICARSE LA DE UNA SALA SI EL PLENO SUSTENTA UNA TESIS CONTRARIA, AUNQUE SEA AISLADA, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, Pág. 561, Reg. Digital: 172742.

37 Daniel Mendonca D. y Ricardo A. Guibourg R.A., *La odisea constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 191.

38 Thomas Bustamante, *Teoría del precedente judicial, op. cit.*, pp. 398-399.

dad en la argumentación de los tribunales comporta que éstos resuelvan los nuevos casos de acuerdo con sus propias decisiones anteriores para salvaguardar los valores que persigue el precedente.[39] En este sentido, es deseable que cuando un órgano se aparte de su propio precedente lo haga de forma expresa y proporcione razones que justifiquen el cambio de criterio.[40]

La Ley de Amparo regula un mecanismo formal que debería activarse siempre que la Suprema Corte se aparte de un criterio obligatorio: la *interrupción* de la jurisprudencia.[41] Este mecanismo implica que se haga constar la pérdida de obligatoriedad de un criterio por virtud de una resolución dictada en sentido contrario. Sin embargo, es importante aclarar que la sentencia que interrumpe el criterio obligatorio no constituye un precedente vinculante. Para que se produzca la interrupción de la jurisprudencia es necesario cumplir con los siguientes requisitos: *a*) que el órgano emisor del criterio que se interrumpe dicte una sentencia en contra de dicho criterio; y *b*) que en la ejecutoria respectiva se expresen las razones en que se apoye la interrupción. Estas razones deberán referirse a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia que pretende interrumpirse.

Una vez que se satisfacen los requisitos mencionados, la jurisprudencia pierde su carácter obligatorio, toda vez que deja de ser vinculante para los órganos inferiores. Con todo, el nuevo criterio sólo tiene carácter persuasivo, por lo que únicamente puede utilizarse como criterio orientador por los órganos inferiores. Como se mencionó anteriormente, cuando la jurisprudencia se interrumpe, para que el nuevo criterio adquiera carácter obligatorio debe cumplir con los requisitos establecidos para su formación. Es decir, que el criterio sea reiterado en cinco sentencias ininterrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, y aprobadas por una mayoría de ocho votos en Pleno y de cuatro votos en Sala.[42]

---

39 Sobre este tema véase Marina Gascón Abellán, *La técnica del precedente, op. cit.*; y el artículo de Diana González Carballo, "El autoprecedente en la jurisprudencia de tribunales de cierre: el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México", de este mismo volumen.

40 Thomas Bustamante, *Teoría del precedente judicial, op. cit.*, pp. 398-399.

41 Los artículos 228 y 229 de la Ley de Amparo vigente regulan este procedimiento.

42 Este procedimiento está regulado en los artículos 216, 222, 223 y 224 de la Ley de Amparo.

En este orden de ideas, cabría preguntarse si este supuesto de cambio de precedente a partir de un caso concreto puede equipararse a lo que supone un *overruling* en la teoría del precedente. Como se recordará, un *overruling* implica dos cosas: la revocación de una *ratio decidendi* y el establecimiento de una nueva *ratio* por virtud del dictado de una sentencia. De esta manera, podría decirse que esta forma de cambio es algo bastante más débil que un *overruling*.

En primer lugar, porque al resolver de manera contraria a un precedente obligatorio propio o de un órgano inferior, en realidad no se está revocando ese precedente. Lo que esa maniobra supone es algo mucho menos fuerte que una revocación: únicamente implica que el criterio *deja de ser obligatorio* para el resto de los tribunales en la medida en la que en ese caso concreto también se realice el procedimiento formal de *interrupción* del criterio. Y en segundo lugar, porque *tampoco se está sentando un criterio obligatorio*, sino simplemente un nuevo criterio. En este sentido, los tribunales posteriores de menor jerarquía podrían optar por decidir de acuerdo con el nuevo criterio, con uno distinto o incluso con el criterio anterior. La situación que se produce con el cambio de criterio es que deja de existir un criterio obligatorio y los tribunales inferiores tienen libertad para decidir los casos posteriores. Así, la existencia de un nuevo criterio obligatorio depende de que en el futuro se cumpla con la regla de reiteración. Por ello, esta forma de cambio de precedente presenta los mismos problemas que el procedimiento de creación por reiteración de criterios.[43]

[43] La obligatoriedad de un criterio a una regla de reiteración no constituye una particularidad del sistema mexicano. La exigencia de que la jurisprudencia sea reiterada es común a muchos ordenamientos de la tradición continental. La idea que subyace a esta práctica es evitar que una sentencia dictada en un primer momento consagre un criterio equivocado. Si el criterio no vincula desde que se dictó la primera sentencia, existe la posibilidad de rectificarlo en el supuesto de que sea incorrecto o inadecuado.
En nuestro sistema, en ocasiones se ha aducido una justificación distinta a la regla de reiteración. Se ha pensado que este procedimiento se basa en la idea de que la continuidad en la forma de resolver un problema jurídico refleja un grado más alto de certeza. Esta justificación es muy cuestionable, ya que no es claro de qué manera la reiteración puede contribuir a alcanzar una mayor certeza en la decisión. Por otro lado, la regla de reiteración resulta contraria al principio de igualdad. Ello es así porque implica que el trato igualitario en la aplicación del derecho (y especialmente de la Constitución) sólo está garantizado para los ciudadanos que acuden a los tribunales una vez que se ha alcanzado el número de reiteraciones exigido (ya sean tres o cinco). De esta manera, las personas cuyos asuntos llegan al conocimiento del tribunal mientras no se ha reiterado un criterio el número de veces requerido no están protegidos por el principio de igualdad en la aplicación del derecho. La crítica no es menor si se tiene en cuenta que uno de los valores que se protegen con la institución del precedente es la igualdad.
Pero aun concediendo que existen argumentos para defender la regla de reiteración, el número de veces exigido en la mayoría de los casos para sentar jurisprudencia resulta excesivo. No hay que perder de vista que en materia cons-

Hasta este momento únicamente me he referido a la modificación de los precedentes de la Suprema Corte a través del *overruling*. Sin embargo, resulta necesario hacer referencia a la otra técnica de modificación de criterios en casos concretos explicada en el marco teórico de este texto: la distinción de precedentes. Desde mi punto de vista, en el sistema mexicano el cambio de precedente a través de la utilización de la técnica del *distinguishing* resulta muy complicado. En efecto, como se ex-

---

titucional la regla de reiteración únicamente rige al ámbito del amparo, lo que supone que únicamente se aplica cuando están en juego derechos fundamentales. Que se tengan que resolver cinco sentencias de amparo en el mismo sentido es algo exagerado. Y esto es así por la sencilla razón de que la exigencia de ese número de reiteraciones complica innecesariamente los requisitos para sentar un precedente, lo que es muy preocupante cuando se trata de un ámbito normativo con gran dinamismo como el derecho constitucional, y en particular como el derecho de los derechos fundamentales. Una regla de reiteración como la mexicana impide asegurar la certeza jurídica, a través del establecimiento de un criterio vinculante, en una materia como los derechos fundamentales donde lo que se requiere es una pronta respuesta de las autoridades jurisdiccionales que provea certeza y seguridad para futuros casos.

Por lo demás, quizás pueda tener sentido que se establezca el requisito de la reiteración (aunque no de cinco criterios) para algunos de los tribunales que pueden sentar jurisprudencia en materia constitucional. No obstante, lo que no parece muy adecuado es que la propia Suprema Corte esté vinculada por la exigencia de la reiteración. Siendo la máxima autoridad jurisdiccional del país, con competencias semejantes a las de los tribunales constitucionales europeos, no es congruente que se le pida que dicte cinco sentencias en el mismo sentido y de forma ininterrumpida para que pueda sentar un precedente vinculante en materia constitucional. En esta línea, si se tiene en cuenta que la Suprema Corte no se encuentra vinculada por sus propios criterios, la regla de reiteración parece tener menos sentido.

Por otro lado, lo inadecuado de la regla de reiteración para la Suprema Corte resulta aún más patente si se repara en la facultad de atracción que tiene este Alto Tribunal. Uno pensaría que si la Corte decide atraer un juicio de amparo (ya sea un recurso de revisión o un amparo directo) no es sólo para resolver ese caso particular (que puede tener mucha importancia pero no deja de ser sólo un caso), sino para sentar un criterio en su calidad de último intérprete de la Constitución. Si se requiere de cinco sentencias para establecer un criterio vinculante, la facultad de atracción tiene que ejercitarse en igual número de ocasiones. Desde esta perspectiva, la facultad de atracción adquiere un fuerte componente *desigualitario*, en el sentido de que la Corte estaría ejerciéndola en beneficio de las personas concretas cuyos casos haya considerado "relevantes", pero no estaría al servicio de todos los ciudadanos que se verían favorecidos por el establecimiento de un criterio vinculante a partir de un solo caso.

Hay que tener presente además que la regla de reiteración se complementa con una *regla de acreditación oficial* de un precedente. De acuerdo con esta regla, sólo se considera precedente vinculante (las llamadas tesis jurisprudenciales) aquellos criterios que han sido establecidos, identificados y publicados de manera oficial una vez que se han reiterado. Se trata de un sistema excesivamente formalista, que ha contribuido notablemente a propiciar el subdesarrollo argumentativo de los juristas mexicanos. En efecto, no hay que esforzarse demasiado para mostrar que la vinculación de la regla de reiteración a la regla de acreditación oficial como requisito de obligatoriedad de un criterio, ha redundado en un excesivo formalismo que ha menguado las capacidades argumentativas de Jueces y abogados. Por un lado, se dificulta que los Jueces construyan líneas jurisprudenciales donde vayan modelando caso por caso los alcances del criterio vinculante (ampliándolo o restringiéndolo a través de la creación de excepciones). El sistema propicia, en cambio, que una vez que se sienta el criterio (cuando aún no es vinculante) los Jueces se preocupen solamente por aplicarlo mecánicamente hasta que se reitere el número de veces requerido para que sea obligatorio. Así, los Jueces no intentan ir afinando el criterio a partir de los casos que van resolviendo, sino simplemente repiten el que ya se ha sentado.

La idea, muy de la tradición romano germánica, de que el criterio debe reiterarse para que vincule, asemeja la vinculatoriedad de la jurisprudencia a las fuentes-hecho, y la diferencia de las fuentes-acto. La diferencia entre fuentes-hecho y fuentes-acto para tratar este tema puede encontrarse en Josep Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

plicó en su oportunidad, esta técnica consiste en introducir excepciones a una *ratio decidendi* por considerar que el caso en cuestión presenta ciertas propiedades fácticas que no fueron consideradas al momento de sentar la regla. A través del *distinguishing* en realidad se crea otra regla (que es una excepción de la regla distinguida), lo que supone un cambio de precedente. Como he expuesto detalladamente, en el sistema mexicano, los criterios (las tesis jurisprudenciales) se redactan en la mayoría de las ocasiones sin ninguna vinculación con los hechos del caso, lo que provoca que no esté claro cuál es su campo de aplicación. De esta manera, es imposible distinguir un criterio que no está formulado en forma de regla, sino más bien como un principio, una máxima o simplemente un canon interpretativo desligado de los hechos.[44]

3.2. El cambio de un precedente constitucional en *abstracto*

Desde mi punto de vista, es posible conceptualizar a la contradicción de tesis y a la sustitución de jurisprudencia como *mecanismos abstractos* de cambio de precedentes porque la modificación de éstos ocurre a través de un procedimiento que no tiene como objetivo resolver un caso concreto, sino exclusivamente establecer un criterio vinculante. Así, lo que es sometido a revisión de la Suprema Corte en estos dos mecanismos son *criterios* contenidos en sentencias, tesis aisladas o de jurisprudencia, de tal manera que la pertinencia del cambio de criterio se realiza en *abstracto*, de forma desvinculada de los casos concretos que dieron lugar al establecimiento del criterio.

3.2.1 La contradicción de tesis

Las contradicciones pueden suscitarse entre las Salas de la Suprema Corte, los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito o los Tribunales Colegiados del mismo o de diferentes Circuitos. Para no exceder a los fines de este trabajo, únicamente me referiré a las contradicciones que son resueltas por la Suprema Corte.[45] Las contradicciones que pueden

[44] A pesar de ello, la Suprema Corte ha hecho esfuerzos por utilizar la técnica de la distinción para justificar la inaplicación de sus criterios. Un ejemplo de ello puede encontrarse en el ADR 5601/2014.

[45] La competencia del Pleno y las Salas para resolver estos procedimientos está contemplada en el artículo 10, fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y en el artículo 21, fracción VIII, del mismo ordenamiento, respectivamente.

surgir entre las interpretaciones de las Salas son resueltas por la propia Corte funcionando en Pleno, mientras que las discrepancias que surjan entre las interpretaciones de los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, entre los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito o sus tribunales de diversa especialidad, así como entre los Tribunales Colegiados de diferentes circuitos, son resueltas por el Pleno o las Salas de la Suprema Corte, en función de la materia de los asuntos.

En el derecho comparado, los procedimientos de *unificación de doctrina* son utilizados para uniformar criterios interpretativos dispares en aras de la seguridad jurídica, con la particularidad de que tienen que operar a partir de la resolución de casos concretos.[46] En cambio, la contradicción de tesis es un procedimiento mediante el cual la Suprema Corte, actuando en Salas o en Pleno, resuelve en abstracto un desacuerdo interpretativo de tribunales u órganos jurisdiccionales inferiores sobre un punto de derecho.[47] Al respecto, es interesante observar que si bien es cierto que los hechos de los casos de los que derivan los criterios son examinados al establecer si existe una contradicción de criterios, éstos tienen *escasa relevancia* en la parte del estudio de fondo donde se determina el criterio que debe prevalecer. Por lo demás, es importante señalar que la contradicción de tesis es un mecanismo que en la gran mayoría de las ocasiones es utilizado para resolver desacuerdos interpretativos entre órganos jurisdiccionales en temas de legalidad. Con todo, aunque no es tan frecuente, este tipo de procedimientos también puede ser utilizado para unificar criterios sobre cuestiones de constitucionalidad.[48]

Ahora bien, puede decirse que en las contradicciones de tesis opera la *dimensión vertical* del precedente, toda vez que presupone un orden jerárquico de autoridad entre los tribunales que implica que las decisiones de los tribunales superiores

[46] Por ejemplo, en la legislación española se contempla el recurso de casación para la unificación de doctrina, que es resuelto por el Tribunal Supremo. De acuerdo con la jurisprudencia del propio tribunal, la contradicción no debe consistir en una divergencia abstracta de doctrina, sino en una oposición concreta de los pronunciamientos en los que la sentencia se sustenta, en controversias concretas y sustancialmente iguales en hechos, fundamentos y pretensiones. Este recurso se encuentra regulado en los artículos 216 y 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. artículos 216 y 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

[47] Este procedimiento se encuentra regulado el artículo 107, fracción XIII de la Constitución y en los artículos 216, 225, 226 y 227 de la Ley de Amparo.

[48] Por ejemplo, las contradicciones de tesis 293/2011 y 73/2014.

tengan autoridad y legitimidad sobre las decisiones de los órganos judiciales inferiores.[49] Así, para poner en marcha este tipo de procedimientos las discrepancias deben darse entre órganos de distinta jerarquía. Esta situación se produce porque entre tribunales del mismo nivel jerárquico la vinculación a los criterios del otro no es de carácter obligatorio, sino de carácter persuasivo (precedente horizontal). Para lograr la unificación de criterios un órgano superior tiene que decidir cuál es el que debe prevalecer, ya que en virtud de su jerarquía su resolución será vinculante para los órganos inferiores. De esta manera, el procedimiento de contradicción de tesis que resuelve la Suprema Corte presupone un determinando *orden jerárquico* entre los órganos jurisdiccionales que sentaron los criterios discrepantes (Tribunales Colegiados, Plenos de Circuito o Salas) y el órgano jurisdiccional que establece el criterio vinculante que resuelve el desacuerdo (alguna Sala o el Pleno).

A través de esta vía, cuando las partes legitimadas para promoverla advierten que hay discrepancias interpretativas sobre un punto de derecho, pueden acudir ante la Suprema Corte para que establezca cuál de los criterios discrepantes debe prevalecer o, en su caso, para que fije un tercer criterio que sustituya a los criterios contradictorios.[50] En este sentido, únicamente en este tercer supuesto, es decir, cuando la Suprema Corte decide dejar sin efectos los criterios contradictorios y establecer un tercero, es cuando podemos hablar propiamente de cambio en los precedentes. En efecto, se trataría de un supuesto de *overruling* porque se revocan los criterios contendientes y se sienta un nuevo criterio con fuerza vinculante, ya que en este caso

---

[49] Michele Taruffo, *Páginas sobre justicia civil, op. cit.,* p. 544.

[50] "Las contradicciones entre Salas podrán ser denunciadas ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por los Ministros, los Plenos de Circuito, los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, los Magistrados de los Tribunales Unitarios de Circuito, los Jueces de Distrito, el Procurador General de la República, o las partes en los asuntos que las motivaron.
Las contradicciones entre Plenos de Circuito de distintos Circuitos, entre Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito, o sus tribunales de diversa especialidad, así como entre los tribunales colegiados de diferente circuito podrán ser denunciadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por los Ministros, los Plenos de Circuito o los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, que hayan sustentado las tesis discrepantes, el Procurador General de la República, los Magistrados de Tribunal Unitario de Circuito, los Jueces de Distrito, o las partes en los asuntos que las motivaron.
Las contradicciones entre tribunales colegiados de un mismo circuito, podrán ser denunciadas ante los Plenos de circuito por el Procurador General de la República, los mencionados Tribunales y sus integrantes, los Magistrados de Tribunal Unitario de Circuito, los Jueces de Distrito o las partes en los asuntos que las motivaron.

el precedente obligatorio se forma por una única sentencia apoyada por la mayoría de los integrantes del órgano que resuelve la contradicción.

Como ya lo he señalado, la Corte aborda el estudio de estos casos en abstracto, ya que las discrepancias se dan entre *criterios*, los cuales pueden estar establecidos en tesis de jurisprudencia –criterios obligatorios–, en tesis aisladas –criterios persuasivos–, o en sentencias.[51] Como lo señalé líneas arriba, en la práctica, las tesis muchas veces no reflejan la *ratio decidendi* de las sentencias, sino que recogen el *rationale* de la decisión o incluso argumentos que podrían calificarse como *obiter dicta*. Por esa razón, los criterios enfrentados muchas veces no son la *ratio decidendi* de las sentencias, sino que pueden darse las contradicciones entre una *ratio decidendi* y un *obiter dicta* o un *rationale*, o todas las combinaciones posibles. Este mismo supuesto puede darse cuando se invocan criterios contradictorios establecidos en sentencias, ya que cualquier criterio puede ser sometido a este procedimiento.

En este orden de ideas, me parece importante destacar nuevamente la singularidad de este procedimiento, en el sentido de que la "sentencia" que se dicta para resolver la contradicción se hace al margen de un caso concreto. Dicho de otro modo, esta manera de establecer un precedente es peculiar porque no se hace en ejercicio de la función jurisdiccional en sentido *estricto*. La Suprema Corte (el Pleno en este caso o las Salas) no decide cuál de los criterios que están en contradicción debe prevalecer o si se debe sentar uno distinto a partir de un caso concreto. En mi opinión, esta particularidad del procedimiento se explica en parte por nuestro sistema de tesis. Ya que las tesis se encuentran desvinculadas de las sentencias, parece posible detectar una contradicción o discrepancia entre ellas al margen de casos concretos. Si esto no sucediera, posiblemente la única manera en la que podría resolverse una contradicción entre dos criterios sería con motivo de un caso concreto. De hecho, incluso bajo el actual sistema, creo que lo mejor sería que una "contradicción de tesis" se resolviera por la Suprema Corte en ejercicio de su función jurisdiccional, a propósito

[51] Tesis [J.]: 2a/J 94/2000, de rubro CONTRADICCIÓN DE TESIS. SU EXISTENCIA REQUIERE DE CRITERIOS DIVERGENTES PLASMADOS EN DIVERSAS EJECUTORIAS, A PESAR DE QUE NO SE HAYAN REDACTADO NI PUBLICADO EN LA FORMA ESTABLECIDA POR LA LEY, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XII, noviembre de 2000, Pág. 319, Reg. Digital: 1003592.

de un caso concreto al que fueran aplicables los criterios contradictorios. Ello podría conseguirse utilizando su facultad de atracción en los asuntos donde pudieran aplicarse los criterios contrapuestos.

Finalmente, resulta pertinente aclarar que los razonamientos sobre cuestiones diversas o accidentales que no resuelven el tema de contradicción entre los criterios discrepantes no forman jurisprudencia obligatoria. Sin embargo, estas consideraciones pueden suponer un criterio que puede ser tomado en cuenta para formar jurisprudencia por reiteración. Con todo, me gustaría advertir que en ocasiones el Pleno o las Salas de la Suprema Corte introducen en las tesis jurisprudenciales criterios que no responden al problema que se planteaba en la contradicción. Esto ocurre cuando, a propósito del caso que están resolviendo, se pronuncian sobre situaciones que no han sido sometidas a su consideración a través del procedimiento de contradicción.

Esta situación se puede ejemplificar muy claramente con lo resuelto en la *contradicción de tesis 293/2011*. En este caso, los criterios contrapuestos abordaban dos puntos de derecho: la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema de fuentes y la fuerza vinculante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, el Pleno de la Suprema Corte, además de resolver estos dos puntos de derecho, se pronunció sobre un tema que no había sido abordado en los criterios contendientes: las restricciones a los derechos humanos contenidas en la Constitución.

3.2.2 La sustitución de jurisprudencia

La figura de la sustitución reemplazó al mecanismo de *modificación* de jurisprudencia que se regulaba en la Ley de Amparo de 1936, que estuvo vigente hasta el 2 de abril de 2013.[52] La figura de la sustitución de jurisprudencia se instituyó en la reforma

[52] La Ley de Amparo anterior contemplaba dos procedimientos de modificación: *a*) un procedimiento que cabría denominar ordinario, según el cual la modificación se producía por una decisión unilateral de los órganos que habían creado el criterio: el Pleno o las Salas de la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito; y *b*) un procedimiento que podría denominarse extraordinario, según el cual el Pleno y las Salas de la Suprema Corte podían modificar las tesis jurisprudenciales que habían establecido a petición de ciertos órganos jerárquicamente inferiores.

constitucional del 6 de junio de 2011 y se reguló en la Ley de Amparo publicada el 3 de abril de 2013.[53] El procedimiento de sustitución y el de modificación tiene rasgos similares.[54] Sin embargo, el legislador decidió cambiar la denominación de esta facultad para clarificar sus objetivos con base en un criterio del Pleno, en el que se sostuvo que el *término* modificación implicaba únicamente el cambio de elementos accidentales de la jurisprudencia sin alterar su esencia, mientras que el *procedimiento* de modificación suponía cambiar de criterio interrumpiendo su obligatoriedad y sustituyéndolo por uno nuevo.[55]

En la sustitución de jurisprudencia son los tribunales inferiores los que solicitan a sus superiores jerárquicos que *cambien* un criterio jurisprudencial sentado por éstos.

La sustitución de jurisprudencia es lo más parecido que existe en el sistema mexicano al *overruling*, toda vez que supone el reemplazo de un criterio jurispruden-

---

a) En el procedimiento ordinario la modificación unilateral de una tesis jurisprudencial se regía por las mismas reglas que existían para su creación. Esto es, para sentar un criterio obligatorio era necesario establecer un nuevo criterio a partir de su reiteración en cinco ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, con la votación de ocho Ministros en Pleno y cuatro en Sala. *b)* Por su parte, en el procedimiento extraordinario podían solicitar la modificación: las Salas de la Suprema Corte; los Ministros que integraran dichas Salas; los Tribunales Colegiados de Circuito; o los Magistrados que integraran estos tribunales. En todo caso, la solicitud debía señalar las razones por las que se consideraba que el criterio debía ser modificado. En el procedimiento extraordinario la solicitud de la modificación debía ser originada con motivo de un caso concreto y contener razones que la justificaran. Sin embargo, dicha solicitud únicamente podía realizarse una vez que el asunto estuviera resuelto, por lo que el estudio era en abstracto. A su vez, el Procurador General de la República, en representación de la ciudadanía, podía manifestar su opinión en un plazo de 30 días. El Pleno o la Sala correspondiente debían resolver si modificaban o no el criterio. No era obligatorio modificarlo en los términos propuestos por el inferior jerárquico, por lo que podían cambiar el criterio en el sentido que consideraran conveniente. En caso de que se procediera a modificar la jurisprudencia, se elaboraba y publicaba una tesis de jurisprudencia.

[53] Esta figura se regula en el artículo 230 de la Ley de Amparo.

[54] Durante los años en los que no se había aprobado la Ley de Amparo se daba trámite a las solicitudes de modificación de jurisprudencia. Al respecto véase Tesis [A.]: 2a. LXIV/2012 (10a.), de rubro MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. EL TRÁMITE DE LAS SOLICITUDES RESPECTIVAS DEBE REALIZARSE CON ESTA DENOMINACIÓN HASTA EN TANTO SE APRUEBE LA NUEVA LEY DE AMPARO, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 2, Pág. 1217, Reg. Digital: 2001690. A su vez, el 29 de agosto de 2011, el Pleno emitió el Acuerdo General 12/2011 por el que se determinaron las bases de la Décima Época. En dicho acuerdo se determinó que las solicitudes de modificación de jurisprudencia debían tramitarse como solicitudes de sustitución de jurisprudencia, siguiendo el procedimiento de modificación, hasta que entrara en vigor la nueva legislación en materia de amparo. Sin embargo, al conocer de las primeras solicitudes de sustitución, las Salas consideraron que estos procedimientos debían ser tramitados como solicitudes de modificación, ya que no se habían expedido las reglas para tramitar las solicitudes de sustitución, por lo que se modificó el Acuerdo General 12/2011 en ese sentido.

[55] Tesis [J.]: P.XIII/2004, de rubro JURISPRUDENCIA. ALCANCES DE LA FACULTAD DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA MODIFICARLA, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIX, mayo de 2004, Pág. 142, Reg. Digital: 181535.

cial por otro con la misma fuerza vinculante. Como ocurre con los casos de contradicción de tesis, este procedimiento presenta la particularidad de que no se cambia el criterio con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional en estricto sentido. El procedimiento se hace al margen de un caso concreto —aunque sólo puede activarse "con motivo" de un caso concreto, lo que supone que el caso en cuestión ya ha sido resuelto— y tiene como objeto exclusivamente el análisis de la petición del órgano inferior sobre el cambio de una tesis jurisprudencial.

En este apartado únicamente me referiré a las solicitudes de sustitución de la jurisprudencia de la Suprema Corte, por ser el objeto de estudio de este trabajo. Siendo así, las características de este procedimiento serían las siguientes:

a) Se puede solicitar la sustitución de la jurisprudencia de la Suprema Corte establecida por el Pleno o las Salas.

b) La solicitud debe ser realizada por parte legítima. En este caso, los Plenos de Circuito, por la petición de alguno de los Magistrados de los Tribunales Colegiados de su Circuito y por acuerdo de una mayoría de sus integrantes, pueden solicitar al Pleno o a las Salas de la Suprema Corte que sustituyan la jurisprudencia que hayan establecido. A su vez, las Salas de la Suprema Corte, por acuerdo de la mayoría de sus integrantes y previa petición de uno de los Ministros que las integran, pueden solicitar al Pleno que sustituya su jurisprudencia.[56]

c) Para que la jurisprudencia sea sustituida se requiere de una votación de ocho Ministros cuando se trate del Pleno y de cuatro Ministros en el caso de las Salas.

[56] La Suprema Corte ha interpretado que, a pesar de que el Presidente de este Alto Tribunal no forma parte de ninguna Sala, no está excluido de entre los sujetos legitimados para solicitar que se inicie el procedimiento de sustitución de jurisprudencia. Tesis [J.]: P. X/2007, de rubro JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LOS MINISTROS DE ESTE ALTO TRIBUNAL, ENTRE ELLOS SU PRESIDENTE, ASÍ COMO LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, ESTÁN LEGITIMADOS PARA FORMULAR LA SOLICITUD DE SU MODIFICACIÓN. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LOS MINISTROS DE ESTE ALTO TRIBUNAL, ENTRE ELLOS SU PRESIDENTE, ASÍ COMO LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, ESTÁN LEGITIMADOS PARA FORMULAR LA SOLICITUD DE SU MODIFICACIÓN, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, Pág. 12, Reg. Digital: 172486.

d) En la solicitud se deben expresar las razones por las que se estima que la jurisprudencia puede ser sustituida. De los criterios de la Suprema Corte se desprende que cuando se trata de solicitudes de sustitución de jurisprudencia que ha sido creada en contradicción de tesis, las razones que deben esgrimirse en la solicitud deben vincularse con el punto jurídico que fue materia de la discordancia de criterios.[57]

e) La solicitud debe realizarse *con motivo* de un caso concreto, una vez que éste haya sido resuelto. Esto es, debe aplicarse la jurisprudencia que se pretende sustituir al caso concreto para, posteriormente, poder solicitar su sustitución. A su vez, este Alto Tribunal ha establecido que se debe aplicar el criterio que se pretende sustituir aunque éste no sea utilizado como *ratio decidendi* de la sentencia, sino como *obiter dicta*.[58] La Corte ha interpretado que permitir a los juzgadores solicitar la sustitución de un criterio antes de aplicarlo sería contrario a la obligación de éstos de acatar y aplicar los criterios obligatorios emitidos por sus superiores jerárquicos.[59]

f) Una vez sustituida la jurisprudencia, se publica una tesis para dar difusión y publicidad al nuevo criterio.[60]

---

[57] Tesis [A.]: 2a. LVI/2014 (10a.) de rubro SUSTITUCIÓN DE JURISPRUDENCIA POR CONTRADICCIÓN DE TESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 230, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO. LAS RAZONES QUE DEBEN EXPRESARSE EN LA SOLICITUD CORRESPONDIENTE DEBEN ESTAR VINCULADAS CON EL PUNTO JURÍDICO QUE FUE MATERIA DE LA DIVERGENCIA DE CRITERIOS.SUSTITUCIÓN DE JURISPRUDENCIA POR CONTRADICCIÓN DE TESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 230, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO. LAS RAZONES QUE DEBEN EXPRESARSE EN LA SOLICITUD CORRESPONDIENTE DEBEN ESTAR VINCULADAS CON EL PUNTO JURÍDICO QUE FUE MATERIA DE LA DIVERGENCIA DE CRITERIOS, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VII, junio de 2014, Tomo I, Pág. 824, Reg. Digital: 2006751.

[58] Tesis [A.]: 1a. CCXLVI/2011 de rubro SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. PROCEDE CUANDO ÉSTA SE UTILICE EN LA CADENA ARGUMENTATIVA DEL CASO CONCRETO, AUN CUANDO NO CONSTITUYA LA RATIO DECIDENDI DEL ASUNTO.SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. PROCEDE CUANDO ÉSTA SE UTILICE EN LA CADENA ARGUMENTATIVA DEL CASO CONCRETO, AUN CUANDO NO CONSTITUYA LA RATIO DECIDENDI DEL ASUNTO, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, mayo de 2012, Tomo 1, Pág. 1114, Reg. Digital: 160102.

[59] Tesis [A.]: P. XXXI/92, de rubro JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. PREVIAMENTE A LA SOLICITUD DE SU MODIFICACION DEBE RESOLVERSE EL CASO CONCRETO QUE LA ORIGINA.JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. PREVIAMENTE A LA SOLICITUD DE SU MODIFICACION DEBE RESOLVERSE EL CASO CONCRETO QUE LA ORIGINA, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, Tomo IX, enero de 1992, Pág. 35, Reg. Digital: 205715.

[60] La tesis de jurisprudencia que se publica contienen: *a*) el título que identifica el tema que se trata; *b*) el subtítulo que señala el criterio que se sustenta; *c*) las consideraciones interpretativas mediante las cuales el órgano jurisdic-

Una cuestión interesante es que la Suprema Corte también se ha pronunciado sobre la necesidad de que las Salas *sustituyan* su jurisprudencia cuando ésta contradice un criterio del Pleno, aunque dicho criterio sea aislado.[61] Esto podría darse en el supuesto de que el Pleno de la Corte estableciera un criterio contrario a uno obligatorio sustentado por alguna de las Salas, y que dicho criterio no reuniera los requisitos de reiteración necesarios para considerarse obligatorio. En este caso, al tratarse de un criterio aislado, el criterio del Pleno no sería obligatorio para las Salas ni para el resto de los tribunales inferiores, mientras que el criterio sustentado por las Salas sí lo sería para el resto de tribunales. Según ha sostenido la Suprema Corte, esta situación vulneraría el derecho a la seguridad jurídica y el sistema de jurisprudencia establecido en la Ley de Amparo. Por ello, atendiendo al principio de jerarquía, las Salas deben sustituir su jurisprudencia para adaptarla a los criterios establecidos por el Pleno.[62]

En relación con el tema de la sustitución de la jurisprudencia, existen algunos supuestos en los que *está prohibida la aplicación retroactiva del nuevo criterio* que sustituye al que se deja sin efectos por virtud de este procedimiento. Por un lado, el último párrafo del artículo 230 de la Ley de Amparo establece que no pueden ser afectadas por el nuevo criterio ni "las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los que hayan dictado las sentencias que la integraron, ni la que se resolvió en el caso concreto que haya motivado la solicitud". Así, esta prohibición hace referencia a las situaciones que ya han sido resueltas de forma definitiva en una cadena procesal, las cuales no pueden ser reexaminadas a la luz del nuevo criterio.

Finalmente, la Suprema Corte ha sostenido que si bien los órganos jurisdiccionales no pueden realizar un control de *convencionalidad o constitucionalidad* de una jurisprudencia, al menos tienen la posibilidad de solicitar la *sustitución* de la jurispru-

---

cional estableció el criterio que sustituye una jurisprudencia; *d*) cuando el criterio se refiera a la interpretación de una norma, la distinción de ésta; *e*) los datos de identificación del asunto, el número de tesis, el órgano que la emitió, las votaciones con que se aprobó y, en su caso, las del criterio sustentado en la tesis; y *f*) los datos de la tesis que fue sustituida y el órgano que la emitió. Véase artículos 218 y 220 de la Ley de Amparo.

[61] Tesis [A.]: 2a. XXII/2007, de rubro JURISPRUDENCIA. DEBE MODIFICARSE LA DE UNA SALA SI EL PLENO SUSTENTA UNA TESIS CONTRARIA, AUNQUE SEA AISLADA.JURISPRUDENCIA. DEBE MODIFICARSE LA DE UNA SALA SI EL PLENO SUSTENTA UNA TESIS CONTRARIA, AUNQUE SEA AISLADA, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, Pág. 561, Reg. Digital: 172742.

[62] El criterio habla de "modificación" y no de "sustitución" porque se dio en aplicación de la ley de amparo derogada.

dencia que consideren inconstitucional, que desde mi punto de vista sólo podrían tratarse de jurisprudencias de legalidad, toda vez que una interpretación de la Constitución no puede ser inconstitucional.[63]A propósito de esta cuestión, cabría preguntarse si no sería más adecuado establecer una especie de *cuestión prejudicial* para que los órganos judiciales inferiores suspendan el procedimiento en el que están conociendo de un caso en tanto el superior resuelve si procede o no cambiar el criterio que se considera inadecuado. Me parece que, resulta contraintuitivo que el tribunal inferior tenga que fallar primero el caso y después plantear la modificación. Si el tribunal inferior considera que la jurisprudencia es inadecuada, obsoleta o injusta, sería más razonable que se le permitiera elevar su petición antes de resolver el caso.

4. A manera de conclusión

Durante el desarrollo de este trabajo me ocupé de describir las distintas formas en las que la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica sus precedentes constitucionales, así como de analizarlas a la luz de la teoría del precedente con dos finalidades: identificar algunos problemas que se presentan tanto en el diseño legal como en la práctica; y plantear algunas sugerencias para solucionar los problemas identificados. En atención a las vías procesales analizadas –el juicio de amparo, la contradicción de tesis y la sustitución de la jurisprudencia– distinguí dos maneras en las que puede realizarse la modificación de los precedentes: el cambio en casos concretos y el cambio en abstracto.

---

[63] Tesis [A.]: P./J. 64/2014 (10a.), de rubro JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, Pág. 8, Reg. Digital: 2008148.
Tesis [A.]: P./J. 64/2014 (10a.), de rubro JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. EL ARTÍCULO 217 DE LA LEY DE AMPARO QUE ESTABLECE SU OBLIGATORIEDAD, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. EL ARTÍCULO 217 DE LA LEY DE AMPARO QUE ESTABLECE SU OBLIGATORIEDAD, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, Pág. 1072, Reg. Digital: 2009411.

Los cambios de precedentes al conocer de casos concretos que se analizaron tienen lugar en el marco del juicio de amparo. Estos cambios ocurren cuando la Suprema Corte se aparta de sus propios criterios o los de un órgano jurisdiccional inferior. En ese sentido, se hizo referencia a las exigencias de racionalidad en la argumentación que se requieren para realizar este tipo de modificaciones, se estudió la interrupción de la jurisprudencia contemplada en la Ley de Amparo, y se señalaron las dificultades que se presentan en el sistema jurídico mexicano para realizar maniobras argumentativas como la distinción de casos.

Por otro lado, en el trabajo se analizaron los mecanismos que se contemplan en la Ley de Amparo para que la Suprema Corte pueda modificar sus precedentes en abstracto, es decir, a través de procedimientos que no tienen como propósito resolver un caso concreto, sino establecer un criterio vinculante: la contradicción de tesis y la sustitución de la jurisprudencia. En términos generales, en el texto se propone modificar los procedimientos de contradicción y sustitución de tesis de tal forma que éstos se resuelvan a propósito de casos concretos, que se incorpore al sistema jurídico mexicano la figura de la cuestión prejudicial en estos supuestos, y que se revise la regulación de la interrupción de la jurisprudencia para que los precedentes creados por la Suprema Corte en estos casos sean obligatorios sin necesidad de cumplir con los requisitos para su formación.

Por último, es importante destacar que las propuestas que se hacen en el desarrollo de este texto tienen por objeto mejorar la práctica del precedente con la finalidad de salvaguardar los valores que se persiguen a través de esta institución, como son la igualdad en la aplicación de la ley, la coherencia y universalidad de los criterios, la seguridad jurídica y el control de la arbitrariedad judicial.

5. Fuentes

5.1. Bibliohemerografía

Aguiló, Joseph, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

Bustamante, Thomas, *Teoría del precedente judicial. La justificación de la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Ediciones legales, Lima, 2016.

Chiassoni, Perluigi, "La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional", en Bernal Pulido, Carlos y Thomas Bustamante (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 21-66.

Díez-Picazo, Luis, "La jurisprudencia", en *El Poder Judicial*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

Díez-Picazo, Luis María, "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994.

Ferreres Comella, Víctor, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", *Manuscrito inédito (proporcionado por el autor)*, 2008.

_____, "Sobre la posible fuera vinculante de la jurisprudencia" en V.V.A.A, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.

Gascón Abellán, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995.

López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Legis, Bogotá, 2007.

MacCormick, Neil, "Why Cases have *Rationes* and What this Are", en Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in law*, Clarendon, Oxford, 1991.

_____, Summers, Robert S., Arthur L. Goodhart (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Routledge, Londres, 1997.

_____, "Further General Reflections and Conclusions", en Neil MacCormick y Summers, Robert S. (coords.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Routledge, Londres, 1997.

Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid, 2001.

_____, "La agenda pendiente de la justicia constitucional mexicana", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del* VII *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM/IIJ, México, 2002.

Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A., *La odisea constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Moral Soriano, Leonor, "A Progressive Foundation of Precedents", en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 86, núm. 3, 2000.

_____, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

Nieto, Alejandro, "Valor legal y alcance real de la jurisprudencia", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 8, 2002, pp. 103-116.

Otto, Ignacio, *Derecho constitucional y sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988.

Ovalle Favela, José, "Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia", en Adama Goddard, Jorge (coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2005, pp. 435-462.

Sartor, Giovanni, "Il precedente giudiziale", *Contratto e impresa*, núm. 11, 1996, pp. 234-275.

Sánchez Gil, Rubén A., "La jurisprudencia de inconstitucionalidad y su aplicación", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, julio-diciembre 2004.

Sesma, Iturralde, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995.

Taruffo, Michele, "Institutional Factors Influencing Precedents", en Neil MacCormick Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Routledge, Londres, 1997.

_____, y Torre, Massimo La, "Precedent in Italy", en Neil MacCormick, Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Routledge, Londres, 1997.

_____, "Precedente y Jurisprudencia", en *Precedente. Revista jurídica*, 2007, pp. 86-99.

_____, *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México, 2001.

5.2. Jurisprudencia

Tesis [A.]: P. XXXI/92, de rubro JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. PREVIAMENTE A LA SOLICITUD DE SU MODIFICACION DEBE RESOLVERSE EL CASO CONCRETO QUE LA ORIGINA.JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. PREVIAMENTE A LA SOLICITUD DE SU MODIFICACION DEBE RESOLVERSE EL CASO CONCRETO QUE LA ORIGINA, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, Tomo IX, enero de 1992, Pág. 35, Reg. Digital: 205715.

Tesis [J.]: 2a/J 94/2000, de rubro CONTRADICCIÓN DE TESIS. SU EXISTENCIA REQUIERE DE CRITERIOS DIVERGENTES PLASMADOS EN DIVERSAS EJECUTORIAS, A PESAR DE QUE NO SE HAYAN REDACTADO NI PUBLICADO EN LA FORMA ESTABLECIDA POR LA LEY, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XII, noviembre de 2000, Pág. 319, Reg. Digital: 1003592.

Tesis [A.]: P.XIII/2004, de rubro JURISPRUDENCIA. ALCANCES DE LA FACULTAD DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA MODIFICARLA, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIX, mayo de 2004, Pág. 142, Reg. Digital: 181535.

Tesis [A.]: 2a. XXII/2007, de rubro JURISPRUDENCIA. DEBE MODIFICARSE LA DE UNA SALA SI EL PLENO SUSTENTA UNA TESIS CONTRARIA, AUNQUE SEA AISLADA, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, Pág. 561, Reg. Digital: 172742.

Tesis [A.]: P. X/2007, de rubro JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LOS MINISTROS DE ESTE ALTO TRIBUNAL, ENTRE ELLOS SU PRESIDENTE, ASÍ COMO LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, ESTÁN LEGITIMADOS PARA FORMULAR LA SOLICITUD DE SU MODIFICACIÓN.JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LOS MINISTROS DE ESTE ALTO TRIBUNAL, ENTRE ELLOS SU PRESIDENTE, ASÍ COMO LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, ESTÁN LEGITIMADOS PARA FORMULAR LA SOLICITUD DE SU MODIFICACIÓN, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, Pág. 12, Reg. Digital: 172486.

Tesis [A.]: 2a. LXIV/2012 (10a.), de rubro MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. EL TRÁMITE DE LAS SOLICITUDES RESPECTIVAS DEBE REALIZARSE CON ESTA DENOMINACIÓN HASTA EN TANTO SE APRUEBE LA NUEVA LEY DE AMPARO, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 2, Pág. 1217, Reg. Digital: 2001690.

Tesis [A.]: 1a. CCXLVI/2011 de rubro SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. PROCEDE CUANDO ÉSTA SE UTILICE EN LA CADENA ARGUMENTATIVA DEL CASO CONCRETO, AUN CUANDO NO CONSTITUYA LA RATIO DECIDENDI DEL ASUNTO.SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. PROCEDE CUANDO ÉSTA SE UTILICE EN LA CADENA ARGUMENTATIVA DEL CASO CONCRETO, AUN CUANDO NO CONSTITUYA LA RATIO DECIDENDI DEL ASUNTO, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, mayo de 2012, Tomo 1, Pág. 1114, Reg. Digital: 160102.

Tesis [A.]: 2a. LVI/2014 (10a.) de rubro SUSTITUCIÓN DE JURISPRUDENCIA POR CONTRADICCIÓN DE TESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 230, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO. LAS RAZONES QUE DEBEN EXPRESARSE EN LA SOLICITUD CORRESPONDIENTE DEBEN ESTAR VINCULADAS CON EL PUNTO JURÍDICO QUE FUE MATERIA DE LA DIVERGENCIA DE CRITERIOS.SUSTITUCIÓN DE JURISPRUDENCIA POR CONTRADICCIÓN DE TESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 230, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO. LAS RAZONES QUE DEBEN EXPRESARSE EN LA SOLICITUD CORRESPONDIENTE DEBEN ESTAR VINCULADAS CON EL PUNTO JURÍDICO QUE FUE MATERIA DE LA DIVERGENCIA DE CRITERIOS, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VII, junio de 2014, Tomo I, Pág. 824, Reg. Digital: 2006751.

Tesis [A.]: P./J. 64/2014 (10a.), de rubro JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, Pág. 8, Reg. Digital: 2008148.

Tesis [A.]: P./J. 64/2014 (10a.), de rubro JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. EL ARTÍCULO 217 DE LA LEY DE AMPARO

QUE ESTABLECE SU OBLIGATORIEDAD, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. EL ARTÍCULO 217 DE LA LEY DE AMPARO QUE ESTABLECE SU OBLIGATORIEDAD, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, Pág. 1072, Reg. Digital: 2009411.

La anulación de sentencias y el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente. Dos propuestas de reforma del derecho mexicano para garantizar el respeto del precedente

Carlos Bernal Pulido*

* Macquarie Law School

1. Introducción

Por medio de este escrito se busca fundamentar dos propuestas de reforma del derecho mexicano para garantizar el respeto del precedente horizontal y vertical. La primera se refiere a atribuir al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la competencia para anular sentencias dictadas por las Salas, cuando estas se aparten de la jurisprudencia sentada por el Pleno. La segunda consiste en adoptar la doctrina del defecto sustantivo por desconocimiento de la jurisprudencia del pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que, de acuerdo con el artículo 107, fracción V, último párrafo y fracción VIII, penúltimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, así como con el artículo 40 de la Ley de Amparo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza su competencia de atracción para conocer de un amparo directo y hacer valer el precedente vertical.

La anulación de sentencias y el defecto sustantivo por violación del precedente son dos garantías que la Corte Constitucional en Colombia ha desarrollado e implementado con éxito manifiesto. Mediante este escrito se propone y se fundamenta su migración al derecho mexicano –con los ajustes necesarios–.

Para lograr este cometido, junto a esta introducción, este texto está compuesto por cuatro secciones. Para comenzar, es preciso definir con brevedad qué debe entenderse por precedente, cuáles son sus dimensiones horizontal y vertical, cuáles son las razones que justifican que el precedente sea vinculante en estas dos dimensiones y cómo estos elementos de la teoría del precedente se han institucionalizado en el derecho mexicano (2). Tras ello se explicarán las figuras de la anulación de

sentencias (3) y del defecto sustantivo (4) por violación del precedente. En la última sección se expondrá el concepto de migración y sus alcances, y se sugerirá de qué manera puede reformarse el derecho mexicano para permitir la migración de estas figuras (5).

2. El precedente

2.1. Disposiciones, normas y posiciones

Las constituciones escritas, las leyes y los actos administrativos están compuestos por un conjunto de disposiciones a los que se adscriben posiciones y normas mediante la interpretación.[1] Las disposiciones son enunciados que, por resultar de compromisos políticos[2] y aludir a conceptos abstractos y valorativos, suelen ser indeterminados. La indeterminación consiste en la falta de certeza acerca de qué normas y posiciones deben adscribirse a cada disposición. Entre otras razones, tal incertidumbre puede deberse a la ambigüedad, la vaguedad o la apertura evaluativa de sus términos,[3] a dudas acerca de las relaciones entre ellos,[4] o a que los designios que las disposiciones expresan puedan cumplirse de varias formas alternativas.[5]

En el ejercicio de sus funciones, los intérpretes jurídicos resuelven la indeterminación y deciden qué normas y posiciones deben adscribirse a cada disposición. En este contexto, las normas son el significado de las disposiciones. Cada norma es una

---

1 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 214. *Cfr.* Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, en esp. capítulo primero.

2 Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 87.

3 Aquí se entenderá la ambigüedad como la posibilidad de atribuir varios significados a un término (*cfr.* Michael Thaler, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, Springer, Viena y Nueva York, 1982, p. 9 s.) y la vaguedad como la incertidumbre sobre si la disposición debe aplicarse para cierto caso (*cfr.* Claudio Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 70 y ss). La apertura evaluativa es una propiedad de términos como bueno, malo, adecuado, justo o acostumbrado, cuya interpretación implica un juicio de valor (*cfr.* Robert Alexy, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", en Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, p. 24 y ss).

4 *Cfr.* Sobre este tipo de indeterminación –sintáctica: Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994, p. 119 y ss.

5 *Cfr.* Sobre este tipo de indeterminación (estructural): Robert Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, vol. 3, 2009, p. 1 y ss.

proposición prescriptiva que expresa que algo está ordenado, prohibido o permitido por una disposición o que esta atribuye una competencia a alguien.[6] Por su parte, algunas normas jurídicas fundamentan posiciones de esta naturaleza. Las posiciones son relaciones jurídicas entre individuos o instituciones, en las que alguien tiene un derecho, una libertad o una competencia, que implica que otro deba llevar a cabo un comportamiento o abstenerse de ello, o que a ciertos actos deba atribuirse un efecto jurídico.[7]

Entre las normas y las posiciones jurídicas existe un vínculo de implicación necesaria. Si existe una posición, entonces debe tener validez una norma jurídica que la instituya.[8] Debido a este vínculo y a la función prescriptiva del derecho –la principal función del derecho consiste regular el comportamiento–, las normas jurídicas ocupan el lugar central en la constelación de disposiciones, normas y posiciones y en la interpretación y aplicación de las fuentes escritas del derecho a los casos concretos.

2.2. El precedente (auto-precedente, horizontal y vertical) y las normas adscritas

En este contexto, los Jueces interpretan las disposiciones jurídicas sobre todo con dos finalidades: para decidir qué normas deben ser adscritas a cada disposición y qué casos deben subsumirse bajo el supuesto de hecho de cada norma adscrita. Las normas adscritas son proposiciones prescriptivas cuya validez depende de que pueda fundamentarse su inclusión dentro del ámbito semántico de una disposición jurídica.[9]

---

6 Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 40.

7 Lars Lindahl, *Postion and Change. A Study in Law and Logic*, Reidel, Dordrecht, 1977, p. 84 y ss.; y Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.,* p. 242 y ss.

8 Sobre este vínculo en materia de derechos fundamentales, véase Robert Alexy, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático", *Derechos y libertades,* vol. 8, 2000, p. 12 y ss.

9 Sobre este concepto de norma adscrita véase Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit*., capítulo primero. Con antelación, Robert Alexy había hablado de las normas adscritas en: *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit*., p. 242.

La decisión judicial acerca de qué normas deben ser adscritas a cada disposición jurídica y qué casos deben subsumirse bajo el supuesto de hecho de que cada norma adscrita es lo que aquí llamaré precedente. En este sentido, la *ratio decidendi* debe comprenderse como la norma adscrita,[10] o la proposición que expresa que un caso debe subsumirse bajo el supuesto de hecho de una norma adscrita. De forma consecuente, entenderé que, según la doctrina del precedente, estas decisiones judiciales deben ser tratadas como razones autoritativas para decisiones subsecuentes en casos idénticos y análogos.[11] Según la doctrina del auto-precedente, así debe tratar un Juez sus propios precedentes.[12] De acuerdo con la doctrina del precedente horizontal, esto deben hacer los Jueces con los precedentes sentados por Jueces del mismo nivel, y conforme a la doctrina del precedente vertical, los Jueces de niveles inferiores deben otorgar dicha consideración a los precedentes del Juez del Tribunal Supremo.[13]

En este escenario, debe entenderse lo siguiente por razones autoritativas. Si en un caso anterior un Juez ha adscrito una norma *'n'* a una disposición *'d'* o ha subsumido un caso *'c'* bajo el supuesto de hecho de la norma *'n'*, el Juez posterior debe considerar que *'n'* es una norma adscrita a *'d',* y *'c'* debe subsumirse bajo el supuesto de hecho de *'n'*, a menos que se cumplan las exigencias argumentativas para el cambio de precedente o sustitución de jurisprudencia. Estas exigencias imponen al Juez posterior la carga de fundamentar por qué *'n'* ya no debe adscribirse a *'d'* o por qué *'c'* ya no debe subsumirse bajo el supuesto de hecho de *'n'*. Como Iturralde ha resaltado, los deberes que emanan de la fuerza vinculante del precedente pueden concebirse de forma más fuerte o débil; y de hecho, esta variedad existe a lo largo y ancho de los ordenamientos jurídicos de derecho continental europeo y de derecho anglosajón.[14]

---

[10] Sobre la *ratio decidendi* como una norma *(rule),* véase William Twinning y David Miers, *How to Do Things with Rules*, Weindelfeld-Nicolson, Londres, 1991, pp. 311-312. Asimismo: Pierluigi Chiassoni, "Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto", *Analisi e diritto*, 2004, pp. 75-101.

[11] Sobre el deber de tratar los precedentes judiciales como razones autoritativas: véase John Bell, "Sources of Law", en: Peter Birks (ed.), *English Private Law* I, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1- 29.

[12] Sobre el auto-precedente, véase el comentario de Juan Antonio García Amado, "El Precedente Judicial como argumento y como norma", en el blog: *Dura lex. Politica, Derecho, Sociedad. Y algo de otras cosas*, julio 8 de 2011. Disponible en: http://garciamado.blogspot.com.au/2011/07/el-precedente-judicial-como-argumento-y.html (1.12.2016).

[13] *Cfr.* Sobre estas dimensiones del precedente: Albert Kocourek y Harold Koven, "The Common Law: Judge Impartiality and Judge Made law", *The Law Quarterly Law Review,* vol. 8, núm. 29, 1935, p. 985. En castellano: Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid, 2001, pp. 38-41.

[14] *Cfr.* Victoria Iturralde, "Precedente Judicial", *Eunomi*a, núm. 4, 2013, pp. 194-201. Según Iturralde, el precedente puede desplegar diversos tipos de fuerza vinculante: "a) vinculatoriedad fuerte (o absoluta) y sin excepciones (prece-

2.3. La justificación normativa de la doctrina del precedente

Existen razones normativas plausibles que justifican estos deberes asociados con la doctrina del precedente constitucional. Entre ellas se encuentran la búsqueda de coherencia, igualdad, estabilidad en el sistema jurídico y de predictibilidad de las decisiones judiciales.[15]

En cuanto a la búsqueda de la coherencia, si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar.

En lo que concierne a la igualdad, el derecho debe tratar del mismo modo, con las mismas soluciones, a los sujetos implicados en casos idénticos o análogos, anteriores, presentes y futuros.[16] Ésta es, asimismo, una exigencia del principio de universalidad.

---

dente absolutamente obligatorio); b) vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio); c) vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el Juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio); d) vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el Juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo); e) no vinculatoriedad, si el Juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente)". En un sentido similar, Cesar Landa distingue entre tres grados de vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano: "(i) como tener que *(müssen)* acatar las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes, (ii) como deber *(sollen)* de cumplir con los precedentes vinculantes y (iii) como poder/deber *(können)* de seguir la doctrina jurisprudencial". Según Landa, "los dos primeros tipos de sentencia se integran a las fuentes del Derecho, como fuente-normativa que está caracterizada por gozar de fuerza de ley activa —al expulsar una norma legal, llenar un vacío normativo u otorgar un sentido interpretativo— o fuerza de ley pasiva al resistir su modificación por otra sentencia que no provenga del propio supremo intérprete de la Constitución. Pero, por otro lado, el tercer tipo de sentencia se integra como fuente-argumentativa caracterizada también por gozar de fuerza activa y pasiva, pero a nivel hermenéutico o interpretativo, es decir cediendo un margen de apreciación al Juez acerca de su carácter vinculante." (César Landa. "Los precedentes constitucionales: el caso del Perú", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 14, 2010, p. 203).

[15] Sobre estos argumentos, véase Robert Alexy y Ralf Dreier, "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany", en Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Brookfield, Hong Kong, Aldershot, Singapore-Sydney, 1993, p. 82 y ss.; Neil MacCormick y Robert S. Summers, "Interpretation and Justification", *ibidem*, p. 518 y ss.; Theodore M. Benditt, "The Rule of Precedent", en Lawrence Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Oxford Carendon Press, Oxford, 1987, p. 89 ss.; y Leonor Moral Soriano, "A progressive Foundation of Precedents", *Archiv für Rechts-und Sozial Philosopie* vol. 86, núm. 3, 2000, pp. 327-350.

[16] *Cfr.* Alfonso Ruiz Miguel, "Equality before the Law and Precedent", *Ratio Juris,* vol. 10, núm. 4, 1997, pp. 387-390.

Por su parte, la estabilidad de un sistema jurídico, condición *sine qua non* para crear certeza en las expectativas sociales, exige la uniformidad en la fundamentación, concreción y aplicación de las normas constitucionales adscritas. La estabilidad es a su vez un presupuesto de la seguridad jurídica y del respeto de la confianza legítima.[17]

Por último, en lo que se refiere a la búsqueda de la predictibilidad de las decisiones judiciales mediante la reducción de la discrecionalidad, cuanto mayor sea la vinculación efectiva del Juez al precedente, tanto menor será su discrecionalidad y mayor la predictibilidad de sus decisiones.[18]

2.4. La institucionalización de la doctrina del precedente en el derecho mexicano y el problema de su garantía

El derecho mexicano ha institucionalizado la doctrina del precedente por la vía legislativa. Según el artículo 94 [10] de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tras la reforma del 6 de junio de 2011:

> La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

El legislador mexicano ha ejercido esta competencia constitucional para regular el precedente judicial, sobre todo al expedir la Ley de Amparo, de 2 de abril de 2013, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución. Fiel a la prosapia de derecho continental del derecho mexicano, esta ley utiliza la expresión "jurisprudencia". Sin embargo, a ella atribuye fuerza vinculante, de una forma parangonable a la que tiene la doctrina del precedente en el *common law.*[19]

---

[17] Sobre el concepto del principio de confianza legítima: véase María José Viana Cleves, *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

[18] *Cfr.* Carlos Bernal Pulido, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano", en Massimo Cavino (ed.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo,* Giuffrè, Milán, 2009.

[19] Para un análisis de los conceptos de jurisprudencia y precedente y sobre la necesaria adaptación de la doctrina del precedente para su recepción en derecho continental: véase Rodrigo Camarena González, "From Jurisprudence Constante to *Stare Decisis*: The Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism", *Transnational Legal Theory,* vol. 7, núm. 2, 2016, pp. 257-286.

Así, según el artículo 215 de la Ley de Amparo, la "jurisprudencia se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución". Como el artículo 216 aclara, mientras la "jurisprudencia por reiteración se establece por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, o por los tribunales colegiados de circuito", la "jurisprudencia por contradicción se establece por el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por los Plenos de Circuito".

El artículo 217 es capital para el diseño de la implementación de la doctrina del precedente judicial. Este artículo instituye el precedente horizontal y vertical, al señalar que la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es obligatoria para las Salas, la que establece el Pleno o las Salas para los "Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales", y la de los "Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente". Asimismo, de acuerdo con este artículo, la jurisprudencia de "los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito".

La Ley de Amparo instituye el precedente horizontal al crear el deber de las Salas de obedecer la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, esta ley no obliga expresamente ni al Pleno ni a las Salas de la Corte a seguir sus propios precedentes. No instituye el auto-precedente. Lo único que la Ley de Amparo prescribe es que, en los casos en que, según el artículo 230 (III), las Salas pretendan la sustitución de jurisprudencia, dicha sustitución sólo puede aprobarse si así lo aprueba una "mayoría de cuando menos ocho votos en Pleno".[20]

[20] El texto de esta disposición es el siguiente: "Artículo 230. La jurisprudencia que por reiteración o contradicción establezcan el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Plenos de Circuito, podrá ser sustituida conforme a las siguientes reglas: […] III. Cualquiera de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la

En cambio, se necesita una mayoría de "cuatro en sala" para sustituir la jurisprudencia de una Sala cuando así haya sido solicitado por Jueces inferiores, en los casos del artículo 230 (II) de la Ley de Amparo.[21]

Como la sustitución de jurisprudencia implica la sustitución de una tesis, debe reputarse en estos casos el Pleno o las Salas tienen la carga argumentativa de justificar la sustitución y de observar las demás exigencias para la creación de tesis, que establece el artículo 218 de la Ley de Amparo.[22] Sin embargo, más allá de estos supuestos de sustitución de jurisprudencia, la Ley de Amparo no impone ni al Pleno ni a las Salas el deber de justificar el cambio de jurisprudencia, cuando lo lleven a cabo *motu proprio*.

Con todo, este régimen reconoce en un grado mayor la fuerza vinculante del precedente horizontal que en otras jurisdicciones de derecho continental. En Costa

---

Nación, previa petición de alguno de los Ministros que las integran, y sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviaría la sala correspondiente al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá ser aprobada por la mayoría de sus integrantes. Para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustituya la jurisprudencia en términos de las fracciones II y III del presente artículo, se requerirá mayoría de cuando menos ocho votos en pleno y cuatro en sala […]."

[21] El texto de esta disposición es el siguiente: "Artículo 230. La jurisprudencia que por reiteración o contradicción establezcan el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Plenos de Circuito, podrá ser sustituida conforme a las siguientes reglas: […] II. Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los Magistrados de los tribunales colegiados de su circuito y con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviarían los Plenos de Circuito al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes. […] Para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustituya la jurisprudencia en términos de las fracciones II y III del presente artículo, se requerirá mayoría de cuando menos ocho votos en pleno y cuatro en sala […]."

[22] El texto de esta disposición es el siguiente: "Artículo 218. Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito o los tribunales colegiados de circuito establezcan un criterio relevante, se elaborará la tesis respectiva, la cual deberá contener: I. El título que identifique el tema que se trata; II. El subtítulo que señale sintéticamente el criterio que se sustenta; III. Las consideraciones interpretativas mediante las cuales el órgano jurisdiccional haya establecido el criterio; IV. Cuando el criterio se refiera a la interpretación de una norma, la identificación de ésta; y V. Los datos de identificación del asunto, el número de tesis, el órgano jurisdiccional que la dictó y las votaciones emitidas al aprobar el asunto y, en su caso, en relación con el criterio sustentado en la tesis. Además de los elementos señalados en las fracciones I, II, III y IV de este artículo, la jurisprudencia emitida por contradicción o sustitución deberá contener, según sea el caso, los datos de identificación de las tesis que contiendan en la contradicción o de la tesis que resulte sustituida, el órgano que las emitió, así como la votación emitida durante las sesiones en que tales contradicciones o sustituciones se resuelvan."

Rica, por ejemplo, la ley que rige la jurisdicción constitucional dispone la vinculación de todos los individuos y poderes públicos a la jurisprudencia y a los precedentes de esa jurisdicción. Sin embargo, excluye de tal sujeción a la propia jurisdicción constitucional. De acuerdo con el artículo 13 de dicha ley: "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma." La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la salvedad incluida en esta norma es razonable, porque la función de dicha sala es aplicar la constitución y no la jurisprudencia.[23]

Ahora bien, en México, en materia constitucional, el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expedida el 11 de mayo de 1995, y tal como aparece tras la última reforma del 27 de enero 2015, instituye la fuerza vinculante de precedente de los criterios aprobados por una mayoría calificada del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las sentencias que decidan acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales. El precedente constitucional sentado por el Pleno de esta manera es vinculante para las Salas y los demás Jueces inferiores y el que ha sido sentado por las Salas lo es para todos los Jueces inferiores.

En todo caso, en la regulación de la Ley de Amparo y en la Ley Reglamentaria del Artículo 105 queda claro que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la instancia superior –más no exclusiva– de creación de precedentes. Sin embargo, en lo que concierne a esta Corte, dos preguntas que deja abiertas este artículo es ¿cómo se garantiza el acatamiento de la jurisprudencia del Pleno por parte de las Salas, y de la del Pleno y de las Salas por parte de los Jueces inferiores? Sin una garantía, la doctrina del precedente es sólo una quimera.

Desde luego, la posibilidad de expedir jurisprudencia por contradicción es de cierta forma una garantía de la doctrina del precedente. Esta posibilidad está definida por el artículo 225 de la Ley de Amparo, según el cual: "La jurisprudencia por contradicción se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las

[23] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 5798 de las 16:21 horas del 11 de agosto de 1998. Acción de inconstitucionalidad, promovida por Saret de Costa Rica S.A.

Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre los Plenos de Circuito o entre los Tribunales Colegiados de Circuito, en los asuntos de su competencia". Por su parte, en lo que aquí concierne, el artículo 226 (I) atribuye al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la competencia para resolver contradicciones entre tesis sostenidas por sus Salas; el artículo 226 (II) atribuye al Pleno o a las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según la materia, la competencia para resolver contradicciones entre tesis sostenidas por "los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, entre los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito, o sus tribunales de diversa especialidad, así como entre los tribunales colegiados de diferente circuito".

Sin embargo, esta es una garantía débil de la doctrina del precedente judicial. No comprende la hipótesis en que las Salas deciden en contra de tesis sentadas por el Pleno sin justificar en forma debida la posibilidad de plantear un cambio de tesis o una distinción entre casos, ni el supuesto en que los Jueces de inferior jerarquía desconocen de esta misma manera injustificada tesis sentadas por el Pleno o por las Salas, ni la hipótesis de desconocimiento abierto e injustificado de jurisprudencia por reiteración sentada en los dos supuestos anteriores.

3. La anulación de sentencias como garantía del precedente horizontal

La Corte Constitucional ha configurado en su jurisprudencia dos estrategias para suplir estas deficiencias presentes en el derecho mexicano y en otros ordenamientos jurídicos de la región y garantizar el respeto horizontal y vertical de sus propios precedentes.

La primera de estas estrategias consiste en la competencia del Pleno de la Corte Constitucional para anular sentencias de las Salas, que hayan sido proferidas en procesos de protección de derechos fundamentales mediante la acción de tutela, y que se aparten de los precedentes sentados por el Pleno.

El artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, que regula el funcionamiento de la Corte Constitucional, señala que contra "las sentencias de la Corte Constitucional no proce-

de recurso alguno". Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional,[24] la declaratoria de nulidad de una sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional procede en "situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales",[25] en las que se haya presentado una "notoria y flagrante vulneración del debido proceso",[26] que además sea "probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos".[27]

La jurisprudencia enuncia algunos supuestos en que puede tener lugar una vulneración del debido proceso de esta índole.[28] Tales supuestos incluyen los casos en que una Sala de Revisión desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional;[29] "cuando una decisión de la Corte es aprobada por una mayoría no calificada según los criterios que exige la ley";[30] "cuando existe incongruencia entre la parte motiva de una sentencia y la parte resolutiva de la misma, que hace anfibológica o ininteligible la decisión adoptada";[31] cuando "la sentencia se contradice abiertamente";[32] "cuando la decisión carece por completo de fundamentación";[33] "cuando la parte resolutiva de una sentencia de tutela da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso";[34] cuando la sentencia proferida por una Sala de Revisión "desconoce la cosa juzgada constitucional, pues ello significa la extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones";[35] y cuando, de manera arbitraria, en la sentencia no

---

24 Entre otras decisiones, véase Corte Constitucional, Auto 031A de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Auto 063 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Auto 131 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; Auto 008 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Auto 042 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto; y Auto 003 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

25 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 031A de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

26 *Ibidem.*

27 *Idem.*

28 Un recuento jurisprudencial reciente se puede encontrar en Corte Constitucional, Auto 113 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

29 El fundamento de esta causal es el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, según el cual todo cambio de jurisprudencia debe ser decidido por la Sala Plena: "La Corte Constitucional designará los tres Magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente".

30 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 062 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

31 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 091 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

32 *Ibidem*

33 *Idem.*

34 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 022 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

35 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 082 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

se "analizan asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos transcendentales para el sentido de la decisión".[36]

El artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, que regula la acción de tutela, es el fundamento de la causal de desconocimiento de la jurisprudencia constitucional en vigor. Este artículo alude a que sólo la Sala Plena tiene competencia para cambiar la jurisprudencia constitucional. En este sentido, existe una asimetría con el derecho mexicano en el que también las salas pueden cambiar la jurisprudencia constitucional en los asuntos de su competencia. Con todo, es común a las dos jurisdicciones que las Salas deban obedecer la jurisprudencia creada por el Pleno.

En Colombia la Corte Constitucional ha dado un alcance más amplio a esta disposición del decreto que regula la acción de tutela y la ha utilizado para anular sentencias de las salas de revisión, cuando estas desconocen precedentes constitucionales que constituyen jurisprudencia en vigor, es decir, cuando incluso de manera soterrada se apartan de ellos. La Corte ha anulado sentencias por este motivo en los autos 008 de 1993,[37] 080 de 2000,[38] 084 de 2000,[39] 100 de 2006,[40] 050 de 2012,[41] 144 de 2012[42] y 155 de 2014.[43] El Auto 008 de 1993[44] anuló la Sentencia T-120 de 1993, proferida por la Sala Séptima de Revisión, por haber desconocido la jurisprudencia establecida por el Pleno de la Corte Constitucional en la Sentencia C-592 de 1992. El Auto 080 de 2000[45] anuló la Sentencia T-441 de 2000, proferida por la Sala Primera de Revisión, por el hecho de cambiar el precedente establecido en la línea jurisprudencial de las sentencias C-037 de 2000, C-069 de 1995, SU-640 de 1998 y C-011 de 1994. El Auto 084 de 2000[46] anuló la Sentencia T-963 de 2000, proferida por la Sala Séptima de

36 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 031A de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
37 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 008 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía.
38 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 080 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
39 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 084 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.
40 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 100 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
41 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 050 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
42 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 144 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
43 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 155 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
44 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 008 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía.
45 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 080 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
46 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 084 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

Revisión, por haber desconocido la Sentencia SU-961 de 1997. El Auto 100 de 2006[47] anuló la Sentencia T-481 de 2005, proferida por la Sala Primera de Revisión, por haber desconocido la jurisprudencia en vigor sobre las exigencias para que proceda la acción de tutela contra decisiones judiciales, que se hallaba establecida en varias sentencias de unificación,[48] así como en la Sentencia de constitucionalidad C-543 de 1992. La Sala Plena entendió que la Sala de Revisión no había explicado de forma suficiente y adecuada las razones de que se valió para considerar como una vía de hecho algunas interpretaciones razonables llevadas a cabo por el Consejo de Estado y de un Tribunal de Arbitramento. La anulación fue concedida porque "no se justificó, tan solo se afirmó, la gravedad de los supuestos defectos en los que incurrieron los demandados en sus providencias".[49] En el Auto 050 de 2012,[50] la Sala Plena de la Corte declaró la nulidad de la Sentencia T-236 de 2009 porque modificó la jurisprudencia de la Sala Plena contenida en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 y C-030 de 2009, respecto de los requisitos exigidos para ser beneficiario del régimen de transición en materia pensional. En el Auto 144 de 2012,[51] la Sala Plena anuló la Sentencia T-022 de 2010, proferida por la Sala Séptima de Revisión, por considerar que existió un desconocimiento del precedente constitucional establecido en la Sentencia C-590 de 2005 sobre las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Por último, en el Auto 155 de 2014,[52] la Sala Plena anuló la Sentencia T-1082 de 2012, proferida por la Sala Séptima de Revisión, por vulnerar el precedente contenido en las sentencias T-1341 de 2001, T-387 de 2009 y C-620 de 2012.

En contraste, mediante el Auto 061 de 1999,[53] la Corte Constitucional anuló una Sentencia de la Sala Plena, a saber, la Sentencia C-518 de 1999. La razón de la nulidad estribó en que el pleno de la Corte Constitucional anunciaba un cambio de jurisprudencia respecto de los códigos y las compilaciones, cuando en realidad la sentencia

---

47 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 100 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

48 En especial, las siguientes: SU-014 de 2001, SU-061 de 2001, SU-062 de 2001, SU-622 de 2001, SU-858 de 2001, SU-913 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-1185 de 2001, SU-1219 de 2001, SU-1299 de 2001, SU-1300 de 2001, SU-132 de 2002, SU-159 de 2002, SU-837 de 2002, SU-058 de 2003, SU-120 de 2003, SU-1159 de 2003 y SU-881 de 2005.

49 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 100 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

50 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 050 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

51 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 144 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

52 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 155 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

53 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 061 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

–suscrita con cuatro aclaraciones y un salvamento de voto– no había sido proferida por la mayoría necesaria para modificar la jurisprudencia sobre esa materia.

A pesar del uso casi exclusivo de la causal de desconocimiento del precedente para anular sentencia de las Salas de revisión, la propia Corte Constitucional ha aceptado estudiar peticiones de nulidad por desconocimiento del precedente constitucional en contra de sentencias de revisión proferidas por la Sala Plena.[54] Esta aceptación no sólo es constitucionalmente razonable sino conveniente. Se trata de la garantía del auto-precedente constitucional.

La Sala Plena de la Corte Constitucional también puede incurrir en el error de desconocer el precedente constitucional. Ello tendrá lugar si la Sala Plena simplemente soslaya la jurisprudencia en vigor o si la cambia sin cumplir con las exigencias propias. Tales exigencias aparecen expuestas, por ejemplo, en la Sentencia C-836 de 2001, según la cual, si un Juez –incluida la Sala Plena de la Corte Constitucional– quiere apartarse del precedente judicial, "está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión".[55] Esta decisión no es viable en cualquier caso sino únicamente en los siguientes supuestos, que constituyen la jurisprudencia constitucional en vigor sobre la inaplicación del precedente anterior y del cambio de precedente.

Un precedente se puede inaplicar si, a pesar de que existan similitudes entre el caso que debe resolverse y uno resuelto anteriormente por una alta Corte, existen "diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos".[56] El Juez puede inaplicar la jurisprudencia en vigor a un determinado caso, cuando considere que las diferencias relevantes que median entre este caso posterior y un caso precedente o un conjunto de casos precedentes, exigen otorgar al actual una solución diferente.[57] La Corte Constitucional ha aclarado que la similitud o diferencia

---

54 Un ejemplo reciente se encuentra en el Auto 457 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

55 Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

56 *Ibidem*.

57 Un ejemplo de inaplicación del precedente de esta índole se encuentra en la Sentencia T-960 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), en la cual, la Corte Constitucional se aparta del precedente judicial invocado por el demandante y contenido en la Sentencia SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

decisiva debe referirse a la *ratio decidendi* de los casos anteriores. El tratamiento debe ser igual, si la *ratio decidendi* de los casos anteriores puede aplicarse al caso actual, porque este puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de aquella. Si esta subsunción no es posible, el Juez podrá apartarse de la *ratio decidendi* de los casos anteriores, introducir una excepción a ella o fundamentar una nueva *ratio decidendi* para el caso actual.

Por su parte, el Juez puede cambiar el precedente cuando la jurisprudencia que ha sido "adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior".[58] De acuerdo con la Corte Constitucional, en este supuesto el Juez posterior debe considerar que la jurisprudencia en vigor es "errónea". El error se presenta porque los efectos fácticos que la *ratio decidendi* generó al regular la situación relevante en un momento histórico, ya no se producirían en un momento posterior. En otras palabras, un cambio de circunstancias hace que la aplicación de la *ratio decidendi* al supuesto de hecho para el que fue creada ya no dé lugar a los efectos originales previstos sino a otros distintos con connotaciones desfavorables para la defensa y aplicación de la Constitución. En este supuesto, el Juez que cambia la jurisprudencia tiene la carga argumentativa de demostrar que la *ratio decidendi* anterior ahora produce efectos adversos que es preciso evitar.

El Juez también puede cambiar la jurisprudencia cuando considere que ella es "errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico".[59] Esta posibilidad pretende evitar "prolongar en el tiempo las injusticias del pasado".[60] Con todo, aquí también el cambio de jurisprudencia exige que el Juez demuestre el error, que en este supuesto consiste en la incoherencia con el ordenamiento jurídico actual.

---

58 Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

59 Un ejemplo de este tipo de cambio de precedente se encuentra en la Sentencia T-012 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual la Corte Constitucional decidió apartarse del precedente contenido en la Sentencia C-543 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Asimismo, la Sentencia C-228 de 2002 (MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett) que se apartó de los precedentes establecidos en las Sentencias C-293 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-475 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-717 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-163 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz) y C-1711 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), entre otras.

60 Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Por último, el Juez también puede modificar la jurisprudencia en vigor "por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante".[61] Es apenas obvio que si varía una disposición constitucional deben variar las *ratione decidendi* que a ella pueden adscribirse. En este supuesto, la carga argumentativa del Juez posterior consiste en demostrar que la *ratio decidendi* que se adscribía a la disposición existente antes del tránsito constitucional o legal, ya no puede adscribirse a la nueva disposición. De este modo, estará justificado que el Juez posterior fundamente una nueva *ratio decidendi* compatible con la nueva disposición constitucional o legal.[62]

La Sala Plena de la Corte Constitucional puede cambiar la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, para tal fin debe demostrar que se encuentra en uno de los tres supuestos anteriores y argumentar la plausibilidad del cambio de precedente. Si en una sentencia de revisión de tutela la Sala Plena de la Corte Constitucional no despliega esta carga argumentativa y simplemente soslaya o desconoce la jurisprudencia constitucional en vigor, entonces su sentencia estará viciada por la causal de nulidad consistente en el desconocimiento de la jurisprudencia en vigor.

Dentro de este marco conceptual, la jurisprudencia constitucional ha configurado la doctrina de la anulación de sentencias de las salas de la Corte Constitucional por desconocimiento de la jurisprudencia en vigor. Según dicha jurisprudencia, para que la Sala Plena anule una sentencia por desconocimiento de la jurisprudencia en vigor, es indispensable que se reúnan los siguientes presupuestos materiales:

> (1) Que la sentencia objeto de la solicitud de nulidad en forma expresa acoja una interpretación normativa contraria a una línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional, definida de manera reiterada y uniforme en varias sentencias y que esta no haya sido modificada por la Sala Plena;
> (2) que entre unas decisiones y otras exista identidad de presupuestos fácticos; y

---

61 *Ibidem.*

62 En otras jurisdicciones también se han previsto condiciones especiales para el cambio del precedente constitucional. En Perú el Tribunal Constitucional tiene competencia exclusiva para modificar o alterar su precedente pero mediante una motivación que deje a salvo la seguridad jurídica y la predictibilidad. Algunos ejemplos de cambio de precedente se encuentran en las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú: STC Exp. No. 3361-2004-AA/TC) y la Dirección General de Pesquería de La Libertad y STC Exp. No. 4853-2004-AA/TC.

> (3) que la diferencia en la aplicación del ordenamiento jurídico implique que la resolución adoptada en la sentencia atacada sea diferente a la que se venía adoptando. Es decir, que las diferencias en la argumentación no sean accidentales e intrascendentes, sino que, por el contrario, se refieran a la *ratio decidendi.*[63]

En el sentido de esta formulación, la Corte Constitucional colombiana concibe la *ratio decidendi* en un sentido no muy distante del expuesto en la primera parte, como: "la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutiva".[64]

Asimismo, la Sala Plena de la Corte Constitucional ha enfatizado que la causal de desconocimiento del precedente constitucional debe implicar el soslayo de la jurisprudencia en vigor. En Colombia no existe una previsión como la del artículo 222 de la Ley de Amparo mexicana, según el cual: "La jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos". En términos menos determinados, en el Auto 344 de 2010 la Corte Constitucional colombiana definió el concepto de jurisprudencia en vigor como el "precedente constitucional fijado reiteradamente por la Corte, que en diversas decisiones trata problemas jurídicos análogos con presupuestos fácticos idénticos, frente a los cuales adopta de manera uniforme la misma regla de decisión".[65] En un sentido similar, de acuerdo con el Auto 397 de 2014, con el concepto de jurisprudencia en vigor se hace alusión a "una línea jurisprudencial sostenida, uniforme y pacífica sobre un determinado tema".[66] En otros Autos la Corte Constitucional ha entendido que este concepto se configura cuando "las decisiones anteriores han dejado tras de sí un sustrato de interpretación judicial que permite inferir criterios mínimos de alguna manera reiterados por la

---

63 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 053 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

64 *Cfr.* Corte Constitucional, SU-047 de 1999, MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Esta definición se ha reiterado hasta la actualidad. *Cfr.* Corte Constitucional, T-489 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

65 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 344 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

66 *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 037 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte en cuanto al alcance de las normas constitucionales aplicables en lo relativo a la solución de controversias planteadas en los mismos términos".[67]

4. La doctrina del defecto sustantivo como garantía del precedente vertical

La segunda estrategia creada por la Corte Constitucional colombiana para garantizar el respeto del precedente es la doctrina del defecto sustantivo. El propósito que esta doctrina pretende alcanzar es reforzar el acatamiento del precedente vertical.

La regulación constitucional, legal y jurisprudencial de la acción de tutela representa el marco de la doctrina del defecto sustantivo. El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991 creó la acción de tutela como un mecanismo expedito y subsidiario para la protección de los derechos fundamentales. La subsidiariedad consiste en que esta acción no procede cuando existe otro mecanismo judicial efectivo para la protección del derecho vulnerado. En virtud de la subsidiariedad y del principio de cosa juzgada, la acción de tutela no procede en principio contra providencias judiciales. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que los Jueces también pueden vulnerar derechos fundamentales en sus actuaciones y ha desarrollado una jurisprudencia en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Para salvaguardar el carácter excepcional de la tutela contra providencias judiciales, la Corte ha sostenido que este tipo de acción de tutela sólo es procedente cuando se verifican de manera estricta ciertos requisitos formales de procedibilidad y por lo menos una causa sustancial de procedencia. Los requisitos formales de procedencia de la acción son los siguientes:

(i) Que el asunto sometido a estudio del Juez de tutela tenga relevancia constitucional.

---

[67] *Cfr.* Corte Constitucional, Auto 013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Auto 131 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y Auto 144 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

(ii) Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al Juez de tutela.

(iii) Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

(iv) En caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales.

(v) Que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible. [y]

(vi) Que el fallo impugnado no sea de tutela.[68]

Por su parte, las causales de procedencia material de la acción de tutela se refieren a vulneraciones de los derechos fundamentales en las providencias judiciales, que la Corte Constitucional ha denominado 'defectos'. Ellos son:

(i) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

(ii) Sustantivo, cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales, se inobservan o inaplican normas pertinentes, o en los fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

(iii) Procedimental que, de manera general, se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido.

[68] *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

(iv) Fáctico, que surge por la carencia de razonabilidad en la producción, validez o apreciación del material probatorio.

(v) Error inducido, también conocido como vía de hecho por consecuencia, hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable y ajustada a derecho por parte del funcionario judicial, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la Administración de Justicia o por ausencia de colaboración entre los órganos del poder público

(vi) Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. [y]

(viii) Violación directa a la Constitución, que acontece cuando el Juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la constitución, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.[69]

Aquí tiene relevancia el defecto sustantivo. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el defecto sustantivo es un error que se origina en una providencia judicial "en el proceso de interpretación y aplicación de las normas jurídicas al caso sometido al conocimiento del Juez".[70] En general, se presenta un defecto sustantivo cuando "la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraríe los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica".[71] Para que el defecto dé lugar a la procedencia de la acción de tutela, debe tratarse "de una irregularidad de gran trascendencia, que lleve a la emisión de un fallo que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos constitucionales".[72]

---

69 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
70 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
71 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia SU-515 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
72 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-210 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

En la sentencia SU-515 de 2013, la Sala Plena de la Corte Constitucional sintetizó los eventos en los cuales se configura el defecto sustantivo. Tales eventos son los siguientes:

> (i) La decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, ya que: (a) no es pertinente, (b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, (c) es inexistente, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución, (e) o a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, su aplicación no resulta adecuada a la situación fáctica objeto de estudio como, por ejemplo, cuando se le reconocen efectos distintos a los señalados por el legislador. (ii) La interpretación de la norma al caso concreto no se encuentra dentro de un margen razonable o el funcionario judicial hace una aplicación inaceptable de la disposición, al adaptarla de forma contraevidente –interpretación *contra legem*– o de manera injustificada para los intereses legítimos de una de las partes; también, cuando se aplica una regla de manera manifiestamente errada, sacando la decisión del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable. (iii) No se tienen en cuenta sentencias con efectos erga omnes.[73] (iv) La disposición aplicada se muestra injustificadamente regresiva o claramente contraria a la Constitución. (v) Cuando un poder concedido al Juez se utiliza para un fin no previsto en la disposición. (vi) La decisión se funda en una interpretación no sistemática del derecho, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso. (vii) El servidor judicial da insuficiente sustentación de una actuación. (viii) Se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación. (ix) Cuando el Juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso[74] (Énfasis fuera del texto).

La Corte Constitucional ha aclarado que para que se vulnere el derecho fundamental al debido proceso no basta con que se presente uno de estos supuestos, sino que, además, es necesario demostrar que la decisión habría sido necesariamente distinta. De lo contrario, no es procedente la acción de tutela por este defecto.

Esto en Colombia quiere decir que, si un Juez se aparta de forma injustificada del precedente y por ello la decisión que adopta adquiere un sentido distinto al que

---

[73] Nótese que, como ya se demostró en la sección anterior y se fundamenta también en esta, la Sentencia SU-556 de 2016 desconoció los efectos *erga omnes* de la Sentencia C-590 de 2005. En este sentido, dicha Sentencia también incurre en un defecto sustantivo.

[74] *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia SU-515 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio.

habría tenido si el Juez hubiera acatado el precedente, se configura una vulneración del derecho fundamental al debido proceso del afectado. El afectado puede utilizar la acción de tutela para atacar la decisión judicial correspondiente por defecto fáctico. La jurisdicción constitucional puede, de este modo, garantizar el respeto del precedente vertical.

Esta estrategia para garantizar el precedente vertical cumple funciones análogas a las de instituciones diversas existentes en otras jurisdicciones, como, por ejemplo, el recurso de agravio constitucional por violación del precedente constitucional existente en Perú,[75] la revocación de sentencias en apelación por inaplicación del precedente en Argentina –incluso del precedente horizontal: el superior jerárquico puede revocar una sentencia de un Juez o tribunal inferior que no sigue su propia jurisprudencia (la jurisprudencia del propio tribunal inferior)–.[76]

5. Una fundamentación de la propuesta de trasplante de la anulación de sentencias y de la doctrina del defecto sustantivo al derecho mexicano

Los conceptos jurídicos pueden tomarse prestados y trasplantarse de un sistema constitucional a otros. La pregunta relevante aquí es si está justificado trasplantar la anulación de sentencias y la doctrina del defecto sustantivo al derecho mexicano.

Una razón válida para trasplantar conceptos jurídicos proviene de su racionalidad intrínseca. En el caso de la anulación de sentencias y la doctrina del defecto sustantivo, esta racionalidad está vinculada al propósito de garantizar el acatamiento del precedente horizontal y vertical.

Con todo, esta justificación en abstracto no es suficiente para fundamentar el trasplante de estos conceptos. El derecho es, en parte, una expresión de la identidad

---

[75] Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. No. 4853-2004-AA/TC FJ 40.

[76] *Cfr.* Alberto F. Garay, "El Precedente judicial en la Corte Suprema", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* año 2, vol. 1,1997, pp. 51-108.

nacional.[77] Los conceptos que lo componen se encuentran arraigados en las actitudes y en el bagaje jurídico de los servidores públicos y los abogados de cada jurisdicción. Asimismo, los críticos más radicales consideran que los trasplantes jurídicos son antidemocráticos, porque favorecen intereses e ideologías extrajeras y no representan la voluntad popular.[78] Otros críticos, que defienden una postura menos radical y escéptica, consideran que los métodos y conceptos de otros sistemas jurídicos pueden tomarse prestados y adaptarse a ciertos contextos políticos, sociales, culturales y jurídicos.[79]

Quizás en el caso de la anulación de sentencias y de la doctrina del defecto sustantivo su migración está justificada porque, a pesar de que tanto la Constitución como la legislación institucionalizan la doctrina del precedente, horizontal y vertical, ellas no prevén garantías suficientes de su acatamiento. Tal vez la propuesta más coherente con el modelo regulatorio del precedente que se ha empleado en México, en el cual es el Legislador quien ha diseñado el funcionamiento de esta figura, sería que estas dos figuras se introdujesen en la Ley de Amparo y en la Ley que reglamenta el artículo 105 de la Constitución. Dichas leyes podrían atribuir al Pleno la competencia para anular sentencias de las Salas que no acaten la jurisprudencia o los precedentes constitucionales del Pleno. Asimismo, se podría especificar que el pleno y las las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrán ejercer la facultad de atracción –prevista en el artículo 40 de la Ley de Amparo– para conocer de un amparo directo, para efectos de corregir el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente en que incurra una decisión proferida por un Juez inferior. Incluso, podría pensarse que tanto el Pleno como las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya podrían comenzar a aplicar la doctrina del defecto sustantivo, incluso en ausencia de una reforma a la Ley de Amparo, si se entiende que la presencia de un efecto sustantivo en una decisión judicial es un asunto de "interés y trascendencia"

---

77 Sobre este argumento en materia constitucional, véase Vicki C. Jackson, "Being Proportional about Proportionality. The Ultimate Rule of Law", *Constitutional Commentary,* vol. 21, núm. 3*,* 2004, p. 857.

78 *Cfr.* Sujit Choudhry, "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law", en Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 1-36. Asimismo, Cheryl Saunders, "The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith, Lecture in International Law)", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006, pp. 37-76.

79 Véase Vlad F. Perju, "Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations", en Michel Rosenfeld y Andras Sajo, *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1321 y ss.

que, en los términos actuales del artículo 40 de la Ley de Amparo, ameritan que la Corte ejerza su facultad de atracción.

6. Fuentes

6.1. Bibliohemerografía

Alexy, Robert, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995.

_____, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático", *Derechos y libertades,* vol. 8, 2000.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales,* 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

_____, "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence,* vol. 3, 2009, pp. 1 y ss.

_____ y Dreier, Ralf, "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany", en MacCormick, Neil y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Brookfield, Hong Kong, Aldershot, Singapore-Sydney, 1993.

Bell, John, "Sources of Law", en Birks, Peter (ed.), *English Private Law* I, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1- 29.

Benditt, Theodore M., "The Rule of Precedent", en Lawrence Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Oxford Carendon Press, Oxford, 1987.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

_____, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano", en Massimo Cavino (ed.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo,* Giuffrè, Milán, 2009.

Camarena González, Rodrigo, "From Jurisprudence Constante to *Stare Decisis*: The Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism", *Transnational Legal Theory,* vol. 7, núm. 2, 2016, pp. 257-286.

Choudhry, Sujit, "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law", en Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 1-36.

Garay, Alberto F., "El Precedente judicial en la Corte Suprema", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* año 2, vol. 1, 1997, pp. 51-108.

García Amado, Juan Antonio, "El Precedente Judicial como argumento y como norma", en el blog: *Dura lex. Politica, Derecho, Sociedad. Y algo de otras cosas*, julio 8 de 2011. Disponible en http://garciamado.blogspot.com.au/2011/07/el-precedente-judicial-como-argumento-y.html

Iturralde, Victoria, "Precedente Judicial", *Eunomi*a, núm. 4, 2013, pp. 194-201.

Jackson, Vicki C., "Being Proportional about Proportionality. The Ultimate Rule of Law", *Constitutional Commentary,* vol. 21, núm. 3*,* 2004, pp. 803-859.

Landa, César, "Los precedentes constitucionales: el caso del Perú", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 14, 2010, pp. 193-234.

Lindahl, Lars, *Postion and Change. A Study in Law and Logic*, Reidel, Dordrecht, 1977.

Luzzati, Claudio, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán, Milán, 1990.

Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid, 2001.

Miguel, Alfonso Ruiz, "Equality before the Law and Precedent", *Ratio Juris,* vol. 10, núm. 4, 1997, pp. 387-390.

Moral Soriano, Leonor, "A progressive Foundation of Precedents", *Archiv für Rechts- und Sozial Philosopie* vol. 86, núm. 3, 2000, pp. 327-350.

Perju, Vlad F., "Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations", en Michel Rosenfeld y Andras Sajo, *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1304-1327.

Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994.

Saunders, Cheryl, "The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006, pp. 37-76.

Schmitt, Carl *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.

Thaler, Michael, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, Springer, Viena-Nueva York, 1982.

Twinning, William y Miers, David, *How to Do Things with Rules*, Weindelfeld-Nicolson, Londres, 1991.

Viana Cleves, María José, *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo

Marina Gascón Abellán*

* Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Una vesión de este texto fue publicado previemente con el título "Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo", en *Teoría Jurídica Contemporánea*, vol. 1, núm. 2, julio-diciembre 2016, pp. 238-271.

1. Precedentes

En el lenguaje jurídico el término precedente se usa para designar el *criterio o razón jurídica* en el que se funda la decisión judicial adoptada en un caso anterior sustancialmente igual al que debe decidirse ahora. El precedente, pues, hace referencia no propiamente al caso ni a la decisión provista para el mismo sino al criterio o regla ofrecido para apoyar esa decisión: *la ley del caso*. Ello significa que en una determinada sentencia no constituye precedente cualquier afirmación contenida en ella sino exclusivamente su *ratio decidendi*. En cambio cualquier otra consideración jurídica realizada en la sentencia que no haya sido necesaria para adoptar esa decisión es un *obiter dictum* y no cuenta como precedente. De hecho, uno de los problemas prácticos más comunes que presenta el seguimiento de precedentes es precisamente la dificultad para distinguir, dentro del discurso que constituye la fundamentación o motivación de una decisión concreta, la *ratio decidendi* de los *obiter dicta*.

Naturalmente si puede hablarse de precedentes en un sentido relevante es porque les atribuimos alguna capacidad de influencia en las resoluciones judiciales posteriores: bien porque *tienen que ser seguidos* por los Jueces que en el futuro deban resolver casos sustancialmente iguales (precedente vinculante); o bien porque, aunque no exista obligación de seguirlos, *hay buenas razones* para tomarlos en consideración (precedente persuasivo). No es infrecuente aludir a la existencia de precedentes vinculantes como uno de los rasgos distintivos de los sistemas de *common law* frente a los de *civil law*, donde los Jueces –se sostiene– actuarían vinculados a la ley y los precedentes judiciales tendrían, a lo sumo, un carácter meramente persuasivo. Pero un análisis más cuidadoso revela que las cosas no son exactamente así.

Salvo que se opte por una reconstrucción tan simplista como ficticia de la tarea judicial de aplicación del derecho, no cabe decir, sin más, que en los sistemas de *civil law* los precedentes carezcan de valor;[1] como tampoco cabe decir, por cierto, que en los sistemas de *common law* la fuerza vinculante del precedente sea absoluta y la "vinculación a la ley escrita" ocupe un lugar totalmente secundario o marginal.[2] Los precedentes, en ambos sistemas, se insertan en el proceso de razonamiento judicial como elementos que justifican la respuesta jurídica al caso.[3] Forman parte de las *razones* para decidir el caso. Por eso no tiene mucho sentido hablar de precedentes de eficacia estrictamente vinculante y precedentes de eficacia meramente persuasiva. La eficacia del precedente se expresa más bien en un *continuum* que depende de la mayor o menor fuerza que se atribuya a las razones para seguirlos.

Si dejamos al margen los supuestos en que es la propia ley la que establece la vinculación de un cierto tipo de precedentes, la fuerza de las razones para seguir un precedente está directamente relacionada con la *autoridad del órgano* del que emana, lo que dependerá no sólo de su posición institucional en el sistema de organización judicial sino también de las competencias o funciones que desempeñe y de la calidad argumental de sus decisiones.[4] Pero, además, es evidente que el seguimiento de precedentes promueve importantes valores (la *igualdad formal*, puesto que los casos iguales serán tratados de manera igual; la *certeza* y *estabilidad* del derecho, lo que entre otras cosas significa que los ciudadanos pueden prever o anticipar la respuesta que probablemente recibirá su caso;[5] e incluso el *ahorro de tiempo al tribunal,*

---

[1] La relevancia del precedente es una nota común a la mayoría de los sistemas, no sólo a los de *common law*. Véase D. Neil MacCormick, y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study,* Routledge, Londres, 1997.

[2] *Cfr.* Michele Taruffo, "Per un´analisi comparata del precedenti giudiziario", *Ragion pratica*, vol. 6, 1996, pp. 59-62.

[3] Leonor Moral también sitúa el estudio del precedente en el discurso del razonamiento jurídico. Me parece acertado este enfoque que se aparta así del tradicional, pero estéril: análisis desde la teoría de las fuentes del derecho. Véase Leonor Moral Soriano, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

[4] *Cfr. Ibidem*, cap. III y Thomas da Rosa de Bustamante, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Ediciones legales EIRL, Lima-Perú, 2016.

[5] Este rasgo del seguimiento de precedentes ha sido clásicamente destacado: cuando una decisión anterior ha sido reflexivamente adoptada y suficientemente fundada –afirmaba James Kent exponiendo la cultura del precedente en el derecho americano– "the community have a right to regard it as a just declaration or exposition of the law, and to regulate their actions and contracts by it. It would therefore be extremely inconvenient to the public if precedents were not duly regarded, and implicitly followed". (James Kent, *Commentaries on American Law,* 11a ed. Little, Brown and Company, Boston, vol. I, 1867, p. 519; citado en Eduardo Sodero, "Sobre el cambio de los precedentes", *Isonomía*, vol. 21, 2004, p. 255).

porque el caso ya cuenta con una solución jurídica que no necesitará ser argumentada de nuevo), y por lo tanto las razones para seguir los precedentes serán más fuertes cuanto mayor sea la importancia que se conceda al logro de esos valores.

De todos modos, mientras que pueden hallarse diferencias sustanciales entre los sistemas jurídicos en lo referente al papel y al alcance de la vinculación al precedente vertical (el que procede de un órgano judicial de nivel superior), [6] no cabría en cambio trazar ninguna diferencia relevante referida a la naturaleza y alcance de la vinculación al propio precedente. Ello es así porque –como sostendré aquí– la vinculación al propio precedente (o *regla del autoprecedente*, como la denominaré),[7] a diferencia del precedente vertical, constituye esencialmente un instrumento contra la arbitrariedad; una regla argumentativa en garantía de la racionalidad que es consustancial a la tarea judicial, independientemente de las particularidades del sistema jurídico en que dicha actividad se desarrolla.[8]

En lo que sigue centraré justamente mi atención en la *regla del autoprecedente*. Primero *(epígrafe 2)* sostendré que dicha regla puede (y debe) ser entendida como una regla de la argumentación jurídica que garantiza la racionalidad de las decisiones judiciales, e identificaré las implicaciones que derivan de esta caracterización de la misma. Después *(epígrafe 3)* analizaré algunas controversias relativas a su aplicación. Finalmente *(epígrafe 4)* examinaré cómo, en los tribunales de casación, el rigu-

---

[6] Del mismo modo que existen también notables diferencias entre el sistema del precedente vertical en el *Common Law* inglés y el vigente en el *Common Law* norteamericano. *Cfr.* Victoria Iturralde, *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995.

[7] Por regla general, para referirse al precedente propio suele hablarse de "precedente horizontal" o *stare decisis* horizontal. Sin embargo estimo preferible hablar de "autoprecedente" para referirme a él, por una doble razón. Primero porque la expresión sugiere muy claramente –y me parece que más claramente que la expresión "precedente horizontal"– la vinculación al propio precedente. Y segundo porque considero interesante mantener también un espacio terminológico autónomo ("precedente horizontal") para los precedentes, generalmente de fuerza sólo persuasiva, que provienen de un Juez o tribunal homólogo. Véase Laurence Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon, Oxford, 1991; Ana Laura Magaloni, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, McGraw-Hill, Madrid, 2001; E. Sodero, "Sobre el cambio…", art. cit.

[8] En el mismo sentido se expresa Silvia Díez, alegando que la infracción de esta regla atenta contra la más elemental idea de justicia: "los precedentes –dice la autora– también deben seguirse aunque no exista una regla específica que lo exija en los países del Civil Law". Por eso esta doctrina "tendría cabida en la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno", en Silvia Díez, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 108.

roso cumplimiento de la regla puede impactar positivamente en su función de creación de precedentes para el resto de tribunales.

2. Respeto al propio precedente y universabilidad

2.1. La proyección del principio de universabilidad en la actuación de Jueces y tribunales: la regla del autoprecedente

A) La vinculación al propio precedente representa una implicación más de la proyección de la máxima kantiana de *universabilidad* en el discurso jurídico de los Jueces y tribunales. En una de sus formulaciones más extendidas dicha máxima –recordémoslo– establece que *debemos actuar siempre conforme a un criterio que, por considerarlo correcto, queremos ver convertido en ley universal.*[9] Expresa, pues, un principio fundamental del razonamiento práctico que responde a la exigencia de tratar igual lo que es igual y que pocos negarán: una decisión práctica no universalizable no resulta moralmente aceptable. Y siendo el razonamiento jurídico un tipo especial de razonamiento práctico, este principio se proyecta también en él, exigiendo a los Jueces y tribunales *resolver una controversia específica conforme a aquel criterio jurídico que (por considerarlo correcto) estén dispuestos a usar en futuros casos iguales*. La vinculación al propio precedente es un corolario de esta exigencia: podemos suponer que el Juez actúa conforme a la máxima universalizadora si adopta su decisión siguiendo el criterio precedentemente usado.

Salta a la vista que la universabilidad es un principio extremadamente *formal*, pues no proporciona una pauta sustantiva de actuación sino que sólo indica que, sea cual sea el criterio de decisión elegido, debemos estar dispuestos a usarlo en todos los casos iguales. Pero es precisamente su carácter formal lo que lo hace particularmente adecuado para disciplinar decisiones jurídicas discrecionales; o sea, las que se adoptan cuando el Juez se enfrenta a una pluralidad de soluciones viables. En estos

[9] Como es bien conocido, una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano dice así: "obra según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal", en Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Luis Martínez Velasco (ed.), Espasa Calpe, Madrid (1785) 1994, p. 92.

casos, cuando no disponemos de reglas que indiquen de modo concluyente cuál es la respuesta que debe recibir un problema práctico, cuando el conjunto de los materiales jurídicos no garantiza la anhelada solución correcta, la universabilidad kantiana viene a representar "casi" la última garantía de racionalidad,[10] exigiendo que esa respuesta correcta exista al menos para cada Juez o tribunal. Este es el gran aporte de la universabilidad en el razonamiento judicial: aunque en el ordenamiento no exista una única respuesta correcta descubrible de igual forma por cualquier Juez o tribunal, el principio de universalidad exige suponer que dicha respuesta correcta sí existe para cada Juez o tribunal individualmente considerado, que por consiguiente ha de estar dispuesto a argumentar en ese sentido. Por eso, en realidad, la universabilidad es un *principio de la argumentación racional* que tiene por objeto *evitar la arbitrariedad* en el ámbito de las decisiones *discrecionales*. Su proyección en el razonamiento judicial significa que el buen Juez es "aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace".[11]

Y al respecto, una observación. Precisamente porque el espacio natural del principio de universabilidad es el de las decisiones discrecionales, ese principio deja de tener sentido allí donde *institucionalmente* se instaura una única respuesta correcta. Esto es lo que ocurre cuando en el ordenamiento se establecen mecanismos de unificación jurisprudencial que culminan en un tribunal superior (o sea, cuando existe un precedente vertical vinculante): aquí la respuesta correcta existe, y es precisamente la que ofrece ese tribunal superior cuyo precedente vincula a los demás órganos. Por eso en estos casos carece de sentido someter a los Jueces y tribunales inferiores a la observancia de la máxima universalizadora, pues su actuación no es discrecional: si la respuesta correcta existe lo que debe hacer el Juez es ajustarse a ella. En cambio sí es necesario que el tribunal superior se guíe por esta máxima, a fin de garanti-

[10] "Casi", porque también existen otros criterios de racionalidad que habría que atender. Singularmente que la decisión sea *consistente* y *coherente* con los principios del sistema y con el resto de las decisiones adoptadas, o que las *consecuencias* de la misma resulten aceptables y no pongan gravemente en peligro bienes y estados de cosas que se consideren valiosos. Tales principios, junto con el de la universabilidad, son propuestos por ejemplo por Neil MacCormick como criterios generales de racionalidad de las decisiones adoptadas para los problemas prácticos y jurídicos. Véase Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, cap. V.

[11] Luis Prieto Sanchís, "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto, 1991, p. 188.

zar que, en la determinación de "la respuesta correcta" que vinculará al resto de tribunales, su actuación sea racional. Brevemente: en estos supuestos los tribunales inferiores actuarán bien si siguen el precedente del tribunal superior; el tribunal superior actuará bien si respeta el principio de universabilidad.

B) Que la universabilidad es un principio de la argumentación racional es algo que ha sido defendido por algunos de los más insignes representantes de la teoría de la argumentación jurídica. Robert Alexy la vincula expresamente a una de las reglas básicas del discurso práctico general, aquella según la cual "todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *A* debe estar dispuesto a aplicar también *F* a cualquier otro objeto igual a *A* en todos los aspectos relevantes".[12] En el mismo sentido Aulis Aarnio sostiene que "un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no esté dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares".[13] Y también para Neil MacCormick la universabilidad, en el sentido indicado, es uno de los requisitos que debe superar la argumentación jurídica en los casos difíciles.

Es precisamente este último autor quien, en mi opinión, ha dado la explicación más ajustada de la proyección del principio de universabilidad en el razonamiento judicial, poniendo de relieve que la vinculación al propio precedente es una implicación más del mismo. La universabilidad –según MacCormick– exige a los Jueces y tribunales tomar sus decisiones con una doble mirada: primero, *looking back* (mirando al pasado), lo que supone respetar su propio precedente; y segundo, *looking forward* (mirando al futuro), lo que supone aplicar en todo caso un criterio universalizable. Implica, pues, que el criterio utilizado para resolver un caso ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior, *pero también y sobre todo* el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros similares.[14] En esto consiste la doble y complementaria faceta que representa el núcleo del principio de universabilidad en el razonamiento jurídico: "la decisión adoptada en un caso constituye una buena razón para reiterarla en otro supuesto análogo, y la decisión del presente debe tomarse

---

[12] Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de I. Espejo y M. Atienza, CEC, Madrid (1978) 1989, pp. 301-302.

[13] Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica,* trad. E. Garzón Valdés, CEC, Madrid (1987) 1991, p. 256.

[14] N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.,* p. 97.

teniendo en cuenta el futuro, es decir preguntándose si la misma puede valer como criterio general".[15]

En adelante voy a denominar *regla del autoprecedente* a esa caracterización (*a lo* MacCormick) de la vinculación al propio precedente como expresión de la máxima universalizadora; o sea, como *corolario de la obligación de adoptar una resolución universalizable*, válida para todos los supuestos sustancialmente iguales. Así caracterizada, esta regla implica tres cosas importantes que deben ser enfatizadas.

2.2. Implicaciones de la regla del autoprecedente.

2.2.1. La regla del autoprecedente es un criterio de racionalidad (...)

La caracterización de la regla del autoprecedente que acaba de ofrecerse significa, en primer lugar, que existe una notable diferencia entre el sentido de esta regla y el *stare decisis* vertical. Este último *indica cuál ha de ser el criterio* para resolver un caso (la "respuesta correcta"), y por eso, allí donde opera, no existe diferencia entre "seguir la ley" y "seguir el precedente".[16] De hecho podría decirse que la vinculación al precedente vertical cumple la misma función que la vinculación a la ley: hacer que los casos se resuelvan conforme a un parámetro jurídico pre-constituido; o sea, el principio del *rule of law and not of men*, o del Estado de derecho. El autoprecedente, por el contrario, equivale a la observancia del principio de universabilidad por cada Juez o tribunal concreto, y lo que exige a éstos no es tanto seguir un criterio anterior (que puede no existir) cuanto que dicten una resolución basada en un criterio generalizable, un criterio que en principio estarían dispuestos a seguir siempre y desearían que siguiesen los demás. Es decir, mientras que el precedente vertical nos ofrece una *pauta sustantiva* para resolver un caso (justamente la adoptada precedentemente), la regla del autoprecedente suministra un *criterio de racionalidad* sobre el modo de resolver el caso cuando no disponemos de una pauta sustantiva concluyente o

[15] Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico,* CEC, Madrid, p. 165.
[16] Jerzy Wróbleski, "Precedent in Statutory (Civil) Law System", en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Saggi Teorico-Giuridici, Giuffré, Milano, 1990, pp. 747 ss.

ésta resulta discutible. La regla del autoprecedente expresa, en suma, un *principio de la argumentación racional* en el ámbito de las decisiones discrecionales: sólo será racional aquella decisión que, por entenderse correcta, el Juez estaría dispuesto a adoptar en el futuro en todos los casos semejantes. Y la vinculación del Juez a su propio precedente es un reflejo de la racionalidad (o universabilidad) de su decisión.

2.2.2 (…) que no impide abandonar el precedente

La caracterización de la regla que hemos hecho entraña que ésta *no impide el overruling.*[17] Al contrario, es precisamente el cumplimiento del principio de universabilidad –que es el corazón de la regla– lo que acarrea en muchos casos el abandono del precedente. Así sucede, por ejemplo, cuando se piensa (y puede sostenerse cabalmente) que el precedente era *erróneo,* porque el derecho no se interpretó bien o no se aplicó bien, y que por consiguiente es necesario sustituirlo por el criterio que ahora se estima correcto.[18] Pero así sucede también cuando el precedente *ya no se considera adecuado*, bien porque ha cambiado el contexto normativo global en el que se inserta el derecho a aplicar,[19] o bien porque han cambiado las circunstancias o las valoraciones sociales que justificaban aquel criterio jurídico;[20] de hecho este es precisamente el sentido de la *interpretación evolutiva*. El derecho, incluso en las concep-

---

[17] Lo que hace esta regla –dice Francisco Laporta– es imponer sobre el juzgador la obligación de atenerse a pronunciamientos anteriores "si no observa una razón relevante para modificarlos" (…) Los precedentes, como razones para decidir, "entran en el campo de juego de las razones, y pueden ser argumentados y, en último término, abandonados", Francisco J. Laporta, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente", en Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 34 y 37.

[18] De esta rotunda y clara forma expresaba Thomas Hobbes esta idea: si un Juez entiende que el criterio que ha usado precedentemente es errado y "encuentra más de acuerdo con la equidad dar una sentencia contraria [a él], está obligado a hacerlo. Ningún error humano se convierte en ley suya, ni le obliga a persistir en él" (Tomas Hobbes, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 1940, p. 227). Y así afirmaba también la Corte de Apelación de Pennsylvania: "Nunca hemos pensado que debemos consagrar las equivocaciones de quienes estuvieron antes que nosotros, y tropezar una y otra vez en el mismo sitio donde tropezaron ellos", *McDowell v. Oyer,* 21 Pa 417, 423 (1853).

[19] Este es el sentido de la observación de Karl Larenz: "el Juez no debe aceptar (…) ciegamente el precedente. No sólo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta, o un desarrollo del derecho no suficientemente fundamentado, *o si la cuestión rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico*" (cursiva añadida), en *Metodología de la ciencia del derecho*, 4a. ed. trad. cast. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona (1979) 1994, p. 430.

[20] Carlos Bernal subraya también estas circunstancias como motivo para el *overruling*. (*Cfr.* "Precedents and Balancing", en Thomas Bustamante y Carlos Bernal (eds.), *On the Philosophy of Precedent*, Archiv für Rechts und Sozial Philosophie, Beiheft 133. 2012, p. 53).

ciones más netamente normativistas, es un instrumento de resolución de conflictos, y la adaptación del precedente a la cambiante realidad sobre la que se proyecta se conecta con esa finalidad práctica del derecho.[21] Sin esta posibilidad de constante adaptación de los precedentes el derecho no podría cumplir sus fines esenciales.

Ahora bien, cambiar (o adaptar) el propio precedente no es algo que pueda hacerse sin más, sino que *conlleva una carga de argumentación*[22] que exige a mi juicio: no sólo la *explicación ordinaria de las razones* que fundamentan la nueva decisión, sino también una exigencia suplementaria de *justificación del abandono del criterio anterior* que ha de venir orientada justamente por la universabilidad, y que consiste en acreditar que el nuevo criterio es el que, por estimarse correcto (o más correcto que el anterior), se está dispuesto a usar en el futuro. Esta justificación conforme a la universabilidad resulta esencial, pues es la única forma de disipar las dudas que pudieran existir sobre la arbitrariedad de la nueva decisión, o de evitar pensar que ésta se ha tomado descuidadamente, ignorando la existencia de un criterio precedente distinto. Por lo demás, es evidente que la necesidad de justificar una decisión *overruling* se intensifica cuando el precedente ha gozado de una sólida justificación. Si un precedente consolidado se adopta tras una ardua deliberación y con una sólida argumentación hay una presunción a favor de su corrección, no puede abandonarse por lo tanto sin un esfuerzo argumentativo especial.

Y al respecto una observación. El abandono injustificado o arbitrario del propio precedente no sólo se produce cuando tienen lugar virajes jurisprudenciales sin justificación suficiente. Se produce también cuando, en un caso puntual, se usa un artificioso *distinguishing* para eludir la aplicación del precedente en ese caso.

---

[21] Marian Ahumada Ruiz, "'Stare decisis' y creación judicial de Derecho (Constitucional)", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 67, 2003, p. 353.

[22] Este aspecto de la carga de la argumentación fue subrayado por Perelman y Olbrechts-Tyteca al explicar el *principio de inercia*, según el cual una solución adoptada en alguna ocasión permanecerá en el futuro, y no puede abandonarse sin una explicación suficiente de los motivos. (*Cfr. Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Universidad de Bruselas, Bruselas, 1970, p. 142 y ss). En el mismo sentido Robert Alexy sostiene que la apelación a una praxis preexistente no necesita justificación alguna pero "quien quiera apartarse de un precedente asume la *carga de la argumentación*"; esta es una de las principales reglas sobre el uso de precedentes. (*Cfr.* R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.,* p. 265). Y Aulis Aarnio también piensa que "no es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaleciente", por lo que "necesariamente un cambio en la situación dominante tiene que ser justificado"; en A. Aarnio*, Lo racional como razonable, op. cit.,* p. 260.

Mediante el *distinguishing* se pone de relieve que, a pesar de las semejanzas entre el caso presente y el precedente, hay diferencias relevantes entre ellos que impiden su asimilación. Por consiguiente no constituye en sentido estricto una separación del precedente. Cuando se usa se está indicando que no concurren los elementos precisos para hablar de precedente: casos diferentes requieren soluciones diferentes. Sin embargo no puede ignorarse que el *distinguishing* es también un poderoso instrumento que permite al Juez eludir el seguimiento de un precedente que, de no ser por eso, debería seguir.[23] No es difícil conseguir esto: sólo es necesario sostener que el caso actual es lo bastante diferente del anterior como para que se justifique no seguir el precedente sentado en aquella decisión. Obviamente esta actuación es reprobable, pues se mantiene el precedente pero al propio tiempo se elude su aplicación en el caso, lo que sugiere que la decisión puede estar basada en motivos *ad personam* o en todo caso inaceptables. Por eso, si quiere evitarse que el *distinguishing* sea utilizado para esquivar la obligación de seguir el precedente, habrá que exigir que esté suficiente y cabalmente motivado.

En resumen, la vinculación al propio precedente no es inexorable: es perfectamente posible que un tribunal abandone su propio precedente. Pero el abandono del precedente no puede hacerse sin más, sino que ha de estar guiado por el principio de universabilidad. Por consiguiente el cambio del precedente sólo estará justificado cuando se acredite que el anterior criterio era erróneo o inadecuado y que el criterio actual es en cambio el correcto y el que, por ello, se usará en el futuro.

2.2.3. (…) y que vincula a todos los Jueces y tribunales (…)

Por último, siendo básicamente una regla argumentativa que garantiza la racionalidad, la regla del autoprecedente *se impone a todos los Jueces y tribunales*: no sólo a los inferiores sino también (y diría que especialmente) a los superiores. Es más, a veces los tribunales inferiores no están vinculados por la regla del autoprecedente pero los superiores lo están siempre. Esto es lo que ocurre –ya se dijo antes (*2.1, A*)– cuando existe un precedente vertical vinculante. En estos supuestos los tribunales inferiores

[23] Michael Zander, *The Law-Making Process*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1989, p. 257.

actuarán bien si siguen el precedente del tribunal superior; el tribunal superior actuará bien si sigue la regla del autoprecedente.

Que la regla del autoprecedente vincula a todos los tribunales debería resultar claro, pero no está de más insistir en ello pues algunos tribunales superiores no parecen sentirse muy concernidos por las decisiones anteriores propias. Y no sólo por la cuestionable frecuencia con que se apartan de su línea jurisprudencial anterior, sino también por la deficitaria justificación que de ello ofrecen: muchas veces con una motivación que no se ajusta a las exigencias de la universalidad; y otras directamente "no motivando", aunque considerando, eso sí, que hay una motivación implícita o no expresa que se deduce de la sentencia. Las decisiones *overruling* frecuentes, arbitrarias o sin una justificación adecuada que cumpla la universabilidad son siempre peligrosas, pero lo son mucho más cuando las lleva a cabo un alto tribunal.

El peligro señalado es especialmente grave cuando es un tribunal constitucional el que practica el *overruling* con demasiada alegría, y no sólo por la racionalidad que se espera de sus decisiones sino también por las negativas consecuencias que ello tiene en la función de creación de precedentes constitucionales que le es propia. Por eso creo que tenía razón H. Campbell Black cuando afirmaba que "el principio de *stare decisis* se impone con especial fuerza a la interpretación de constituciones, y una interpretación que fue adoptada conscientemente a partir de las disposiciones de tal instrumento no debería ser abandonada sin importantes razones".[24] Y aún cabría añadir algo más: la regla del autoprecedente vincula especialmente a los tribunales constitucionales habida cuenta del particular espacio de discrecionalidad que caracteriza la interpretación de un texto tan abierto e indeterminado como es una Constitución. Por eso la creación de un precedente constitucional, y más aún el abandono del mismo, requiere siempre una esmerada justificación: explícita, clara y especialmente intensa.

Por lo demás, siendo una regla de la argumentación racional, el autoprecedente se impone *con independencia de cualquier previsión legal al respecto*: no es necesario su reconocimiento explícito. Lo que naturalmente no significa que no pueda en-

[24] Henry Campbell Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, 2a. ed., Minn. West Publishing Co., St. Paul, 1911, p. 44.

contrar algún respaldo en el sistema normativo. Esto es, por ejemplo, lo que ha sucedido en España, donde el Tribunal Constitucional ha juridificado esta regla haciendo de su seguimiento una exigencia de constitucionalidad. Es verdad que la caracterización del autoprecedente como garantía de racionalidad haría esperar que su articulación jurídica se hubiera vinculado a "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" que contempla el artículo 9.3 de la Constitución. Sin embargo el Tribunal ha preferido configurarla como una exigencia de la "igualdad en la aplicación de la ley", haciendo así de su infracción un motivo para el amparo constitucional.[25]

En resumen, la regla del autoprecedente representa la proyección del principio de universabilidad en la actuación de Jueces y tribunales y se traduce en la *exigencia de seguir el propio precedente pero sobre todo de resolver conforme a un criterio universalizable*. Por tanto pueden darse dos situaciones: *1)* que no exista un precedente, en cuyo caso la regla exige decidir *ex novo* conforme a un criterio generalizable; o *2)* que exista un precedente, en cuyo caso la regla impone dos obligaciones alternativas: *i)* o bien seguir el precedente (por entender que éste es correcto); o bien, *ii)* si se abandona (por entender que es incorrecto o inadecuado), justificar que el abandono cumple el principio de universalidad. Se trata, pues, de una regla de la argumentación racional (especialmente intensa cuando existe una fuerte discrecionalidad interpretativa) que se impone a todos los tribunales y que no impide abandonar el precedente.

3. Algunas cuestiones controvertidas

Pese a la aceptación generalizada de la regla del autoprecedente hay una serie de cuestiones referentes a su aplicación que resultan controvertidas. Merece la pena comentar algunas de ellas, pues ponen de relieve cómo, en muchos casos, la controversia refleja concepciones de fondo distintas sobre el sentido y fundamento de la regla.

[25] He analizado esta doctrina en Marina Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

3.1. Cambios en la composición o titularidad de los tribunales

Uno de los asuntos que puede resultar controvertido es si el precedente de un órgano judicial sigue vinculando a ese órgano cuando las personas que lo encarnan ya no son las mismas: es decir, cuando ha cambiado el Juez titular de un juzgado o han cambiado los Magistrados que integran un tribunal. Lo que se cuestiona, en definitiva, es si, cuando se producen esos cambios, el órgano judicial –al menos a los efectos de la regla– sigue siendo realmente "el mismo".

La posibilidad de que el cambio en la composición personal de un órgano judicial rompa la identidad del órgano (y con ello su vinculación al precedente) ha sido sugerida a veces.[26] A mi juicio, sin embargo, esa posibilidad debe rechazarse de plano. Primero porque, desde el punto de vista institucional, un órgano judicial no puede definirse por los individuos que eventualmente lo integran sino por su denominación orgánica y su competencia. Segundo porque, además, si entendiésemos que la variación en la composición de un tribunal nos sitúa ante un órgano judicial distinto, y habida cuenta de que tal variación tiene lugar con frecuencia, la regla de la vinculación al propio precedente quedaría reducida a nada. Y tercero, y sobre todo, porque el propio contenido de la regla hace que resulte irrelevante cuál sea la composición personal del órgano en cada momento. La regla –como se ha dicho– no obliga a mantener rígidamente y en cualquier circunstancia el propio criterio legal anterior, sino sólo "a mantenerlo o –si se cambia– a justificar ese cambio conforme al principio de universabilidad". Por eso no se ve por qué razón no habría de ser aplicable cuando la composición del órgano no sea la misma. También en estos casos es perfectamente 'lógico' exigir al Juez o tribunal que se aparta del criterio precedentemente seguido que justifique el nuevo criterio de decisión que, precisamente por ser nuevo, aún no ha sido justificado en ese órgano. Como es perfectamente 'lógico' exigir que esa justificación –como la de cualquier criterio que se pretenda racional– cumpla el principio de universabilidad. Sostener, por el contrario, que cuando ha habido cambios en la

[26] Así, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español en la STC 91/2000, de 30 de marzo. Aunque después ha mantenido que la identidad del órgano no se altera aunque tenga una composición diferente (por ejemplo, STC 67/2008 de 23 de junio).

composición del tribunal la regla no es aplicable equivaldría a mantener que el tribunal resultante del cambio (ya se considere "el mismo" u "otro") puede sentar un criterio "nuevo" sin necesidad de justificarlo. Lo cual resulta inaceptable.

Por lo demás, los cambios en la titularidad de los juzgados o en la composición de los tribunales no sólo no son un problema para la aplicación de la regla del autoprecedente sino que incluso representan su "espacio natural". Dicho muy claramente: *lo normal es que el cambio de precedente* –y la consiguiente necesidad de justificarlo– *surja cuando se han producido cambios en la composición del tribunal.*[27] Naturalmente esto no significa que un cambio de precedente no pueda tener lugar cuando el juzgado o tribunal esté integrado por las mismas personas que sostuvieron el criterio anterior. Sólo significa que es más probable que esto suceda cuando la composición del órgano haya cambiado.

En suma, no hay contradicción alguna entre el seguimiento del autoprecedente y el cambio en la titularidad de un juzgado o en la composición del tribunal. Ambas circunstancias son perfectamente compatibles. Primero porque lo que la regla impone al tribunal no es seguir el precedente sino *justificar su cambio*, y esto es algo que puede (y debe) hacerse con independencia de que los Jueces que lo integran sean o no los mismos que adoptaron el criterio que ahora se abandona. Y segundo porque, además, lo normal es que los cambios de precedente tengan lugar, precisamente, cuando los Jueces han cambiado.

3.2. Aplicación de la regla cuando un tribunal trabaja "en varias salas o secciones"

Otra de las cuestiones discutidas en la aplicación de la regla del autoprecedente es la que aflora cuando los tribunales trabajan en diferentes salas o incluso en diferentes secciones dentro de una sala. El problema que entonces se plantea es si la regla se aplica al tribunal como un todo, integrado por todas sus salas o secciones, o si por

[27] *Cfr.* El voto disidente del Juez Scalia, en la sentencia *South Carolina vs. Gatheres*, 490 US, 805 (1989): "overrulings of precedents rarely occur without a change in the Court's personner" (tomo la referencia de E. Sodero, "Sobre el cambio de…", art. cit., p. 223).

el contrario se aplica a cada una de sus salas o secciones, individualmente consideradas. La cuestión, pues, puede formularse en los siguientes términos: a efectos de la aplicación de la regla del autoprecedente, ¿cuál es el órgano judicial aquí, el tribunal o las salas? Las diferentes salas o secciones ¿constituyen meras *instancias* de un único tribunal o han de considerarse *órganos judiciales autónomos*?

Conviene observar que si se responde que *el ámbito de aplicación de la regla es "el tribunal",* considerado como un único órgano judicial, entonces se hace necesario articular en su seno mecanismos que eviten o corrijan las discrepancias de jurisprudencia entre las diferentes salas o secciones que lo integran. Si se responde, en cambio, que *la regla es aplicable a las diferentes salas o secciones,* consideradas cada una de ellas como un órgano judicial independiente, entonces se estará admitiendo que en el seno de un mismo tribunal puede convivir válidamente jurisprudencia contradictoria, lo cual resulta mal entendido y peor admitido.

Es precisamente esta posibilidad de jurisprudencia contradictoria asociada a la concepción de las diferentes salas y secciones como órganos judiciales independientes lo que explica que quienes conciben la regla del autoprecedente como un mecanismo unificador de jurisprudencia tiendan a sostener que ésta debe aplicarse al tribunal como un todo, mostrándose entonces críticos con aquellas prácticas jurisprudenciales que, a efectos de la aplicación de la regla, potencian la autonomía de las diferentes salas o secciones.

El recelo de estos críticos es perfectamente comprensible, sobre todo si se considera que la unidad de jurisprudencia promueve valores dignos de protección, como la seguridad y la estabilidad jurídicas, la coherencia del derecho y la igualdad en su aplicación. Sin embargo, para responder cabalmente a la cuestión planteada es necesario no perder de vista el sentido y fundamento de la regla. Recordemos, pues, una vez más, que la regla es, en sentido estricto, una *garantía de racionalidad* (o un instrumento contra la arbitrariedad) y sólo derivadamente un mecanismo de unificación jurisprudencial. Por eso no es incompatible con el sentido de la regla considerarla aplicable a cada sala de un tribunal, o incluso a cada sección de una sala. Ahora bien, que no sea incompatible no significa que sea necesario: tampoco es incompatible con el sentido de la regla considerarla aplicable al tribunal como un todo y esta-

blecer, como paso previo a su aplicación, algún tipo de mecanismo para uniformar la jurisprudencia de sus salas. Este modo de funcionar parece más adecuado, pues garantiza la racionalidad en la actuación del tribunal (pleno y salas) pero también la igualdad y uniformidad jurisprudencial en su seno.

3.3. ¿Abandonar o mantener el precedente incorrecto?

Recordemos que, cuando en un órgano judicial existe un precedente, la regla del autoprecedente implica dos obligaciones alternativas: o bien seguirlo, si se entiende que éste es correcto o adecuado; o bien abandonarlo, si se entiende que no lo es. Pero ¿puede un tribunal seguir su propio precedente cuando entiende que es incorrecto y argumenta que es incorrecto?

Si consideramos –como he sostenido aquí– que la principal razón para seguir el propio precedente reside en el principio de universalidad (que obliga a decidir conforme a un criterio que pueda valer como ley general), entonces cuando el precedente se estima erróneo, inadecuado o incorrecto y se argumenta esa incorrección *debería* abandonarse. Sin embargo este es un asunto controvertido, pues –en opinión no infrecuente– la seguridad jurídica y la estabilidad del derecho pueden pesar decisivamente en contra del abandono. De hecho esto es lo que sucede en aquellas sentencias que acreditan la incorrección del criterio legal precedente pero al propio tiempo deciden mantenerlo porque –se argumenta– el principio de *stare decisis* pesa fuertemente en contra del cambio.[28]

Me parece que, en el fondo, lo que aquí está en juego es la confrontación de dos formas distintas de entender la vinculación al propio precedente: *1)* la que la concibe esencialmente como una *regla de racionalidad* que es expresión del principio

[28] Así discurre precisamente el razonamiento en *Dickerson v. United States* (530 U.S. 428, 429 [2000]), que ratificó el precedente sentado en *Miranda vs. Arizona* (que reconoce el derecho del detenido a ser informado de sus derechos en el momento de la detención): "whether or not we would agree with Miranda's reasoning and its resulting rule (…) the principles of *stare decisis* weigh heavily against overruling it now". Y así se desprende también de las siguientes palabras de Theodore M. Benditt: "a decision maker might change his mind about the relevance of the principle he has applied in the earlier case. In some such cases *[he] should follow the prior decision none the less* (…) In other cases it might be more important to correct what is now viewed as a mistake", en Theodore M. Benditt, "The Rule of Precedent", en Laurence Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon, Oxford, 1991, p. 89 (cursivas añadidas).

de universalidad (y sólo derivadamente como garantía de estabilidad y seguridad jurídica); y *2)* la que la concibe como una *regla de stare decisis* en garantía de la seguridad, estabilidad y uniformidad del derecho.

Naturalmente tanto si se mantiene una concepción como la otra (regla de racionalidad, o principio de *stare decisis*) en presencia de un precedente que se estima incorrecto siempre pesan dos tipos de razones que deben ser ponderadas: la necesidad de resolver conforme a un criterio correcto o universalizable (que milita a favor del abandono) y la necesidad de preservar la seguridad y estabilidad del derecho (que milita a favor de mantenerlo). Y el resultado de esa ponderación dependerá de la *distinta fuerza* que se atribuya a cada una de esas razones en el supuesto específico. Ahora bien, no puede ignorarse que la mayor o menor fuerza que se atribuya a esas razones no es una cuestión neutral, sino que vendrá influida por la concepción de fondo que se tenga sobre el sentido y fundamento de la regla del autoprecedente.

Cuando el autoprecedente se concibe como una *regla de stare decisis*, lo que más pesará es la necesidad de preservar la seguridad jurídica y la estabilidad del derecho (que aboga por mantener el precedente), y por consiguiente abandonar el precedente incorrecto sólo estará justificado cuando la incorrección sea realmente grave. Esto es lo que explica que, para quienes interpretan de este modo la vinculación al propio precedente, una de las cuestiones problemáticas relativas a su aplicación es la de cuál es el "grado de error o incorrección" en que debe incurrir el precedente para que esté justificada la restricción a la seguridad jurídica que supone su abandono.[29] Cuando, por el contrario, el autoprecedente se concibe como una *regla de racionalidad*, lo que más pesará en la ponderación de razones es la necesidad de resolver los casos mediante decisiones correctas o universalizables (que aboga por abandonar el precedente), y por consiguiente mantener el precedente incorrecto sólo estará justificado cuando la lesión de la seguridad y estabilidad jurídicas comporten consecuencias realmente serias.[30]

---

[29] Por eso, desde este punto de vista, el *overruling* es más fácil cuando los precedentes son "interpretativos" (o sea cuando establecen sólo una determinada forma de entender la ley) que cuando son *praeter legem* (o sea cuando crean una norma *ex nihilo* mediante el recurso a la analogía o a otros mecanismos de integración), pues "tal mutación exhibirá una menor dosis de dramatismo para la seguridad jurídica", en E. Sodero, art. cit., p. 234 y 236.

[30] Theodore M. Benditt –sobre la senda de un argumento de David Lyons– aporta una razón distinta para mantener un precedente que se estima incorrecto. Lo que viene a sostener este autor, si no lo interpreto mal, es lo siguiente.

Por eso cuando se entiende –como he mantenido aquí– que la regla del autoprecedente es esencialmente una regla de racionalidad, mantener un precedente que se estima incorrecto (y que se ha argumentado que es incorrecto) sólo puede ser algo excepcional. No se trata, por tanto, de que la seguridad jurídica no pueda ponderar en absoluto en contra del abandono. La seguridad jurídica también debe contar, pero no decisiva o concluyentemente. Las razones para abandonar un precedente que se estima incorrecto son poderosas, y sólo pueden ser derrotadas de forma excepcional. Y no al revés.

3.4. ¿Efectos retroactivos o prospectivos del cambio de precedentes?

Por último, una de las cuestiones más relevantes y controvertidas tiene que ver con los efectos (prospectivos o retroactivos) que habría que atribuir al cambio de precedente. El asunto podríamos formularlo así: el nuevo criterio que se adopta en una decisión *overruling*, ¿regula sólo las conductas que han tenido lugar después de la decisión, o regula también las que han tenido lugar antes de la misma? Ese nuevo criterio ¿debe aplicarse sólo a los casos que tengan su origen en hechos que ocurran en el futuro *(prospective overruling)*? ¿O debe aplicarse también a los que, teniendo su origen en hechos del pasado, cuando estaba vigente el precedente que ahora se abandona, aún están pendientes de resolución *(retroactive overruling)*?[31] Si consideramos sólo las exi-

Cuando los principios que los Jueces deben aplicar para resolver un caso sean objeto de un intenso debate social y político, es decir cuando la respuesta que deba darse al caso resulte social y políticamente muy controvertida, entonces la decisión que se adopte y que sienta un precedente *debe ser respetada incluso si ocasionalmente surgen sospechas de que pueda ser equivocada*. La razón de ello es que, dada la *expectativa generada* por ese precedente de que las decisiones futuras en casos similares serán iguales y (sobre todo) dada la *falta de certeza colectiva sobre su corrección*, para abandonar el precedente se requiere mucho más que dudas o sospechas sobre su corrección. Ello significa –insisto, si no lo interpreto mal– que cuanto menos acuerdo exista sobre el modo en que debe resolverse una cuestión, menos justificado estará abandonar el precedente sobre la misma. (*Cfr.* T. Benditt, art. cit., pp. 91-93). Mantener el precedente descansa, también aquí, en razones de seguridad jurídica y estabilidad del derecho. Pero el argumento es interesante porque subraya además el problema que, para el abandono de precedentes, plantean las cuestiones jurídicas intensamente controvertidas.

[31] La cuestión señalada, como enseguida se verá, marca una de las diferencias más importantes entre el *stare decisis* en Inglaterra y en los EEUU. Pero la cuestión no sólo es sentida como relevante en el *Common Law*. Por ejemplo, en Alemania ya fue tratada en la obra de Wilhelm Knittel (*Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung,* Verlag Gieseking, Berlín, 1965), y en general este es un asunto permanentemente problematizado por la jurisprudencia y discutido por la doctrina en todos los países. Por lo demás, aunque aquí plantee el asunto en sus términos simples de retroactividad *vs.* prospectividad, la prospectividad, en cuanto limita el efecto retroactivo de la

gencias del principio de universabilidad, habría que responder en el segundo sentido: el nuevo criterio, una vez establecido, *debería aplicarse a todos los casos que deban ser resueltos,*[32] y por consiguiente también a aquellos que tienen su origen en hechos ocurridos antes del cambio. Ahora bien, esta opción por la retroactividad lesiona la seguridad jurídica, pues el nuevo criterio de decisión –que representa, en definitiva, la "ley" del caso– habrá "surgido" *ex post facto*. Así pues, ¿qué efectos son los apropiados?

La tesis del *retroactive overruling* se ha vinculado tradicionalmente, no al principio de universabilidad, sino a la *teoría declarativa* de la decisión judicial que hunde sus raíces en Blackstone, quien consideraba a los Jueces como los *living oracles* del derecho: "el instrumento que declara las palabras de la ley", en la célebre expresión de Montesquieu. En virtud de esta teoría, los Jueces, cuando resuelven los casos, no crean nuevo derecho sino que *verifican y declaran* el ya existente. En consecuencia –se sostiene– una sentencia *overruling* no hace sino verificar y declarar (ahora correctamente) el derecho preexistente que había sido erróneamente declarado por el precedente que se abandona, y por consiguiente el nuevo criterio jurídico habrá de aplicarse retroactivamente.[33] Paralelamente, la tesis del *prospective overruling* suele vincularse a la *teoría creativa o no meramente declarativa* de la decisión judicial. Esta teoría resalta el papel de las elecciones del Juez en la interpretación del derecho y el carácter en cierto modo creativo de la tarea judicial. El poder de los Jueces para decidir sobre la eficacia temporal de su decisión no es visto como una usurpación del Poder Legislativo sino como un aspecto normal de la facultad que poseen para decir lo que es el derecho.[34] En definitiva, el que puedan atribuir a sus cambios de doctrina efectos sólo

---

decisión *overruling*, puede tener diferente alcance: *1*) la nueva regla se aplica ya al caso específico que ha ocasionado el cambio, aunque excluye su aplicación a otros procesos en curso referentes a casos semejantes (aplicación casi-prospectiva o prospectividad limitada); *2*) la nueva regla no se aplica siquiera al caso específico que ocasionó su derogación (aplicación puramente prospectiva); *3*) se pospone la aplicación de la nueva regla a una fecha futura (aplicación prospectiva-prospectiva). No obstante, a efectos de este análisis, no entraré aquí en esas distinciones.

[32] El *principio de universabilidad*, en efecto, impide resolver un caso conforme a un criterio (el representado por el precedente) que se estima incorrecto y cuya incorrección además ha sido fundamentada.

[33] "The making power of the judiciary is in theory denied [lo que explicaría por qué] most civil law Courts thus far have failed to avail themselves of the technique of prospective overruling", en Rudolf Schlesinger, Hans W. Baade, Mirjan R. Damaska y Peter H. Herzog (eds.), *Comparative Law*, 5a. ed., The Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1988. 646).

[34] T. Bustamante, *op. cit.,* p. 428.

para el futuro es visto como algo natural.[35] Es más, en un planteamiento más rígido o estricto cabe sostener incluso que si el criterio jurisprudencial nuevo constituye en algún sentido "derecho nuevo", entonces no es que pueda sino que ha de tener eficacia prospectiva.

Sin embargo estas asimilaciones no son correctas. Cual sea la teoría de la decisión judicial que se maneje (declarativa o creativa) puede ser relevante a efectos de determinar en qué circunstancias cabe admitir o no el cambio de precedentes. Pero tiene poco que ver –me parece– con los efectos que se atribuyan a dicho cambio.

Si se sostiene, en efecto, la *teoría declarativa* de la jurisprudencia, es lógico que se entienda que un precedente consolidado (o sea, una previa verificación y declaración del derecho para un tipo de casos) sólo puede abandonarse si es manifiestamente *erróneo o equivocado,* o sea cuando el Juez ha *errado* en la declaración del derecho. Fuera de este supuesto cualquier otro cambio equivaldría a crear derecho y no puede admitirse, pues esa es una labor que compete en exclusiva al Parlamento. Esta es la razón por la que la *House of Lords*, orientada tradicionalmente por la teoría declarativa, sólo ha admitido el abandono del precedente de manera excepcional[36] y sólo si ello se hace para corregir un error que pueda haber cometido.[37] Si por el contrario, se sostiene la *teoría creativa* de la jurisprudencia no hay mayor impedimento para admitir que el precedente también puede abandonarse cuando sea *obsoleto o en cualquier caso menos adecuado o acertado* que el nuevo criterio que ahora se propone. Esta es la razón por la que en los Estados Unidos, donde la teoría realista dominante ha subrayado el carácter "creativo" de la decisión judicial, el cambio de precedente se

---

[35] El propio Holmes, por ejemplo, en su *dissent* formulado en el caso *Black and White Taxicab & Transfer Co. v. Brown and Yellow Taxicab & Transfer Co.* 276 U.S. 518 (1928), entrelazaba su oposición a la rígida retroactividad dominante en la época con su crítica a la teoría declarativa.

[36] Fue en el famoso *Practice Statement* de 1966 cuando, por primera vez, el *Lord Chancellor* declaró que la *House of Lords* ya no se consideraría vinculada rígidamente a sus propios precedentes. Pero lo cierto es que, desde entonces, cambió pocas veces de precedente.

[37] Por ello –dice Peter Wesley-Smith, exponiendo la teoría declarativa– cuando los precedentes son abandonados, los Jueces "do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was a *bad law*, but that is was *not law*", en Peter Wesley-Smith, "Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis", en Laurence Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon, Oxford, 1991, p. 78.

practica con mucha frecuencia.[38] Es verdad también que en Inglaterra la *House of Lords*, hasta hace poco tiempo, presentaba cierta resistencia a limitar la eficacia retroactiva de las decisiones judiciales abrogatorias de precedentes, mientras que en los Estados Unidos el *prospective overruling* se admite sin dificultad.[39] Pero, insisto, este no es el resultado inexorable de mantener una teoría declarativa de la jurisprudencia en el primer caso y más o menos creativa en el segundo. Y ello por lo siguiente.

La primera equivalencia (teoría declarativa igual a retroactividad) no es válida porque, aunque sostuviéramos que el nuevo criterio simplemente *constata y declara* la voluntad de la ley, equivocadamente declarada en el criterio anterior, lo que está claro es que los ciudadanos han confiado hasta ahora en que "la voluntad de la ley" es la expresada en el precedente conocido, y por lo tanto nuestro compromiso con la seguridad jurídica, es decir la voluntad de no traicionar las expectativas normativas generadas, perfectamente podría conducirnos a otorgar al nuevo criterio efectos (sólo) prospectivos. La segunda equivalencia (teoría creativa igual a prospectividad) tampoco es válida porque, aunque sostengamos que el nuevo criterio constituye *derecho nuevo*, nada impide –excepto el compromiso con la seguridad jurídica– que por otras consideraciones (de tipo consecuencialista, de justicia material, etc.) pueda estimarse necesario atribuirle eficacia retroactiva.[40] Si se da eficacia prospectiva al nuevo criterio es única y exclusivamente porque no se desea frustrar la confianza que los justiciables han depositado en el precedente anulado y sobre cuya base han establecido sus relaciones, y no por ninguna otra razón. En definitiva, porque no parece aceptable –como afirmaba James Allan C.[41] criticando la tesis de la rígida retroactividad–

[38] Decía Oliver Wendell Holmes: "It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past". (O. W. Holmes, "The Path of Law", *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, p. 469). Y aún más claramente, Benjamin N. Cardozo también señalaba que "the rule of adherence to precedent, though it ought not to be abandoned, ought to be in some degree relaxed. I think that when a rule, after it has been duly tested by experience, has been found to be inconsistent with the sense of justice or with the social welfare, there should be less hesitation in frank avowal and full abandonment" (Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1975, p. 150).

[39] *Cfr.* T. Bustamante, *Teoría del precedente…, op. cit.,* p. 423 y ss.

[40] Si la teoría creativa de la jurisprudencia nos parece consustancial a la prospectividad es porque damos por descontado el compromiso del sistema jurídico con los derechos de los individuos y con la seguridad jurídica como exigencia mínima en garantía de aquellos. Pero las cosas no siempre son así.

[41] J. A. C. Grant, "Judicial Control of Legislation. A Comparative Study", *The American Journal of Comparative Law,* vol. 3, núm. 2, 1954, pp. 192.

que "*in order to know the law of today one must be able to divine the decisions of tomorrow*". Cabe decir, pues, que el tipo de efectos (retrospectivos o prospectivos) del nuevo criterio se funda en consideraciones de seguridad jurídica, y no (o no fundamentalmente) en la teoría de la decisión judicial subyacente. Tiene razón Victoria Iturralde cuando afirma que "el problema que se coloca con la derogación [de un precedente] es precisamente este. La elección entre dar más valor a la confianza y a la certeza o eliminar una norma obsoleta y, consecuentemente, excluir el error consagrado en decisiones anteriores".[42]

Teniendo esto en cuenta, creo que la respuesta adecuada a la pregunta arriba formulada ha de ser la siguiente. Como regla general, en virtud del principio de *universabilidad*, el nuevo criterio no debe diferirse: deberá aplicarse a *todos los casos* que se resuelvan, con independencia de que los hechos que los han originado hayan ocurrido antes del cambio. Sin embargo, por razones de *seguridad jurídica*, o sea para no defraudar las expectativas normativas generadas por el precedente que ahora se abandona, puede imponerse la prospectividad, difiriendo entonces la aplicación del nuevo criterio a los casos que tengan su origen en hechos acaecidos después del cambio.[43] Por lo demás, cuando las normas a aplicar sean penales, sancionadoras o, en todo caso, restrictivas de derechos, no es sólo la seguridad jurídica sino también el *principio de legalidad* el que exige una aplicación prospectiva de la nueva jurisprudencia cuando ésta comporte consecuencias más desfavorables que la aplicación del criterio precedente.[44] En suma, los efectos del cambio de jurisprudencia vienen regidos

[42] V. Iturralde, *El precedente en el…, op. cit.,* p. 169.

[43] A estos efectos, además, el compromiso con la seguridad jurídica que se impone al legislador hay que considerarlo extensivo a la jurisprudencia. No se puede permitir que se alcance por vía jurisprudencial lo que no puede hacerse por vía legal. Como se advierte en *Bouie v. City of Columbia*, 378, U.S. 347, 353-354 [1964], "si la cláusula de las leyes *ex post facto* prohíbe a una legislatura estatal sancionar tales leyes, debe concluirse que una Corte Suprema estatal, en virtud de la cláusula del debido proceso, no puede alcanzar precisamente ese mismo resultado a través de una interpretación judicial".

[44] Así pues, si el tribunal interpreta una norma penal de modo más favorable para el acusado que lo que había sido la línea precedente, podrá aplicar ya esa interpretación al caso presente; pero si la interpreta de modo más desfavorable el acusado no tendrá el deber de soportar esa nueva interpretación, que tendrá efectos sólo prospectivos. Resolver en distinto sentido equivaldría a infringir el principio de legalidad penal, que prohíbe condenar en base a una ley inexistente en el momento de cometerse el hecho delictivo. Víctor Ferreres no se muestra tan contundente en cuanto al alcance (sólo) prospectivo de los cambios jurisprudenciales desfavorables para el reo, pero sí pone de relieve el problema que supone atribuir efectos retroactivos a los mismos: "si nos tomamos en serio el valor de la jurisprudencia –señala– habrá que reconocer que las variaciones que aquella experimente en contra del reo *no siempre*

por el principio de *universabilidad,* que impone la retroactividad, y por el principio de *seguridad jurídica*, que permite o exige limitar la retroactividad, según los casos.[45]

4. Respeto al propio precedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo

Hasta aquí he caracterizado la regla del autoprecedente como una regla de la argumentación racional que debe ser seguida por todos los Jueces y tribunales. También, por tanto, por el Tribunal Supremo. Pero además en el Tribunal Supremo el seguimiento de esta regla es especialmente importante. Primero porque, por la posición que ocupa en la cúspide de la organización institucional de la justicia, sus decisiones no están sometidas a ningún órgano superior, y en consecuencia, si han de resultar justificadas, deben ser al menos universalizables. Pero segundo, y también, porque el riguroso cumplimiento del autoprecedente por parte del tribunal impacta positivamente en su función de creación de precedentes para los demás órganos. Y no sólo porque ello *potencia la fuerza del precedente* que crea,[46] sino también porque *facilita su individualización* a los órganos posteriores y contribuye así a su *seguimiento uniforme.* En lo que sigue abordaré brevemente este segundo aspecto.

4.1. Planteamiento: la universabilidad como nexo de unión entre la función nomofiláctica y la de creación de precedentes

Tradicionalmente se ha debatido mucho sobre si la función del Tribunal Supremo debe ser *defender la ley*, asegurando su exacta interpretación y aplicación frente a las decisiones judiciales que puedan violarla (función *nomofiláctica*); o si su papel debe ser

podrán producir efectos retroactivos", J. Ferreres y J. A. Xiol, *El carácter vinculante de…, op. cit.*, p. 72 (cursivas añadidas).

45 Discrepo, pues, de Eduardo Sodero, quien opina –haciéndose eco de la variada jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense que sostiene tanto los efectos prospectivos como los retroactivos aunque sean desfavorables– que "ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello parece forzoso concluir que será el juicio prudencial del Juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa *hic et nunc*", en E. Sodero, "Sobre el cambio de los…", art. cit., p. 250.

46 Como afirma Taruffo "una Corte que, sobre la misma cuestión, cambiase cada día de opinión tendría escasa influencia", en M. Taruffo, "Precedente y jurisprudencia", trad. cast. de C. Martínez y F. Gandini, *Anuario Jurídico*, 2007, p. 94.

también *uniformar la interpretación* de la ley en pro del interés público de mantener la unidad del ordenamiento y velar por la igualdad en su aplicación *(creación de precedentes)*. Pero la respuesta a esta cuestión parece clara: ambas funciones forman parte de la lógica de un tribunal supremo. Piero Calamandrei ya lo entendió así,[47] al sugerir que una Corte de casación tendría que proyectarse también como una Corte de precedentes, capaz de asegurar no sólo la exacta interpretación del derecho, controlando la legalidad de las decisiones judiciales, sino también la uniformidad de la jurisprudencia, imponiendo esa interpretación como modelo de decisión para casos sucesivos.[48] Es más, la manera de concebir las funciones de la casación ha evolucionado, y hoy cabe decir que lo que más importa de sus decisiones no es tanto salvaguardar la ley en la resolución de una controversia específica, cuanto su capacidad de generar un canon para resolver casos futuros.[49] En definitiva, hoy se asume que la misión central de una Corte suprema es sobre todo promover la adecuada y uniforme interpretación del derecho: desarrollarse como una Corte de precedentes. No se trata, por tanto, de que la función de tutelar la ley en las controversias específicas haya fracasado, sino de que actualmente hay una clara tendencia a conceder prioridad a la función pública de "dar unidad al derecho mediante su adecuada interpretación a partir de la decisión de los casos presentados".[50]

En todo caso, estas dos funciones de un tribunal de casación están *esencialmente vinculadas*, pues el control de la legalidad en el caso concreto es instrumental de la garantía de la uniformidad en la interpretación del ordenamiento:[51] el tribunal ga-

---

[47] Piero Calamandrei, "La Cassazione Civile. vol.II. Disegno generale dell'istituto", en Piero Calamandrei, *Opere giuridiche* (dir. M. Capeletti), vol.II, Nápoles (1920) 1976, p. 34 y ss.

[48] M. Taruffo, "Precedente y jurisprudencia", art. cit., p. 98.

[49] *Cfr.* Javier Vecina Cifuentes, *La casación penal*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 30 y ss; Michele Taruffo, "Le Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione", en *Le Corti supreme*, Atti de Convegno, Perugia, mayo 2000, Giuffrè, Milán, 2001, p. 96 y ss.

[50] Precisamente sobre la base del mayor o menor acento puesto en cada una de estas funciones, el autor distingue dos modelos de *Cortes de vértice* de la organización judicial: el modelo de la *Corte superior*, orientada por una función nomofiláctica (la defensa de la legislación frente a las decisiones judiciales) y el modelo de la *Corte Suprema*, cuya función reside en promover la unidad del derecho mediante su adecuada interpretación (la creación de precedentes). En el primer modelo, "la jurisprudencia uniforme sirve como *medio* por el cual la Corte puede desempeñar su función de control de la legalidad de la decisión recurrida". En el segundo, el caso concreto sirve como *medio* para que la Corte Suprema pueda ejercer su función de guiar la interpretación del derecho dándole unidad. (Daniel Mitidiero, "Dos modelos de cortes de vértice-Cortes superiores y cortes supremas", en Taruffo, Michele, Marioni, Luiz G., y Daniel Mitidiero (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 78, 107).

[51] Elisabetta Silvestri, "Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione", en *Le Corti supreme*, Atti de Convegno, Perugia, mayo 2000, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 105-106.

rantiza la correcta interpretación del derecho en los casos singulares mediante el establecimiento, en la decisión de los mismos, de reglas con potencial generalizable.[52] La expresión "*nomofilaxis* a través del precedente" expresa con bastante claridad esa esencial vinculación: asegurar el respeto uniforme de las leyes mediante decisiones que proporcionan al mismo tiempo un canon para actuar en el futuro.[53]

Es evidente que la regla del autoprecedente se proyecta sobre la función nomofiláctica del tribunal de casación y se orienta a garantizar que la respuesta legal ofrecida a una controversia específica sea (universalizable y en este sentido) correcta o racional. Pero también es evidente que la universabilidad de esa respuesta es el *presupuesto para la creación de precedentes*: el criterio que respalda la decisión ofrecida para un caso específico sólo se convierte en regla o precedente a seguir si se universaliza.[54] Dicho de otro modo, la universabilidad, más allá de representar una garantía de actuación racional, es el *nexo de unión entre la función nomofiláctica y la de creación de precedentes:* la respuesta legal correcta para la controversia específica sólo puede ser la respuesta universalizable, que es además lo que permite hablar de "precedente", y no sólo de una respuesta aislada.[55] Por eso tiene sentido preguntarse si, en el seno de un tribunal de casación, el mejor o peor cumplimiento de la regla del autoprecedente repercute en su función de creación de precedentes.

4.2. Impacto de la regla del autoprecedente en la creación de precedentes

Diré directamente lo que pretendo sostener. En los tribunales de casación, el cumplimiento riguroso de la regla del autoprecedente puede impactar positivamente en la creación de precedentes a seguir por el resto de tribunales contribuyendo a *identificar* mejor el contenido del precedente que crean y *facilitando* así su seguimiento generalizado. Pero me apresuro a hacer dos observaciones. La primera es que lo que

[52] Simone Trento, "El problema de la formación de precedentes en materia probatoria por los tribunales supremos", en Ferrer Beltrán, Jordi y Carmen Vázquez (eds.), *Debatiendo con Taruffo,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Paulo, 2016, p. 242.

[53] Michele Taruffo, *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 567-568.

[54] N. MacCormick, *Legal Reasoning…, op. cit.,* pp. 82, 134 y ss.

[55] Es la universabilidad del criterio en que se funda la respuesta lo que justifica esa respuesta y, al mismo tiempo, confiere a ese criterio el carácter de regla.

voy a sostener aquí podría sostenerse también sin necesidad alguna de recurrir a la regla del autoprecedente. Bastaría, por ejemplo, con un análisis enfocado en la necesidad de hacer más eficaz (cuantitativa y cualitativamente) la función de mantener la unidad del ordenamiento, de la que la creación de precedentes es instrumental. Si tomo la regla del autoprecedente como punto de referencia para el análisis es porque –me parece– permite visualizar muy bien la conexión existente entre la *fundamentación* o justificación de una decisión que sienta un precedente y la capacidad de esa decisión para crear *eficazmente* un precedente. La segunda observación es que, aunque el análisis vaya referido a la Corte Suprema como *Corte de Casación*, también resulta extensible a la Corte Suprema como *Corte Constitucional* que orienta la aplicación del derecho mediante precedentes formados a partir de la resolución de los casos concretos, y en general a cualquier tribunal que, en la resolución de controversias específicas, cree un precedente a seguir.

La conexión entre el cumplimiento *riguroso* de la regla del autoprecedente y la creación de precedentes se manifiesta en lo siguiente.

1. Recordemos que, en el fondo, lo que la regla exige es que el tribunal cumpla el principio de universabilidad en la respuesta dada al caso. Tres situaciones pueden darse aquí:

a) Que ya exista un precedente y el tribunal lo siga, lo que supone su *consolidación*.

b) Que exista un precedente y el tribunal lo abandone, estableciendo un *nuevo criterio* que sustituye al anterior.

c) Que no exista aún un precedente para el caso específico y el tribunal entonces decida *ex novo*.

Los dos últimos supuestos son aquí los relevantes, porque sientan un nuevo criterio o regla de juicio (bien *ex novo*, bien en sustitución del anterior) que puede constituir un precedente a seguir por el resto de los tribunales. Y en ambos casos la exigencia es la misma: que esa regla de juicio en que la decisión se funda (la *ratio decidendi)*

sea *universalizable*. O sea, que no se trate de un criterio particularizado o *ad personam* sino de una auténtica *regla*, un canon válido al mismo tiempo para resolver futuros casos iguales.

El cumplimiento de la universabilidad se expresa en la motivación de la decisión y admite diferentes grados, que van desde un cumplimiento mínimo, débil o poco intenso hasta un cumplimiento riguroso o máximo. Entiendo que hay un cumplimiento *mínimo o débil* del requisito de la universabilidad cuando su presencia en la motivación no resulta demasiado clara. O sea, cuando la decisión aparece motivada, sí, pero con una argumentación confusa o de pobre calidad en la que los criterios que la sustentan (y que constituyen la regla de decisión) no resultan explícitos ni suficientemente claros y justificados. Esta situación es sumamente frecuente y, cuando esto sucede, la *ratio decidendi* ha de derivarse (muchas veces con dificultad) de los fundamentos jurídicos de la sentencia en un ejercicio de interpretación de los mismos de inciertos resultados. Entiendo, en cambio, que hay un cumplimiento *máximo* o *riguroso* del requisito de la universabilidad cuando se explicitan y justifican con una argumentación de calidad los criterios en que la decisión se basa; o sea, cuando se perfila y formula con estimable precisión y se justifica con el apropiado rigor la regla de juicio que representa "la ley del caso". Es obvio que la decisión, para ser válida, no tiene por qué ser justificada con esa máxima pulcritud y precisión. Pero también es obvio que una justificación que se ajusta a esos parámetros de explicitud y rigor (es decir, que cumple *máximamente* la regla del autoprecedente) permite a los Jueces posteriores identificar mejor la regla de juicio en la que la decisión se funda (o sea, el precedente que crea) y contribuye así a su seguimiento generalizado.

2. La ventaja de actuar así es evidente. Una de las dificultades fundamentales para el seguimiento de precedentes proviene precisamente de que los tribunales no suelen indicar expresamente cuál es la *ratio decidendi* o regla de juicio que constituye el precedente, de manera que son los tribunales posteriores que leen la sentencia los que –mediante su interpretación– deben identificarla distinguiéndola de los *obiter dicta.*[56] Ese ejercicio interpretativo de identificación de la regla no siempre resultará

[56] *Cfr.* V. Iturralde, "Precedente Judicial", art. cit., p. 198; David Sierra Sorockinas, "El precedente: un concepto", *Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 36, enero-junio 2016, pp. 256 y ss.

fácil[57] (entre otras cosas porque puede no estar claro cuáles son, de entre todos los hechos que conforman el caso, los que han sido relevantes para decidir y conforman por ello el supuesto de hecho de la regla de decisión),[58] ni siempre conducirá a una regla homogénea, pues su individualización queda librada a la valoración del intérprete.[59] El resultado probable es una variedad de opiniones divergentes, y a veces contrastantes, sobre cuál sea el precedente a seguir, con lo que el objetivo de la unificación del derecho por vía de precedentes difícilmente se alcanza. Por eso el cumplimiento estricto de la máxima universalizadora, mediante un esfuerzo argumentativo que indique claramente la regla de decisión utilizada en el caso concreto y la proyecte hacia el futuro como regla destinada a ser aplicada por los Jueces sucesivos, minimiza esta dificultad y facilita la identificación uniforme del precedente.[60]

Taruffo expresa claramente esta dificultad cuando confronta el "precedente" (que es el *modus operandi* en los sistemas de *common law*) con la "jurisprudencia" (que es a lo que se alude y lo que mejor refleja el *modus operandi* de los sistemas de *civil law*). Mientras que el "precedente" es *la regla de decisión de un caso* particular susceptible de ser universalizada, lo que llamamos "jurisprudencia" es un conjunto de enunciaciones sobre la *interpretación correcta de un precepto legal* procedentes además de una multiplicidad de decisiones que pueden ser del más variado signo. Su contenido, por lo general, es más específico que el de la norma que interpretan, pero siguen siendo formuladas como enunciaciones generales de carácter preceptivo *separadas de cualquier referencia a los casos* que dieron lugar a las mismas. Surgen así varias dificultades. De un lado, y aparte de la dificultad intrínseca de decidir "cuál debe ser la deci-

---

57 Puede verse un análisis reciente de las diferentes dificultades para identificar la *ratio* en Teresa A. Wambier, "Deben los Jueces crear derecho?", en Michele Taruffo, Luiz G. Marioni, y Daniel Mitidiero (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 327 y ss.

58 En efecto, "escoger los hechos" y formular la regla jurídica no son cosas independientes: la regla jurídica se formula sobre la base de los hechos elegidos como relevantes. Por ello, dentro de un mismo caso pueden identificarse *reglas* diferentes, dependiendo de cuáles sean los hechos del caso que se consideren. *Cfr.,* p. ej., J. L. Montrose: "One can theoretically construct many different rules which will apply to the facts of the case (…) any one or more characteristics of the particular facts serve as a starting point for different theoretical rules"; en "The Ratio Decidendi Of a Case", *The Modern Law Review*, vol. 20, núm. 6, noviembre de 1957, p. 593.

59 Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milán, 2011, p. 263.

60 En realidad, cuando el propio tribunal es el que perfila la regla de decisión señalando por qué decide lo que decide, la argumentación basada en precedentes se aproxima bastante a la argumentación basada en reglas. *Cfr.* Frederick Schauer, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. Claudia Orunesu, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 245 y ss.

sión verdaderamente relevante (si existe alguna), o cuántas decisiones se requieren para poder afirmar que existe una jurisprudencia relativa a una determinada interpretación de una norma",[61] esas interpretaciones no siempre constituyen una doctrina limpia y coherente sino que a veces se producen cambios de dirección, lo que dificulta sobremanera la individuación de líneas de precedente suficientemente uniformes.[62] De otro lado, y siendo esas interpretaciones formuladas como reglas generales y abstractas, separadas de cualquier referencia a los casos que dieron lugar a las mismas, su aplicación posterior no se puede fundar en la identidad o analogía de los casos sino en la subsunción del caso sucesivo en esas reglas generales, lo que puede conducir –de nuevo– a una variedad de criterios.[63] En estas circunstancias es difícil hablar de precedentes. Lo que se tiene es, más bien, un conjunto de criterios jurisprudenciales dispersos y fragmentados, sin principios comunes que los entrelacen, que frustra la posibilidad de dotarnos de un sistema de razonamiento colectivo que permita ir aprendiendo de las experiencias judiciales previas.[64]

Por eso –digámoslo una vez más– si el tribunal de casación, cumpliendo rigurosamente el principio de universabilidad, definiese mejor cuál es la *regla de juicio* aplicada al caso específico y proyectable hacia el futuro, identificando el "cuadro de hechos" que constituye su condición de aplicación y argumentando con claridad sobre el criterio aplicable, se haría más eficaz su individualización y seguimiento como precedente: el Juez posterior podrá identificar con facilidad esa regla y decidir si existe o no identidad o analogía entre los hechos del primer caso y los del segundo, y por tanto si existe o no precedente. No se trata –conviene insistir en esto– de que sin una justificación rigurosa de la decisión (que muestre expresa y claramente la regla en que se funda), ésta no pueda considerarse justificada o no pueda constituir un precedente. No se puede llegar tan lejos. Pero en un órgano de casación que pretende unificar la interpretación del derecho mediante la creación de precedentes, mostrar expresa y claramente que su decisión está fundada en una regla de juicio generaliza-

---

61 M. Taruffo, "Precedente y jurisprudencia", art. cit., p. 88.

62 Lo que, por cierto, explica que la auténtica creación de precedentes fuertes (es decir, de auténticas "reglas") se lleve a cabo, de hecho, con escasez de pronunciamientos sobre esa cuestión (Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 29-30).

63 M. Taruffo, "Precedente y jurisprudencia", art. cit., p. 89.

64 Ana Laura Magaloni, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, Número 57, CIDE, México, 2011, p. 5.

ble y cuál es el contenido de esa regla contribuye a facilitar su identificación uniforme y, con ello, a respaldar su fuerza de precedente. Se ganaría, en definitiva, mucho en términos de unificación del derecho.

La ventaja comentada se hace aún más clara cuando la decisión supone (no una creación *ex novo* de doctrina sino) un abandono de la doctrina jurisprudencial precedente y la creación de una nueva. En estos casos, la justificación explícita y rigurosa de esa decisión *overruling* proporciona certeza no sólo identificando con la mayor precisión posible la nueva regla de juicio sino también derogando claramente la anterior. Pero, además, la gravosa carga de justificar estricta y cabalmente un cambio de precedente seguramente impactará en la actuación del tribunal haciéndole más consciente de la tarea que está llevando a cabo. Dicho de otro modo, el tribunal que se sabe en la obligación de justificar de manera rigurosa por qué abandona un precedente y lo sustituye por otro estará en mejores condiciones de reflexionar sobre las razones del abandono, evitando así cambios irreflexivos, inconscientes, frívolos o demasiado frecuentes. Lo que resulta sumamente positivo, pues un Tribunal que cambia sus precedentes con frecuencia, o que emite jurisprudencia zigzagueante y sin dirección, es incapaz de orientar la acción de los tribunales por vía de precedentes.

En suma, teniendo en cuenta que la identificación de los precedentes la llevan a cabo los tribunales posteriores, el modo en que un tribunal que crea precedentes los define y fundamenta puede potenciar, o por el contrario frustrar, el objetivo de la unidad jurisprudencial. Es verdad que "cuando se manejan decenas o centenares de sentencias –como sucede en muchos de nuestros ordenamientos– se está fuera de la lógica del precedente",[65] pues en esa amalgama de pronunciamientos del más variado tipo no resultará fácil identificar líneas de precedente homogéneas y consistentes. Pero también lo es –me parece– que, aún en estas circunstancias, el cumplimiento riguroso de la regla del autoprecedente por parte del tribunal que lo crea contribuye a hacer más eficaz el seguimiento uniforme de una regla jurídica constituida por criterios claramente definidos y sólidamente fundamentados. Naturalmente esto no significa que el tribunal que sienta un precedente tenga capacidad para establecer a priori su exacto alcance normativo, al modo de un legislador. Podrá establecer, todo

[65] M. Taruffo, "Precedente y jurisprudencia", art. cit., p. 93.

lo más, una pauta (la regla de juicio) con la que podrán actuar los tribunales posteriores, y serán éstos los que, al aplicarla, irán determinando su grado de generalidad y abstracción. Pero lo valioso es que esa regla de juicio esté clara y sea identificable por éstos, porque eso es lo que permitirá, con el tiempo, la consolidación (agrupando y ordenando precedentes) de una práctica judicial común.

5. Fuentes

5.1. Bibliohemerografía

Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica,* trad. E. Garzón Valdés, CEC, Madrid (1987) 1991.

Ahumada Ruiz, Marian, "'Stare decisis' y creación judicial de Derecho (Constitucional)", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 67, 2003, pp. 351-368.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de I. Espejo y M. Atienza, CEC, Madrid (1978) 1989.

Benditt, Theodore M., "The Rule of Precedent", en Laurence Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon, Oxford, 1991.

Bernal, Carlos, "Precedents and Balancing", en Thomas Bustamante y Carlos Bernal (eds.), *On the Philosophy of Precedent*, Archiv für Rechts und Sozial Philosophie, Beiheft 133, 2012.

Bustamante, Thomas da Rosa de, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Ediciones legales EIRL, Lima-Perú, 2016.

Black, Henry Campbell, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, 2a. ed., Minn. West Publishing Co., St. Paul, 1911.

Calamandrei, Piero, "La Cassazione Civile. vol.II. Disegno generale dell'istituto", en Piero Calamandrei, *Opere giuridiche* (dir. M. Capeletti), vol.II, Nápoles (1920) 1976.

Cardozo, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven-Londres (1921) 1975.

Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (eds.), *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Paulo, 2016.

Ferreres Comella, Víctor y Xiol, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

Díez, Silvia, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

Gascón, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

_____, "Racionalidad y (auto)precedente", *Teoría y Derecho*, núm. 10, 2011, pp. 133-150.

Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon, Oxford, 1991.

Grant, J. A. C., "Judicial Control of Legislation. A Comparative Study", *The American Journal of Comparative Law,* vol. 3, núm. 2, 1954, pp. 186-198.

Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milán, 2011.

Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 1940.

Holmes, Oliver Wendell, "The Path of Law", *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, p. 457.

Iturralde, Victoria, "Precedente Judicial", *Eunomía*, núm. 4, 2013, pp. 194-201.

_____, *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Martínez Velasco, Luis (ed.), Espasa Calpe, Madrid (1785) 1994.

Kent, James, *Commentaries on American Law*, 11a. ed. Little, Brown and Company, Boston, vol. I, citado en Eduardo Sodero, "Sobre el cambio de los precedentes", *Isonomía*, (1867), vol. 21, 2004, p. 255.

Knittel, Wilhelm, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung,* Verlag Gieseking, Berlín, 1965.

Lamond, Grant, "Do Precedent Create Rules?", *Legal Theory*, vol. 11, núm. 1, 2005, pp. 1-26.

Laporta, Francisco J., "La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente", en Ferreres, Víctor y Xiol, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 11-45.

Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 4a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona (1979), 1994.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

MacCormick, D. Neil y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study,* Routledge, Londres, 1997.

Magaloni, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, McGraw-Hill, Madrid, 2001.

_____, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, Número 57, CIDE, México, 2011.

Mitidiero, Daniel, "Dos modelos de cortes de vértice- Cortes superiores y cortes supremas", en Taruffo, Michele, Marioni, Luiz G., y Daniel Mitidiero (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 77-122.

Montrose, J. L., "The Ratio Decidendi of a Case", *The Modern Law Review*, vol. 20, núm. 6, noviembre de 1957, pp. 587-595.

Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Universidad de Bruselas, Bruselas, 1970.

Prieto Sanchís, Luis, "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto, 1991, pp. 175-198.

_____, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico,* CEC, Madrid, 1992.

Schauer, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. Claudia Orunesu, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Schlesinger, Rudolf, Baade, Hans W., Damaska, Mirjan R. y Peter H. Herzog (eds.), *Comparative Law*, 5a ed., The Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1988.

Sierra Sorockinas, David, "El precedente: un concepto", *Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 36, enero-junio 2016, pp. 249-269.

Silvestri, Elisabetta, "Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione", en *Le Corti supreme*, Atti de Convegno, Perugia, mayo 2000, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 105-116.

Sodero, Eduardo, "Sobre el cambio de los precedentes", *Isonomía*, vol. 21, 2004, pp. 217-255.

Taruffo, Michele, "Per un´analisi comparata del precedenti giudiziario", *Ragion pratica*, vol. 6, 1996, p. 55 y ss.

_____, "Le Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione", en *Le Corti supreme*, Atti de Convegno, Perugia, mayo 2000, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 95-104.

_____, "Precedente y jurisprudencia", trad. de C. Martínez y F. Gandini, *Anuario Jurídico*, 2007, pp. 85-99.

_____, *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

_____, *La motivación de la sentencia civil*, Trotta, Madrid, 2011.

Trento, Simone, "El problema de la formación de precedentes en materia probatoria por los tribunales supremos", en Ferrer Beltrán, Jordi y Carmen Vázquez (eds.), *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- San Paulo, 2016, pp. 221-254.

Vecina Cifuentes, Javier, *La casación penal*, Tecnos, Madrid, 2003.

Wambier, Teresa Arruda Alvim, "Deben los Jueces crear derecho?", en Taruffo, Michele, Marioni, Luiz G. y Daniel Mitidiero (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 301-372.

Wesley-Smith, Peter, "Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis", en Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon, Oxford, 1991, pp. 73-82.

Wróbleski, Jerzy, "Precedent in Statutory (Civil) Law System", en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Saggi Teorico-Giuridici, Giuffré, Milán, 1990.

Zander, Michael, *The Law-Making Process*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1989.

El autoprecedente en la jurisprudencia de tribunales de cierre: el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Diana Beatriz González Carvallo*

* Investigadora Jurisprudencial de Centro de Estudios Constitucionales-SCJN.

¿Cuál es el contenido de la obligación que vincula a los tribunales de cierre con sus decisiones anteriores? Y, de manera más básica, ¿debería existir en todos los casos esa obligación? Estas preguntas genéricas engloban varias cuestiones fundamentales para la definición tanto del esquema de precedentes que opera en contextos específicos, como para la determinación de los efectos de ese diseño institucional sobre los pronunciamientos de ese tipo de cortes. En el caso mexicano es posible identificar la preocupación legislativa por esos asuntos, al menos, desde el Código de Procedimientos Civiles de 1908. El artículo 787 de ese estatuto precisa que la Corte está sujeta a sus propias decisiones, lo que significa que si quiere apartarse de ellas debe cumplir con requisitos específicos, tal como la presentación de las razones que respaldan la admisibilidad de ese cambio. Opera, entonces, una presunción de obligatoriedad de las ejecutorias anteriores del mismo Tribunal y un deber[1] reforzado de explicitar y justificar las razones del cambio.

Éste es, pues, el punto focal de este texto: el uso del propio precedente por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). El objetivo general del mismo es dar cuenta, de manera concisa, de la doctrina desarrollada al respecto por la teoría del derecho y, con base en ese marco, señalar las particularidades institucionales de la figura del autoprecedente en el Máximo Tribunal de justicia mexicano. Por ello, divido argumentativamente el escrito en cuatro grandes secciones: en la primera de ellas presento cómo está inscrito el respeto de los propios fallos o autoprecedente (o ejecutorias, en palabras del artículo mencionado arriba) en el marco más general del

[1] En el texto uso de manera intercambiable los términos "deber" y "obligación". Hay diferencias importantes entre ellos pero, para efectos de este escrito, pueden ser dejadas de lado.

precedente judicial. También me refiero específicamente al autoprecedente, los diversos sentidos que le han sido adscritos y los principios de su fundamentación. En este apartado precisaré cuál creo que es la noción de autoprecedente operativamente más adecuada. En segundo lugar, doy cuenta del modelo de autoprecedente desarrollado en el contexto mexicano tanto en términos legislativos, como en los pronunciamientos de la SCJN sobre el particular. En la tercera y última parte, presento las conclusiones generales y algunas líneas de discusión más específicas que se derivan del texto.

Antes de finalizar esta introducción sólo quisiera anotar que pese a la importancia de este tema, su reflexión en textos de habla hispana es muy escasa. Ello puede deberse a que, entre otras cuestiones, para quienes se ocupan de estos temas resulta tan evidente el carácter vinculante del autoprecedente de las Corte Supremas (o, por el contrario, su no vinculatoriedad), que no parece configurarse como un objeto autónomo y valioso de la reflexión jurídica. En los párrafos que siguen quisiera mostrar que no sólo no es obvio el lugar de estas decisiones, sino que es muy importante discutir en qué términos va a ser juzgada la actuación del tribunal encargado de la guarda de la Constitución en punto de sus propios pronunciamientos.

1. Vinculación de los tribunales de cierre a sus decisiones previas: la cuestión del autoprecedente

En relación con el tema del autoprecedente hay diferentes ofertas de fundamentación y, en ese sentido, son presentadas razones diversas para mostrar su plausibilidad. Aunque las diferentes propuestas individualizan diferentes valores como primordiales, la mayoría alude a un catálogo similar de principios sistémicos protegidos y promovidos por esta figura. Entre los valores mencionados como base del autoprecedente están el de igualdad formal ante la ley, igualdad en la aplicación de la ley, seguridad jurídica, certeza en el derecho, universalidad y coherencia del sistema. A continuación presentaré de qué manera la doctrina los ha interpretado en tanto vinculados al respeto de los tribunales de cierre de sus decisiones previas.

Al autoprecedente le es reconocida, al menos teóricamente, una importancia normativa que se deriva tanto de los vínculos de las Altas Cortes con su propio razonamiento, como de los efectos que ese vínculo tiene sobre los juzgadores de jerarquía inferior (precedente vertical). En todo caso, los diferentes países traducen esta importancia de manera dispar. Como lo sostiene el teórico del derecho Aleksander Peczenick, algunos consagran legislativamente la obligación de respeto del propio precedente, otros crean –precisamente, vía precedente– el deber de acatar sus fallos anteriores y otros más guardan silencio en relación con este punto.

Pese a que en el segundo apartado desarrollo concretamente el punto, quisiera adelantar que, en México hay al menos dos lecturas posibles de cuál es la fuente de la obligación de respeto al autoprecedente (suponiendo que hay tal) y a quiénes aplica según se entienda a la SCJN como un solo órgano, o como tres instancias relativamente autónomas (dos Salas y el Pleno). Una parte de la doctrina sostiene que la fuente de ese deber de respeto de las propias decisiones son los principios mencionados arriba y que tiene diferentes niveles de cumplimiento por parte de la SCJN.[2] Otros afirman que la propia noción de jurisprudencia y de órgano de cierre justifica esta obligación. Por su parte, según se considere a esta institución como un solo órgano o como varios, le aplicará la figura del autoprecedente. Es decir, si es uno solo, todos sus fallos deben ser respetados en cada una de sus decisiones (que califiquen, en el caso mexicano, como jurisprudencia). Ahora, también puede considerarse que el autoprecedente aplica a cada una de las Salas del Tribunal (Primera, Segunda y Pleno) entendidas como órganos autónomos y diferenciables, esto es, al interior de las Salas pero no entre ellas. Más adelante vuelvo sobre este particular.

El principio genérico de respeto a los argumentos expuestos por los tribunales de cierre en casos iguales en lo relevante (es decir, su carácter normativo), no significa que estos órganos no puedan cambiar de posición en relación con un asunto en específico. Se sigue, más bien, que estos cambios deben ser explícitos y que lo que

[2] El seguimiento del propio precedente por parte de la SCJN es, en gran parte, un asunto empírico. Para la revisión de una de las dimensiones de ese seguimiento, qué tanto cita la Corte sus propios fallos, puede revisarse el texto de Camilo Saavedra, "El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México", incluido en este volumen.

pesa sobre las cortes es la carga de argumentar la razonabilidad del cambio.[3] Las decisiones que toman las Altas Cortes tienen una fuerza normativa especial, cualificada en términos de la legislación, la jurisprudencia o la tradición nacionales. Aunque muchos autores que se ocupan de este tema invocan un catálogo similar de valores y principios promovidos por ese respeto, sus propuestas de fundamentación divergen en relación con cuál o cuáles valores serían los que fundamentan en primer término esta institución.

Una primera conclusión que puede derivarse es que esta obligación de respeto es cualificada en tanto no se trata del deber de acatar sin más las propias decisiones previas (como ocurre con el precedente vertical), sino de asumir la carga de argumentación que supone el cambio de decisión. En todo caso, para cualificar esta afirmación falta precisar a qué me refiero con "precedente".

Como lo he venido señalando, las decisiones del propio Tribunal tienen fuerza normativa, es decir, deben ser tomadas en consideración al momento de fallar un caso sustancialmente igual. Sin embargo, la configuración institucional y la práctica específica perfilan tanto la obligación asociada, como los casos que gobierna esa normatividad. Hay precedentes que implican la obligación por parte del Juez de cierre de presentar razones necesarias y suficientes para modificar el sentido del fallo, además de explicitar las decisiones en las cuales se aparta de sus propios fallos anteriores; otros pronunciamientos exponen argumentos que son pertinentes y que pueden ser tomados en cuenta en decisiones posteriores, pero que sirven específicamente como razonamientos de apoyo. Hay entonces una cualificación adicional del tipo de normatividad asociada a los propios precedentes: obligatoria –que se traduce en carga de la argumentación– y persuasiva –que ofrece buenas razones a ser tomadas en cuenta en el nuevo fallo–, pero cuyo seguimiento no es obligatorio. A continuación me refiero a algunos de los fundamentos explicativos avanzados por diversos teóricos en relación con la normatividad del autoprecedente.

---

[3] Aleksander Peczenick, "The Binding Force of Precedent", en Neil MacCormick, Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Routledge, Londres, 1997, pp. 461- 462.

1.1. El autoprecedente como carga de argumentación derivada del principio de universalidad

La aplicación de una regla derivada de la resolución de un caso anterior puede explicarse, entre otras cosas, con base en que esa regla es aplicable a casos futuros iguales en lo relevante, es decir, que es universalizable.[4] En el contexto de la producción académica en lengua española, la reflexión acerca del autoprecedente es más bien marginal. Como señalé en la introducción, esto puede deberse a que para los teóricos del derecho resulta evidente la respuesta, afirmativa o negativa, a la cuestión de la obligación del tribunal de cierre de respetar sus decisiones pasadas.

La mayor parte de las referencias a esta institución se realizan en el contexto de discusiones sobre precedente en general (creación, modificación, etc.), pero tienen que ver principalmente con el alcance vertical de la institución (a Jueces inferiores) y con los sujetos obligados por éste (si son sólo los Jueces o todas las autoridades públicas y algunas privadas). Una excepción a esta marginalidad es el trabajo académico de la profesora Marina Gascón Abellán.[5] Gascón ha dedicado buena parte de su producción al análisis riguroso y pormenorizado de esta institución tanto en términos de fundamentación normativa, como de la actuación específica del Tribunal Constitucional español. Quisiera detenerme en la presentación de las tesis centrales de su propuesta, especialmente, en las razones que la llevan a sostener que la fuente justificativa de la obligación de respeto de autoprecedente por parte de los tribunales de cierre es el principio de universalidad, entendido en términos kantianos.

La profesora Gascón entiende el precedente, dicho de manera acotada, como la obligación que pesa sobre los impartidores de justicia de decidir de manera igual los casos sustancialmente iguales[6] Ahora bien, cuando se hace referencia a la vinculación de los tribunales de cierre a su propio precedente, lo que fundamenta ese deber no es la obligación de seguir lo decidido por el Superior jerárquico (principio

---

4 Michele Taruffo, "Precedente y jurisprudencia", *Precedente Revista Jurídica* (Universidad ICESI), 2007, p. 87.

5 Este volumen incluye un texto de Marina Gascón que se ocupa, específicamente, de la figura del autoprecedente titulado: "Autoprecedente y creación de precedente en el Tribunal Supremo".

6 Marina gascón, "Igualad y Respeto al Precedente", *Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993, p. 212.

de *stare decisis*), sino el principio de *universalidad*. El argumento es éste: dado que las cortes no tienen una instancia superior cuyas resoluciones tengan que seguir por el mandato de respeto del precedente vertical, lo que da lugar a su deber de atender a las propias decisiones es el imperativo moral de justicia uniforme. Este mandato de justicia uniforme es denominado también "principio de universalidad" y no se restringe sólo al ámbito del autoprecedente, sino que gobierna los juicios en el ámbito del razonamiento práctico en general.[7] Se trata, pues, de una regla que gobierna a la argumentación práctica, y a la jurídica que está inscrita en ella, y no del objeto del razonamiento como tal.

Los sistemas jurídicos –continúa Gascón– operan con reglas específicas del discurso racional pero están integrados por una gran cantidad de principios que tienden a chocar y a generar imperativos de acción incompatibles.[8] Los intérpretes, para el caso los tribunales de cierre, dada la complejidad de los asuntos que conocen, suelen tener varias decisiones disponibles, aceptables e incompatibles para los casos concretos. En esas hipótesis, el principio de universalidad no indica cuál es la decisión correcta a adoptar, sólo manda de manera formal que esa regla que resulte pueda ser usada en casos futuros iguales en lo relevante. En situaciones de conflicto normativo en las que hay varias soluciones óptimas e incongruentes, la aplicación de esta regla de justicia formal es lo más cerca que puede estar el Tribunal de una respuesta correcta. El precedente, en este sentido, sería la expresión misma de la obligación de universalización en el razonamiento judicial, en tanto ordena la aplicación de la misma regla a la decisiones institucionales futuras.

Otra de las manifestaciones de ese mandato de justicia formal es el principio de igualdad en la aplicación de la ley. No se trata de casos en los que hay varias soluciones válidas disponibles, sino en los que frente a hipótesis iguales en lo relevante está proscrito tomar decisiones diferentes. En este mandato está, pues, incorporada

---

[7] En términos muy generales, el razonamiento práctico es aquel que se ocupa de los principios que gobiernan la acción humana, en contraste con el razonamiento teórico que da cuenta de las leyes que rigen los fenómenos naturales. Para la exposición de esta distinción, y algunas objeciones en su contra, puede revisarse el texto de Joseph Raz, Razonamiento Práctico en "Practical Reason," en Joseph Raz, *From Normativity to Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 129-140.

[8] M. Gascón, "Igualad y Respeto al Precedente", art. cit., pp. 214 y 225.

una prohibición de actuación abitraria que no implica que siempre deba tomarse la misma decisión, sino que quien pretenda apartarse de una regla judicial con vocación de universalidad tiene la carga de la argumentación en punto de la razonablidad de ese cambio. Es en contra de la modificación irrazonable (por arbitraria) que se posiciona el principio de igualdad en la aplicación de la ley y cuyo objeto son, en cuanto autoprecedente, las decisiones adoptadas por el mismo órgano.

En suma, hay un mandato formal de interpretación del derecho con base en determinados criterios que, por ser considerados correctos, se presumen como universalizables. Esto quiere decir que se está dispuesto a usar esos mismos parámetros interpretativos en los casos futuros iguales en lo relevante. Hay, por eso, una presunción a favor de la uniformidad jurisprudencial traducida en términos de carga de la prueba de quien pretende apartarse de ella. En ese sentido, cuando hay cambio de la regla (sub-regla) que ha sido utilizada, ésta debe hacerse explícita, al igual que la motivación para eso. La nueva subregla tendrá, ella misma, que ser universalizable.[9]

La noción de *precedente* tiene varias acepciones. Aquella que le importa a Gascón, y con la que opera, es la de principio o subregla usada para la toma de decision judicial en el contexto de un fallo. Hay una distinción adicional relevante sobre el tipo de vinculatoriedad de estas subreglas para las providencias posteriores: su carácter de precedente persuasivo u obligatorio. En el primer caso, se trata de precedentes que ofrecen buenas razones para ser usadas en la decisión de nuevos casos; en el segundo, de reglas obligatorias que tienen que ser seguidas y que, quien pretende desconocerlas tiene la carga de la argumentación.[10]

Dado que –como ya lo señalé– a las decisiones adoptadas por el mismo Juez de cierre (como la SCJN) las gobiernan normas específicas del autoprecedente judicial, es necesario precisar su diferencia específica. Así, valores como la certeza en las decisiones, la igualdad ante la ley y la estabilidad jurídica son tutelados mediante la figura del autoprecedente. Esto les permite a los eventuales agentes o pacientes de las decisiones judiciales anticipar las disposiciones que tomarán los órganos encar-

9 *Ibidem*, pp. 226-227.
10 *Ibidem,* p. 132.

gados de impartir justicia y, así, elegir sus cursos de acción de manera más informada. También promueve principios como: la igualdad formal, tratar igual a los iguales o ahorrar tiempo al propio Tribunal, en tanto éste está en posibilidad de descargarse del deber de argumentar en favor de una decisión basada en un precedente (la justificación fue hecha, precisamente, en el fallo que establece la subregla que sirve como precedente). Un valor específico del respeto de la regla del autoprecedente es la promoción de la racionalidad en la aplicación del derecho, en el sentido de interdicción de la arbitrariedad, regla de universalidad y de argumentación jurídica.[11]

En relación al contenido de la regla de autoprecedente, Gascón señala que la manisfestación del principio de universalidad en este ámbito se proyecta al pasado y al futuro. Es decir, el criterio base para tomar la decisión en el pasado debe ser –salvo motivación suficiente en contrario– el mismo que será utilizado en casos futuros análogos. La salvedad de motivación suficiente implica que la regla de autoprecedente no sea lo mismo que un mandato de congelamiento del Tribunal. Si es detectado que hay un precedente propio defectuoso, que las circuntancias sociales lo han vuelto obsoleto o que, por razones similares, genera consecuencias nuevas e inadmisibles, es necesario modificarlo de manera explícita y a través de una motivación suficiente. La nueva regla derivada de ese cambio está vinculada también por el principio de universalización a casos iguales en los sustantivo.

Hay una cuestión adicional en cuanto a las consideraciones relevantes para el cambio del propio precedente y que resulta especialmente importante al momento de estudiar las subreglas (o sus cambios) en la SCJN. Se trata de si una regla precedente sigue siendo vinculante cuando se modifica la composición del Tribunal, es decir, si hay una identificación entre precedente y Ministros que integraban el Tribunal cuando fueron votadas la reglas.[12] Puede sostenerse que, por una parte, en tanto uno de los fines primordiales de la institución del autoprecedente es la interdicción de la arbitrariedad, una vez que los sujetos del arbitrio son otros, desaparece la obligación. Si los siguiera vinculando se estaría aplicando un mecanismo de unificación jurisprudencial inaceptable para el contexto donde opera el principio de autonomía judicial.

---

[11] *Ibidem,* p. 133-136.

[12] Marina Gascón, "Racionalidad y (Auto) precedente", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico,* núm. 10, 2011, pp. 139-141.

A la pregunta por la relevancia de este hecho es posible responder que, en sí mismo, el cambio en la integración no es importante para efectos de la regla de autoprecedente. Me explico. El objeto de esta regla, según Gascón,[13] no es la unificación jurisprudencial sino la interdicción de la arbitrariedad. En ese sentido, el mandato se limita a hacer obligatorio su seguimiento salvo si motivar el cambio es posible. Esta motivación –su razonabilidad– se determina en función de los argumentos que ofrece y no de los sujetos que la defienden. De igual manera, la norma que resulta del cambio tiene que ser univerzalisable en términos de hechos empíricos y supuestos normativos análogos de los casos concretos.

Ahora bien, ¿qué pasa si el tribunal de cierre está integrado por varias Salas?; en ese caso, ¿los precedentes de las Salas en términos de autoprecedentes vinculan a las otras secciones y al Pleno o sólo respecto de ellas mismas? Y, en términos más genéricos, ¿quiénes integran el Tribunal para efectos de la regla de autoprecedente? Aquí también hay varias respuestas posibles. Una de ellas sostiene, en relación con el autoprecedente, que el Tribunal debe ser considerado como un solo órgano. Para esos efectos no sólo operan los mecanismos de unificación de jurisprudencia, sino que son éstos los que corrigen la convivencia de precedentes contradictorios y promueven, de esa manera, principios como los de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

Gascón señala que esta imposición del autoprecedente como la única opción de diseño institucional no es justificable. La regla de autoprecedente está orientada, de manera principal, a la interdicción de la arbitrariedad y, sólo de manera residual, a la unificación de la jurisprudencia (que no es un fin en sí misma). Esta regla se manifiesta en una carga de la argumentación específica que asume quien pretende modificarla y en la formulación de una nueva regla que sea universalizable. Por eso, no es incompatible con el imperativo de justicia formal que las salas sean consideradas como órganos autónomos en términos de autoprecedente. En todo caso, que no sea incompatible no implica que sea necesario, es también posible defender como razonable un modelo en el cual son considerados como un solo órgano.[14]

---

13 *Ibidem*, pp. 139-140.

14 Marina Gascón, "Racionalidad y (Auto) precedente", art. cit., p. 141.

Hay comportamientos judiciales relacionados con el autoprecedente que, en sí mismos, constituyen el desconocimiento de la regla de interdicción de la arbitrariedad. Entre ellos están: *i*) el intento de evasión del propio precedente mediante la postulación de diferencias entre los casos que no son sufiecientes para justificar un trato desigual; *ii*) la revocación de un precedente sin hacerlo explícito y sin dar razones suficentes que motiven la necesidad del cambio o viceversa; *iii*) cuando el precedente es ancrónico o inaceptable e igual sigue siendo aplicado. Es decir, cuando la formulación del nuevo precedente o el mantenimiento del mismo tienen un defecto de base en términos de la posibilidad de ser universalizado.

El trabajo de Gascón es fundamental para quienes pretenden dar cuenta de la noción de autoprecedente y de las discusiones doctrinarias y judiciales derivadas de la misma. Su análisis de esta figura no sólo es riguroso y minucioso, sino que ofrece una versión propia sólida acerca de cómo puede ser justificado su uso en el contexto de tribunales judiciales de cierre. Gracias a esa claridad y minucia en la exposición de sus ideas es posible articular los puntos de posibles desacuerdos con su argumentación. A continuación, me refiero a algunas de las críticas que pueden ser formuladas a las tesis de Gascón.

1.2. El principio de universalidad como fundamento de la figura del autoprecedente: algunas objeciones

Contra la tesis del principio de universalidad pueden ser planteados algunos reproches. En primer lugar, que ese principio es necesario, pero no suficiente para la fundamentación de la figura del autoprecedente. En segundo lugar, que el Tribunal Constitucional debe ser entendido, para efectos de autoprecedente, como un solo órgano y no como diferentes Salas vinculadas internamente sólo por sus propias decisiones. En tercera instancia, que esta figura no tiene como fin único la interdicción de la arbitrariedad, sino también otros principios igualmente importantes como: la igualdad en la aplicación de la ley, la coherencia y la seguridad jurídica, entre otros. Veamos la primera objeción.

El principio de universalidad exige, a grandes rasgos, que una máxima de acción pueda ser aplicada a todos los casos iguales sin que esto implique una contra-

dicción.[15] Tal vez un ejemplo ayude a ilustrar cómo opera ese principio. Cuando decimos que todas las personas deben tener derecho a la vida y nos preguntamos si esta máxima es universalizable, vemos que no hay contradicción ni conceptual ni temporal en la atribución de ese derecho a cada uno de los sujetos, por lo tanto, es una máxima universalizable. Por otra parte, si decimos en un supuesto que todos pueden mentir cuando quieran y aplicamos el principio de universalidad, se deriva una contradicción. Esto es, si *todos pueden mentir,* la finalidad misma de decir mentiras –que es convencer al interlocutor de que lo que se dice es cierto– queda desvirtuada, porque está de base la mentira universalizada.

Gascón suscribe este principio de universalidad en términos kantianos y lo presenta como condición de la racionalidad de las argumentaciones. La cuestión es que, aunque éste es necesario para fundamentar máximas en el contexto del razonamiento práctico general, es insuficiente tanto en este ámbito, como en el de las decisiones judiciales. Quiero decir, el mero imperativo de no incurrir en contradicciones cuando se aplica a cada caso concreto igual, deja de lado otros valores sustantivos que también son fundamentales al momento de defender la pertinencia de esta figura.

Los tribunales de cierre, particularmente los constitucionales, tienen a su cargo decisiones sobre asuntos complejos. Esas decisiones impactan verticalmente a los todos los Jueces y, en algunos países, a los demás órganos del Estado y a los particulares. En ese sentido, la obligación de las cortes de respetar el precedente establecido por ellas mismas no está justificado sólo porque se espera que sus decisiones sean universalizables, es decir, no contradictorias. También están justificadas en términos de otros principios y valores propios del sistema jurídico, como con los resultados que se esperan de respeto del autoprecedente.

La cuestión es que, si el principio de universalidad fuera *el* fundamento del autoprecedente en órganos de cierre, la evaluación de su funcionamiento sólo consistiría en la revisión de si no incurrió en contradicciones en el seguimiento de sus decisiones anteriores. Pero lo importante es que, puede haber líneas jurisprudenciales no

[15] *Cfr.* Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres (1785),* Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 2016.

contradictorias que violen otros principios que permiten afirmar que los tribunales deben seguir sus decisiones anteriores o apartarse del precedente. Como lo mencioné, la figura del autoprecedente se justifica por los principios de seguridad jurídica, igualdad, coherencia y también, en alguna medida, por los resultados que esperan obtenerse.

Un asunto diferente, pero vinculado, es que los principios que fundamentan la figura sean traducidos en sentencias que los materialicen en la práctica. Es posible que la forma específica en la que algunos tribunales se vinculan con sus propias decisiones sea subóptima, en términos de los principios que dan lugar a los precedentes. Pero eso no significa que su fundamento sea un mero principio formal de no contradicción entre providencias sobre casos iguales. La universalidad no es el único elemento de la racionalidad en general, como tampoco lo es para la racionalidad específica del autoprecedente.

La segunda objeción se dirige contra la idea de que las Salas del Tribunal Constitucional de cierre deben ser entendidas, para esos efectos, como órganos diferentes. Si bien al interior de las Salas (incluyendo al Pleno) los Jueces están vinculados en términos de precedente por sus decisiones anteriores, las providencias de las otras Salas sólo tienen efectos persuasivos.

Ahora, ¿por qué si el tribunal de cierre es un solo órgano y sus fallos son precedente para otros Jueces, con reglas específicas de generación de jurisprudencia para el caso mexicano, deberían ser entendidas como órganos autónomos en términos de autoprecedente? Hay buenas razones para pensar que cuando la Corte decide, sobre todo en asuntos que son socialmente controversiales, uno de los objetivos es determinar cómo deben resolver los Jueces inferiores en casos iguales en lo relevante. Ahora, si cada sala, incluyendo al pleno, tiene su propia versión sobre cuál es el precedente en ciertos casos no sólo fallará en orientar a los Jueces, sino que terminará atentando contra otros valores y principios que la figura de la jurisprudencia pretende tutelar.

Resumiendo, si la justificación para el uso de la regla del autoprecedente es más compleja que la apelación a la universalidad como garantía de racionalidad, la

instrumentación de un mecanismo de unificación de jurisprudencia para Altas Cortes es deseable. La división de la Cortes en salas tiene la finalidad de, precisamente, repartir el trabajo entre las mismas, bien sea por materia (como en el caso mexicano), o por volumen de expedientes. Eso no implica que se trate entidades de la misma jerarquía pero sí, de entidades autónomas en términos de los fallos dictados por sus pares, a la manera en la que los son los tribunales o los juzgados.

Uno de los principios que da lugar a la instrumentación del autoprecedente es el de *coherencia*. Tanto la separación meramente funcional de las Salas que integran los tribunales de cierre, como la implementación de mecanismos de unificación de jurisprudencia contribuyen al objetivo de contar con una institución de autoprecedente que haga, entre otras cuestiones, previsibles los fallos. A continuación quisiera referirme, precisamente, a ese principio de coherencia como alternativa de fundamentación de la figura del autoprecedente.

2. El rol de la idea de coherencia jurídica en la noción de "autoprecedente"

Una forma de dar cuenta de cómo están relacionados valores, principios y decisiones judiciales particulares es la tesis normativa coherentista del precedente.[16] Aun cuando hay diferencias importantes en relación con la versión específica de coherencia que defienden los teóricos del derecho (definición, alcances sistémicos e implicaciones), hay rasgos que comparten y que comprenden "lo común" de la teoría. Algunos de ellos son: *i*) que hay una relación de justificación de doble vía entre los principios de derecho y las reglas que los expresan; *ii*) es usual que esos principios estén formulados muy vagamente o que estén implícitos en el ordenamiento jurídico. En esos casos, la manera adecuada de llegar a ellos es a través del ejercicio de la ponderación de diferentes principios y juicios particulares; *iii*) en relación con el precedente, se trata la identificación de la regla que califica como tal. Esa individualización supone el empleo del método de ponderación, entre cuyos criterios de corrección está, precisamente, el juicio de coherencia.

[16] *Cfr.* Neil MacCormick, "Coherence in Legal Justification", en A. Peckzenick, L. Lindhal y Roermund B., *Theory of Lega Science*, Kluwer, Dordrech, 1984, pp. 235-251; y Aleksander Peczenick, "The Binding Force of Precedent", art. cit.

Los juicios de coherencia suelen hacerse en relación con la evaluación del sistema jurídico como un todo y de qué tanto está justificada una decisión específica dentro de ese sistema. En estos casos se trata de determinar las relaciones de derivación, en términos de fundamentación, entre las diversas proposiciones del sistema en un momento determinado. Ahora bien, cuando se trata del análisis de precedente necesariamente hay que considerar el factor tiempo. Las evaluaciones son, entonces, de carácter sincrónico con todas las complejidades que eso supone.

Pero, ¿cómo se determina que dos o más casos son "iguales en lo relevante"?[17] Una hipótesis puede ser que esa paridad se obtiene de la especificación completa de lo que va a ser comparado. El problema con esta opción es que, si bien esa descripción es condición necesaria del juicio de igualdad, no es suficiente por cuanto no determina el puente entre las dos. Una alternativa adicional puede ser que el carácter formal de la pretensión de universalidad de la regla establecida en el precedente indica los casos a los que ha de ser aplicada o, en términos retrospectivos, señala los precedentes relevantes para los hechos bajo estudio. La cuestión es que –como anoto arriba– la vocación de universalidad de las decisiones judiciales no es particular de éstas y, en este sentido, no constituye una diferencia específica que permita individualizar, por sí misma, la regla precedente a aplicar. En segundo término, la formalidad de la regla requiere de una oferta específica de definición de contenido para proceder a la comparación.

Este puente entre la decisión precedente, el vínculo hechos-normas-resolución judicial y el caso posterior, presuntamente igual en lo relevante, es el recurso a la analogía. El tema del uso de la analogía en el derecho, en general, y en la definición del precedente, en particular, ha sido ampliamente estudiado, en este escrito no puedo detenerme en su exposición.[18] Quisiera anotar, sin embargo, que la comparación y determinación de igualdad relevante entre los rasgos empíricos y normativos de dos o más casos procede vía argumentación sobre lo análogo o sustantivamente similar que resultan (analogía). Precisamente, uno de los problemas más agudos de

[17] Aleksander Peczenick, "The Binding Force of Precedent", art. cit., pp. 470-471.

[18] Al respecto puede consultarse la conferencia dada por Cass Sunstein en el marco de las *Tanner Lectures* (1998). Véase Cass Sunstein, *Political Conflict and Legal Agreement,* Oxford University Press, Oxford, 1998.

los sistemas de Altas Cortes que no publican sentencias (o sólo algunas de estas) es la determinación de la similitud entre casos para cuestiones de precedente en tanto el razonamiento analógico, para estos efectos, requiere el conocimiento de los hechos a los cuales va a hacer aplicado, en primer término, para luego decidir si son casos similares o no.[19]

Peczenick sostiene, entonces, que el precedente implica la definición de características normativamente iguales (que requieren igual trato) entre dos o más casos. Esa determinación, que se hace a través de un razonamiento analógico, procede en doble vía de principios de derecho a reglas en particular, en el contexto de un juicio coherentista de la actuación judicial vista en conjunto. Este procedimiento coherentista preserva los valores propios del derecho arriba mencionados, tales como predictibilidad, certeza, igualdad, universalidad; en términos instrumentales promueve la eficiencia económica en el uso y funcionamiento de las instituciones judiciales; suscita también los arreglos anticipados de las partes por fuera de las cortes (en situaciones en las que es altamente probable que obtengan fallos desfavorables); y evita la promulgación de leyes innecesarias, por cuanto las cortes tienden a ocuparse, vía interpretación, de asuntos no previstos ni previsibles por parte del legislador.[20]

En todo caso, la aplicación coherentista de los principios y normas por parte de la jurisdicción puede generar efectos que vayan contra los valores sustantivos que el sistema jurídico busca preservar. Eso sucede cuando, por ejemplo, sobreviven normas anacrónicas o precedentes con efectos indeseables que son aplicados consistentemente por el tribunal de cierre. Puede, en esos casos, preferirse la aplicación igualitaria de normas que implican desigualdades sustantivas o que preservan la certeza en la adjudicación de casos con base en normas injustas.

Precisamente porque cuestiones como éstas son altamente plausibles, el vínculo de las Cortes Supremas con su propio precedente es obligatorio, en términos de carga de la argumentación pero, no de inamovilidad. Estos cambios pueden ser el

---

[19] Robert S. Summers, "Departures from Precedent", Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, Routledge, Londres, 1997, pp. 520-521.

[20] Aleksander Peczenick, "The Binding Force of Precedent", art. cit., pp. 490-491.

resultado de la evaluación del propio precedente no sólo a la luz de principios como la igualdad formal, la certeza jurídica y la vocación de universalidad de las reglas, sino de la ponderación con otros principios y valores sustanciales que el sistema busca proteger y promover.

En suma, hay valores eminentemente jurídicos asociados a la coherencia en un sistema de precedentes, tales como la legitimidad, objetividad, certeza, igualdad ante la ley, entre otros. La falta de coherencia implicará, probablemente, falta de unidad formal y sustantiva, además de ineficiencia y costos altos e innecesarios. El precedente, y obviamente el autoprecedente, es una de las herramientas del sistema jurídico mismo para procurar un grado alto de consistencia.[21]

Hasta ahora me he referido al término coherencia de forma ambigua como criterio de evaluación de respeto a las propias decisiones por parte de las Supremas Cortes y como modelo específico de razonamiento. A continuación, quisiera precisar a qué me refiero con esta noción en el contexto de vinculación normativa de los Máximos Tribunales a sus propios precedentes.

2.1. Precedente y fuerza justificatoria de la coherencia

La idea de que la coherencia juega un rol específico en la justificación legal es compartida por diversos teóricos del razonamiento jurídico en general, y del precedente judicial en particular. Lo que cambia es la determinación de cuál es ese "rol que juega". Líneas arribas señalé que autores como MacCormick y Peczenick defienden una teoría de la coherencia normativa para la exposición de la fuerza vinculante específica del precedente. En tanto el objetivo del texto no es hacer un balance de las diferentes ofertas teóricas coherentistas, sus virtudes y problemas, sino reunir algunos elementos funcionales y adecuados para dar cuenta de un marco evaluativo, en términos generales, coherentista, de la institución del autoprecedente judicial de órganos de cierre, y de su estructuración en el ámbito mexicano en específico, a continuación enuncio algunas características que podría tener.

[21] Robert S. Summers, "Departures from Precedent", art. cit., pp. 520-521.

Esta indagación del concepto de coherencia y su rol en el razonamiento jurídico ha sido adelantada por la profesora Amalia Amaya.[22] En su obra explora diferentes áreas del pensamiento práctico y científico en relación con los juicios de coherencia: el derecho, la ética, el razonamiento práctico, la filosofía de la ciencia y de la mente para, finalmente, ofrecer una teoría propia que se enriquezca de los desarrollados en estos ámbitos y que evite algunos errores en los cuales incurren. Aunque su propuesta no está pensada para problemas propios de la institución de precedente, ni del derivado autoprecedente, es posible usarla para el planteamiento y evaluación de esa figura.[23]

En términos muy generales, Amaya sostiene, como lo señalé antes, que la coherencia juega un rol específico en el razonamiento jurídico.[24] Esos razonamientos –que tienen como modelo de justificación determinado tipo de coherentismo– llevan a los operadores judiciales a escoger la mejor interpretación de los hechos, el conjunto de normas relevantes y el mecanismo de derivación de consecuencias jurídicas más aptos.

Enfatiza que una teoría de la coherencia como la desarrollada por ella permite a los Jueces tomar de decisiones sobre la base de la evidencia disponible, entendida como un todo, y derivar decisiones basadas en el conjunto de creencias adecuadas sobre la ley y la moralidad pública.[25] Las inferencias justificatorias que van de las normas a los hechos y viceversa no son de naturaleza lineal. Por el contrario, los juicios inferenciales son holísticos, es decir, se trata de una red argumental interconectada y simétrica de juicios interdependientes.

Una de sus tesis básicas es que la coherencia consiste en la satisfacción de constricciones para la superación (hasta donde sea posible) de la vaguedad propia del lenguaje jurídico. Ofrece, entonces, una evaluación de coherencia para el derecho

---

22 Véase Amalia Amaya*, The Tapestry of Reason,* Hart Publishing, Oxford, 2015.

23 Este volumen incluye un texto de la profesora Amalia Amaya que se ocupa de una de los temas derivados de su teoría coherentista del derecho, la relación entre ejemplaridad de las actuaciones judiciales y el seguimiento del precedente. Véase *supra* p. 41.

24 Amalia Amaya, *The Tapestry of Reason*, *op. cit.,* pp. pp. 471-476.

25 *Ibidem*, pp. 532-534.

que consiste en el cumplimiento de un grupo claro de criterios.[26] Reformula el panorama de los problemas propios de la teoría coherentista del derecho al enfatizar la coincidencia estructural entre el razonamiento sobre hechos y sobre normas. Precisa, también, los aspectos específicos de las teorías de la coherencia que considera valiosas para la reflexión sobre la coherencia y el derecho, y afirma que esos elementos son los bloques con los que es posible construir un modelo del razonamiento jurídico. El modelo estaría integrado de: *1*) un concepto de coherencia legal en términos de satisfacción de constricciones; *2*) un recuento de la inferencia legal como inferencia a la mejor explicación; *3*) una perspectiva de la explicación jurídica como coherencia óptima; y *4*) una aproximación coherentista a los estándares de justificación.

Por su parte, la perspectiva de la justificación en el derecho es: *a*) no-*fundacionalista,* es decir, sostiene que la justificación de cualquier proposición fáctica o normativa en el ámbito jurídico tiene que ver con su relación con otras proposiciones; *b*) *contextualista,* al estar sujeto el estándar de justificación a la variación contextual; *c*) *responsabilista,* pues sostiene que el comportamiento epistémico del juzgador influye en el estatus justificatorio de las decisiones; *d*) *naturalista,* en tanto afirma que la evidencia psicológica sobre cómo razonan los Jueces es relevante para responder preguntas sobre cómo deben razonar; *e*) *explicacionista,* en tanto asume que el mérito explicativo es muy importante para la valoración de la justificación legal; y *f*) *no instrumentalista*, sobre el razonamiento legal y defiende una postura deliberativa tanto de los medios, como de los fines en el derecho.

Ahora bien, debido al compromiso contextual y deliberativo del coherentismo, a que permite fundamentar más claramente la idea de que los precedentes judiciales hacen parte de esa red y a que ofrece para ello un modelo de evaluación coherentista y holista, puede ser una buena herramienta para estudiar cuál es comportamiento de Supremas Cortes en relación con sus propios fallos; esto, sin dejar de lado la situación institucional y fáctica que las configura y señalar, al mismo tiempo, algunas inquietudes que pueden surgir de su funcionamiento en este campo.

---

[26] *Ibidem*, pp. 471-558.

Por ahora, subrayaré la importancia de una de las características del modelo coherentista como cumplimiento de constricciones en su aplicación al autoprecedente: la centralidad del contexto de diseño institucional para su análisis y balance. Esto quiere decir que aunque el análisis normativo de las características de esta figura y las condiciones genéricas de identificación en diversos sistemas jurídicos son relevantes, lo es también la configuración específica del sistema en el que es usada.

Así por ejemplo, el funcionamiento del precedente en un sistema jurídico será diferente según si la Corte de cierre está vinculada a sus decisiones pasadas y en qué términos. Por lo general, el Tribunal es consciente de su labor no sólo como decisor de casos concretos, sino también de formulador de reglas a futuro para sí mismo, en algún sentido, y para los Jueces vinculados por el precedente vertical.

Otra cuestión relevante para el análisis de coherencia, sensible a la configuración institucional, es la división interna del trabajo jurisdiccional por parte del Tribunal. Hay Cortes que, por ejemplo, están integradas por una sola Sala Plena de decisión, caso en el que hay pocas dudas sobre si las vincula su precedente, aunque pueden variar los términos de esta vinculación. Otros diseños institucionales suponen la integración de Salas especializadas por materia o Salas de decisión sin especializar, es posible que las decisiones al interior de esos órganos sean bastante consistentes.

Lo que habría que determinar, y en este conjunto está inscrita la SCJN, es qué vínculo –en términos de autoprecedente, si lo hay– puede predicarse de las decisiones de la otra Sala y de éstas, a su vez, con las decisiones de la Corte en Pleno. Otros factores clave en el análisis para el caso mexicano son la cantidad y la variedad de asuntos que estudia el Tribunal. Quiere decir esto que a mayor volumen de trabajo y a mayor variedad de asuntos es más probable que la consistencia de las decisiones del Tribunal disminuya.[27] A continuación quisiera presentar cómo está contemplado legislativa y jurisprudencialmente el autoprecedente en la Suprema Corte mexicana.

[27] Michele Taruffo, "Institutional Factors Influencing Precedents", en Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, Routledge, Londres, 1997, pp. 437-448.

3. El autoprecedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Como señalo en el primer apartado, el respeto del autoprecedente por parte de los órganos judiciales de cierre del sistema está vinculado, aunque no exclusivamente, con la legitimidad de sus decisiones. Además de relacionarse de forma directa con los principios de igualdad en la aplicación de la ley, universalidad, coherencia, certeza en el derecho y justicia formal, opera como una regla de la argumentación jurídica racional cuando se trata de su modificación.

Asimismo, hay dos opciones dominantes al resolver el principio que da cuenta de manera más adecuada de esta vinculación al propio precedente por parte de los Tribunales de cierre. Una de ellas es el principio de universalidad, según el cual los precedentes deben tener vocación de futuro, es de decir, deben ser formulados de tal manera que apliquen a los casos posteriores similares en lo relevante. La cuestión con este mandato es que, aunque obviamente vincula en los términos de la formulación de la subregla que sirve de precedente, puede quedar englobado en un tipo de razonamiento jurídico que formula un modelo coherentista como satisfacción de criterios (formales y materiales).

Otro resultado de la reconstrucción arriba reseñada es la constatación de la importancia del diseño institucional y el contexto en el cual opera esta figura.[28] Es decir, qué tipo de tribunal de cierre se analiza (si es exclusivamente constitucional o si también tiene funciones de última instancia ordinaria o administrativa); si está dividido orgánicamente en salas especializadas, en salas de reparto no especializadas o si opera como una sola sala plena; si hay provisiones legislativas o jurisprudenciales que determinen el tipo de vinculación a su propia jurisprudencia, etcétera.

Al comienzo del escrito señalé cómo el artículo 787 del Código de Procedimientos Civiles de 1908 estipuló que la Corte estaba vinculada a sus propias ejecutorias. Eso implicó que cualquier intento de modificación debía cumplir con los requisitos

[28] Para la exposición de estas normar puede consultarse los textos de Alejandra Martínez y Rodrigo Camarena. Véase *supra* p. 141 y ss.; p. 103 y ss., respectivamente.

de motivación explícita y suficiente. Por su parte, la Ley de Amparo de 1936 (anterior a la que se encuentra vigente) establecía en su artículo 192, que la jurisprudencia de la Suprema Corte es obligatoria para su actuación en Salas y Pleno. La nueva Ley de Amparo de 2013, en el artículo 217 incorpora una provisión normativa muy similar a la de la anterior, es decir, la jurisprudencia de la Corte actuando en Pleno o Salas es obligatoria para *éstos.* Ahora bien, hay un punto importante en la modificación legislativa: pasó de referirse en 1908 a las "ejecutorias" de las sentencias como obligatorias, a darle, en las reformas de 1936 y 2013, este carácter a la "jurisprudencia" del Tribunal. En suma, respecto a la modificación legislativa de la vinculación de la Suprema Corte propios fallos anteriores, puede afirmarse que la ley pasó de un enunciado normativo explícito sobre la vinculación de la Corte sus propias ejecutorias y la forma de apartarse de las mismas, a uno más vago en el cual señala que el Máximo Tribunal, actuando en Salas o en el Pleno, está obligado por su propia jurisprudencia.

Las formas de creación y modificación del precedente vinculante en el sistema jurídico mexicano obedecen a unas reglas específicas de origen legislativo. En ese sentido, no todas las decisiones que toma la SCJN son precedente obligatorio, solamente lo son aquellas que cumplen determinados requisitos de reiteración o del tipo de sentencia de la que se derivan. A estas subreglas vinculantes para decisiones futuras se les denomina "jurisprudencia obligatoria" (título IV de la Ley de Amparo). A las reglas derivadas de sentencias que no son jurisprudencia obligatoria se les llama "tesis aisladas". Son las primeras consideraciones, centrales en las sentencias, las que son vinculantes.

Precisamente, la Segunda Sala de la Corte establece que la jurisprudencia de las Salas debe ser modificada si contradice una tesis, aunque sea aislada, del Pleno.[29] Esta es una de las alusiones más claras a la fuerza vinculante del autoprecedente en el contexto de la Corte mexicana. Aunque únicamente se refiere a esta figura en lo relativo a los vínculos entre Salas y Pleno, deja ver una de las posiciones sentadas sobre el tema dentro del tribunal. Pero, como se trata de una tesis aislada, no cons-

[29] Tesis [A.]: 2a. XXII/2007 de rubro JURISPRUDENCIA. DEBE MODIFICARSE LA DE UNA SALA SI EL PLENO SUSTENTA UNA TESIS CONTRARIA, AUNQUE SEA AISLADA, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXV, abril de 2007, Pág. 561, Reg. Digital: 172742.

tituye jurisprudencia obligatoria para el mismo. Tal vez un rastreo de "frases clave" utilizadas por la Corte para referirse al autoprecedente en otros términos permitiría mapear su desarrollo en el Tribunal.

La jurisprudencia obligatoria se deriva de las decisiones de amparo que superan el requisito de reiteración (en número de sentencias y votación) y de las sentencias de acciones de inconstitucionalidad, de controversias constitucionales (que no dependen del número de reiteraciones, pero sí de los votos con que son aprobadas). Los fallos de inconstitucionalidad y contradicción no tienen que cumplir requisitos de reiteración.

La Coordinación de Sistematización y Compilación de Tesis perteneciente a la SCJN tiene entre sus funciones extraer las tesis de las sentencias que, según el tipo de asunto (de las sentencias de contradicción y de las acciones de inconstitucionalidad no se extraen tesis), posiblemente serán jurisprudencia. Estas tesis se extraen de las sentencias de amparo a petición de los secretarios de tesis de las ponencias (es decir, de un funcionario designado para esos efectos por cada Ministra o Ministro), lo que quiere decir que no de todas las sentencias son extraídas estas proposiciones normativas.[30] La manera usual de enterarse cuál es la jurisprudencia obligatoria vigente tanto para los funcionarios judiciales, como para los que ejercen el derecho y el público en general, es a través del *Semanario Judicial de la Federación*.

Aunque es posible que las tesis extraídas de las decisiones de amparo coincidan con la subregla establecida por la sentencia (por los considerandos que fundan las resoluciones), esto no es necesariamente así. En primer lugar porque es difícil determinar si, en efecto, es la subregla de la sentencia o una afirmación que es relevante pero que no está vinculada directamente con el objeto del fallo (*obiter dicta*) del cual se extrajo una tesis. Esto debido a que, para poder hacer el juicio de aplicación o no del propio precedente al nuevo caso, es necesario llevar a cabo una evaluación analógica de los hechos de ambos. Dado que las tesis son afirmaciones sacadas del contexto de la historia que cuenta la sentencia, es muy difícil hacer ese juicio.

[30] Reglamento de la Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4905953&fecha=25/11/1996

Quisiera regresar sobre la única norma legislativa que gobierna el funcionamiento de la jurisprudencia obligatoria al interior del Tribunal y que posteriormente puede asimilarse a la institución del autoprecedente. El artículo 217 de la Ley de Amparo establece que la jurisprudencia de la Corte, actuando en Pleno o en Salas, es obligatoria para *éstas*. Lo primero que puede sostenerse en relación con el sistema de autoprecedente mexicano es que las decisiones de la SCJN no son precedente obligatorio para ella misma de manera automática. Si no superan los requisitos de reiteración o votación, según sea el caso, no será deber seguirlas ni para las Salas ni para el Pleno y, en ese sentido, la carga de argumentación asociada a su cambio tampoco se actualiza. En todo caso, cuando se trata de decisiones de las cuales son extraídas tesis (sentencias de amparo), la práctica judicial y de litigio es consultar sólo lo que dicen las tesis sin tomar en cuenta ni los hechos del caso o la argumentación para formular la subregla, ni el vínculo entre éstas y la decisión en concreto.

En relación con el vínculo institucional entre las Salas y el Pleno se configura un modelo de autonomía orgánica, como lo denomina Marina Gascón.[31] Las Salas están especializadas: la primera, en materia civil y penal, y la segunda, en asuntos laborales y administrativos. Cualquier decisión que tome alguna de las Salas, que no constituya jurisprudencia obligatoria, no es precedente obligatorio ni para sí misma, ni para la otra Sala o el Pleno de la Corte.

El resguardo de la coherencia de las decisiones que adopta la SCJN está depositada, básicamente, en dos formas de creación y modificación de precedente. La jurisprudencia por contradicción de tesis (título V de la Ley de Amparo) se configura cuando hay dos criterios contrapuestos de las Salas sobre el mismo tema. Le corresponde, entonces, al Pleno de la Corte o bien acoger una de las reglas, sustentar una nueva, o declarar sin materia a la contradicción. La decisión que se adopte será jurisprudencia obligatoria, pero no alterará las situaciones jurídicas consolidadas por cada una de las sentencias contradictorias. Podría sostenerse respecto de este mecanismo que no busca tanto resguardar la coherencia argumentativa de la doctrina constitucional, sino expulsar del sistema tesis antagónicas.

[31] Marina Gascón, "Racionalidad y (Auto) precedente", art. cit., pp. 9,10.

El otro mecanismo de expulsión de inconsistencias del sistema es el de interrupción de jurisprudencia (capítulo IV de la Ley de Amparo). En esa hipótesis, la decisión mediante la cual se interrumpe la jurisprudencia obligatoria debe expresar las razones que motivan esa interrupción. En todo caso, los razonamientos y las subreglas expresadas en esas decisiones pueden ser invocados en calidad de *obiter dicta* o tesis aisladas.

Como puede verse, en términos legislativos, no hay una obligación establecida de respeto al autoprecedente. Lo más cercano es el deber de atender a la jurisprudencia obligatoria (instituida mediante cualesquiera de los mecanismos aptos para eso). Las decisiones tomadas por las Salas o por el Pleno de la Corte no son, por sí mismas, precedente obligatorio. Las razones y subreglas incorporadas en los fallos que no constituyen jurisprudencia obligatoria son tesis aisladas que no es necesario atender o argumentar cuando se pretende no aplicarlas a casos iguales en lo relevante.

Por otra parte, la base de datos en la que se compilan y sistematizan las tesis ni incorpora todos los fallos (en tanto hay decisiones de amparo de las que no son extraídas tesis o, directamente, tipos de fallos que no generan tesis) ni permite precisar, con la información disponible, qué tipo de regla ha sido extraída (subregla u *obiter dicta*). Tampoco da pie a intentar, por inquietudes académicas al menos, a adelantar un juicio analógico entre sentencias en tanto faltan los hechos a los cuales aplicar esa evaluación. Aunque la mayor parte de las sentencias están publicadas en línea, la práctica ha llevado a usar el sistema de tesis como un tipo de código legislado de lo que ha decidido la SCJN.

En suma, dadas las características del sistema de precedente de la SCJN, en tanto sólo es vinculante la jurisprudencia obligatoria, vale la pena preguntarse si la figura del autoprecedente aplica al derecho mexicano. Si el autoprecedente puede ser establecido como una institución derivada de los requisitos de coherencia como satisfacción de condiciones, que opera mediante una evaluación analógica, una conclusión preliminar puede ser que el diseño del precedente para el Tribunal Máximo no contempla la figura de autoprecedente.

De las reglas acotadas que informan la aplicación del autoprecedente en la SCJN pueden configurarse algunas situaciones paradójicas preguntándose qué es jurisprudencia vinculante y qué mero criterio orientador. Por ejemplo, es posible que la primera Sala tenga una tesis jurisprudencial *A*, la segunda Sala una tesis de jurisprudencia -*A*, y el Pleno una *B*, sobre un tema igual en lo relevante. La manera de resolver esta disparidad es ir en contradicción de tesis al Pleno para que éste señale cuál es el criterio unificado vinculante. Pero los únicos que pueden impulsar este mecanismo (la contradicción de tesis) son las mismas Salas o los Tribunales colegiados. Esto quiere decir que si una persona advierte la incompatibilidad de precedentes o resulta afectado por ésta, no puede impulsar por cuenta propia una solicitud de disolución de la contradicción. Además, si por alguna razón ninguno de los Jueces con competencia denuncia esta anomalía, ésta puede persistir en el sistema por un tiempo indefinido.

Además de lo anterior, si el Secretario de tesis de la ponencia resuelve (derivado de algún mecanismo de decisión interior a la ponencia) que no va a hacer tesis, puede generarse una situación en la que, por el motivo que sea, muchos asuntos se quedan fuera del ámbito de las decisiones obligatorias para la propia Corte. Esto podría disminuir el grado de exigencia en relación con las sentencias del Tribunal, en tanto si no se extractan tesis es posible que la sentencia no sea muy discutida (salvo excepciones de casos muy publicitados) o que pueda modificarse el razonamiento de la Sala sin mayores explicaciones.

Sumado a esto, aunque el Pleno de la SCJN es el órgano encargado entre otras cuestiones, de disolver las controversias entre Salas, sus tesis pueden ser solamente criterio auxiliar en relación con una jurisprudencia de Sala. Quiero decir, puede haber un criterio del Pleno que no sea vinculante y una jurisprudencia de Sala que, por su carácter de tal, es precedente obligatorio.

La misma página electrónica de la SCJN, que explica cómo funciona esta figura, precia que las Salas están obligadas únicamente a seguir el precedente dictado por el Pleno. Esto quiere decir que ni las salas tienen el deber, en estricto sentido, de seguir su propio precedente, ni el de la otra Sala ni las tesis aisladas del Pleno. Por su parte, el Pleno no estaría vinculado ni por la jurisprudencia de las Salas, ni por él

mismo.[32] Esto podría impactar, como ya señalé, no sólo a los principios que fundamentan el mecanismo del autoprecedente, sino también a la calidad de la argumentación de los fallos, en tanto que no es necesario decir explícitamente que se está apartando de la jurisprudencia, ni argumentar las razones de la modificación o el seguimiento.

Ahora bien, para determinar con algún grado de precisión y certeza si la institución del autoprecedente es predicable de la SCJN no basta reconstruir el debate teórico sobre su pertinencia, ni citar la legislación sobre el punto. Un trabajo que está por hacerse y que arrojaría luz sobre el lugar de esta figura estudia en concreto cómo se comporta este Alto Tribunal en relación con sus propios fallos. Es decir, habría que construir las líneas temáticas que la misma Corte emplea cuando reconstruye los fallos precedentes relevantes para el caso. Aun cuando la única instancia que encaja en la definición de autoprecedente es la de la obligación de las Salas de seguir la jurisprudencia del Pleno, habría que ver si la práctica del Tribunal lo ha llevado a operar en esos términos. Si hay, por ejemplo, reglas informales de argumentación y citación cuando se trata de los propios fallos de la propia Sala, entre Salas, de las Salas al Pleno cuando no es jurisprudencia obligatoria y por parte del mismo Pleno. Tengo la impresión de que los resultados serán desiguales según se desagregue la información por Época, tópico, Ministra, Ministro, etcétera.

En todo caso, lo que sí puede afirmarse es que la figura del autoprecedente tal y como es concebida por la teoría del derecho y como es instrumentada en algunos países no opera en la SCJN. Y no lo hace en el sentido de que un fallo anterior es obligatorio de manera muy acotada dentro del mismo Tribunal y a que no existen sanciones como la nulidad de las sentencias para decisiones que vayan en contra de decisiones precedentes.

---

[32] "¿Para quiénes es obligatoria la jurisprudencia de la SCJN? La jurisprudencia emitida por la SCJN, cuando funciona en Pleno o en Salas, es obligatoria para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y los Tribunales administrativos y del trabajo, tanto locales como federales. Las Salas de la SCJN únicamente están obligadas por la jurisprudencia decretada por el Tribunal en Pleno." Extraído de (SCJN 2016) *Suprema Corte de Justicia de la Nación,* 2016. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn

Por último, quisiera enfatizar que, del hecho de que no haya una figura de creación legal o jurisprudencial que instituya el autoprecedente y los efectos de su desconocimiento no se sigue que este Tribunal cambie sin más sus fallos. Para determinar cómo opera en estos casos, sería importante no hacer generalizaciones sin más, sino adelantar un estudio desagregado por temas, Épocas, Salas, etcétera.

4. Conclusión

La institución del autoprecedente cumple una función de preservación de varios principios y valores del sistema. Está también orientada a procurar la coherencia del sistema y la argumentación adecuada de los fallos. Hay varias estrategias y ofertas de fundamentación teórica de la figura. La más conocida invoca el principio de universalidad kantiano como base de la interdicción de la arbitrariedad que justifica el autoprecedente. Pero dados los problemas de formalidad extrema y consecuencias indeseables que caracterizan ese principio, tal vez la mejor oferta de fundamentación del principio es la ofrecida por las teorías de la coherencia. Estas teorías, además de dar un peso específico a los demás valores que dan lugar a este tipo de precedente, engloban al principio universal de coherencia.

Dado el carácter central de la vinculación a los propios fallos anteriores, es importante revisar cuál es el lugar de esta institución en la jurisprudencia mexicana. La conclusión es que sólo hay autoprecedente, en estricto sentido, cuando se trata de jurisprudencia emitida por el Pleno. Una veta de investigación que sería importarte explorar es de qué manera opera efectivamente esta institución dentro de la Corte. Para esto, podría perfilarse el estudio en temas específicos, Épocas, Salas, etcétera.

Ahora, la duda que sigue pendiente es si para hablar de un modelo de autoprecedente viable es necesario modificar el sistema de precedente obligatorio y derivado de eso, la publicación y sistematización de tesis. Quiero decir, si el precedente del propio Tribunal está vinculado con cargas de la argumentación racional para su modificación, coherencia de las decisiones, universalidad de las reglas en las cuales está expresado y razonamiento analógico, ¿para qué extraer tesis cuya función dentro de la sentencia no es clara y que no permiten conocer los hechos del caso?

Por otra parte, sería interesante revisar si el número de decisiones anuales de la Corte dificultan el seguimiento del precedente en general y del autoprecedente en particular. Esto es, tal vez la carga inmensa de trabajo y el número de casos fallados hacen de la figura del autoprecedente estricto y explícito un fin deseable, pero inviable en la práctica.

5. Fuentes

5.1. Bibliohemerografía

Amaya, Amalia, *The Tapestry of Reason*, Hart Publishing, Oxford, 2015.

Gascón, Marina, "Igualad y Respeto al Precedente", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993, pp. 211-228.

_____, "Racionalidad y (Auto) precedente", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 10, 2011, pp. 133-150.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres,* Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México (1785), 2016. Disponible en: http://www.filosoficas.unam.mx/~gmom/clasicos/kant-fundamentacion.htm [última fecha de consulta: 1 de diciembre de 2016].

Maccormick, Neil, "Coherence in Legal Justification", en A Peckzenick, L Lindhal and Roermund B, *Theory of Legal Science*, Kluwer, Dordrech, 1984, pp. 235-251.

Peczenick, Aleksander, "The Binding Force of Precedent", en Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Routledge, Londres, 1997, pp. 461-480.

Raz, Joseph, "Practical Reason," en Joseph Raz, *From Normativity to Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 129-140.

Scjn. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn [última fecha de consulta: 1 de diciembre de 2016].

Summers, Robert S. "Departures from Precedent", Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, 1997, pp. 519-530.

Sunstein, Cass, *Political Conflict and Legal Agreement*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

Taruffo, Michele, "Institutional Factors Influencing Precedents", en Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, Routledge Londres, 1997, pp. 437-460.

_____, "Precedente y jurisprudencia", *Precedente. Revista Jurídica* (Universidad ICESI), 2007, pp. 85-99.

El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México

Camilo Emiliano Saavedra Herrera*

La tesis es la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto. En consecuencia, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la sentencia.**

* Investigador jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El autor agradece la generosidad de Carlos Herrera Martín al haber compartido la base de datos que se utiliza en la última sección de este estudio; el minucioso trabajo realizado por Fernando Ramírez Ordás en la actualización de ese instrumento de información; los comentarios de los participantes del Seminario *El precedente constitucional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación,* celebrado en la Ciudad de México el 7 de diciembre de 2016; así como el apoyo y retroalimentación de los integrantes del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Acuerdo General Número 20/2013, DE VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE, DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RELATIVO A LAS REGLAS PARA LA ELABORACIÓN, ENVÍO Y PUBLICACIÓN EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, DE LAS TESIS QUE EMITEN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LOS PLENOS DE CIRCUITO Y LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de diciembre de 2013.

En noviembre de 1998, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el Amparo 216/96, un asunto relacionado con un inmueble de casi ocho mil metros cuadrados, ubicado en la colonia Santa Anita, Iztacalco, que fue expropiado en 1986 por el entonces Presidente de la República, Miguel de la Madrid, para la construcción de un área comercial a la que se reubicaría a un grupo de vendedores ambulantes de ese barrio popular del oriente de la Ciudad de México. Como ya lo había hecho antes un Juzgado de Distrito, la Suprema Corte falló a favor de los propietarios por considerar inconstitucional a uno de sus principales fundamentos legales: la fracción III del artículo 1o. de la Ley de Expropiación cuya parte final establece como causa de utilidad pública la construcción "de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo".

En esta oportunidad, a diferencia de ocasiones previas en las que se analizó esa norma, la Suprema Corte planteó que el contenido de la fracción III concede una discrecionalidad excesiva a la autoridad administrativa que vulnera las garantías de legalidad y seguridad jurídica establecidas en la Constitución.[1] Pese a la trascendencia de esta nueva interpretación sobre la constitucionalidad de una norma que, en el contexto del proceso de urbanización que vivió México en el siglo XX, se utilizó como referente

[1] La sentencia planteó específicamente lo siguiente: "no puede resultar constitucional una causa de utilidad pública que sea tan ambigua que prácticamente ponga en manos de la autoridad ejecutora la determinación de lo que debe considerarse como de utilidad pública, pues ello implica otorgarle a la administración la facultad de 'despojar' a un particular de lo que es de su exclusiva propiedad, sin que se le tenga que escuchar previamente y sin que, muy probablemente, esté plenamente justificado". Amparo en Revisión 216/96, EXPROPIACIÓN, LEY DE. SU ARTÍCULO 1o., FRACCIÓN III, ÚLTIMA PARTE VIOLA EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AL DEJAR AL ARBITRIO DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS LA DETERMINACIÓN DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR 'OBRA DESTINADA A PRESTAR SERVICIOS DE BENEFICIO COLECTIVO'". Ministro Ponente Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 212.

jurídico de un importante número de expropiaciones, la resolución del Tribunal no propició la integración de tesis aislada o jurisprudencial alguna. Con todo, a sugerencia de uno de los Ministros, el *Semanario Judicial de la Federación* publicó la parte considerativa de la sentencia. Seguramente fue la difusión que dio ese medio lo que hizo posible que, en 2001, Fernando Moreno Peña, en su calidad de gobernador de Colima, utilizara el nuevo criterio para promover una reforma que amplió las causas de utilidad pública definidas en la Ley de Expropiación local con el propósito de reducir el número de amparo que se presentaban en la entidad contra actos expropiatorios.[2]

Los cambios en la interpretación de los alcances de la figura de la expropiación no concluyeron ahí. En 2006, al resolver el amparo en revisión 1133/2004 en el que analizó la constitucionalidad del decreto expropiatorio mediante el que el Presidente Vicente Fox Quesada nacionalizó la industria azucarera en 2001, la Suprema Corte no sólo amparó a los propietarios de las empresas afectadas por el decreto, sino también determinó la interrupción de una tesis jurisprudencial emitida tres décadas atrás que señalaba que la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 de la Constitución no debía protegerse de manera previa a la emisión de los decretos expropiatorios correspondientes.[3]

Las reglas vigentes en aquel momento impidieron que la interrupción de la tesis diera inmediatamente paso a la creación de una nueva. Esto ocurrió meses después cuando la Segunda Sala de la Suprema Corte formalizó el cambio de interpretación en la resolución de la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia registrada

---

[2] En la exposición de motivos se señaló lo siguiente: "Es por ello que, respetuoso de los criterios jurisprudenciales que en este caso sirven como orientadores de la actividad legislativa, solicito de esa Soberanía la modificación del artículo 5o. de la Ley de Expropiación, a efecto de incluir el mayor número posible de causas de utilidad pública, para configurar el universo de las obras y acciones factibles de expropiarse y suprimir de su texto las referencias genéricas que ya han sido cuestionadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Congreso del Estado de Colima, *Decreto No. 79 que reforma la Ley de Expropiación para el Estado de Colima*, 28 de marzo de 2001.

[3] "EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia Carta Magna y no puede admitirse que exista contradicción entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo, ampara garantías sociales, que por su propia naturaleza, están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia Ley Fundamental", Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [J.]: P./J. 65/95 (9a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, Tomo V, junio de 1997, Pág. 44, Reg. Digital: 198404.

en el expediente Varios 2/2006-SS.[4] Como en el amparo 216/96, el nuevo criterio, ahora sí plasmado en una tesis jurisprudencial, produjo consecuencias que trascendieron al ámbito judicial. En los cinco años posteriores a su emisión, ocho estados de la República ajustaron sus leyes locales a la nueva interpretación sobre los alcances de la garantía de previa audiencia.[5] Además, en respuesta explícita al cambio jurisprudencial, el Congreso de la Unión reformó en 2009 la Ley de Expropiación federal para determinar que la garantía de audiencia debe protegerse con posterioridad a la ocupación del bien expropiado cuando se trate de expropiaciones relacionadas con la creación de vías generales de comunicación.[6]

El artículo 27 de la Constitución Federal señala, desde que ésta se promulgó en 1917, que las indemnizaciones son el único aspecto de las expropiaciones sujeto a

---

[4] EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO. Conforme al artículo 197 de la Ley de Amparo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica la jurisprudencia 834, publicada en el Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1988, Segunda Parte, pág. 1389, con el rubro: "EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE", porque de una nueva reflexión se concluye que de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los actos privativos de la propiedad deben realizarse, por regla general, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que son las señaladas en la jurisprudencia P./J. 47/95, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO", las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: *1*) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; *2*) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; *3*) La oportunidad de alegar; y *4*) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En ese sentido, tratándose de actos privativos como lo es la expropiación, para que la defensa sea adecuada y efectiva debe ser previa, en orden a garantizar eficazmente los bienes constitucionalmente protegidos a través del mencionado artículo 14, sin que lo anterior se contraponga al artículo 27 de la Constitución Federal, pues si bien es cierto que este precepto establece las garantías sociales, las cuales atienden a un contenido y finalidades en estricto sentido al régimen de propiedad agraria, y por extensión a las modalidades de la propiedad, al dominio y a la propiedad nacional, también lo es que la expropiación no es una garantía social en el sentido estricto y constitucional del concepto, sino que es una potestad administrativa que crea, modifica y/o extingue relaciones jurídicas concretas, y que obedece a causas establecidas legalmente y a valoraciones discrecionales de las autoridades administrativas; además, la expropiación es una potestad administrativa dirigida a la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien particular decretada por el Estado, con el fin de adquirirlo, Segunda Sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación, Tesis [J.]: 2a./J. 124/2006 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIV, septiembre de 2006, Pág. 278, Reg. Digital: 174253.

[5] Camilo Emiliano Saavedra Herrera, *Democracy, Judicialistation and the Emergence of the Supreme Court as a Policy-maker in Mexico,* tesis doctoral, London School of Economics and Political Science, Londres, 2013, p. 218.

[6] Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforma la Fracción X del artículo 1o. de la Ley de Expropiación, a cargo de los Senadores Ricardo García Cervantes, Tomás Torres Mercado y Fernando Castro Trenti integrantes de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido de la Revolución Democrática y del Partido Revolucionario Institucional respectivamente, *Gaceta del Senado*, núm. 60, 17 de febrero de 2009.

juicio pericial o resolución judicial.[7] Los amparos en revisión 216/96 y 1133/2004 revelan, sin embargo, que el litigio, la jurisdicción y la labor interpretativa de los tribunales federales ha trascendido con mucho esta cuestión. Pero no sólo eso. Estos asuntos también ofrecen indicios sobre la relevancia que tiene en la actualidad el precedente judicial en México. En ellos se observa la complejidad que distingue a las operaciones de creación, modificación y difusión de tesis y criterios judiciales e igualmente, que la autoridad de la jurisprudencia es en ocasiones tal que no sólo la siguen Jueces y abogados sino también autoridades administrativas y legislativas, aun sin estar formalmente obligadas a hacerlo. ¿Qué ha ocurrido para que esto sea así? ¿Qué características hay en el funcionamiento de la jurisprudencia que hacen posible que tenga este papel?

Por el estrecho vínculo entre las trayectorias de la jurisprudencia y el juicio de amparo y, en general, las características de la tradición de derecho civil a la que pertenece el sistema jurídico mexicano, la reflexión académica sobre la jurisprudencia se ha enfocado principalmente en "desentrañar su naturaleza jurídica",[8] exponer cómo han evolucionado las normas que la regulan,[9] explicar el tránsito entre las diferentes épo-

---

[7] La sustitución de la palabra "estados" por la fórmula "entidades federativas" ha sido la única modificación que se ha hecho al segundo párrafo de la fracción VI del artículo del artículo 27. El texto vigente es el siguiente: "Las leyes de la Federación y de las entidades federativas en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas". Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857", Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes, SCJN, México, p. 17. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2017-03/CPEUM-027.pdf [fecha de consulta: 12 de enero de 2017].

[8] Véase, por ejemplo, Héctor Gerardo Zertuche García, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1990; Miguel Carbonell, "Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 87, 1996; Miguel Acosta Romero y Alfonso Pérez Fonseca, *Derecho jurisprudencial mexicano,* Porrúa, México, 1998; Jorge Mario Magallón Ibarra, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

[9] Como ejemplo pueden consultarse: Lucio Cabrera, "La jurisprudencia", *en La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico,* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1985; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Jurisprudencia en México*, 2a. ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005; José Noé Gómora Colín, *Jurisprudencia en México,* Porrúa, México, 2006; Manuel González Oropeza, *La jurisprudencia: su conocimiento y forma*

cas del *Semanario Judicial de la Federación*[10] o bien, identificar los retos que su funcionamiento implica para la administración de justicia.[11] En los años recientes, este tema no ha quedado al margen de la atención que disciplinas distintas al derecho han puesto al sistema judicial. Por ejemplo, ante la falta de fuentes de información sistematizada sobre sentencias judiciales, diversas investigaciones han utilizado las compilaciones de tesis integradas por el Poder Judicial de la Federación para hacer inferencias sobre el sentido e impacto de la labor judicial en temas como la división de poderes, el municipio, la defensa adecuada o la protección al medio ambiente.[12]

Una de las conclusiones a las que se llega de la lectura de estas investigaciones es que continúa siendo necesario contar con estudios que permitan conocer lo que ocurre más allá de lo que establecen las normas jurídicas o lo que ocurre en casos o materias específicas. El propósito de esta investigación es dar un paso en esta dirección. En específico, con la intención de contribuir a responder las preguntas planteadas en los párrafos previos, se busca, por una parte, identificar los factores que contribuyeron tanto al reconocimiento legal de la jurisprudencia como a su evolución en un sistema basado en tesis; y por la otra, conocer los rasgos principales que distinguen a las labores de creación, cambio y seguimiento de precedentes.

De este modo, a partir de una revisión de fuentes primarias y secundarias, se plantea en primer lugar que en el proceso de institucionalización de la jurispruden-

---

de reportarla, 2a. ed., SCJN, México, 2008; y Suprema Corte de Justicia de la Nación, *De la modificación a la sustitución de la jurisprudencia*, SCJN, México, 2014.

10 Véase Ezequiel Guerrero Lara, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación*, UNAM, México, 1982; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Épocas del Semanario Judicial de la Federación,* 2a ed., SCJN, México, 2004; y Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Semanario Judicial de la Federación y sus épocas: Manual para su consulta*, SCJN, México, 2008.

11 Entre los más recientes se encuentran: Ana Laura Magaloni, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, CIDE, México, Cuaderno de Investigación, núm. 57, 2011; Vicente Fernández Fernández, "La justicia de los precedentes: ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador?", *Revista de Derecho (Valdivia),* vol. 29, núm. 2, 2016.

12 Véase Karina Ansolabehere, *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, Fontamara, México, 2007; Ana Laura Magaloni y Ana María Ibarra Olguín, "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales: El caso del derecho constitucional a una defensa adecuada", *Cuestiones constitucionales,* núm. 19, 2008; Antonio Azuela, "El Poder Judicial de la Federación y la formación del régimen municipal", en *Los caminos de la justicia en México 1810-2010,* SCJN, México, 2010; Carlos Reynaldo Herrera-Martin, *Judicial Review of Expropriation. The Case of Mexico*, tesis doctoral, University College London, Londres, 2014; y Antonio Azuela, "Public Participation and Legal Standing", en Thanos Zartaloudis (ed.), *Land Law and Urban Policy in Context: Essays on the Contributions of Patrick McAuslan,* Birkbeck Law Press, 2017.

cia se observan rasgos semejantes a los que en países de derecho anglosajón propiciaron la incorporación de la doctrina del *stare decisis.* Estos rasgos estuvieron particularmente asociados a la consolidación de una estructura judicial jerárquica y de la práctica de difundir y utilizar sentencias publicadas en medios oficiales y no oficiales. En todo caso, los rasgos distintivos de la experiencia mexicana fueron la progresiva conformación de un sistema basado en tesis, cuya institucionalización ocurrió como resultado de la consolidación del control judicial de constitucionalidad; la creciente carga de trabajo que enfrentó la justicia federal a partir de las últimas décadas del siglo XIX y, en general, la búsqueda de control mediante disposiciones legales y medidas administrativas el uso y obligatoriedad de las sentencias, así como la integración y difusión de criterios.

En segundo lugar, mediante una aproximación cuantitativa a los instrumentos de sistematización de tesis publicados por el Poder Judicial de la Federación, se ofrece un balance de los rasgos que en la práctica presentan los mecanismos formales de creación y cambio de precedentes, así como de la forma que éstos se siguen. Con base en ello se muestra, primero, que la jurisprudencia como sistema de precedentes está conformado por más de 240 mil tesis, de las cuales sólo el 7% de ellas son jurisprudenciales u obligatorias; segundo, que la labor de creación jurisprudencial se ha intensificado significativamente en los últimos 20 años, lo cual ha estado asociado a la descentralización de las facultades para integrar tesis, así como al creciente interés de los juzgadores por generar tesis y dar a conocer sus criterios; tercero, que los mecanismos formales de cambio jurisprudencial son empleados de manera limitada; y cuarto, que existen indicios respecto de que el uso de precedentes por parte de abogados y Jueces se ha incrementado significativamente durante el siglo de vigencia del actual orden constitucional.

El texto se compone de tres apartados. Para hacer frente a la falta de investigaciones basadas en análisis sistemáticos de la jurisprudencia, en el primer apartado se recuperan algunas de las conclusiones a la que ha llegado la investigación sobre el origen y funcionamiento del precedente judicial en otros sistemas jurídicos. En el segundo apartado se analiza el proceso que condujo al surgimiento y consolidación de la jurisprudencia a partir del siglo XIX; y en el tercero, se ofrece el ya mencionado balance cuantitativo de los instrumentos de sistematización de tesis publicados por el Poder Judicial de la Federación.

1. La fuerza del precedente judicial

Basta consultar algunos diccionarios jurídicos para encontrar un volumen muy amplio de definiciones de jurisprudencia. En ellas se le considera "ciencia", "doctrina", "tradición", "conocimiento", "sentencia", "pronunciamiento", "criterio" o "norma", entre muchas otras definiciones.[13] Con todo, en ese universo es posible identificar cuatro acepciones comunes: "ciencia del derecho" (a partir de las raíces latinas de la palabra y de los usos que se le dio en el derecho romano); universo de sentencias o criterios interpretativos de uno o varios órganos jurisdiccionales; conjunto de criterios relacionados con una materia determinada; o criterios judiciales específicos susceptibles de aplicarse en la resolución de un caso en proceso de estudio.

Dejando de lado la primera acepción, las restantes tres se asemejan a las formas más recurrentes en las que se utiliza el concepto de precedente judicial. Éste, en su acepción más general, alude a las decisiones de los tribunales que sirven como modelo para decisiones futuras,[14] aunque también al universo de resoluciones emitidas por el conjunto de los tribunales que integran un sistema judicial, o bien al conjunto de sentencias o criterios judiciales aplicables en la resolución de un caso posterior o en el análisis de un nuevo problema jurídico.[15] El contraste entre estos conceptos indica que, en el fondo, ambos hacen referencia a la misma cuestión: la posibilidad de que, como resultado de la función de resolver conflictos jurídicos a partir de la aplicación e interpretación de normas indeterminadas, los Jueces generen criterios que produzcan efectos jurídicos más allá de los casos que les dieron origen.

La importancia que posee el precedente en el funcionamiento de los sistemas jurídicos lo ha hecho un tema al que la academia ha prestado cada vez mayor atención. Los esfuerzos por comprender de dónde viene, para qué sirve y cómo funciona han provenido de aproximaciones desarrolladas desde el derecho constitucional y la

---

[13] Por ejemplo, una obra editada en 2005 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación dedica más de 30 páginas a revisar la evolución y definiciones diferentes que se han hecho de este concepto. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Jurisprudencia en México*, 2a. ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, pp. 95-128.

[14] *Cfr.* Neil MacCormick y Robert S. Summers, "Introduction", en Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A comparative Study,* Dartmouth, Ashgate, 1997.

[15] Geoffrey Marshall, "What is Binding in a Precedent", en Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A comparative Study*, Dartmouth, Ashgate, 1997, p. 503.

filosofía jurídica,[16] pero también de investigaciones en las que se han empleado teorías y métodos de disciplinas distintas al derecho.[17] Aunque unos y otros han hecho énfasis en cuestiones distintas, el problema de conocer por qué y cómo los contenidos de las sentencias pueden utilizarse como parámetros para la resolución de casos futuros ha sido uno de los aspectos centrales en ambos grupos de estudios.

En contraste con lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, hasta ahora se cuenta con pocos trabajos que hayan abordado la experiencia mexicana desde aproximaciones empíricas. Por tal motivo, en este apartado se realiza un examen de algunas de las conclusiones que han arrojado distintas investigaciones que se han propuesto dar respuestas a preguntas semejantes a las que inspiraron este estudio. Esta revisión no pretende ser exhaustiva, sino abordar tres aspectos relacionados con las preguntas de las que parte este trabajo. El primero se refiere a los factores que propiciaron el reconocimiento normativo de los criterios interpretativos de los órganos de justicia; el segundo a las aproximaciones relacionadas con las funciones que cumple en el sistema jurídico en su conjunto; y el tercero a los mecanismos que al interior de los sistemas de justicia se emplean para crear, modificar, sistematizar y difundir precedentes.

Tradicionalmente se ha considerado al precedente judicial como una institución propia del *common law.* La idea es que los criterios judiciales en los sistemas de esa tradición gozan de una autoridad que no se observa en los sistemas de la tradición de derecho civil.[18] A diferencia de ellos, donde la vocación por la codificación y la produc-

---

[16] Véase, por ejemplo, Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds), *Interpreting Precedents. A comparative Study,* Dartmouth, Ashgate, 1997 (cuya traducción al castellano fue publicada en 2016 por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación); Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los Jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Universidad de Los Andes-Legis, Bogotá, 2000; Carlos Bernal Pulido y Thomas Da Rosa de Bustamante (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015; Thomas Da Rosa de Bustamante, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales,* Ediciones Legales, Lima, 2016.

[17] Como ejemplos pueden consultarse: Saul Brenner y Harold J. Spaeth, *Stare indecisis: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995; Jack Knight y Lee Epstein, "The Norm of stare decisis", *American Journal of Political Science*, vol. 40, núm. 4, 1996; Harold J. Spaeth y Jeffrey A. Segal, *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the US Supreme Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; Thomas G. Hansford y James F. Spriggs, *The Politics of Precedent on the US Supreme Court*, Princeton University Press, Princeton, 2006; James H. Fowler y Sangick Jeon, "The Authority of Supreme Court Precedent", *Social Networks,* vol. 30, núm. 1, 2008.

[18] *Cfr.* John Henry Merryman y Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to The Legal Systems of Europe and Latin America,* Stanford University Press, Palo Alto, 2007.

ción de normas de carácter positivo ha generado que sean más estrechos los alcances de la función judicial, los tribunales han desempeñado un papel protagónico en los procesos de producción normativa en los sistemas de *common law.* Esto ocurrió así gracias, en buena medida, a la conformación de la doctrina del *stare decisis* que, al exigir a los Jueces *mantenerse con las cosas decididas,* provocó que los criterios que se consignan en las sentencias sean considerados normas jurídicas o *case law.*

En los años recientes, diversas investigaciones empíricas han contribuido a comprender mejor el origen, funciones y operación del precedente judicial. En lo referente al origen, estudios de corte histórico han planteado que el *stare decisis* no fue un elemento original del *common law*. En Inglaterra, por ejemplo, la práctica de invocar contenidos de resoluciones judiciales dio inicio en el siglo XVII, aunque ello no provocó en automático la adopción del *stare decisis.* Su institucionalización, en todo caso, tuvo tres impulsos principales. El primero ocurrió a finales del siglo XVI y se derivó de la práctica de emitir resoluciones escritas donde los Jueces exponían las razones de sus decisiones.[19] El segundo provino de la práctica de publicar el contenido de las resoluciones judiciales en medios oficiales y no oficiales, la cual dio inicio en el mismo siglo XVI, pero se consolidó en el siglo XIX, bajo estándares profesionales. El impulso final fue la configuración de un sistema jerárquico de tribunales de apelación a finales del mismo siglo XIX.[20]

La creación de publicaciones oficiales y no oficiales también fue determinante en los Estados Unidos. Ahí las primeras publicaciones de sentencias aparecieron hacia 1790 y estuvieron a cargo de editores privados. Durante el siglo XIX estos medios no oficiales ampliaron su labor al publicar también resoluciones de tribunales estatales. En Estados Unidos, la Corte Suprema comenzó a publicar reportes oficiales en 1922.[21] Las investigaciones sobre el sistema jurídico de ese país indican que la doctrina del

---

[19] Según Neil Duxbury, a inicios del siglo XVI las partes involucradas resolvían frecuentemente sus disputas antes de la conclusión de los juicios. Los Jueces tenían un rol más de mediadores que de resolutores. Esta situación cambió paulatinamente y ello obligó a los Jueces a emitir documentos escritos donde se planteaban las razones de las decisiones que tomaban. Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 51.

[20] *Ibidem*, pp. 53-56.

[21] *Cfr.* Manuel González Oropeza, *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla,* 2a. ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, pp. 39-42.

stare decisis también se consolidó a principios del siglo XX. De hecho, hasta 1916 ese concepto se había utilizado en sólo 40 decisiones de la Corte Suprema.[22]

Las experiencias de estas dos naciones muestran que el reconocimiento del carácter normativo de las interpretaciones judiciales derivó, al menos en un primer momento, de la posibilidad de que los profesionales del derecho conocieran los contenidos de las sentencias, así como del desarrollo de una estructura judicial jerárquica que, con el tiempo, propició que los órganos inferiores se vieran compelidos a seguir los criterios de los órganos superiores. Queda claro entonces que la autoridad del precedente en estos sistemas no provino de iniciativas que pretendieran deliberadamente expandir la fuerza de las sentencias sino de cambios en las prácticas jurídicas y en los diseños institucionales del sistema de justicia.

El análisis del precedente en los sistemas de *common law* no sólo ha prestado atención a las raíces de su reconocimiento legal sino a su eficacia. Los estudios sobre comportamiento judicial plantean conclusiones interesantes sobre lo que aconteció en Estados Unidos una vez consolidada la doctrina del *stare decisis.* De acuerdo con ellos, en ese país los juzgadores siguen el precedente cuando su contenido se aproxima a sus preferencias ideológicas,[23] cuando creen que hacerlo beneficiará sus carreras,[24] cuando les permite trabajar menos,[25] o cuando consideran necesario fortalecer la legitimidad de sus sentencias.[26] Aunque el debate sobre la eficacia del precedente continúa, una de las enseñanzas de esta literatura es que el funcionamiento de esta institución depende sólo de aspectos legales o de la autoridad que se ad-

---

[22] Para Colin Starger, el uso que se dio durante buena parte del siglo XIX al concepto *stare decisis* tuvo que ver más con una aspiración que con una doctrina que obligara a los Jueces a seguir sus precedentes. Véase Colin Starger, "The Dialectic of *Stare Decisis* Doctrine", en Christopher J. Peters, (ed.), *Precedent in the United States Supreme Court,* Springer, Heidelberg, 2013, pp. 22-23.

[23] *Cfr.* Mark J. Richards, y Herbert M. Kritzer, "Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making", *American Political Science Review,* vol. 96, núm. 2, 2002, pp. 305-320; Michael Bailey y Forrest Maltzman, "Does Legal Doctrine Matter? Unpacking Law and Policy Preferences on the U.S. Supreme Court", *American Political Science Review*, 2008, vol. 102, núm. 3, pp. 369-384.

[24] Richard A. Posner, "Judicial Behavior and Performance an Economic Approach", *Florida State University Law Review*, vol. 32, 2005, pp. 1259-1279.

[25] Jonathan R. Macey, "The Internal and External Costs and Benefits of stare decisis", *Chicago-Kent Law Review,* vol. 65, núm. 93, pp. 93-113.

[26] Thomas G. Hansford y James F. Spriggs, *The Politics of Precedent…*, *op. cit.,* p. 125.

judique a una doctrina sino también de las motivaciones personales de los Jueces y de la necesidad de robustecer la aceptación de la decisiones de judiciales.

Los hallazgos de estas investigaciones están conectados con los planteados en otras sobre las funciones del precedente judicial en el sistema jurídico en su conjunto. Con frecuencia, se considera que la principal contribución del precedente judicial consiste en la protección de los principios de seguridad jurídica, igualdad en la aplicación de la ley y uniformidad del derecho.[27] Esta visión ha sido complementada por estudios que, recurriendo a la teoría del *path dependence*, han planteado que el precedente tiene también las funciones de generar y preservar la autoridad de los órganos de justicia como cuerpo; atender de manera más eficiente la carga de trabajo; y propiciar la legitimidad del ejercicio de las funciones de los tribunales.[28] Desde esta perspectiva, el precedente se crea y utiliza porque expande a largo plazo la autoridad del Poder Judicial en su conjunto; facilita resolver casos con base en criterios previos y hace posible fortalecer la imagen de coherencia de las decisiones judiciales y, con ello, su aceptación.

El examen presentado hasta ahora muestra que, en su origen y aplicación, la fuerza del precedente en los sistemas de *common law,* donde goza de un reconocimiento pleno como fuente de derecho, ha derivado no sólo de la conformación de doctrinas a las que se adjudica su carácter normativo sino además de aspectos relacionados con el diseño institucional, el contexto en el que los tribunales desarrollan sus labores, entre otros. Estos planteamientos ayudan a comprender de dónde viene y cuál es el papel del precedente judicial pero no sobre cómo se crean las diferentes piezas que lo integran.

---

[27] En cuanto a la seguridad jurídica, se considera que el precedente ofrece a los profesionales del derecho información que les permite evaluar *ex ante* los resultados de un litigio. Respecto de la igualdad en la aplicación de la ley se ha señalado que el contribuyen a que ante hechos semejantes una persona sea juzgada bajo los mismos parámetros que otras lo fueron previamente En cuanto a la uniformidad, se considera que el precedente hace que se eviten contradicciones entre criterios emitidos por órganos distintos. Al respecto véase: Martín Orozco Muñoz, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

[28] Conforme a esta teoría de los procesos de decisión de carácter cíclico, las decisiones presentes están en buena medida determinadas por las decisiones pasadas, siempre y cuando se considere que las decisiones pasadas producirán mayores beneficios en el presente y el futuro. Al respecto véase Alec Stone Sweet, "Path Dependence, Precedent and Judicial Power", en Martin Shapiro y Alec Stone Sweet, *On law, Judicialization and Politics,* Oxford University Press, Oxford, p. 115.

A este respecto, es en la literatura jurídica y no en los estudios de otras disciplinas donde se han examinado con mayor detalle y profundidad las operaciones de identificación, modificación, sistematización y uso de precedentes. Según se ha apuntado en esta literatura, las sentencias son el lugar donde se plasma la interpretación de normas preexistentes y donde se establecen criterios que pueden adquirir un carácter normativo. Las sentencias son, por tanto, resultados institucionales que reflejan el trabajo de los Jueces y, al mismo tiempo, instrumentos normativos que consignan tanto una decisión como el razonamiento que la respalda.[29] Es el carácter abstracto de esos razonamientos lo que, en principio, les permite convertirse en precedentes, criterios susceptibles de aplicarse en casos posteriores. Bajo determinadas condiciones, esos criterios devienen en una categoría especial de normas cuya identificación no se resuelve por completo acudiendo a criterios como los de origen y cumplimiento, para los cuales las normas jurídicas adquieren ese carácter cuando ya sea cuando provienen de actos concretos de actores autorizados o bien cuando se observan en la práctica.[30]

Ahora bien, como no todos los contenidos de una sentencia son útiles para resolver casos subsecuentes, también se ha desarrollado una serie de conceptos con la intención de discernir a cuáles puede atribuírseles un carácter normativo. De manera general, las sentencias se componen de dos tipos de contenidos: *resolutivos*, en los que se consignan tanto la decisión del tribunal como sus efectos; y *fundamentaciones*, donde se plantean las razones que respaldan dicha decisión. En estas últimas, se ofrece una valoración de los hechos del caso y de la normatividad aplicable, y es también en ellas donde se plasma el resultado de la interpretación a través de criterios de carácter abstracto.

Con todo, esta distinción no es suficiente para resolver el problema de identificar qué contenidos de una sentencia pueden devenir en normas. Este problema se presenta en dos dimensiones. La primera tiene que ver, de nuevo, con los contenidos de las sentencias. Dado que no todos los razonamientos son *indispensables* para una

---

[29] Josep Aguiló, "Fuentes del Derecho y normas de origen judicial", *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, núm. 3, junio-noviembre, 2009, p. 156.
[30] *Ibidem*, p. 164.

decisión, se suele considerar que estos poseen dos formas: *ratione decidendi,* que son aquellos indispensables para una decisión, y *obiter dicta,* o planteamientos dichos de paso. La *ratio decidendi* es donde se plasma un criterio que puede tener fuerza vinculante; en cambio, el *obiter* posee en todo caso una fuerza persuasiva u orientadora.[31]

La otra dimensión se refiere a los actores que pueden, de manera autorizada, hacerse cargo de extraer y emplear la *ratio decidendi.* Por definición, el precedente es una institución dinámica que involucra, en un primer momento, la creación de criterios y, en un segundo, su seguimiento. Por tanto, es en esta segunda dimensión donde los factores institucionales juegan un papel esencial pues establecen reglas que determinan la forma en que se crean, modifican y siguen los precedentes. En los sistemas *common law,* son los propios Jueces quienes extraen y en su caso utilizan la *ratio decidendi.* En esa medida, son ellos quienes pueden optar por aplicarla, invocándola como parte de las razones que fundamentan una decisión; no aplicarla, argumentando que las características específicas del caso en estudio se *distinguen* de las del caso del que surgió *(distinguishing);* o derogarla, señalando que había sido fundada en interpretaciones incorrectas o, advirtiendo que las normas a las que vinculaba dejaron de ser aplicables *(overruling)*.

Lo planteado en los párrafos previos sirve para apuntar que una de las diferencias más evidentes en los sistemas de *common law y* de derecho civil es la existencia de procedimientos y reglas que centralizan y determinan *ex ante* la definición de los criterios que pueden ser considerados precedentes. En efecto, como lo han dejado claro los ejercicios comparativos desarrollados por especialistas en derecho constitucional, el contraste entre unos y otros sistemas tiene que ver más con la creación de diseños institucionales que, en mayor o menor medida, con la concentración de la potestad de identificar y utilizar las *razones,* que con la propia estructura o contenidos de las sentencias.[32] En última instancia, las diferencias entre los modelos cen-

---

[31] Geoffrey Marshall, "What is Binding in a Precedent", en Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. op. cit.*, p. 515.

[32] Véase al respecto el antes citado volumen desarrollado bajo la coordinación de McCormick y Summers como el ejemplo más acabado de un esfuerzo comparativo en materia de precedente Neil MacCormick y Robert S. Summers, (eds.), *Interpreting Precedents…*, *op. cit.*

tralizados y descentralizados son determinantes para la identificación de lo que se considera como precedente.

La definición *ex ante* de criterios a través la generación de sumarios –o de tesis como en el caso mexicano– es el elemento que complementa a la centralización. La combinación de ambos aspectos hace más compleja la identificación del contexto y el sentido específico de las interpretaciones ya que, en la práctica, los sumarios no siempre están acompañados de las resoluciones donde se exponen los hechos. Esto dificulta la labor de los operadores jurídicos al impedirles identificar si un criterio susceptible de utilizarse en un nuevo caso efectivamente emergió de un asunto donde se presentaron hechos semejantes y, de esta forma, determinar si resulta o no al nuevo asunto. Pero no sólo eso. Estos modelos también hacen posible que la integración de criterios a utilizarse como parámetros en la resolución de casos futuros se realice en forma independiente al proceso de elaboración y aprobación de las sentencias.

De alguna manera, las *massime* italianas son un ejemplo de este modelo.[33] En Italia, la Corte de Casación cuenta con una unidad especializada que extrae de las sentencias los criterios que se difunden. Esta unidad, el *Ufficio del Massimario,* se encarga de elaborar las *massime,* textos cortos donde se hace referencia al principio o criterio definidos por la Corte de Casación en sus decisiones. Muchas veces, las *massime* son el único contenido de la sentencia que se difunde, lo cual hace que su rol como precedente sea fundamental, pero también entraña el problema de lo que se conoce comúnmente como el criterio y no los hechos.[34]

El caso de Brasil es también interesante porque muestra cómo la introducción de reglas para robustecer la obligatoriedad del precedente ha contribuido tanto a fortalecer la autoridad de las resoluciones como a hacer frente a una creciente carga de trabajo. En ese país se confirieron recientemente al Supremo Tribunal Federal atribuciones para seleccionar casos y generar precedentes vinculantes,[35] mediante

---

[33] Raimo Siltala, *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-analytical Philosophy of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 129.

[34] *Ibidem*, pp. 129-130.

[35] Nuno M. Garoupa y Maria Angela Jardim de Santa Oliveira, "Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach", *Emory International Law Review*, 2013, pp. 556-557.

las figuras de *requisito repercussão geral* y *sumula viculante.* Las investigaciones en la materia han mostrado que la reforma ha logrado que el Tribunal tenga mejores condiciones para definir su agenda, pero también a hacer menos inmanejable su carga de trabajo.[36]

La experiencia francesa es destacable porque muestra cómo, aun en la ausencia de reglas que le otorguen un carácter vinculante, el precedente se utiliza de manera extendida. En Francia, los tribunales no tienen permitido crear derecho y cuando esto ocurre, deben dejar claro que era necesaria la interpretación de normas vigentes. En ese país, además, no existen reglas que determinen la obligatoriedad del precedente, y las referencias que las sentencias hacen a decisiones previas son muy escasas. No obstante, en la práctica existe una tenue obligación de seguir precedentes –especialmente los de los tribunales de mayor jerarquía– aunque formalmente no se les cite.[37]

¿Qué se puede concluir de la revisión realizada hasta aquí? La primera y más elemental es que el precedente se emplea en cualquier sistema jurídico en el que existen condiciones que permiten conocer el contenido de las sentencias. Los Jueces, autoridades y litigantes acuden a ellas para conocer no sólo el sentido de la decisión en un caso determinado, sino los criterios que un Tribunal confeccionó como resultado de su labor interpretativa. Independientemente de que existan normas o doctrinas que les confieran algún carácter normativo, las sentencias han constituido acervos de información que inciden en la práctica jurídica cotidiana, lo cual ha provocado que produzcan efectos en casos subsecuentes.

En segundo lugar, el examen presentado en las páginas previas deja claro que para comprender cómo funciona el precedente, particularmente en los sistemas donde se le confiere algún carácter normativo, es necesario conocer la manera en que los cambios en las prácticas jurídicas, derivados de la publicación de sentencias razonadas y la conformación de estructuras jerárquicas, pudieron contribuir a que el precedente echara raíces. Por ello, en el análisis del caso mexicano que se presenta

---

36 *Ibidem*, p. 598.

37 Raimo Siltala, *op. cit.,* p. 129.

en las siguientes secciones se presta atención especial tanto a las cuestiones relacionadas con el reconocimiento de la autoridad de la jurisprudencia a través de la legislación, como aquellas vinculadas a la creación y consolidación de medios de difusión de sentencias.

Finalmente, el análisis de las investigaciones sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente indica que también es necesario identificar de dónde vienen y cómo son los reglas y procedimientos que determinan no sólo el grado de obligatoriedad del precedente sino cómo se crean, modifican, sistematizan y publican las sentencias y los criterios contenidos en ellas. De esta manera, el análisis del caso mexicano que se presenta en el segundo apartado de este texto presta atención al surgimiento y desarrollo de dichas reglas y procedimientos, y en el tercero a los resultados de su aplicación.

2. El desarrollo del modelo mexicano

En el sistema jurídico mexicano la práctica de invocar y utilizar precedentes judiciales se remonta, cuando menos, al siglo XIX. Desde entonces, el concepto de *jurisprudencia* se ha empleado para denominar no sólo a los criterios aplicables a otros casos sino para hacer referencia, en forma más general, al conjunto de criterios relacionados con una temática específica o inclusive al universo de sentencias de los tribunales. Fue también en el siglo XIX cuando a los criterios derivados de las interpretaciones contenidas en las sentencias se les reconoció un carácter normativo. A partir de ese momento, la voz 'jurisprudencia' comenzó a ser empleada para aludir, por un lado, a los criterios vinculantes para otros tribunales y, por el otro, a todo el sistema de normas y procedimientos relacionado con la creación de criterios que se utiliza como precedentes.

El presente apartado persigue un doble objetivo. En primer lugar, busca ofrecer un recuento de la trayectoria que condujo al reconocimiento del carácter normativo de los criterios plasmados en las resoluciones de los tribunales federales y, de este modo, a la configuración de las bases del modelo mexicano de precedente. En segundo lugar, pretende explicar por qué en México la jurisprudencia se convirtió en

una institución regulada desde la ley y desarrolló como un sistema de criterios judiciales basado en textos denominados "tesis".

La primera sección se dedica a exponer la conformación del modelo nacional durante la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX. La segunda expone los factores y rasgos del proceso de institucionalización de la jurisprudencia, desde la configuración de un nuevo orden constitucional en 1917 hasta el reconocimiento de la jurisprudencia en el propio texto de la Constitución. Finalmente, la tercera presenta las innovaciones principales que se realizaron a partir de la segunda mitad del siglo XX y que derivaron en la consolidación del sistema de tesis que se utiliza en la actualidad.

2.1. Los orígenes

En México, a semejanza de Inglaterra y Estados Unidos, el origen del reconocimiento del precedente tuvo como impulso tanto la conformación de una estructura judicial de carácter jerárquico, como el desarrollo de la práctica de difundir resoluciones judiciales a través de publicaciones oficiales y no oficiales. La particularidad más visible del caso mexicano es, en todo caso, el hecho de que la trayectoria del precedente ha estado ligada desde su creación a la consolidación del control judicial de constitucionalidad. Para plantear la forma en que estos elementos convergieron, el recuento que se ofrece a continuación hace énfasis en algunos de los acontecimientos que determinaron la creación y transformación del principal instrumento de control judicial de constitucionalidad que ha existido en México: el juicio de amparo.

En el sistema jurídico mexicano, los primeros ordenamientos de rango constitucional incluyeron instrumentos incipientes de control de constitucionalidad cuya competencia recaía en los órganos legislativos.[38] La primera experiencia que aproximó el control de constitucionalidad a los tribunales ocurrió en Yucatán, donde su constitución incorporó por primera vez al juicio de amparo. Esta innovación no permeó inmediatamente a nivel nacional; fueron el federalismo y los ordenamientos que

[38] José Ramón Cossío Díaz, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2a. ed., UNAM, México, 2013, p. 10.

se produjeron a raíz de su reinstauración los que dieron el impulso definitivo al control judicial de constitucionalidad. El Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 dio alcance nacional al amparo y fue en ella donde se estableció que sería un juicio accesible a todas las personas, a cargo de los órganos de justicia federal, y cuyas resoluciones serían aplicables sólo a las partes.[39] La Constitución de 1857 preservó buena parte de este diseño, incluidos los efectos *inter partes* determinados por lo que con el tiempo se ha denominado Fórmula Otero).

Es cierto que, en la trayectoria del control constitucional en aquellos años se observa la intención de establecer límites a los efectos de las sentencias y, por tanto, a la posibilidad de que los tribunales se convirtieran en actores protagónicos de los procesos de producción normativa. Esto también es identificable en el primer ordenamiento que reguló al juicio de amparo, la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución, promulgada el 30 de noviembre de 1861, donde se preservó la relatividad de los efectos de las sentencias. En ella no se hicieron referencias explícitas a alguna modalidad de precedente pero sí se establecieron las primeras reglas que obligaron la publicación de sentencias en los periódicos de la época. Bajo esas disposiciones se difundieron las primeras resoluciones de amparo en publicaciones privadas como *El Foro* y *El Derecho,* las cuales dieron continuidad al trabajo que antes habían realizado otras como el *Semanario Judicial.*[40]

Con la publicación en 1869 del segundo ordenamiento en materia de amparo se abrió la puerta a que los Jueces intervinieran en las labores de producción normativa. Ese ordenamiento confirió a los tribunales federales la atribución de "fijar derecho público", para lo cual debían ajustarse a lo dispuesto en la Constitución, las leyes federales y los tratados. Esta segunda ley también introdujo la prohibición de que el amparo procediera contra sentencias judiciales,[41] cuestión que generó consecuencias en la relación de los tribunales con los otros poderes. En la resolución del amparo *Vega,* la Suprema Corte determinó la procedencia del amparo contra sentencias

[39] Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, UNAM, México, 1993, p. 26.
[40] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Semanario Judicial de la Federación y sus épocas: Manual para su consulta,* SCJN, México, 2008, pp. 5-6.
[41] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Jurisprudencia en México*, 2a. ed., SCJN, México, 2005, p. 59.

judiciales, lo cual implicó la emisión de un criterio que contradecía abiertamente lo establecido en la ley.[42] Ello dejó ver el problema de definir con mayor nitidez los efectos que podrían producir las sentencias más allá de los casos que las originaron.[43] Además, como se verá adelante, con esta decisión también se dio un paso decisivo hacia la creación de lo que se ha conocido como "amparo judicial",[44] el cual ha producido efectos graves en el funcionamiento de los órganos federales de justicia y, con ello, en el del precedente.

La creación del *Semanario Judicial de la Federación* fue otra de las innovaciones que ocurrieron a raíz de la promulgación de esa segunda ley. El 8 de diciembre de 1870, Benito Juárez, entonces Presidente de la República, ordenó la creación de un medio oficial para la publicación de las sentencias definitivas de los tribunales federales, los "pedimentos" del Procurador General y del Ministro Fiscal –que entonces formaban parte de la Suprema Corte–, así como las actas de acuerdos del pleno de la Suprema Corte.[45] El surgimiento de una publicación oficial, el *Semanario Judicial de la Federación,* fue también impulsado por la necesidad de verificar la existencia de las sentencias que entonces se invocaban en los juicios, y la de unificar y ampliar la difusión de los criterios de los tribunales federales.[46]

---

[42] En mayo de 1869 el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa sancionó a Miguel Vega, Juez del fuero local que previamente había resuelto un caso en materia penal, con la privación durante un año tanto de sus funciones jurisdiccionales como del ejercicio de la profesión de abogado. Para confrontar tal decisión, Vega promovió un amparo que le fue negado por el Juez de Distrito en Sinaloa. El Juez Vega impugnó tal resolución ante la Suprema Corte. El 20 de julio del mismo año, la Suprema Corte concedió el amparo al señalar que el artículo 8o. de la segunda ley de amparo era inconstitucional. Al respecto véase: Julio Bustillos, "El amparo judicial: a 140 años de la primera sentencia (1869-2009)", en Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia,* UNAM, México, 2011, t. I, p. 110.

[43] Las secuelas de esta resolución son diversas y transitaron por distintos caminos. Por una parte, el Congreso Federal intentó infructuosamente someter a juicio político a los ocho inistros que votaron a favor de conceder al amparo. Por la otra, el criterio de la Suprema Corte respecto de que los tribunales federales debían mediante el amparo proteger las garantías constitucionales, fue adoptado por los tribunales federales de menor jerarquía. Éstos comenzaron a conceder amparos contra resoluciones de Jueces locales por considerar que se violaba la garantía de legalidad debido a una 'inexacta aplicación de la ley'. *Ibidem*, pp. 111-112.

[44] Héctor Fix-Zamudio, "El Amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos", *op. cit*., p. 264.

[45] Decreto de creación del *Semanario Judicial de la Federación*. Ministerio de Justicia e Instrucción pública, citado en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Semanario Judicial de la Federación y sus épocas. Manual para su consulta,* SCJN, México, 2008, p. 8.

[46] Ezequiel Guerrero Lara, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación*, UNAM, México, 1982, citado en *El Semanario Judicial de la Federación y sus épocas*. *Manual para su consulta*, *op. cit.,* p. 9.

Como puede apreciarse, la experiencia mexicana de aquellos años se asemeja a lo acontecido en Inglaterra y los Estados Unidos, donde la publicación de sentencias fue un factor fundamental en la consolidación de la doctrina del *stare decisis*. En México, la aparición de una publicación oficial ocurrió cinco décadas antes de que, en Estados Unidos, la Corte Suprema iniciara la difusión de reportes oficiales.[47] El *Semanario Judicial de la Federación* se difundió de forma continua entre enero de 1871 y noviembre de 1874, año en que dejó de publicarse, primero por problemas financieros, y después por la inestabilidad política del momento. Fue ese contexto en el que la Suprema Corte resolvió el amparo *Morelos* en el que estableció el criterio de la *incompetencia de origen*, mediante el que se creó una ventana para que la propia Suprema Corte revisara la constitucionalidad no sólo de los actos de las autoridades sino la legitimidad misma de la forma en que accedieron al cargo.[48]

La emisión de ese criterio puso nuevamente a debate el alcance de las resoluciones judiciales. Además, en 1876, en el contexto de la Rebelión de Tuxtepec, José María Iglesias se proclamó Presidente de la República, invocando el artículo 79 de la Constitución de 1857 que determinaba que ante ausencia del Presidente de la República sería el Presidente de la Suprema Corte el primero en la línea sucesoria. Una de las consecuencias de este episodio fue la salida de Iglesias de la Presidencia del Tribunal y la llegada a esa posición de Ignacio L. Vallarta. Con el tiempo Vallarta logró que la Corte derogara el criterio de la *incompetencia de origen*, así como que se establecieran en la legislación algunas medidas para hacer frente a los problemas asociados a los alcances de las sentencias de amparo.[49]

---

[47] Manuel González Oropeza, *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla,* 2a. ed., SCJN, México, 2008, pp. 39-42.

[48] El amparo *Morelos* fue promovido por un grupo de ciudadanos españoles radicados en el estado de Morelos, contra la Ley de Presupuesto aprobada por el Congreso local en 1873 y promulgada por el gobernador Francisco Leyva. Los denunciantes consideraban a Leyva una autoridad ilegítima porque a su juicio su reelección había sido producto de una reforma a la Constitución estatal cuya aprobación no se había ajustado a lo dispuesto en las normas establecidas en la propia constitución de Morelos. El 11 de abril de 1874 la Suprema Corte concedió el amparo a los promoventes señalando la *incompetencia de origen* de las autoridades emisoras del acto denunciado. La resolución estuvo fundada en una interpretación del artículo 16 de la Constitución de 1857 que establecía que todo acto debía ser emitido por una autoridad competente. Al respecto véase: Héctor Fix-Zamudio, "Ignacio Luis Vallarta. La incompetencia de origen y los derechos políticos", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. A cien años de la muerte de Vallarta,* UNAM, México, 1994, pp. 21-22.

[49] *Ibidem*, p. 28.

Las referencias al contexto de esa época ayudan a comprender por qué fue entonces cuando surgieron las primeras disposiciones que reconocieron el carácter normativo del precedente judicial. González Oropeza plantea que, aunque no generó consenso entre la clase política, la creación del *Semanario Judicial de la Federación* contribuyó a que se introdujeran reglas para regular la creación de precedentes.[50] Según el mismo autor, el impulso final provino de la disputa que surgió en 1880 entre los tribunales federales y la Secretaría de Guerra respecto de la política de leva obligatoria. En aquel momento, diversos Jueces federales concedieron amparos a los afectados por la medida. A pesar de ello, y de que la Suprema Corte instó al Congreso a crear disposiciones alternativas para cubrir las bajas en las fuerzas armadas, la Secretaría de Guerra continuó aplicando la política de leva obligatoria.[51] Estos sucesos inspiraron a la Suprema Corte a proponer una reforma para ampliar los efectos de las sentencias de amparo.[52] Fue el propio Vallarta quien elaboró el proyecto de lo que en 1882 convertiría en la tercera Ley de Amparo, en cuyo artículo 70 se señaló lo siguiente:

> La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución o contra su interpretación fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida del empleo y con prisión de seis meses a tres años, si el Juez ha obrado dolosamente, y si sólo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará suspenso de sus funciones por un año.[53]

Las innovaciones principales de esta ley fueron, por un lado, que en ella se establecieron las bases de lo que hoy se conoce como jurisprudencia por reiteración y, por el otro, el reconocimiento legal de la procedencia del amparo en asuntos judiciales.

---

50 Manuel González Oropeza, *La jurisprudencia: su conocimiento…, op. cit*., p. 61.

51 *Ibidem*, p. 69.

52 Al respecto es conveniente recuperar parte de lo planteado en el estudio que realizó Lucio Cabrera sobre el origen de la jurisprudencia. Para este autor, las propuestas de Ignacio Mariscal influyeron directamente en las que poco más de una década después realizó Vallarta. Mariscal, a partir de su conocimiento del sistema judicial norteamericano, había planteado antes la necesidad de que las sentencias produjeran efectos directos a través de sus resolutivos, e indirectos a través de sus criterios. Probablemente su influencia tuvo como consecuencia que, en la Ley de Amparo de 1869, se haya dispuesto que los Jueces federales tenían la posibilidad de fijar derecho público, aún sin establecer formalmente la figura de jurisprudencia ni criterios específicos para la regulación del precedente. Véase Cabrera, Lucio, "La jurisprudencia", *op. cit*., pp. 242-243.

53 Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal, citada en González Oropeza, Manuel, *La jurisprudencia: su conocimiento…, op. cit.,* p. 72.

Este nuevo ordenamiento incorporó otras disposiciones que contribuyeron a fortalecer los efectos de las resoluciones judiciales. Primero, se estableció que las sentencias de amparo dictadas por la Suprema Corte debían ser fundamentadas y, por tanto, exponer las razones en las que el Tribunal sustenta la interpretación de la Constitución utilizada en la resolución del juicio; en caso de disidencia, la minoría debía manifestar por escrito los motivos de su desacuerdo. Segundo, se preservó la obligación de publicar las sentencias en el *Semanario Judicial de la Federación*, pero ahora también de los votos de la minoría. Tercero, se determinó que serían castigados los Jueces que concedieran o negaran amparos en contravención del texto de la Constitución o de la interpretación fijada por la Suprema Corte mediante cinco criterios consecutivos.[54]

Ciertamente, las innovaciones de este tercer ordenamiento permitieron, por la vía legislativa, expandir los efectos de las sentencias sin dejar de observar formalmente los efectos *inter partes* de la Fórmula Otero. Es observable que desde aquellos años se configuraron algunos de los rasgos principales del modelo mexicano de precedente. El primero de ellos fue la determinación por la vía legislativa de los alcances de la obligatoriedad de los criterios, la cual quedo limitada a los propios órganos del sistema de justicia. El segundo fue la conformación de una estructura de creación de precedentes obligatorios centralizada en la Suprema Corte. El tercero fue el encadenamiento de la obligatoriedad a la reiteración, lo cual atenuó las consecuencias de los criterios contenidos en sentencias individuales y estableció los cimientos de un modelo en el que es la instancia que emitió la sentencia la que se encarga de determinar *ex ante* que contenidos pueden ser aplicables a casos posteriores. En cualquier caso, como se planteará más adelante, la posibilidad de que se convirtieran en criterios obligatorios provocó que las interpretaciones establecidas en sentencias individuales adquirieran mayor notoriedad.

A raíz de la aparición de la Ley de 1892, la publicación de las sentencias de amparo comenzó a ser acompañada de información relativa al caso que incluía el año de la decisión, el nombre y descripción del caso, además de la transcripción de los considerandos. Fue en ese periodo en que se efectuaron los primeros esfuerzos por

[54] SCJN, *La Jurisprudencia en México, op. cit.,* p. 65.

organizar la información judicial para facilitar la consulta de las resoluciones.[55] Durante los tres lustros en que estuvo vigente la ley, el trabajo de la Suprema Corte se vio afectado por las condiciones de orden político derivadas de la llegada de Porfirio Díaz al poder. Para ese momento, los criterios judiciales habían adquirido mayor fuerza e incidían en la forma en que se regulaba al propio juicio de amparo. Con el tiempo, los amparos en negocios judiciales se incrementaron en forma significativa, provocando un rezago considerable que, como se sabe, se convirtió desde esos años en una de las principales preocupaciones relacionadas con la operación de la justicia federal.[56]

El Código de Procedimientos Federales de 1897, cuarto ordenamiento en materia de amparo, preservó la obligación de publicar en el *Semanario Judicial de la Federación* las ejecutorias de los Jueces de Distrito y de la Suprema Corte, pero eliminó la posibilidad de que "fijaran derecho público". Aunque el Código impactó negativamente, la autoridad formal de la jurisprudencia, el *Semanario Judicial de la Federación* continuó publicándose ininterrumpidamente. Fue en esos años cuando la publicación de sentencias comenzó a acompañarse de sumarios donde se describía el caso y apuntaba el sentido de la decisión correspondiente.

Posteriormente, ya con el régimen porfirista en deterioro, la promulgación del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908 reinstauró la posibilidad de que la Suprema Corte emitiera *jurisprudencia por reiteración,* determinándose que ésta sería obligatoria para los Jueces de Distrito y para la propia Suprema Corte.[57] En ese momento, el problema no era ya que los Jueces generasen criterios que produjeran consecuencias más allá de los casos que los originaran, sino dar racionalidad al uso de esos criterios mediante reglas que sintonizaran su funcionamiento al de un sistema de justicia federal protagonizado por el amparo, instrumento que presentaba signos importantes de saturación. Para concluir esta sección, conviene recordar lo

---

55 Manuel González Oropeza, *La jurisprudencia: su conocimiento, op. cit.*, p. 151.

56 Timothy M. James, "El juicio de amparo en negocios judiciales y la labor jurisprudencial de Ignacio L. Vallarta, 1877-1882", *Historia Constitucional,* núm. 14, 2013, p. 500.

57 Lucio Cabrera, "La jurisprudencia", *op. cit.*, p. 249.

que se planteó en la exposición de motivos de la iniciativa que motivó la creación del Código de 1908:

> El derecho es una ciencia que se apoya en la razón y, por consiguiente, ésta será la que construya el principio fundamental de aquél. De ahí que la necesidad de la jurisprudencia sea uniforme y obedezca a determinadas reglas; de lo contrario, es imposible su existencia y autoridad, como sucede ahora, que donde hallamos una ejecutoria para fundar un derecho, encontramos otra para destruirlo. Es urgente, por lo expuesto, uniformarla de alguna manera.[58]

2.2. La consolidación en el nuevo orden constitucional

Al inicio de la Revolución, el *Semanario Judicial de la Federación* contaba con una trayectoria de cuatro décadas. Para entonces su publicación se había interrumpido únicamente cinco años. A pesar del complejo contexto en que surgió, la publicación se convirtió en un referente para juzgadores y profesionales del derecho. Una revisión de los documentos oficiales de la época indica, sin embargo, que la publicación de sentencias se realizaba con un desfase de cuatro años a causa del rezago que enfrentaba el sistema de justicia en materia de amparo.[59]

El primer ordenamiento que reguló al juicio de amparo bajo el nuevo orden constitucional fue la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal de 1919. Su contenido preservó buena parte de las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908, e incorporó un capítulo dedicado a la jurisprudencia. En él se determinó que la única modalidad que existía entonces –la *jurisprudencia por reiteración*– sería obligatoria para los tribunales federales y locales, la cual podría surgir sólo de sentencias de amparo y recursos de súplica. Además, a raíz de la disminución de 15 a 11 en el número de Ministros que determinó el nuevo texto constitucional, la votación requerida para sentar jurisprudencia sería de siete votos y no de nueve.[60]

---

58 SCJN, *La Jurisprudencia en México, op. cit.*, pp. 70-71.

59 SCJN, *Informe del Señor Presidente de la Corte de Justicia, Lic. Manuel Olivera Toro, correspondiente al periodo anual que terminó el 31 de mayo de 1914*, Imprenta El Automóvil en México, México, 1914, p. 25.

60 SCJN, *La Jurisprudencia en México*, *op. cit.*, pp. 74-75.

Como se aprecia, este ordenamiento implicó ajustes y no un cambio radical al funcionamiento del amparo. Con todo, no deja de ser simbólico que se haya introducido en él un capítulo dedicado al precedente. Ello habla de la autoridad que después de cinco décadas había adquirido la jurisprudencia y, por tanto, de su camino hacia la consolidación. En ese momento, los problemas asociados a la ampliación de las facultades de crear jurisprudencia no fueron abordados debido a que la Suprema Corte volvió a funcionar sólo en Pleno. En todo caso, fue en ese periodo cuando se hicieron nuevos esfuerzos para racionalizar los trabajos del *Semanario Judicial*. Destaca entre ellos la creación del Departamento de Jurisprudencia y la emisión de un reglamento para regular su estructura y funciones, incluidas las relativas a la elaboración y clasificación de sumarios. En el artículo octavo de este reglamento se señaló, por ejemplo, que "[E]l sumario de cada ejecutoria se hará de una manera concisa, exacta y clara, que fije todas y cada una de las tesis jurídicas sentadas por la Suprema Corte, en la ejecutoria a que el sumario se refiera, para que pueda servir de base a la formación del índice".[61]

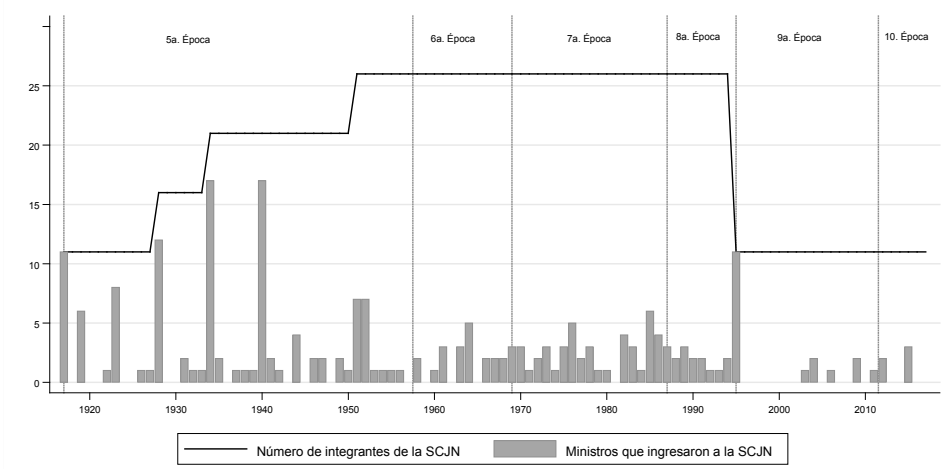
La creación de un área especializada y la emisión de normas reglamentarias para su labor es otro indicio del grado de reconocimiento que la jurisprudencia presentaba en aquel momento. La conformación del Departamento deja ver la intención de la Suprema Corte por profesionalizar las tareas de compilación y difusión de sentencias. Y los contenidos del Reglamento indican que desde entonces se utilizaba la palabra "tesis" para hacer referencia a los criterios de la propia Suprema Corte.

Como se sabe, el diseño institucional de la Suprema Corte cambió significativamente a raíz de la reforma constitucional de 1928. Esta reforma, promovida de manera irregular por Álvaro Obregón como candidato a la Presidencia, amplió la posibilidad de que el Presidente de la República incidiera en la integración del Tribunal.[62] Para ello se realizaron modificaciones a la Constitución que incrementaron de 11 a 16 el número de Ministros y que determinaron que la Corte funcionaría no sólo en Pleno sino también a través de tres Salas.[63] Aunque no hubo cambios que afectaran

[61] SCJN, "Reglamento para el Departamento de Jurisprudencia, Semanario Judicial, y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Documento trascrito en: González Oropeza, Manuel, op. cit., pp. 160-165.
[62] José Ramón Cossío Díaz, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2002, p. 34.
[63] La reforma también señaló qué Ministros serían nombrados por un periodo indefinido; precisó que podrían ser removidos por mala conducta y que sus ingresos no podrían disminuirse durante su encargo; estableció que las

directamente la regulación del precedente, la decisión de que la Suprema Corte funcionara en cuatro órganos distintos –el Pleno y las tres Salas– implicó que la posibilidad de la emisión de criterios contradictorios se incrementase.

Gráfica 1. Integración y rotaciones de Ministros de la Suprema Corte (1917-2015)



Fuente: Elaboración propia con información de Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semblanzas de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1917-2016)*, SCJN, México, 2016.

En 1934 se aprobó una nueva reforma constitucional cuyo propósito no sólo fue apuntalar la injerencia del Poder Ejecutivo en la integración de la Suprema Corte, sino establecer reglas que permitieran hacer frente al rezago que ese órgano continuaba padeciendo. Esta reforma, también producto de una iniciativa irregular –esta vez promovida por el Comité Ejecutivo Nacional del Partido Nacional Revolucionario a solicitud del presidente electo, Lázaro Cárdenas– tuvo tres características principales: incrementó de 16 a 21 el número de Ministros (véase gráfica 1); ordenó la crea-

designaciones estarían a cargo del Presidente y que el Senado se encargaría de ratificarlas; y señaló que los Ministros en el cargo sería en su caso ratificados por el Presidente de la República. Véase "Ley que reforma los artículos 73, 74, 76, 79, 89, 94, 96, 97, 98, 99, 100, y 111 de la Constitución Política de la República", *Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, Tomo LIX, núm. 40, 20 de agosto de 1928. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_005_20ago28_ima.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2016].

ción de una Cuarta Sala; estableció un periodo fijo de seis años para el cargo de Ministros, Magistrados y Jueces. Además, su régimen transitorio señaló que el 31 de diciembre del mismo 1934 cesarían los encargos de los Ministros que se encontraran en funciones.[64]

El Informe de Labores de 1935, año en que entrara en vigor la reforma, dedica varias páginas a exponer las difíciles condiciones en las que funcionaba entonces el *Semanario*.[65] Su contenido indica que el desfase en la publicación de sentencias ahora llegaba a 29 meses, situación que había ya provocado problemas en las labores jurisdiccionales debido a la imposibilidad de que se conocieran con oportunidad los criterios de la Suprema Corte. El Informe también señala que el Departamento de Jurisprudencia operaba en condiciones precarias y que, para agilizar la difusión de criterios se comenzaría a publicar la Sección de Jurisprudencia en un Apéndice donde se enunciaban las tesis respecto de las cuales estaba firme un criterio, junto a las cinco ejecutorias en las que había sido sustentado.

Éste fue el contexto en que se aprobó la Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal de 1936. En ella se confirieron facultades a las Salas para crear jurisprudencia por reiteración. Además, como respuesta al aumento en la integración de la Suprema Corte, determinó que las jurisprudencias del Pleno tendrían que resultar de sentencias aprobadas por una votación de al menos 11 de sus 21 integrantes. Por otra parte, la Ley de Amparo de 1936 determinó que la jurisprudencia podría surgir sólo de sentencias de amparo –ya no de recursos de súplica– y referirse únicamente a la Constitución y a las leyes federales. Además, se estableció que, para inaplicar su jurisprudencia, la Suprema Corte debía hacer explícitas las razones que condujesen a tal determinación. También, señaló que las Juntas de Conciliación de Arbitraje –creadas en el periodo que transcurrió entre la ley de 1919 y la

---

64 "Decreto que reforma el último párrafo de la base 4a. de la fracción VI del artículo 73, el artículo 94 y las fracciones II y III del 95 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos,* Tomo LXXXVII, No. 37, 15 de diciembre de 1928. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_021_15dic34_ima.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2016].

65 SCJN, *Informe Rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, el Sr. Lic. D. Daniel V. Valencia, al terminar el año de 1935*, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1935, pp. 16-17.

de 1936– estarían obligadas por la jurisprudencia. Finalmente, se determinó que las sentencias de amparo y los votos particulares se publicarían en el *Semanario Judicial de la Federación* cuando fueran necesarias para establecer o contrariar la jurisprudencia.[66]

Un análisis conjunto de la reforma constitucional de 1934 y la aprobación de una nueva Ley de Amparo permite apreciar que sus innovaciones principales consistieron, primero, en ajustar el funcionamiento del sistema de precedentes a las nueva estructura y competencias de la Suprema Corte, que ahora funcionaba no sólo en Pleno sino también en Salas; y, segundo, en establecer disposiciones para regular el cambio jurisprudencial. Así, con esas nuevas disposiciones se dieron los primeros pasos hacia la descentralización de las atribuciones de creación de precedentes.

El cambio, sin embargo, no concluyó ahí. En 1944 se realizó una nueva reforma que, aunque no alteró sustancialmente la estructura de la Suprema Corte,[67] su procesamiento ocurrió en un contexto en el que se agravaba el problema del rezago judicial (véase gráfica 2). Ese año, el Presidente Ávila Camacho presentó dos iniciativas, una con el propósito de combatir el rezago por medio de disposiciones que permitiesen a la Suprema Corte desahogar la resolución de amparos en materia civil;[68] y otra para crear la Comisión de Responsabilidades y Mejoramiento de la Administración

---

[66] SCJN, *La Jurisprudencia en México*, *op. cit*., p. 77.

[67] La reforma de 1944 restauró los periodos indefinidos para el cargo de Ministro pero su impacto mayor lo produjo un artículo transitorio –en este caso el primero– donde se determinó que, dentro de los 30 días siguientes a la entrada en vigor de la reforma, el Presidente realizaría la designación de los Ministros que integrarían a la Suprema Corte de Justicia. "Decreto que reforma los artículos 73, fracción VI, base 4a; 94 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos,* Tomo CXLVI, núm. 17, 21 de septiembre de 1944. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_038_21sep44_ima.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2016].

[68] La exposición de motivos señaló lo siguiente: "Basta leer los informes anuales producidos por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para darse cuenta de que el aumento de los negocios que se encuentran pendientes de resolución ante el Alto Tribunal, aumentan en una proporción considerable en vez de disminuir. En alguna ocasión ha sido necesario recurrir a medios extremos para descongestionar a la Corte de negocios, tales como exigir una promoción en cada asunto, sobreseyendo todos aquellos en los que se omita. Esta medida, con la cual se ha logrado una disminución imperceptible para el recargo de trabajo de la Suprema Corte, no constituye, en forma alguna, un remedio radical; y es por esto que el Ejecutivo propone una solución definitiva tendiente a capacitar al Congreso de la Unión para que, tomando en cuenta el número, naturaleza y significación de las controversias constitucionales que se susciten por violación de garantías, opere una adecuada redistribución de competencias y grados". Cámara de Diputados, *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, Año II, Periodo Ordinario XXXIX Legislatura, Tomo I, núm. 24. Sesión efectuada el 29 de diciembre de 1944. Disponible en: http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/39/2do/Ord/19441229.html [fecha de consulta 21 de agosto de 2016].

de Justicia, instancia que estaría a cargo de investigar la conducta de Ministros, Magistrados y Jueces para que en todo caso el Presidente procediera a su destitución.[69]

Uno de los aspectos más significativos de esta experiencia es que ninguna de esas iniciativas fue publicada en el *Diario Oficial*. Sobre la primera existe certeza de su aprobación y envío a las legislaturas estatales, pero no queda claro qué ocurrió con la segunda. La información disponible indica que la intervención de la Suprema Corte contribuyó a detener su entrada en vigor.[70] En aquel momento, este Tribunal elaboró un documento donde propuso la creación de los Tribunales de Circuito para que sobre ellos se descargase la resolución de amparos, y la incorporación de una Sala Auxiliar que apoyara a la Sala Civil y se integrara por Ministros supernumerarios que no formarían parte del Pleno y se encargaría de suplir ausencias en el resto de las Salas.[71]

Al final, la promulgación de una nueva reforma no fue inmediata. La Constitución fue modificada seis años después a través de un decreto que, a diferencia de las anteriores, tuvo como objetivo hacer frente al rezago judicial.[72] En específico, se introdujeron dos innovaciones inspiradas en la propuesta de la Suprema Corte. La primera fue la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito, a los que cuales se otorgaron diversas facultades en materia de amparo con el propósito de descargar el

---

[69] En aquel momento se difundió en la prensa que un grupo de Ministros había enviado una carta al Presidente Ávila Camacho señalando que estaban dispuestos a renunciar si se promulgaban las reformas sin tomar en cuenta la opinión de la Suprema Corte. Según Lucio Cabrera, el Presidente de la Suprema Corte, Salvador Urbina, realizó declaraciones en las que desmentía la amenaza de renuncia. Véase Lucio Cabrera, *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del General Manuel Ávila Camacho (1940-1946)*, SCJN, México, 2000, p.165.

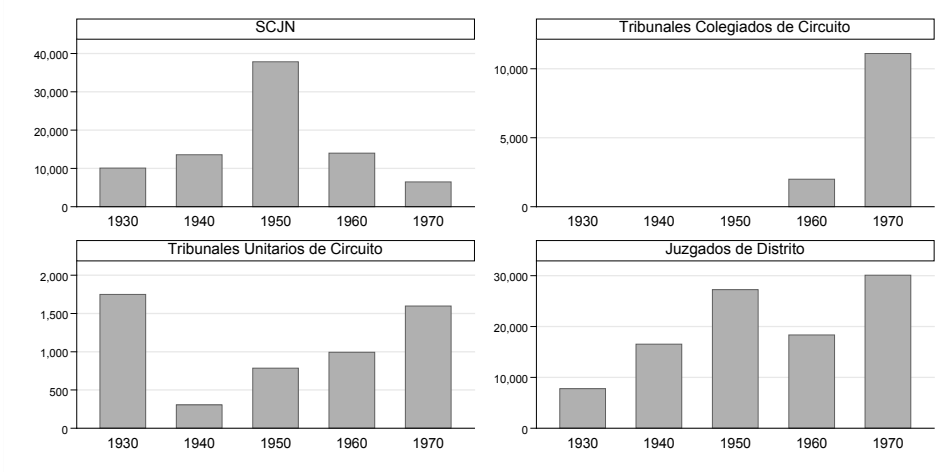
[70] En los primeros meses de 1945, la Suprema Corte elaboró un estudio en el que expuso por qué, a juicio de los integrantes del tribunal, las reformas no debían entrar en vigor. El 11 de abril de 1945, el Presidente de la Suprema Corte, Salvador Urbina, envió el estudio al titular del Poder Ejecutivo. Posteriormente, los Ministros se entrevistaron con el Presidente Ávila Camacho lo cual derivó en la integración de una comisión dedicada a elaborar propuestas para atender el problema del rezago en los amparos en materia civil. En julio de 1945, el Presidente de la Suprema Corte envío al Ejecutivo los resultados de estos trabajos que consistieron en un anteproyecto de reformas a la Constitución, a la Ley de Amparo y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El problema del rezago de juicios de amparo en materia civil,* SCJN, México, 1946, pp. 63-64.

[71] *Ibidem,* pp. 79-80.

[72] Decreto que reforma los artículos 73, fracción VI, base cuarta, párrafo último; 94, 97, párrafo primero, 98 y 107 de la Constitución General de la República, *Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos,* 19 de febrero de 1951. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_049_19feb51_ima.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2016].

volumen de casos de este tipo que año con año debía resolver la Suprema Corte (véase gráfica 2). La segunda fue la incorporación de cinco Ministros supernumerarios que no formarían parte del Pleno pero que apoyarían a las Salas en la resolución de su carga de trabajo.

Gráfica 2. Asuntos pendientes de resolución en 1930, 1940, 1950 y 1970.



Fuente: Elaboración propia con información de los Informes Anuales de Labores de los Presidentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondientes a los años 1930, 1940, 1950, 1960 y 1970.
* La información de los Juzgados de Distrito considera los juicios de amparo, así como los asuntos en materia penal y civil. Debido a que el Informe de 1940 no presenta datos desglosados por año sino los acumulados en los cinco años anteriores, la cifra utilizada corresponde al promedio durante estos cinco años.

El cambio que esa reforma hizo a la redacción del artículo 107 merece especial atención porque introdujo la palabra "jurisprudencia" al texto constitucional. En su fracción II se estipuló que podría "suplirse la deficiencia de la queja cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia";[73] en la IX que "sólo la Suprema Corte podría interpretar las normas constitucionales, a fin de procurar unidad de criterio en tan delicada e importante

[73] *Ibidem*, p. 9.

labor";[74] y en la XIII que la jurisprudencia tendría carácter vinculante en los casos que estableciera la normatividad secundaria. En conjunto, la reforma reiteró las regulaciones de la Fórmula Otero, reforzó la autoridad de la jurisprudencia, preservó el modelo centralizado de creación de precedentes en la Suprema Corte y, con ello, buscó dejar claro que ese sería el único tribunal que podía interpretar la Constitución.

El decreto por el que se hicieron modificaciones a la Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 se publicó el 19 de febrero de 1951, el mismo día que el decreto de reforma constitucional. Como antes ocurría, la jurisprudencia quedó regulada en el Título Cuarto de esa ley. Ahí se estableció un mecanismo para que pudieran resolverse ya no sólo las contradicciones entre las jurisprudencias emitidas por la Salas sino también para resolver criterios contradictorios entre los Tribunales Colegiados de Circuito. Éstos, a partir de entonces, tendrían la misión de resolver amparos en segunda instancia, pero sin atribuciones formales de emitir jurisprudencia.

La atribución de denunciar contradicciones –de las Salas y los Tribunales Colegiados– se otorgó a los Ministros, al procurador general de la República y a los mismos tribunales, siendo la Suprema Corte la instancia que determinaría el criterio que debía prevalecer.[75] Adicionalmente, la reforma formalizó la posibilidad de alterar o detener la vigencia de los criterios judiciales. En el artículo 194 se señaló que la jurisprudencia podría "interrumpirse o modificarse". En cuanto a la interrupción, se estableció como requisito una votación de 14 Ministros cuando se tratase del Pleno, o de cuatro en el caso de las Salas. Y respecto de la modificación, se dispuso que la Suprema Corte debía explícitamente exponer las razones para que el cambio jurisprudencial pudiera realizarse, además de cumplir los requisitos para la creación criterios por reiteración.

Merece la pena detenerse es la introducción de la palabra "tesis" en el capítulo que la Ley de Amparo dedicó a la jurisprudencia. Como antes se señaló, esta palabra se utilizaba en los ordenamientos internos de la Suprema Corte al menos desde 1919.

---

[74] Lucio Cabrera, "La jurisprudencia", *op. cit*., p. 255.

[75] Decreto por el que se reforma la Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, y se adiciona la misma ley, con los artículos 48 bis, 158 bis, 193 bis, 195 bis y 211, *Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos,* Tomo CLXXXIV, núm. 41, 19 de febrero de 1951, p. 25.

Hasta 1951 la legislación hablaba de ejecutorias o, en todo caso, de jurisprudencia. La incorporación del concepto "tesis" indica que éste transitó de la Suprema Corte a la legislación y que, para ese momento, la difusión de precedentes ya se realizaba a través de textos que resumían los criterios definidos por ese Tribunal. Ello muestra, a su vez, la relevancia que había cobrado la labor de compilación, sistematización y publicación. La consolidación del sistema de tesis, sin embargo, ocurrió con posterioridad y, como se verá en la próxima sección, vino acompañada de un incremento en la complejidad de la operación de la jurisprudencia, asociado a la propia expansión de los órganos y atribuciones de la justicia federal.

2.3. El desarrollo del sistema de tesis

A la entrada en vigor de la reforma, la publicación de sentencias continuaba siendo un problema para la Suprema Corte. El Informe de Labores que ese año presentó el Ministro Salvador Urbina dejó claro que, aunque el desfase se contaba en meses y no años, las sentencias no siempre se publicaban en forma íntegra.[76] De hecho, seis años después, la renovación de las reglas para la publicación del *Semanario* fue el factor que propició la transición entre la Quinta y la Sexta Época. En 1957, el Informe que presentó el Ministro Hilario Medina, Presidente en turno de la Suprema Corte, expuso las razones que llevaron a esa transición.[77] Entre ellas destaca la intención de regular con mayor precisión los procedimientos de compilación, sistematización y publicación de criterios. A partir de las bases elaboradas bajo la coordinación del Ministro Gabriel García Rojas, Inspector del *Semanario*, se establecieron reglas para que, entre otras cuestiones, los secretarios de acuerdos del Pleno y las Salas entregaran las ejecutorias al Departamento encargado del *Semanario.* En ellas se señaló que esa área debería encargarse de elaborar tesis donde se *extrajeran* las consideraciones jurídicas de dichas ejecutorias, las cuales debían ser publicadas a continuación de las tesis correspondientes.[78]

---

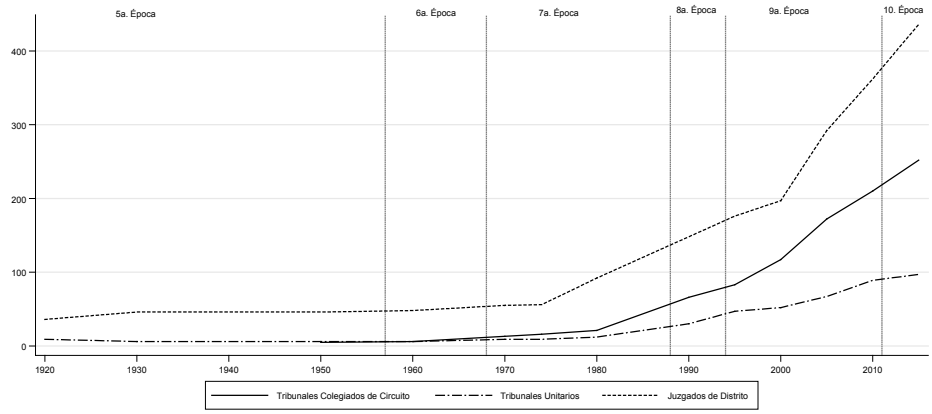
[76] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente el Sr. Lic. D. Salvador Urbina, al terminar el año de 1951*, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1951, pp. 152-153.

[77] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe Rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente el Sr. Lic. Hilario Medina, al terminar el año de 1957*, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1957, pp. 22.

[78] Entre las bases consideradas en el *Informe* del Ministro Medina se incluyeron la siguientes: "V.- Las tesis que el Departamento del Semanario judicial extracte de las consideraciones jurídicas de las ejecutorias objeto de la publi-

La Sexta Época del *Semanario Judicial de la Federación* comprende el periodo del 1 de julio de 1957 al 15 de diciembre de 1968. A lo largo de ella no se realizaron cambios significativos al marco jurídico relativo al amparo ni a las regulaciones administrativas para la compilación, sistematización y publicación de sentencias y criterios. Durante este periodo, la presión que ejerció el rezago sobre la Suprema Corte disminuyó como resultado de la creación y puesta en operación de los Tribunales Colegiados (véanse gráficas 2 y 3). La labor de estos órganos, sin embargo, dejó ver algunos nuevos retos para la administración de justicia. Uno de ellos fue precisamente la emisión de criterios contradictorios y, el otro, la imposibilidad de que los nuevos órganos pudieran generar criterios obligatorios que los ayudaran a descargar su carga de trabajo.

Gráfica 3. Órganos del Poder Judicial de la Federación (1917-2015)



Fuente: Elaboración propia con información de Fix Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio, "'¡Tan cerca, tan lejos!': Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-1999)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 97, 2000, pp. 197 y de los SCJN, Informes Anuales de Labores de los Presidentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondientes a los años 1920, 2000, 2010 y 2015.

---

cación, se colocarán por orden alfabético, de acuerdo con las clasificaciones o títulos de las propias tesis; VI.- Al calce de cada tesis se consignarán los datos que sirvan para la completa identificación de la ejecutoria que la sustente; VII.- Cuando dos o más ejecutorias pronunciadas el mismo mes sostengan tesis iguales, se publicará sólo una de ellas y se anotarán los datos de la otra u otras al pie de la correspondiente tesis. VIII.- Las ejecutorias se publicarán a continuación de las tesis respectivas, ya íntegramente, ya en forma parcial, cuando el Pleno o las Salas lo acuerden así expresamente, cuando se hayan formulado votos particulares, o cuando traten cuestiones jurídicas de gran importancia o cuya complejidad haga difícil su comprensión a través del extracto". *Ibidem,* p. 24.

La transición hacia la Séptima Época fue producto de la reforma constitucional de octubre de 1967 y de la reforma a la Ley de Amparo de abril de 1968. A nivel constitucional, los cambios principales consistieron en señalar en el artículo 94 que la ley fijaría los términos en que sería obligatoria la jurisprudencia sobre la interpretación de la Constitución, leyes o reglamentos federales y locales, y tratados internacionales, así como los requisitos para su interrupción y modificación. Para ello se realizaron modificaciones al artículo 107, las cuales establecieron las bases para procesar las contradicciones entre las tesis emitidas ya no sólo por las Salas de la Suprema Corte sino por otros Tribunales de la Federación.[79] El propósito principal de la reforma constitucional fue, entonces, descentralizar la atribución de emitir jurisprudencia obligatoria, determinar que ésta podría referirse también a interpretaciones de disposiciones locales y no sólo federales, establecer un marco para procesar contradicciones y mejorar las reglas para el cambio de criterios.

Los cambios que realizaron a la Ley de Amparo –a la que a partir de entonces se le denominó "reglamentaria" y no "orgánica"– consistieron en otorgar facultades para que los Tribunales Colegiados de Circuito –y no los Juzgados de Distrito– crearan jurisprudencia por reiteración, para la cual se requeriría la votación unánime de sus tres integrantes. En cuanto al *Semanario Judicial de la Federación,* se señaló que en él debían publicarse las ejecutorias de amparo y votos particulares de los Ministros y Magistrados siempre que se tratase de asuntos que constituyeran o contrariaran jurisprudencia.[80] Finalmente, se estableció que para la modificación de criterios tendrían que seguirse las reglas relativas a la formación de jurisprudencia por reiteración.

La Séptima Época tuvo una vigencia de 20 años. Una vez más, la transición a una nueva fue producto de reformas constitucionales y legales, que en esta ocasión se publicaron en 1987 y 1988, respectivamente. De nueva cuenta, el objetivo fue ha-

---

[79] Decreto que reforma y adiciona los artículos 94, 98, 100, 102, 104, 105 y 107, fracciones II, párrafo final, III, IV, V, VI, VIII, XIII y XIV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, Tomo CCLXXXIV, Núm. 45, 25 de octubre de 1967. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_067_25oct67_ima.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2016].

[80] Ezequiel Guerrero Lara, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación*, UNAM, México, 1982, p. 53.

cer frente al rezago y avanzar en la consolidación de la Suprema Corte de Justicia como un tribunal concentrado en la resolución de asuntos de constitucionalidad. En el artículo 94 de la Constitución se permitió a la Suprema Corte emitir acuerdos relacionados con la asignación de los asuntos de su competencia. En el 107 se determinó que ese Tribunal conocería sólo aquellos asuntos que denunciaran la constitucionalidad de una norma inferior a la Constitución. Cuando ello no ocurriese así, los Tribunales Colegiados quedarían a cargo de la resolución de los asuntos. No obstante, en el mismo artículo 107 se introdujo un mecanismo para que la Suprema Corte pudiera seleccionar casos, señalando que podría conocer de los amparos directos (contra sentencias judiciales) cuyas características ameritaran que fueran resueltos por ese tribunal.

En esta ocasión los cambios a la Ley de Amparo ampliaron la jurisdicción de los Tribunales Colegiados en materia da amparo. Para atajar el problema de procesar interpretaciones divergentes derivadas de un número mayor de casos, se determinó que las resoluciones que resolvieran contradicciones de tesis tendrían carácter de jurisprudencia. Además, en el artículo 195 se definieron procedimientos para la integración, compilación, sistematización y publicación de las tesis de jurisprudencia. De esta forma, la legislación se hizo cargo por primera vez de regular lo que debía hacerse en estos procedimientos. Por otra parte, los cambios a esa ley también dieron paso a la conformación de una nueva forma de cambio jurisprudencial, la "modificación por instancia procesal".[81] Las disposiciones que introdujeron al artículo 197 abrieron la posibilidad de que los Ministros y los Magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito solicitaran a la Suprema Corte la modificación de una tesis jurisprudencial.

Estos cambios impulsaron ajustes en la organización y reglamentación interna relacionada con las tareas de compilación, sistematización y publicación. En febrero de 1988, pocos días después del inicio de la Octava Época, el Pleno emitió el Acuerdo II/88 donde estableció el *Instructivo para la elaboración de tesis* en cuyo contenido se observa la intención por señalar con mayor especificidad lo que debía hacerse para

[81] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *De la modificación a la sustitución de la jurisprudencia*, *op. cit.,* pp. 61-63.

la integración de las tesis. El Instructivo introdujo una definición de tesis como "la expresión por escrito, en forma abstracta, del criterio de interpretación de una norma jurídica con el que se resolvió un caso concreto. Luego, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la resolución".[82]

Posteriormente, en diciembre del mismo año, el Pleno de la Suprema Corte creó la Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis, a la que se dio la misión de "compilar, depurar, sistematizar y difundir con celeridad los fallos de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados".[83] La conformación de un área dedicada por completo a administrar un sistema basado en tesis muestra que para ese momento el sistema de tesis se encontraba institucionalizado y que, por tanto, se requería de profesionalizar las tareas relacionadas con su funcionamiento.

La Coordinación desarrolló diferentes programas para agilizar la compilación y difusión de los criterios derivados de los asuntos que se iban resolviendo, así como para definir el universo de tesis emitidas en las épocas previas que continuaban siendo aplicables. Entre esos programas destaca especialmente el diseño y puesta en operación de un instrumento electrónico de difusión de las tesis aisladas y jurisprudenciales emitidas por los órganos de justicia federales a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1917.[84] Con la edición de la primera versión del IUS –que fue como se denominó a ese instrumento en 1992– se sentaron las bases que con el tiempo hicieron posible que la consulta y uso de los precedentes se ampliara. A partir de ese momento comenzó a ser cada vez más recurrente el uso de medios electrónicos y no de publicaciones en papel. Como se verá más adelante, esta transformación se agudizaría después con la popularización de Internet.

La Octava Época del *Semanario Judicial de la Federación* tuvo una duración de sólo siete años. La reforma constitucional de 1994 dio pie a que se iniciara una nueva

---

82 Acuerdo II/88, RELATIVO A LA APROBACIÓN DEL INSTRUCTIVO PARA LA ELABORACIÓN DE TESIS" EMITIDO EL POR EL TRIBUNAL PLENO EL 4 DE FEBRERO DE 1988, *Semanario Judicial de la Federación,* Octava Época, Tomo I, enero-junio de 1988 y Apéndices, Ejecutorias de Pleno y Salas, México, 1990, p. 509.

83 Rolando Tamayo y Salmorán, "Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia", *Revista de Derecho Privado,* México, año 1, núm. 2, mayo-agosto de 1990, p. 283, citado en José Noé Gómora Colín, *Jurisprudencia en México*, *op. cit.,* p. 78.

84 José Noé Gómora Colín, *Jurisprudencia en México*, *op. cit.,* pp. 92-93.

Época en febrero de 1995. Como se sabe, dicha reforma tuvo entre sus objetivos fortalecer la administración de los órganos de justicia federal a través de la creación del Consejo de la Judicatura Federal y del robustecimiento de rol de órgano dedicado a asuntos constitucionales de la Suprema Corte. Para ello se rediseñaron su estructura y competencias mediante la reducción de su número de integrantes de 26 a 11, la modificación del procedimiento para la designación de sus Ministros y la configuración de atribuciones exclusivas de control de constitucionalidad.

En particular, la creación de la acción de constitucionalidad y la modificación de la controversia constitucional fueron acompañadas de una nueva modalidad de creación jurisprudencial. Según se señaló en el artículo 42 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las razones contenidas en los considerandos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos que emitiera la Suprema Corte en la resolución de estos tipos de asuntos serían obligatorias para los órganos de justicia federal, los tribunales militares, agrarios, administrativos, del trabajo, y del fuero común de las entidades federativas.[85]

Por otra parte, utilizando como fundamento la atribución que desde la reforma constitucional de 1988 se le concedió para emitir acuerdos generales, la Suprema Corte de Justicia estableció en noviembre de 1996 nuevas reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación.[86] El acuerdo donde quedaron plasmadas dichas reglas actualizó el marco jurídico que regulaba las tareas de integración y difusión de los precedentes. Ese instrumento modificó la definición de tesis del Instructivo de 1988, señalando que era "la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto. En consecuencia, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la resolución". De este modo, se sustituyó la alusión que planteaba que las tesis eran una expresión del "criterio de interpretación de una norma jurídica"

[85] Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación,* Tomo D, Núm. 7, jueves 11 de mayo de 1995, p. 8.

[86] Acuerdo 5/1996, RELATIVO A LAS REGLAS PARA LA ELABORACIÓN, ENVÍO Y PUBLICACIÓN DE LAS TESIS QUE EMITEN LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IV, noviembre de 1996, Pág. 545, Reg. Digital: 55.

con la noción más general de "criterio jurídico". Como complemento a lo anterior, el Pleno determinó en otro acuerdo que, a partir de ese momento, también constituirían jurisprudencia las razones contenidas en los considerandos de las resoluciones de reclamación y queja referentes a controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad que fuesen aprobadas por cuando menos ocho votos.[87]

Dejando de lado las consecuencias producidas por la reforma constitucional de 1996 que, entre otras cuestiones, ordenó la creación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de lo ocurrido en los años posteriores a la reforma de 1994 es destacable, en primer lugar, el que la Suprema Corte generase tesis a partir de los razonamientos contenidos en las resoluciones en materia de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales. Esta cuestión merece atención especial porque revela el peso que para entonces tenían las tesis en la operación del sistema jurídico. Probablemente por lo enraizada que para entonces estaba la práctica de elaborar, sistematizar y consultar tesis, disponibles ya en medios electrónicos, se tomó la medida de crear tesis a partir de los criterios incluidos en las resoluciones de estos medios de control constitucional. Para ello no hizo falta que se cumpliera el requisito de las cinco ejecutorias, ya que éste correspondía a la modalidad de reiteración que resultaba aplicable al juicio de amparo.

Hasta 2003, la tarea de compilación, sistematización y publicación de tesis continuó realizándose primordialmente bajo las reglas definidas en 1996. El nuevo acuerdo que la Suprema Corte emitió ese año preservó el concepto de tesis definido en 1996 e introdujo en su Título Quinto disposiciones para la verificación o aclaración de la jurisprudencia. Estas disposiciones definieron un procedimiento para que los Tribunales Colegiados solicitaran a la Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis comprobar la existencia de un criterio que no estuviera reflejado en una tesis aprobada y publicada formalmente en el *Semanario Judicial de la Federación.* De determinarse la existencia de dicho criterio jurisprudencial, la Coordinación se encargaría de proponer a la Suprema Corte una tesis para su posterior publicación.

---

[87] Acuerdo 4/1996, RELATIVO A LOS EFECTOS DE LOS CONSIDERANDOS DE LAS RESOLUCIONES (APROBADAS POR CUANDO MENOS OCHO VOTOS) DE LOS RECURSOS DE RECLAMACIÓN Y DE QUEJA INTERPUESTOS EN LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y EN LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, Pleno, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de agosto de 1996.

Adicionalmente, el Acuerdo incorporó también mecanismos para que los Tribunales Colegiados comunicasen a la Suprema Corte inexactitudes o imprecisiones en la jurisprudencia, de manera que estas pudieran ser aclaradas o subsanadas. [88]

En conjunto, la actualización de las normas relativas a la administración del sistema de tesis muestra la sofisticación que éste había alcanzado para ese momento y la atención que los profesionales del derecho ponían sobre él. El problema ya no era sólo que el sistema abarcara el conjunto de criterios emitidos por los órganos de justicia o que éstos fuesen publicados con rapidez, sino garantizar que las tesis reflejaran con nitidez lo señalado en las ejecutorias correspondientes.

La Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación* estuvo de febrero de 1995 a octubre de 2011. El tránsito hacia la Décima Época fue consecuencia de las reformas en materia de derechos humanos y amparo publicadas en junio de 2011. En cuanto al precedente, al ampliar el catálogo de derechos reconocidos a nivel constitucional, la reforma de derechos humanos supuso también una expansión de las normas susceptibles de interpretación y, por tanto, de las fuentes de las que podría derivarse precedentes. Además, en la medida que propició una relación más estrecha con el derecho internacional de los derechos humanos, la reforma hizo necesario determinar cuál sería la autoridad de los precedentes emitidos por los organismos internacionales dedicados a la protección de derechos cuya jurisdicción fuese reconocida por el Estado mexicano.[89]

Por otra parte, las innovaciones de la reforma al juicio de amparo consistieron en generar un marco constitucional que permitiera ampliar los efectos de las sentencias en esta materia; establecer bases para hacer más eficiente el procesamiento de criterios divergentes y reemplazar la figura de modificación por la de sustitución de jurisprudencia. En primer lugar, mediante la creación de la figura de "declaratoria

---

[88] Acuerdo 5/2003, DEL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, DE VEINTICINCO DE MARZO DE DOS MIL TRES, RELATIVO A LAS REGLAS PARA LA ELABORACIÓN, ENVÍO Y PUBLICACIÓN DE LAS TESIS QUE EMITEN LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Y PARA LA EXISTENCIA Y APLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de abril de 2003.

[89] Al respecto véase Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, sentencia de 03 de septiembre de 2013.

general de inconstitucionalidad", se permitió que, por primera vez, pudiesen invalidarse normas a partir de las sentencias de amparo. Para ello se estableció un procedimiento que requería que algún órgano con las facultades correspondientes hubiese emitido jurisprudencia por reiteración que determinase la inconstitucionalidad de una norma; que la Suprema Corte lo hubiera notificado a la autoridad emisora; y que el problema de inconstitucionalidad no se hubiere superado durante los 90 días siguientes a la notificación. Para emitir la declaratoria sería necesario que fuese aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos y que en ella se fijasen sus propios alcances, los cuales en ningún caso podrían estar relacionado con normas generales en materia tributaria.

Segundo, dado el considerable incremento en el volumen de contradicciones de tesis que había tenido que resolver la Suprema Corte en los años previos, la reforma instruyó la creación de los Plenos de Circuito, órganos encargados de resolver las contradicciones entre las tesis emitidas por los tribunales del propio Circuito. En sintonía con ello, se realizaron cambios a las disposiciones relativas a la posibilidad de denunciar contradicciones que ya incluía el artículo 107 con el fin ajustarlas a la existencia de los Plenos de Circuito. Entre ellas se señaló que cuando existieran contradicciones entre las tesis sustentadas por Plenos de distintos Circuitos, debía ser la Suprema Corte la que se encargará de resolverlas.

Finalmente, la reforma constitucional en materia de amparo realizó un ajuste al contenido del artículo 94 en el que se estableció que la ley debía ser la que fijara la obligatoriedad de la jurisprudencia y los requisitos para su "interrupción y sustitución". Reemplazar la palabra *modificación* por la de *sustitución* implicó la eliminación de la principal modalidad formal de cambio de precedente, cuyo origen se remontaba a 1951, pero que había sido desarrollada con mayor especificidad en 1988. Para que entraran en vigor ésta y otras innovaciones, hacía falta que se aprobase un nuevo ordenamiento en materia de amparo.

El marco normativo que rige en la actualidad a la jurisprudencia tiene como sus referentes principales a las innovaciones planteadas tanto por las reformas constitucionales de 2011, como por la Ley de Amparo publicada en abril de 2013. Las formas de integración de jurisprudencia obligatoria y las modalidades para su cambio están reguladas esencialmente en este último ordenamiento. A diferencia de las versiones anteriores, esta nueva ley desarrolla con mucho mayor detalle las disposiciones en

la materia, que ahora comprenden 21 artículos (215 a 235). En ella se señala que la jurisprudencia puede ser establecida ya sea por reiteración de criterios, contradicción de tesis o sustitución. A ello se suma lo relativo a las razones contenidas en las resoluciones en materia de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales aprobadas por cuando menos ocho votos.

La nueva Ley de Amparo preservó buena parte de las reglas que en versiones previas se habían definido para la elaboración de tesis. Para ajustar la operación del *Semanario* a lo dispuesto tanto en esa ley como en las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo, la Suprema Corte emitió en noviembre 2013 dos acuerdos. El primero de ellos, el Acuerdo General 19/2013, realizó cambios significativos en materia de difusión, pues estableció al *Semanario Judicial de la Federación* "como un sistema digital de compilación y difusión de las tesis jurisprudenciales y aisladas emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación; de las ejecutorias correspondientes, así como de los instrumentos normativos emitidos por los órganos del Poder Judicial de la Federación".[90] Con su aprobación, la Suprema Corte buscó una vez más agilizar la publicación de las tesis y ejecutorias de los órganos del Poder Judicial de la Federación, reconociendo en esta ocasión que para ese momento la consulta se hacía principalmente a través de medios electrónicos. De hecho, para atajar los problemas que podrían surgir de publicar tesis con mayor frecuencia, el acuerdo señaló que esto se haría sólo los viernes, de manera que la obligatoriedad de los nuevos criterios jurisprudenciales diera inicio al lunes siguiente.

El segundo instrumento actualizó las reglas para la elaboración, envío y publicación en el *Semanario Judicial* de las tesis que emitieran todos los tribunales federales, incluidos los recién creados Plenos de Circuito.[91] Su contenido revela la intención de definir normas más detalladas para la producción de los textos. En el Capítulo Segundo del Título Segundo, se señala que las tesis deberían derivar de la parte considerativa, dejando de lado aspectos que no formen parte de ella; ser redactadas con

[90] Acuerdo General 19/2013, DE VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECISÉIS, DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, POR EL QUE SE REGULA LA DIFUSIÓN SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN VÍA ELECTRÓNICA, A TRAVÉS DE LA PÁGINA DE INTERNET DE ESTE ALTO TRIBUNAL, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de noviembre de 2013, p. 7.

[91] Acuerdo General 20/2013, DE VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE, DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN…, *loc. cit.,* 25 de noviembre de 2013.

claridad y sin ser una mera transcripción, de manera que no fuese necesario consultar la resolución correspondiente; contener un solo criterio de interpretación, pues de otra manera se requería genera otra tesis; reflejar un criterio "relevante y novedoso" cuyo contenido no hubiese sido plasmado en otra tesis; y no hacer referencia a datos concretos ni contener criterios contradictorios. En conjunto, las disposiciones generadas a raíz del inicio de la Décima Época hablan de la relevancia que ha adquirido el precedente judicial en el sistema jurídico mexicano pero también del grado de sofisticación de la jurisprudencia como un sistema basado en tesis. Dicho lo anterior, corresponde ahora analizar las dimensiones de la producción jurisprudencial que se han derivado de este modelo.

3. La jurisprudencia en la práctica

La carga de trabajo de los órganos del Poder Judicial la Federación se incrementó significativamente en los últimos tres lustros. En 2001 ingresaron a los Tribunales Colegiados de Circuito, los Tribunales Unitarios de Circuito y los Juzgados de Distrito 494,997 asuntos y egresaron 512,223; en 2015, en cambio, los ingresos ascendieron a 1'041,794 y los egresos a 1'017,887. Este cambio ha sido igualmente notable en la Suprema Corte donde los asuntos recibidos en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia pasaron de 4,850 en 2001 a 16,226 en 2015, y en la que los asuntos resueltos se incrementaron de 3,435 a 7,780 entre esos mismos años. Estas cifras no sólo hablan del nivel de litigio que existe en México, sino del muy amplio universo de casos del que puede surgir y en el que puede utilizarse los precedentes judiciales.

Una vez que se ha ofrecido una explicación sobre el proceso que llevó a la consolidación de un sistema de precedentes centralizado y basado en tesis, el objetivo de este apartado es ofrecer un balance sobre los alcances de las labores de creación y cambio jurisprudencial. En específico, para conocer las dimensiones de la creación de tesis aisladas y de jurisprudencia, se hace una revisión de los instrumentos electrónicos de sistematización editados por el Poder Judicial de la Federación. Y para saber cómo cambia la jurisprudencia se utiliza una sistematización original de los expedientes relacionados con solicitudes de modificación y sustitución de jurisprudencia. Antes de presentar los resultados de estos ejercicios en la siguiente sección se ofrece una recapitulación de las características las diferentes modalidades de creación y cambio jurisprudencial que contempla el sistema jurídico mexicano.

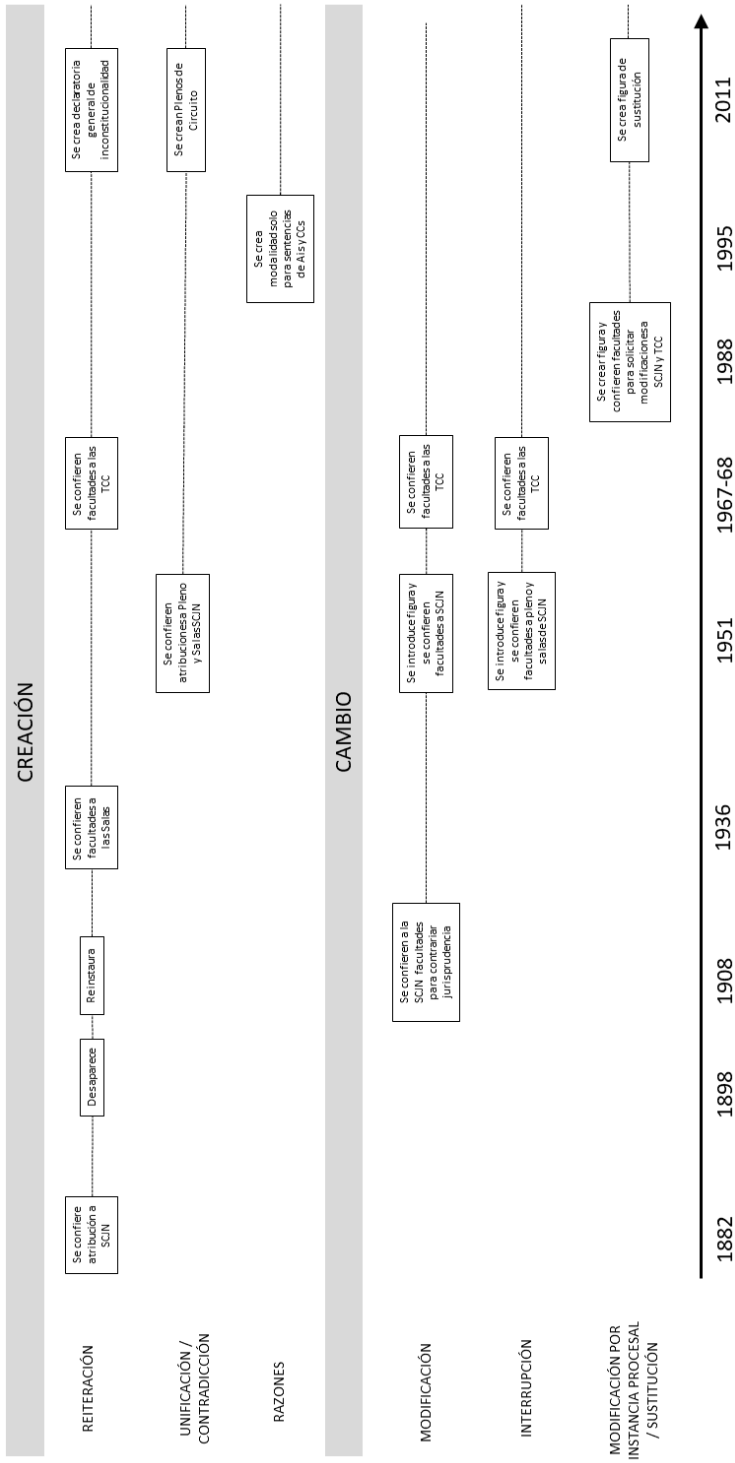
3.1. Las modalidades de creación y cambio jurisprudencial

La Ley de Amparo vigente determina en su artículo 215 que la jurisprudencia se establece a través de tres mecanismos: reiteración de criterios, contradicción de tesis y sustitución. Esta categorización resulta insuficiente para comprender cómo se crean y cambian los precedentes. Con base en lo planteado en el segundo apartado, es posible señalar que el desarrollo del modelo mexicano derivó en la conformación de tres modalidades de creación –reiteración, contradicción y *razones*– y tres más de cambio –modificación, interrupción y modificación por instancia procesal, ahora sustitución–.

Como lo dejó claro el apartado anterior, la *jurisprudencia por reiteración* es la más añeja de las modalidades de creación. Aunque su diseño original data del siglo XIX, fue a lo largo del siglo XX cuando se realizaron ajustes para que las facultades para su integración correspondieran no sólo al Pleno de la Suprema Corte sino también a sus Salas y posteriormente a los Tribunales Colegiados. Posteriormente, con la introducción de la declaratoria general de inconstitucionalidad se instauró una figura que potenció aún más las consecuencias que podrían derivarse de la reiteración de las interpretaciones de la Suprema Corte. Como se verá más adelante, esa ha sido la modalidad más utilizada no sólo porque las facultades para su creación presentan una menor centralización, sino porque su funcionamiento en la práctica ha derivado en la conformación de lo que se ha denominado "tesis aislada", textos donde se expone un criterio adoptado por la Suprema Corte o los Tribunales Colegiados respecto del que no se ha cumplido el requisito de haber sustentado cinco ejecutorias consecutivas. Las tesis aisladas son resultado de la práctica de integrar, sistematizar y publicar criterios que, aunque no tienen carácter obligatorio, son considerados relevantes por las instancias que los emitieron.

La segunda modalidad es la *contradicción de tesis* –a la que también se ha conocido como *jurisprudencia por unificación*– cuyo origen se remonta a 1951 y estuvo asociado a la entrada en operación de las Salas y, así, a la expansión del número de órganos con facultades para emitir *jurisprudencia por reiteración*. El cambio más importante ocurrido desde entonces fue producto de la reforma en materia de amparo de 2011 que, con la creación de los Plenos de Circuito, descentralizó las atribuciones para examinar y resolver contradicciones de criterios.

Diagrama 1. Modalidades de creación y cambio jurisprudencial



Fuente: Elaboración propia.

La tercera modalidad se deriva de las razones contenidas en las sentencias de acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales; ambos, medios de control constitucional de competencia exclusiva de la Suprema Corte. Su diseño original buscó que funcionara al margen de las tesis. Para ello se estableció que no serían las tesis sino las razones expresadas en las sentencias aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos las que tendría carácter obligatorio. No obstante, como se planteó en el apartado anterior, la fuerza que las tesis habían adquirido al momento en que se introdujo esta tercera modalidad provocó que en la práctica ésta se ajustara al modelo de tesis. De hecho, desde 1995 la Suprema Corte comenzó a generar tesis a partir de las sentencias de acciones y controversias no sólo jurisprudenciales, sino también aisladas. Estas últimas se generaron, por ejemplo, en sentencias donde no se cumplió el requisito de ocho votos.

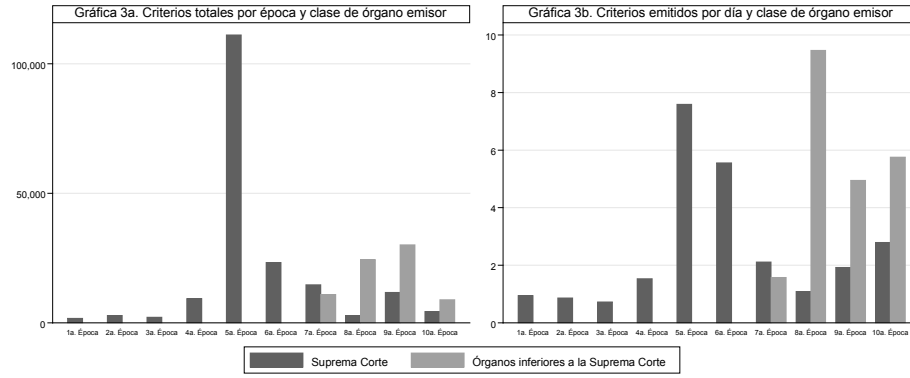
Ahora bien, la primera y más antigua de las modalidades de cambio jurisprudencial es la figura de modificación, la cual se observa en los cambios interpretativos que quedan plasmados en las propias sentencias. Dicho de otro modo, el cambio que se da a través de esta modalidad ocurre sin que se realice un procedimiento independiente. Su origen se remonta al Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908 en el que se permitió a la Suprema Corte contrariar jurisprudencia. Posteriormente, la reforma a la Ley de Amparo de 1951 introdujo formalmente esta figura y la de interrupción, segunda de modalidad de cambio. Para ello se precisó que al realizar operaciones de modificación e interrupción la Suprema Corte –único órgano que contaba entonces con facultades para integrar jurisprudencia– debía seguir las reglas aplicables a la jurisprudencia por reiteración. En 1967 ambas figuras se incorporaron al texto constitucional y, dado que se confirieron a los Tribunales Colegiados facultades para integrar jurisprudencia, también se les concedió la posibilidad de modificar e interrumpir su propia jurisprudencia.

La tercera modalidad, la modificación por instancia procesal, tuvo su origen en 1988 con la incorporación a la Ley de Amparo de facultades para que los Ministros y los Magistrados de los Tribunales Colegiados solicitaran a la Suprema Corte la modificación de una tesis jurisprudencial. La modificación más importante que se ha realizado desde entonces la produjo la reforma constitucional en materia de amparo de 2011, pues en ella se sustituyó la palabra de modificación por la de sustitución. La *Ley de Amparo* de 2013 posteriormente actualizó las reglas que determinan qué actores pueden solicitar a la Suprema Corte el ejercicio de esta figura.

3.2. La creación jurisprudencial

En esta sección se presenta un balance de las dimensiones de la creación de precedentes por parte de la Suprema Corte y los órganos inferiores a ella que han contado con atribuciones para integrar jurisprudencia. Este balance se sustenta en un análisis de los criterios contenidos en los discos ópticos *Jurisprudencia Histórica y otros documentos de la Época (1870-1910)*[92] y *La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación,*[93] así como en la versión electrónica del *Semanario Judicial de la Federación.*[94] Este ejercicio consiste en una revisión longitudinal que busca mostrar cómo evolucionó la labor de creación jurisprudencial desde el siglo XIX y cuáles han sido los rasgos de la producción de criterios obligatorios y orientadores a raíz de la conformación de un nuevo orden constitucional.

Gráficas 4a y 4b. Criterios emitidos por los órganos del Poder Judicial de la Federación (1870-2016)



Fuente: Elaboración propia con información de: *a*) los datos de la Primera a la Cuarta Épocas están basados en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Jurisprudencia Histórica y otros documentos de la Época (1870-1910),* SCJN, México, 2005 (disco óptico); *b*) los datos de la Quinta a la Décima Época están basados en Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Consulta por índices", *Semanario Judicial de la Federación. Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha.*

92 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Jurisprudencia Histórica y otros documentos de la Época (1870-1910)*, SCJN, México, 2005.

93 Suprema Corte de Justicia de la Nación*, La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, SCJN, México, 2015.

94 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*. Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* de 1917 a la fecha.

El primer aspecto destacable es la amplitud y dinamismo de la labor de producción de precedentes en el casi siglo y medio en que se ha publicado el *Semanario Judicial de la Federación.* Tomando en cuenta los criterios incluidos en la *Colección Histórica*,[95] que se han considerado como inaplicables en el actual orden constitucional, en las 10 épocas en que ha estado vigente el *Semanario* se han creado poco más de 258 mil criterios. La gráfica 4a muestra su distribución por época y órgano emisor sin la distinción todavía entre tesis jurisprudenciales y aisladas. Ahí sobresale el considerable aumento en la emisión de criterios a raíz tanto de la entrada en vigor de la Constitución de 1917, como de la concesión en la Séptima Época de atribuciones para integrar jurisprudencia a órganos inferiores a la Suprema Corte.

En efecto, en la Quinta Época se observa un incremento pronunciado atribuible tanto su periodo de vigencia como a la reinstauración de las Salas. Si se tiene en cuenta que sus cuatro décadas de vigencia (1917-1957) superan ampliamente a las del resto, es más fácil comprender por qué en ella se acumula un mayor número de casos. Además, durante esta época se realizaron las reformas constitucionales que ampliaron la integración de la Suprema Corte, de 11 a 16, luego a 21 y luego a 26, y que ordenaron que ésta debía funcionar no sólo en Pleno sino a través de Salas. De esta forma, el incremento en los órganos jurisdiccionales con posibilidad de crear criterios redundó también en un aumento en la producción de criterios.

El cambio que se observa a partir de la Séptima Época se explica por factores similares. En este caso, el aumento estuvo vinculado a la descentralización de las facultades para integrar jurisprudencia por reiteración y contradicción de tesis, la cuales se otorgaron a los Tribunales Colegiados en 1967 y a los Plenos de Circuito en 2011, respectivamente. De hecho, a partir de la Octava Época el número de criterios emitidos por la Suprema Corte ha sido menor al de los órganos de menor jerarquía. Ello se debe, en buena medida, a la multiplicación de los Tribunales Colegiados, que pasaron de ser 13 en 1970 a 252 en 2015 (véase gráfica 3). La ampliación del número

[95] Es fundamental precisar que la *Colección Histórica* no registra todos los criterios surgidos durante las primeras cuatro épocas del *Semanario Judicial de la Federación*. La intención de considerarlos en este estudio radica en el interés en contar con la mejor información posible para comprender las dimensiones del trabajo de producción jurisprudencial antes y después de la promulgación de la Constitución de 1917.

de sedes de las que pueden surgir criterios jurisprudenciales ha expandido considerablemente su papel en la producción de jurisprudencia, lo cual, a su vez, ha provocado que aumenten también los criterios que integran al sistema de precedentes.

El segundo aspecto a destacar es el dinamismo que se observa en la producción jurisprudencial de la Suprema Corte a raíz de su reconfiguración en 1994. Como se planteó en el apartado previo, la reforma constitucional de ese año disminuyó de 26 a 11 el número de Ministros, determinó que la Suprema Corte funcionaría en Pleno y dos salas, y motivó el inicio de la Novena Época. Para ponderar los efectos de la duración de las diferentes épocas, la gráfica 4b muestra el promedio de criterios por día que se han emitido a lo largo de cada una de ellas. En ella se observa una disminución considerable entre las Sexta y la Octava Épocas y luego un repunte a partir de la Novena. Ello muestra que el dinamismo ha estado relacionado no sólo con el repunte de su carga de trabajo sino con el interés de sus integrantes por emitir criterios que incidan en la labor del resto de los tribunales.

Para analizar con mayor detalle lo ocurrido desde el inicio del orden constitucional vigente, en el cuadro 1 se desglosan las tesis emitidas en el periodo 1917-2016. En él se muestra, primeramente, que el conjunto de criterios consultable en los sistemas de información con que cuenta el Poder Judicial de la Federación asciende a 242,255. Se trata entonces de un universo muy amplio donde se pueden encontrar referencias a prácticamente cualquier materia jurídica. Una manera de comprender por qué es tan vasto es recordando el creciente volumen de casos que año con año resuelven los órganos con facultades para integrar jurisprudencia. Ello parece indicar que, efectivamente, los precedentes contribuyen a agilizar la carga de trabajo de los tribunales. No obstante, dado que las tesis dificultan conocer los hechos de los casos que las originaron y, por tanto, realizar la operación de analogía que, desde un punto de vista ortodoxo, requiere el uso de precedentes, un universo tan cuantioso ha propiciado que las interpretaciones sean utilizadas para resolver casos que no necesariamente presentan características similares a las de los asuntos de las que surgieron.

Cuadro 1. Tesis emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación por clase, órgano y época (1917-2016)

	Total	Suprema Corte					Órganos inferiores a la Suprema Corte				
Épocas		TJ	TA	Total	TJ como % de Total	% TJ por época	TJ	TA	Total	TJ como % de Total	% TJ por época
5a.	111,096	0	111,096	111,096	0.0	0.0	-	-	-	-	-
6a.	23,266	295	22,971	23,266	1.3	2.8	-	-	-	-	-
7a.	25,626	1,122	13,559	14,681	7.6	10.8	382	10,563	10,945	3.5	5.3
8a.	27,197	964	1,844	2,808	34.3	9.3	2,205	22,184	24,389	9.0	30.5
9a.	41,830	6,259	5,453	11,712	53.4	60.1	3,442	26,676	30,118	11.4	47.6
10a.	13,240	1,767	2,554	4,321	40.9	17.0	1,195	7,724	8,919	13.4	16.5
Total	242,255	10,407	157,477	167,884	6.2	100.0	7,224	67,147	74,371	9.7	100.0

TJ: tesis jurisprudenciales. **TA**: tesis aisladas.

Fuente: Elaboración propia con información de: Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Consulta por índices", *Semanario Judicial de la Federación. Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha.* Disponible en: http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/Indices/IndiceGeneral.aspx?indice=S [fecha de consulta: 18 de agosto de 2016].

En el cuadro 1 se observa también que, pese al crecimiento del número de criterios emitidos por Tribunales Colegiados y los Plenos de Circuito, dos terceras partes de las tesis que pueden consultarse en la actualidad fueron integradas por la Suprema Corte. Ello muestra que la centralización permitió a su Pleno y Salas ser los actores protagónicos de las tareas de creación jurisprudencial. Y también indica que la mayor parte de las tesis tienen un alcance nacional ya que las tesis de la Suprema Corte son aplicables a todos los órganos de justicia del país, incluidos los de las entidades federativas.

La referencia a la aplicación de los criterios lleva al tercer aspecto a resaltar: la obligatoriedad. La información del cuadro indica que son poco más de 10 mil las tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte. Son éstas las que son obligatorias a nivel nacional. Más de tres cuartas partes de ellas fueron creadas con posterioridad a la reforma judicial de 1994, el 60% en la Novena Época y el 17% en la Décima. De nuevo, es notable que la participación de este Tribunal en las tareas de creación de derecho se expandió a raíz del fortalecimiento de la estructura y atribuciones del Tribunal, en un contexto caracterizado por una menor concentración de poder, así como por una expansión de la legislación.

La última cuestión por destacar es el peso cada vez más relevante de los órganos inferiores a la Suprema Corte en el sistema de precedente. Del universo total de tesis, sólo el 30% corresponden a este tipo de órganos. Sin embargo, si se considera sólo a las tesis jurisprudenciales su participación se incrementa a 40%. Además, en contraste con lo que ha ocurrido con la Suprema Corte, la creación de tesis jurisprudenciales por parte de estos órganos se concentra en las últimas tres Épocas y no sólo en las dos más recientes. Estos datos advierten que los Magistrados comparten con los Ministros el interés por agilizar la resolución de los casos al interior de sus circuitos a partir del uso de precedentes, sino de utilizar a la jurisprudencia para ampliar la difusión de sus interpretaciones.

Cuadro 2. Tesis jurisprudenciales totales y tesis jurisprudenciales por contradicción de tesis emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación (1951-2016)

	Todos los órganos			Sólo Suprema Corte			Órganos inferiores a la Suprema Corte		
	Total TJ	CT	% CT Fila	Total TJ	CT	% CT fila	Total TJ	CT	% CT fila
6a. Época	295	1	0.3	295	1	0.3	-	-	-
7a. Época	1,504	48	3.2	1,122	48	4.3	382	-	-
8a. Época	3,169	399	12.6	964	399	41.4	2,205	-	-
9a. Época	9,701	3,352	34.6	6,259	3,352	53.6	3,442	-	-
10a. Época	2,962	1,482	50.0	1,767	1,060	60.0	1,195	422	35.3
Total	17,631	5,282	30.0	10,407	4,860	46.7	7,224	422	5.8

TJ: tesis jurisprudenciales. **CT**: tesis jurisprudenciales por contradicción de tesis.

Fuente: Elaboración propia con información de: Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Consulta por índices" y "Especiales. Jurisprudencia por contradicción de tesis", *Semanario Judicial de la Federación. Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha*.

En el análisis presentado hasta ahora no se ha distinguido todavía cómo se utilizan las diferentes modalidades de creación jurisprudencial. Las características y dimensiones de los instrumentos electrónicos de consulta hacen que resulte muy laborioso registrar caso por caso a la modalidad que se empleó en la creación de cada tesis. Para hacer frente a esta cuestión, se realizó un ejercicio en el que se comparan el total de tesis jurisprudenciales compiladas en la sección de "Consultas por índices" de la versión electrónica del *Semanario Judicial de la Federación* con el total de tesis jurisprudenciales por contradicción de tesis registradas en la sección "Especiales. Jurisprudencia por contradicción de tesis" del mismo *Semanario.* La intención de concentrarse en las tesis jurisprudenciales es contar con elementos para inferir en qué medida se utiliza la segunda modalidad en los procesos de creación jurisprudencial.

La información del cuadro 2 revela que poco menos de un tercio de las tesis de jurisprudencia derivaron de contradicciones de tesis. Nueve de cada de 10 fueron emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo cual se explica por el hecho de que, hasta la Décima Época, la facultad de conocer y resolver contradicciones correspondió exclusivamente a ese tribunal. Los datos del cuadro revelan también la importancia creciente que ha adquirido esta modalidad en las tareas de creación jurisprudencial de la Suprema Corte. Mientras que durante la Séptima Época las tesis derivadas de contradicciones representaban sólo el 4.3% del total de tesis jurisprudenciales generadas por la Suprema Corte, esta proporción llegó a 53.6% en la Novena Época y a 60% en la Décima. De hecho, prácticamente la mitad de las tesis jurisprudenciales que ha integrado la Suprema Corte ha resultado de contradicciones de tesis. Por otra parte, el cuadro 1 deja ver algunos de los efectos provocados por la descentralización de la facultad de conocer contradicciones de tesis mediante la conformación de los Plenos de Circuito. A raíz de su puesta en funcionamiento en la Décima Época, la tercera parte de los criterios emitidos por órganos distintos a la Suprema ha derivado de contradicciones de tesis resueltas por los propios Plenos de Circuito.

Cuadro 3. Tesis jurisprudenciales y aisladas originadas en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales (1917-2016)

	Acciones de inconstitucionalidad			Controversias constitucionales		
	TJ	TA	Total	TJ	TA	Total
5a. Época	-	-	-	-	59	59
7a. Época	-	-	-	-	2	2
8a. Época	-	-	-	-	3	3
9a. Época	546	80	626	577	197	774
10a. Época	159	25	184	65	62	127
Total	705	105	810	642	323	965

TJ: tesis jurisprudenciales. **TA**: tesis aisladas.

Fuente: Elaboración propia con información de: Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Especiales. Acciones de inconstitucionalidad" y "Especiales. Controversias constitucionales", *Semanario Judicial de la Federación. Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha.* Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/ConsultasEspeciales/ConsultaPrincipal.aspx [fecha de consulta: 6 de diciembre de 2016].

En cuanto a la tercera modalidad de creación destaca –como antes se apuntó– que la Suprema Corte haya creado tesis a partir de una forma de integración jurisprudencial diseñada para funcionar al margen del sistema de tesis. Mediante las más de mil acciones de inconstitucionalidad que ha resuelto a partir de la creación de esta figura en 1994, la Suprema Corte ha integrado 810 tesis, de las cuales el 87% son jurisprudenciales. Algo similar ocurrió a raíz de la reconfiguración de la controversia constitucional que produjo de la misma reforma de 1994. De los poco más de dos mil expedientes resueltos a lo largo de la Novena y Décima Épocas se han generado 642 tesis jurisprudenciales y 259 aisladas, a las que se suman otras 64 tesis aisladas integradas con antelación a 1994.

Como se planteó previamente, la integración de tesis a partir de estos medios de control constitucional revela lo arraigado de la tesis en el sistema jurídico mexicano. Aunque, en estricto sentido, no es necesario crear tesis a partir de las sentencias de acciones y controversias, se terminó haciéndolo porque de otra manera sería más complejo dar a conocer los criterios adoptados en ellas. Dicho de otro modo, fue más fácil en su momento ajustar el funcionamiento de esta tercera modalidad de creación de precedente al sistema con que se contaba, que construir un modelo que funcionara en forma paralela. Esto cambió, sin embargo, en los años recientes, cuando se interrumpió la práctica de integrar tesis de acciones y controversias, para dar paso a la consulta que de los precedentes establecidos en ellas se hiciera mediante el "Sistema de Precedentes en Controversias Constitucionales y en Acciones de Inconstitucionalidad", disponible en la versión electrónica del *Semanario Judicial de la Federación.*[96]

Antes de dar paso al análisis del cambio de precedentes, conviene ofrecer un balance de los hallazgos que se han planteado en esta sección. La descentralización de las facultades para crear jurisprudencia ha tenido como efecto un aumento del volumen de tesis, lo cual ha ocurrido en un contexto de mayor pluralismo político y mayor producción legislativa, donde el número y carga de trabajo de los tribunales

[96] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Sistema de Precedentes en Controversias Constitucionales y en Acciones de Inconstitucionalidad", *Semanario Judicial de la Federación. Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha.*

ha crecido significativamente. Más órganos y más trabajo han propiciado un uso más amplio de las atribuciones para crear precedentes tanto obligatorios como orientadores. Y entre más tesis se producen, mayor parece ser el interés en crear nuevas tesis. Ello indica, en última instancia, que en la experiencia mexicana se observan rasgos similares a los otros sistemas jurídicos, donde el precedente funciona en forma endógena.

3.3. El cambio de criterios

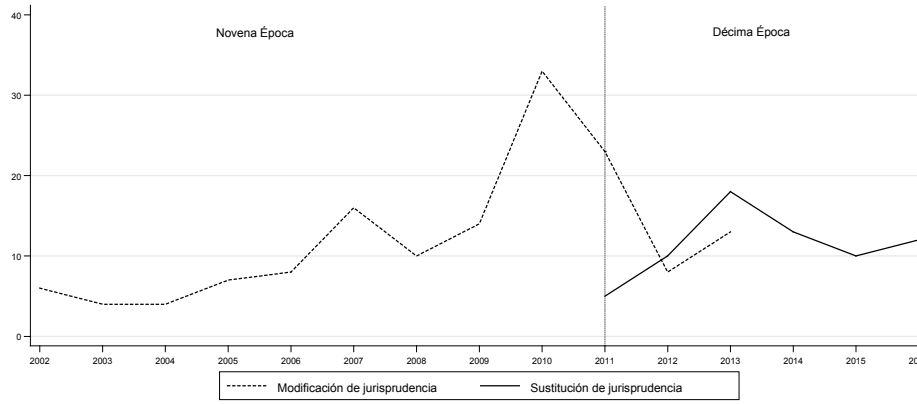
En la primera sección de este apartado se describieron las tres modalidades de cambio que existen en el modelo mexicano de precedentes. Como se apuntó ahí, la aplicación de dos de estas tres modalidades se hace directamente en las sentencias y no a través de procedimientos independientes. La Suprema Corte y los Tribunales Colegiados pueden modificar o interrumpir criterios establecidos previamente señalando en las sentencias correspondientes las razones de esa determinación. Un ejemplo de ello es el Amparo 216/96, en el cual –como se planteó en la introducción de este trabajo– la Suprema Corte interrumpió un criterio relacionado con la aplicación de la garantía de audiencia en materia de expropiaciones sin inmediatamente integrar uno nuevo.

El extenso número de asuntos que resuelve la Suprema Corte año con año hace que, para una investigación como ésta, resulte imposible ofrecer –incluso, dejando de lado al resto de los tribunales– un balance sistemático de la aplicación de las modalidades de modificación y sustitución. El caso de la "modificación por instancia procesal" y el de la interrupción son diferentes pues el cambio se efectúa mediante un procedimiento específico. De esta manera, el análisis que se presenta en esta sección se concentra en esta tercera modalidad, para lo cual se utiliza como fuente de información la sección "Consulta temática" de la página de Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lo primero que es destacable de este análisis es lo limitado que ha sido el uso de las atribuciones con que ha contado Ministros y Magistrados para solicitar la modificación y sustitución de jurisprudencia. Entre 2002 –primer año para el que existe información en la sección de "Consulta temática"– y 2016, se registraron 214 expe-

dientes. De ellos, 146 corresponden a solicitudes de *modificación*, figura que fue reemplazada por la de *sustitución* a raíz de la entrada en vigor de las reformas constitucionales y legales en materia de amparo de 2011 y 2013. Los 68 expedientes restantes corresponden a solicitudes de sustitución de jurisprudencia.

Gráfica 5. Solicitudes de modificación y sustitución de jurisprudencia (2002-2016)



Fuente: Elaboración propia con información de la sección "Consulta temática" de la página de Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx [fecha de consulta: 3 de diciembre de 2016].

La gráfica 5 muestra en forma longitudinal la forma en que se acumulan ambos tipos de expedientes. Ahí se observa, primero, un aumento sostenido hasta 2010 de las solicitudes de modificación y luego un declive relacionado con la desaparición de esta figura. En segundo lugar, deja ver que en el lapso que transcurrió entre la promulgación de la reforma constitucional en 2011 y la publicación de una nueva Ley de Amparo en 2013, ambas figuras coexistieron. A partir de 2014, los expedientes corresponden exclusivamente a sustituciones de jurisprudencia, cuya incidencia no ha llegado a los niveles que se observaron en materia de modificación en los años previos a la reforma.

¿Qué se puede inferir de estos datos? A primera vista, el volumen de solicitudes de modificación y sustitución pareciera advertir que la jurisprudencia cambia muy

poco. Mientras que los expedientes en la materia apenas superan dos centenares, las tesis emitidas durante el mismo periodo se cuentan en millares. No obstante, si se considera, por un lado, que la jurisprudencia no cambia sólo a través de estos procedimientos y, por el otro, que las contradicciones de tesis son en esencia un instrumento que sirve para analizar y modificar criterios jurisprudenciales, es más claro que el cambio jurisprudencial no se limita a lo que revelan las solicitudes de modificación y sustitución. En todo caso, lo que advierten estos datos es que el cambio ocurre principalmente a través de los mecanismos más flexibles y ágiles. Si el objetivo es modificar un criterio no es lo mismo acudir a la ruta larga que suponía la modificación (y ahora la sustitución), que hacerlo directamente en una sentencia o mediante una contradicción de tesis.

3.4. El seguimiento: una mirada a partir de las sentencias sobre expropiaciones

Estudiar sistemáticamente el seguimiento de la jurisprudencia implica dificultades similares a las relacionadas con el cambio jurisprudencial. El universo de sentencias a analizar hace muy complicado examinar caso por caso si en ellas se invocaron y utilizaron tesis o sentencias emitidas con antelación. Para no pasar por alto esta cuestión ligada a la eficacia del precedente, esta investigación actualizó la base de datos original en la que se sustenta una investigación que examinó las características e implicaciones de las resoluciones que la Suprema Corte emitió en materia de expropiaciones en el periodo 1917-2007.[97] Esa base de datos se integró a partir de 502 sentencias que la Suprema Corte entregó en respuesta a una solicitud de información en la que se le requirió proporcionar el conjunto de sentencias en materia expropiatoria que se registraran en sus archivos.

La actualización realizada en este estudio consistió en la revisión de cada una de ellas para identificar cuatro aspectos: *a*) si el quejoso invocó tesis o ejecutorias en su demanda; *b*) si la autoridad responsable invocó tesis o ejecutorias en las respuestas a dichas demandas; *c*) si el órgano que resolvió en primera instancia invocó tesis

[97] Carlos Reynaldo Herrera-Martin, *Judicial Review of Expropriation. The Case of Mexico*, tesis doctoral, University College London, Londres, 2014.

o ejecutorias; *d*) si la Suprema Corte invoca en su resolución tesis o ejecutorias; y, *e*) si la Suprema Corte resolvió en el sentido planteado por las tesis o ejecutorias invocadas por las partes.[98] De esta manera, este ejercicio se enfocó en explorar la manera en que se ha transformado el uso de precedentes tanto por las partes involucradas en las sentencias como por la propia Suprema Corte.

El cuadro 4 da cuenta de los resultados de este análisis. La primera cuestión que revela su información es el uso cada vez más constante del precedente por parte de los quejosos. Mientras que durante la Quinta Época, éstos invocaron tesis o ejecutorias en sólo una cuarta parte de las sentencias, en la Novena esto ocurrió prácticamente en todas. Las autoridades responsables, en cambio, han recurrido al precedente con mucha menor constancia. De hecho, en ninguna de las cinco Épocas analizadas la proporción de sentencias en la que éstas invocaron tesis o ejecutorias supera el veinte por ciento.

[98] La revisión de las sentencias e incorporación de las variables fue realizada por Fernando Ramírez Ordás durante el periodo en que prestó su servicio social en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cuadro 4. El uso del precedente en las sentencias en materia de expropiacionesde la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1917-2007)

Época	Sentencias analizadas	¿Invoca el quejoso tesis o ejecutorias? (% sentencias)	¿Invoca la autoridad responsable tesis o ejecutorias? (% sentencias)	¿Invoca el órgano de primera instancia tesis o ejecutorias? (% sentencias)	¿Invoca la SCJN tesis o ejecutorias? (% sentencias)	¿Resuelve la Suprema Corte en el sentido de las tesis o ejecutorias invocadas por las partes? (% sentencias)
5a.	300	24.7	8.3	26.3	28.7	14.0
6a.	20	40.0	10.0	40.0	55.0	35.0
7a.	59	50.8	8.5	67.8	67.8	37.3
8a.	16	87.5	0.0	6.3	81.3	75.0
9a.	107	95.3	15.0	96.3	89.7	43.9
Total	502	45.4	9.6	46.0	49.0	25.9

Fuente: Elaboración propia a partir de la actualización de la base de datos utilizada en Herrera-Martin, Carlos Reynaldo, *Judicial Review of Expropriation. The Case of Mexico*, tesis doctoral, University College London, Londres, 2014.

La forma en que las autoridades judiciales han invocado precedentes guarda similitudes con lo que ocurrió con los quejosos. El análisis de estas 502 sentencias resueltas por la Suprema Corte muestra que los órganos que se encargaron de conocer los casos en primera instancia utilizaron con mayor recurrencia ejecutorias o tesis. La única variación en esta tendencia se observa en la Sexta Época, donde la proporción descendió de 67.8 a 6.3%, para luego incrementarse a 96.3%. Hasta ahora no se cuenta con una hipótesis que explique por qué esto ocurrió así. En cualquier caso, este dato advierte que se requiere desarrollar investigaciones que permitan pasar de la descripción a la explicación.

El último aspecto en el que conviene detenerse es el uso de precedentes por parte de la Suprema Corte. El cuadro 4 indica que este Tribunal ha invocado cada vez más ejecutorias y tesis en las sentencias en materia de expropiaciones. Esto lo ha hecho en proporciones que se asemejan a las que corresponden a los quejosos. No obstante, que las ejecutorias y tesis se citen cada vez más no implica que el precedente también se siga con mayor frecuencia. No obstante, los datos de la última columna revelan que la proporción de sentencias en que la Suprema Corte resolvió en el sentido de las tesis o ejecutorias invocadas por las partes se incrementó de manera sostenida entre la Quinta y la Octava Épocas. En la Novena, sin embargo, esta proporción disminuyó de 75% al 43.9%. Aunque esto parece estar relacionado con el rediseño y cambio en la integración de la Suprema Corte producto de la reforma de 1994, para comprobar que efectivamente fue así haría falta una exploración más detallada, lo cual trasciende a los objetivos de este trabajo.

En resumen, el hallazgo más evidente que deja el análisis sobre el seguimiento de precedentes en materia de expropiaciones es que la jurisprudencia cada vez se utiliza más. En ello ha tenido mucho que ver que la jurisprudencia echara raíces en el sistema jurídico mexicano, pero también la conformación del sistema de tesis. Con él se crearon condiciones que permitieron conocer con mayor facilidad y oportunidad los criterios interpretativos de los tribunales federales.

4. Conclusiones

La investigación que se presenta en estas páginas da respuesta a dos preguntas relacionadas con la autoridad de la que goza la jurisprudencia en la actualidad. La

primera consistió en identificar los factores que contribuyeron al reconocimiento de la jurisprudencia en el sistema jurídico y a su desarrollo en un sistema basado en tesis. Y la segunda en conocer los alcances de las tareas de creación, cambio y seguimiento jurisprudencial. Corresponde ahora ofrecer una recapitulación de los hallazgos de esta investigación y ofrecer una reflexión sobre sus implicaciones.

En lo que se refiere al reconocimiento legal, este estudio plantea en su segundo apartado que en la experiencia mexicana se presentaron algunos rasgos similares a los del proceso que llevó a la consolidación de la doctrina del *stare decisis* en países con sistema de *common law.* Como en Estados Unidos e Inglaterra, la creación de medios oficiales de publicación de sentencias fue un primer factor que, al incidir en la forma de practicar el derecho, expandió en México el uso de los criterios judiciales como parámetros para la resolución de otros casos. Algo parecido ocurrió a partir la consolidación de una estructura judicial de carácter jerárquico, ya que generó condiciones que impulsaron el seguimiento de precedentes por parte de los tribunales de menor jerarquía.

El caso mexicano, sin embargo, posee especificidades que lo distinguen de la experiencia de otras naciones. La primera de ellas es el estrecho vínculo que ha existido desde el siglo XIX entre el precedente judicial y el control judicial de constitucionalidad. Como se mostró en la primera sección de este apartado, la creación del juicio de amparo amplió el margen de interpretación de los órganos judiciales y ello, con el tiempo, propició que se generaran normas que regularan no sólo la publicación de sentencias sino la obligatoriedad de los criterios emitidos por los órganos de justicia.

El reconocimiento de la jurisprudencia mexicana vía la legislación habla no sólo de la importancia que adquirió el precedente en el sistema jurídico, sino de la pretensión de que fuera la propia ley la que estableciera los alcances y límites a la creación judicial de derecho. Esto también es observable en otras dos características del modelo nacional: reiteración y centralización. La primera se instauró como el piso mínimo que debía cumplirse para generar criterios obligatorios, acotando así los efectos de interpretaciones plasmadas en una sola sentencia. Y la segunda, como un medio para que sólo el órgano cúspide del sistema judicial pudiera participar en los procesos de producción normativa. El crecimiento de los órganos de justicia alte-

ró ese diseño original, descentralizando progresivamente las atribuciones para integrar jurisprudencia y estableciendo mecanismos para regular el cambio de precedentes.

En cuanto al sistema de tesis, es observable que su desarrollo ocurrió teniendo como marco a las modificaciones de la estructura y atribuciones de la justicia federal. Estas modificaciones ocurrieron bajo el impulso de dos factores principales: la conformación del régimen de partido hegemónico y el rezago judicial. Mientras que el primero supuso una ampliación de los canales mediante de los que el Poder Ejecutivo buscó incidir en la integración de la Suprema Corte, el segundo propició la ampliación de los órganos jurisdiccionales de manera que fuera posible atender una creciente carga de trabajo. Sin embargo, los efectos del rezago judicial fueron visibles tanto en la conformación de reglas para dar racionalidad a un sistema de creación de precedentes en el que participaba un mayor número de tribunales, como en la creación de procedimientos cada vez más detallados para hacer frente al desfase que en la publicación de sentencias produjo el propio rezago.

La configuración gradual del sistema de tesis fue impulsada no sólo por la ampliación de los órganos de justicia y el rezago, sino también por la propia utilidad que asociada a la creación y uso de textos que resumieran los criterios sostenidos por los tribunales. En ello tuvo que ver la posibilidad de profundizar el acceso los criterios judiciales a través de medios digitales, pero también del reconocimiento de que las tesis eran la forma más eficaz de dar a conocer los criterios de los tribunales Al final, esto condujo a la consolidación de un sistema en el cual la creación de precedentes se realiza a través de operaciones que guardan cierta independencia de los procedimientos a través de los que se aprueban las sentencias que los originaron. Ello dificulta el seguimiento de criterios por la dificultad que implica acceder a las tesis y no a las sentencias donde se explican los hechos que motivaron la interpretación de las normas y la conformación de criterios.

Ahora bien, en cuanto a la segunda pregunta, los resultados presentados en el apartado final mostraron las amplias dimensiones a las que asciende la producción jurisprudencial, así como una tendencia hacia un uso cada vez más activo de las atribuciones para integrar la jurisprudencia con la que cuenta no sólo la Suprema Corte sino los Tribunales Colegiados y ahora también los Plenos de Circuito. Esto ha

ocurrido como resultado de la descentralización de dichas atribuciones, en un contexto caracterizado por una menor concentración política, un incremento en la producción de ordenamientos legislativos y simultáneamente, un proceso de expansión de los órganos y carga de trabajo de los órganos de justicia. Un mayor número de órganos responsables de resolver un volumen cada vez más amplio de casos redundó en un ejercicio más amplio y profundo de las atribuciones para crear precedentes tanto obligatorios como orientadores.

De manera similar, el análisis sobre el cambio de precedentes mostró que esto ocurre principalmente a través de las modalidades más flexibles y ágiles y no a través de las que suponen la realización de procedimientos que analizan exclusivamente si los precedentes deben modificarse o sustituirse. Por lo que hace al seguimiento, el principal hallazgo que se presenta en el segundo apartado –a partir del análisis de las sentencias en materia de expropiaciones– consistió en mostrar que la jurisprudencia se invoca y utiliza cada vez más, lo cual confirma el poder que ha adquirido en el sistema jurídico mexicano.

En conjunto, los resultados de esta investigación revelan que, en el funcionamiento de la jurisprudencia mexicana se observan características que también se presentan en otros sistemas jurídicos. La primera de ellas tiene que ver, precisamente, con la autoridad de los órganos de justicia. Como en otras naciones, el precedente ha tenido en México la función de expandir los efectos de las interpretaciones judiciales y, con ello, consolidar a los tribunales como actores protagónicos en las tareas de producción normativa. El segundo rasgo es la endogeneidad observada en la forma de operar en la práctica de la producción jurisprudencial. Al igual que en otros sistemas jurídicos, pareciera que en el mexicano; entre mayor es la fuerza que se percibe en la jurisprudencia, mayor es el interés por participar en su creación. Esto que ha sido parte del éxito del sistema, pero con el tiempo podría ser su desgracia.

5. Fuentes

5.1. Bibliohemerografía

Acosta Romero, Miguel y Pérez Fonseca, Alfonso, *Derecho jurisprudencial mexicano,* Porrúa, México, 1998.

Aguiló, Josep, "Fuentes del Derecho y normas de origen judicial", *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*. Guadalajara, Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, núm. 3, junio-noviembre, 2009.

Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, Fontamara, México, 2007.

Azuela, Antonio, "Public Participation and Legal Standing", en Zartaloudis, Thanos (ed.), *Land Law and Urban Policy in Context: Essays on the Contributions of Patrick McAuslan,* Birbeck Law Press, 2017.

_____, "El Poder Judicial de la Federación y la formación del régimen municipal", en *Los caminos de la justicia en México 1810-2010,* SCJN, México, 2010.

Bailey, Michael y Maltzman, Forrest, "Does Legal Doctrine Matter? Unpacking Law and Policy Preferences on the U.S. Supreme Court", *American Political Science Review*, vol. 102, núm. 3, 2008, pp. 369-384.

Bernal Pulido, Carlos y Thomas Da Rosa de Bustamante (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Brenner, Saul, y Spaeth, Harold J., *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

Bustillos, Julio, "El amparo judicial: a 140 años de la primera sentencia (1869-2009)", en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia,* UNAM, México, 2011, t. I.

Cabrera, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del General Manuel Ávila Camacho (1940-1946)*, SCJN, México, 2000.

Cabrera, Lucio, "La jurisprudencia", *en La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico,* SCJN, México, 1985.

Carbonell, Miguel, "Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 87, 1996.

Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2a. ed., UNAM, México, 2013.

_____, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2002.

Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Fernández Fernández, Vicente, "La justicia de los precedentes: ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador?", *Revista de Derecho (Valdivia),* vol. 29, núm. 2, 2016.

Fix-Zamudio, Héctor, "Ignacio Luis Vallarta. La incompetencia de origen y los derechos políticos", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. A cien años de la muerte de Vallarta,* UNAM, México, 1994.

_____, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, UNAM, México, 1993.

_____, "El Amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos", en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, IIJ-UNAM, México, 1992.

Fowler, James H. y Jeon, Sangick, "The Authority of Supreme Court Precedent", *Social Networks,* vol. 30, núm. 1, 2008.

Garoupa, Nuno M. y Jardim de Santa Oliveira, Maria Angela, "Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach", *Emory International Law Review*, 2013, pp. 556-557.

Guerrero Lara, Ezequiel, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación*, UNAM, México, 1982

Gómora Colín, José Noé, *Jurisprudencia en México,* Porrúa, México, 2006.

González Oropeza, Manuel, *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla,* 2a. ed., SCJN, México, 2008.

Hansford, Thomas G. y Spriggs, James F., *The Politics of Precedent on the* US *Supreme Court*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

Herrera-Martin, Carlos Reynaldo, *Judicial Review of Expropriation. The Case of Mexico*, tesis doctoral, University College London, Londres, 2014.

James, Timothy M., "El juicio de amparo en negocios judiciales y la labor jurisprudencial de Ignacio L. Vallarta, 1877-1882", *Historia Constitucional,* núm. 14, 2013.

Knight, Jack y Epstein, Lee, "The Norm of stare decisis", *American Journal of Political Science*, vol. 40, núm. 4, 1996.

López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial,* Universidad de Los Andes - Legis, Bogotá, 2000.

Maccormick, Neil y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents. A comparative Study,* Ashgate, Dartmouth, 1997.

Macey, Jonathan R., “The Internal and External Costs and Benefits of stare decisis”, *Chicago-Kent Law Review,* vol. 65, núm. 93.

Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana,* UNAM, México, 2004.

Magaloni, Ana Laura, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, CIDE, México, núm. 57, 2011.

Magaloni, Ana Laura e Ibarra Olguín, Ana María, "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales: El caso del derecho constitucional a una defensa adecuada", *Cuestiones constitucionales,* núm. 19, 2008.

Marshall, Geoffrey, "What is Binding in a Precedent", en MacCormick, Neil y Summers, Robert S., (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth, Ashgate, 1997.

Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America,* Stanford University Press, Palo Alto, 2007.

Orozco Muñoz, Martín, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

Posner, Richard A., "Judicial Behavior and Performance an Economic Approach", *Florida State University Law Review*, vol. 32, 2005.

Richards, Mark J. y Kritzer, Herbert M., "Jurisprudential regimes in Supreme Court decision making", *American Political Science Review,* vol. 96, núm. 2, 2002.

Saavedra Herrera, Camilo Emiliano, *Democracy, Judicialistation and the Emergence of the Supreme Court as a Policy-maker in Mexico,* tesis doctoral, London School of Economics and Political Science, Londres, 2013.

Siltala, Raimo, A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-analytical Philosophy of Law, Hart Publishing, Oxford, 2000.

Spaeth, Harold J., y Segal, Jeffrey A., *Majority rule or Minority Will: Adherence to precedent on the* US *Supreme Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Starger, Colin, "The Dialectic of Stare Decisis Doctrine", en Peters, Christopher J. (ed.), *Precedent in the United States Supreme Court,* Springer, Heidelberg, 2013.

Stone Sweet, Alec, "Path Dependence, Precedent and Judicial Power", en Shapiro, Martin y Stone Sweet, Alec, *On law, Judicialization and Politics,* Oxford University Press, Oxford, 2002.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *De la modificación a la sustitución de la jurisprudencia*, SCJN, México, 2014.

_____, *El Semanario Judicial de la Federación y sus épocas: Manual para su consulta*, SCJN, México, 2008.

_____, *La Jurisprudencia en México*, 2a. ed., SCJN, México, 2005.

_____, *Épocas del Semanario Judicial de la Federación,* 2a ed., SCJN, México, 2004.

_____, *El problema del rezago de juicios de amparo en materia civil,* SCJN, México, 1946.

Tamayo y Salmorán, Rolando, "Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia", *Revista de Derecho Privado,* año 1, núm. 2, mayo-agosto de 1990.

Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, Porrúa, México, 1990.

5.2. Bases de datos y sistemas de información

5.2.1. SCJN

Semanario Judicial de la Federación. Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha. Disponible en: http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/Indices/IndiceGeneral.aspx?indice=S

"Jurisprudencia Histórica y otros documentos de la Época (1870-1910)", SCJN, México, 2005 (disco óptico).

Sistema de Precedentes en Controversias Constitucionales y en Acciones de Inconstitucionalidad, *Semanario Judicial de la Federación. Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha.* Disponible en: goo.gl/NymrUa [fecha de consulta: 6 de diciembre de 2016].

5.3. Ejecutorias, jurisprudencias y tesis aisladas

Amparo en Revisión 216/96, EXPROPIACIÓN, LEY DE. SU ARTÍCULO 1o., FRACCIÓN III, ÚLTIMA PARTE VIOLA EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AL DEJAR AL ARBITRIO DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS LA DETERMINACIÓN DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR 'OBRA DESTINADA A PRESTAR SERVICIOS DE BENEFICIO COLECTIVO'". Ministro Ponente Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, sentencia de 03 de septiembre de 2013.

Tesis [J.]: P./J. 65/95 (9a.), de rubro EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE, Pleno, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, Tomo V, junio de 1997, Pág. 44. Reg. Digital: 198404.

Tesis [J.]: 2a./J. 124/2006 (9a.), de rubro EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIV, septiembre de 2006, Pág. 278, Reg. Digital: 174253.

5.4. Informes y otros documentos administrativos

Acuerdo II/88, RELATIVO A LA APROBACIÓN DEL INSTRUCTIVO PARA LA ELABORACIÓN DE TESIS, EMITIDO EL POR EL TRIBUNAL PLENO EL 4 DE FEBRERO

DE 1988, *Semanario Judicial de la Federación,* Octava Época, Tomo I, enero-junio de 1988 y Apéndices, Ejecutorias de Pleno y Salas, México, 1990.

Acuerdo 4/1996 RELATIVO A LOS EFECTOS DE LOS CONSIDERANDOS DE LAS RESOLUCIONES (APROBADAS POR CUANDO MENOS OCHO VOTOS) DE LOS RECURSOS DE RECLAMACIÓN Y DE QUEJA INTERPUESTOS EN LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y EN LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, Pleno, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de agosto de 1996.

Acuerdo 5/1996 RELATIVO A LAS REGLAS PARA LA ELABORACIÓN, ENVÍO Y PUBLICACIÓN DE LAS TESIS QUE EMITEN LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IV, noviembre de 1996, Pág. 545, Reg. Digital: 55.

Acuerdo 5/2003 DEL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, DE VEINTICINCO DE MARZO DE DOS MIL TRES, RELATIVO A LAS REGLAS PARA LA ELABORACIÓN, ENVÍO Y PUBLICACIÓN DE LAS TESIS QUE EMITEN LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Y PARA LA EXISTENCIA Y APLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de abril de 2003.

Acuerdo General 19/2013, DE VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECISÉIS, DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, POR EL QUE SE REGULA LA DIFUSIÓN SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN VÍA ELECTRÓNICA, A TRAVÉS DE LA PÁGINA DE INTERNET DE ESTE ALTO TRIBUNAL, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de noviembre de 2013.

Acuerdo General Número 20/2013, DE VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE, DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RELATIVO A LAS REGLAS PARA LA ELABORACIÓN, ENVÍO Y PUBLICACIÓN EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, DE LAS TESIS QUE EMITEN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LOS PLENOS DE CIRCUITO Y LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de diciembre de 2013.

Informe presentado a la Corte de Suprema Corte de Justicia de la Nación el 30 de mayo de 1908 por su Presidente, el Licenciado Don Félix Romero, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1908.

Informe del Señor Presidente de la Corte de Justicia, Lic. Manuel Olivera Toro, correspondiente al periodo anual que terminó el 31 de mayo de 1914, México, Imprenta "El Automóvil en México, 1914.

Informe Rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, el Sr. Lic. D. Julio García, el día catorce de diciembre de mil novecientos veintinueve, al concluir el periodo del funcionamiento del Alto Tribunal durante el año citado, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1929.

Informe Rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, el Sr. Lic. D. Daniel V. Valencia, al terminar el año de 1935, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1935.

Informe Rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente el Sr. Lic. D. Salvador Urbina, al terminar el año de 1945, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1945.

Informe Rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente el Sr. Lic. D. Salvador Urbina, al terminar el año de 1951, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1951.

Informe Rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente el Sr. Lic. Hilario Medina, al terminar el año de 1957, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1957.

Informe Anual de Labores 2015 del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, versión ejecutiva, SCJN, México, 2015.

5.5. Decretos y leyes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857*,* Diario Oficial. Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, México, Tomo V., núm. 30, 5 de febrero de 1917.

Congreso del Estado de Colima, *Decreto No. 79 que reforma la Ley de Expropiación para el Estado de Colima*, 28 de marzo de 2001.

Decreto que reforma el último párrafo de la base 4a. de la fracción VI del artículo 73, el artículo 94 y las fracciones II y III del 95 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial*. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo LXXXVII, núm. 37, 15 de diciembre de 1928.

Decreto que reforma los artículos 73, fracción VI, base 4a; 94 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial*, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo CXLVI, núm. 17, 21 de septiembre de 1944.

Decreto que reforma los artículos 73, fracción VI, base cuarta, párrafo último; 94, 97, párrafo primero, 98 y 107 de la Constitución General de la República, *Diario Oficial.* Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, 19 de febrero de 1951.

Decreto por el que se reforma la Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, y se adiciona la misma ley, con los artículos 48 bis, 158 bis, 193 bis, 195 bis y 211. *Diario Oficial*. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo CLXXXIV, núm. 41, 19 de febrero de 1951.

Decreto que reforma y adiciona los artículos 94, 98, 100, 102, 104, 105 y 107, fracciones II, párrafo final, III, IV, V, VI, VIII, XIII y XIV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos*, Tomo CCLXXXIV, Núm. 45, 25 de octubre de 1967.

Ley que reforma los artículos 73, 74, 76, 79, 89, 94, 96, 97, 98, 99, 100, y 111 de la Constitución Política de la República*, Diario Oficial.* Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo LIX, núm. 40, 20 de agosto de 1928.

Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación,* Tomo D, Núm. 7, jueves 11 de mayo de 1995.

5.6. Diarios de debates e iniciativas

Cámara de Diputados, *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, Año II, Periodo Ordinario XXXIX Legislatura, Tomo I, núm. 24. Sesión efectuada el 29 de diciembre de 1944.

Cámara de Senadores, *Diario de los Debates de la Cámara de Senadores de los Estados Unidos Mexicanos*, XXXIX, Año II, Periodo Ordinario, Tomo II, núm. 21.

Dictamen de la Primera Comisión de Puntos Constitucionales y de la Segunda Comisión de Puntos Constitucionales, del 17 de noviembre de 1950.

Exposición de motivos de la iniciativa de reformas a los artículos 73, fracción VI*, base cuarta, párrafo último, 94, 97, párrafo primero, 98 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, firmada por el Presidente de la República, Miguel Alemán Valdés, el 23 de octubre de 1950.

Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforma la Fracción X del artículo 1o. de la Ley de Expropiación, a cargo de los Senadores Ricardo García Cervantes, Tomás Torres Mercado y Fernando Castro Trenti integrantes de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido de la Revolución Democrática y del Partido Revolucionario Institucional respectivamente, Gaceta del Senado, núm. 60, 17 de febrero de 2009.

Intervención del diputado Alberto Trueba Urbina, en la sesión del 21 de noviembre de 1950 de la Cámara de Diputados.

Hallazgos y propuestas para el sistema de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En este apartado describiremos los hallazgos encontrados y las propuestas que surgieron durante el desarrollo de este proyecto de investigación, relacionados con la creación, aplicación distinción, cambio y publicación de los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la generación de tesis aisladas y de jurisprudencia:

I. Creación de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1. Hallazgos:

a) Existe una regulación distinta para la creación de precedente, que depende del tipo de procedimiento del que conozca la Suprema Corte (amparo, controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad), aun cuando sea el mismo órgano el que resuelve o se trate de la misma cuestión jurídica.

b) Hay demasiada regulación, tanto legal como reglamentaria, para crear precedentes vinculantes, sobre todo cuando éstos emanan de juicios de amparo.

c) El estilo de algunas sentencias dificulta la determinación de la *ratio decidendi*, ya que son muy extensas, poco claras y en ocasiones no contienen los hechos relevantes del caso.

d) En ocasiones, las reglas que se generan en las sentencias no se vinculan con los principios constitucionales de los que emanan, lo que dificulta que el sistema de precedentes sea coherente.

e) En algunos casos, los integrantes de la Corte priorizan sus opiniones y emiten votos particulares sin darle peso a la estabilidad de los precedentes.

f) El sistema legal de reiteración de criterios favorece la aplicación automática y acrítica de éstos a casos futuros, ya que propicia que, en algunos casos, no se realice el análisis comparativo que permitiría identificar si el caso concreto es análogo al decidido.

g) La Suprema Corte resuelve un gran número de casos, lo que dificulta la creación de criterios universalizables, ya que la enorme carga de trabajo repercute en la calidad de los precedentes y dificulta la coherencia en la doctrina desde un punto de vista global.

2. Propuestas:

a) Unificar la regulación para la creación de precedentes en los distintos procedimientos de los que conoce la Suprema Corte (juicio de amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad).

b) Simplificar los procedimientos de creación de precedentes, eliminando tanto la regla de reiteración en amparo, como la necesidad de mayorías cualificadas en amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

c) Modificar el estilo de las sentencias, de tal manera que sean breves, claras y se minimice la dificultad para determinar los hechos relevantes y los criterios en los que se basa la decisión.

d) Vincular las reglas que se generan en las sentencias con los principios constitucionales de los que emanan.

e) Asumir un compromiso institucional para que las decisiones de la Corte sean universalizables, es decir, que sean válidas para casos sustancialmente iguales en el futuro. Por esa razón, los Ministros no solamente debería considerar sus posturas individuales, sino darle importancia a la estabilidad del precedente, especialmente en áreas problemáticas del derecho.

f) En los procedimientos de reiteración de criterios realizar un ejercicio argumentativo más detallado para para mostrar la analogía entre el caso decidido y el caso que se va a resolver.

g) Desarrollar una política judicial en relación con el sistema de precedentes, a través de Acuerdos Generales y de criterios jurisdiccionales (en amparo directo en revisión, amparo en revisión, facultades de atracción y reasunciones de competencia) para que la Corte conozca de menos casos y elija los más adecuados para generar precedentes.

II. Aplicación de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1. Hallazgos:

a) La redacción de las sentencias dificulta la identificación de precedentes previos y el análisis secuencial de éstos porque no se citan o se citan inadecuadamente.

b) No existe un remedio judicial para el caso de que las Salas no sigan los precedentes dictados por el Pleno.

2. Propuestas:

a) Redactar las sentencias de tal forma que se citen claramente todos los precedentes utilizados, de tal manera que pueda identificarse tanto lo que establece el precedente como lo que se decide en el nuevo caso, lo que facilitaría la reconstrucción de líneas jurisprudenciales.

b) Atribuir al Pleno de la Suprema Corte la competencia para anular sentencias dictadas por las Salas cuando no sigan sus criterios obligatorios.

III. Distinción de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1. Hallazgos:

a) Algunas de las sentencias se redactan sin ninguna vinculación a los hechos del caso, lo que provoca que no esté claro el campo de aplicación de la regla recogida en el precedente y complica la distinción de criterios.

2. Propuestas:

a) Redactar las sentencias de tal manera que se identifiquen claramente los hechos relevantes del caso para que sea posible utilizar la técnica del *distinguishing*.

IV. Cambio de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1. Hallazgos:

a) En ocasiones no se hace expreso el cambio de un criterio ni se justifica adecuadamente.

b) En las contradicciones de tesis los hechos de los casos de los que derivan los criterios son examinados al establecer si existe una contradicción, pero éstos tienen escasa relevancia en la parte de estudio de fondo donde se determina el criterio que debe prevalecer.

c) Las sustituciones de tesis se resuelven al margen de casos concretos.

d) Los magistrados deben resolver los casos antes de plantear las contradicciones y sustituciones de tesis, aunque consideren que los precedentes que aplican son inadecuados.

e) Al interrumpirse la jurisprudencia, el nuevo criterio no tiene carácter obligatorio, ya que debe reunir los requisitos para su formación, por lo que los órganos judiciales inferiores tiene libertad para seguirlo o no.

2. Propuestas:

a) Establecer en la ley o en la jurisprudencia la obligación de que el *overruling* a un precedente se realice mediante una justificación explícita y rigurosa.

b) Regular un incidente que permita revisar los casos en los que el *overruling* no se haga explícito o no cumpla con una carga de argumentación adecuada.

c) Modificar los procedimientos de contradicción y sustitución de tesis para que éstas se resuelvan a propósito de casos concretos a los que sean aplicables los criterios contradictorios o susceptibles de ser sustituidos.

d) Incorporar al sistema la figura de la cuestión prejudicial cuando se trate de contradicciones y sustituciones de tesis, lo que permitiría resolver el caso una vez que la Suprema Corte haya decidido cuál es el criterio adecuado para ser aplicado.

e) Modificar la regulación de la interrupción de la jurisprudencia en los casos de amparo, de tal forma que los precedentes creados por la Suprema Corte en estos procesos sean obligatorios sin necesidad de cumplir con los requisitos para su formación.

V. Publicación de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1. Hallazgos:

a) El número de tesis publicadas en el Semanario Judicial de la Federación es muy elevado, lo que dificulta su conocimiento.

b) En el Semanario Judicial de la Federación los precedentes generados por reiteración de criterios citan las resoluciones de las que éstos derivan, pero únicamente permiten la consulta de la última sentencia.

c) Algunas de las sentencias de las que se derivan criterios publicados en el Semanario Judicial de la Federación no están digitalizadas.

d) Algunos de los criterios publicados en el Semanario Judicial de la Federación no están relacionados a través de hipervínculos con las sentencias de las que derivan.

2. Propuestas:

a) En el caso de los precedentes generados por reiteración de criterios, insertar hipervínculos en el Semanario Judicial de la Federación que permitan la consulta de cada una de las sentencias.

b) Publicar todas las sentencias de las que se derivan los criterios publicados en el Semanario Judicial de la Federación.

c) Crear hipervínculos que permitan la consulta de las sentencias de las que derivan los criterios publicados en el Semanario Judicial de la Federación.

VI. Generación de tesis aisladas y de jurisprudencia

* Se propone eliminar la publicación de tesis. En caso de continuar con el sistema de tesis, se sugiere lo siguiente:

1. Hallazgos:

a) No todas las tesis son redactadas con estructura de regla, es decir, no se identifica claramente un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

b) Los Ministros de la Suprema Corte no discuten el contenido de las tesis en sesiones públicas, solamente constatan o certifican que se cumplen los requisitos formales para la creación de jurisprudencia.

2. Propuestas:

a) Redactar las tesis con estructura de regla, de tal forma que se pueda identificar el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (permisión, competencia, prohibición u obligación).

b) Redactar las tesis de tal forma que quede claro el campo de aplicación de la norma para que se puedan utilizar técnicas como el *distinguishing* y *overruling*.

c) No publicar tesis que contengan *obiter dicta*.

d) Para efectos de transparencia, sería conveniente que los Ministros de la Suprema Corte discutieran el contenido de las tesis en sesiones públicas.

Carlos Bernal Pulido
Rodrigo Camarena González
Alejandra Martínez Verástegui

Esta obra se terminó de imprimir y encuader-
nar en …….