

Ratio decidendi: Otras formas de identificación

Ratio Decidendi: Other Ways of Identifying it

Luiz Guilherme Marinoni*

Recepción: 28/26/2022

Evaluación: 25/07/2022

Aceptación final: 07/11/2022

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

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

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

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

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

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

1. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Las sùmulas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Decisión plural y *ratio decidendi*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ 428 U.S. 153 (1976).

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

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

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

6. Las decisiones paradójicas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bibliografía

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

