

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

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

Álvaro Núñez Vaquero\*

Recepción: 17/11/2022

Evaluación: 18/11/2022

Aceptación final: 05/12/2022

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

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

\* Doctor en Filosofía del derecho y bioética jurídica, Università degli Studi di Genova, Italia. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia, España. Correo electrónico: a.nunezvaquero@um.es La presente publicación se enmarca dentro del Proyecto Papiit IN302422 de la Universidad Nacional Autónoma de México. Quiero agradecer a Víctor García Yzaguirre y Carla Iuspa Santelices, editores de este número de *Discusiones*, por la lectura crítica de versiones previas de este trabajo.

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

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

## 1. Introducción

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

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

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

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

## 2. Las críticas comunes

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

## 2.1. ¿Crean los precedentes normas?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para centrar la atención en las críticas que me dirigen mis interlocutores, me voy a centrar en la tesis según la cual los precedentes tendrían que ser aplicados por analogía<sup>18</sup>, sostenida por Marinoni, pero también por Passanante. Pues bien, creo que no hay ninguna manera plausible o reconocible de afirmar que las *rationes* son –y deben ser– aplicadas por analogía si las concebimos como razones. En este último caso, lo que hacemos es un balance de razones, no exactamente una analogía.

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

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

<sup>18</sup> Véase, no obstante, (Ratti, 2017; Tuzet, 2022).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y, sin embargo, puede que no convenga tirar al niño con el agua sucia. Es cierto, como bien apunta Passanante, que los procedimientos para la selección de las *massime* son opacos y oscuros: lo poco que sabemos de ellos es bastante confuso.<sup>22</sup> Esto produce, necesariamente, un amplísimo margen de discrecionalidad, como también señalan Gómora Juárez<sup>23</sup> y Marinoni.

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

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

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



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

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

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

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

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

### 3.1. Sobre mi reconstrucción del valor de los precedentes

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

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

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

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

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

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

## 3.2. Identificaciones erróneas persistentes

Intuyo que Sandra se sorprende un poco de que yo admita que una *ratio* mal identificada, bien por abuso bien por error, puede terminar convirtiéndose en una *ratio* válida<sup>24</sup>. En verdad, dicho así, que aquello que era inválido se convierta en válido, parece francamente una aberración; peor aun, un sinsentido teórico.

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

3.2.1. La primera posibilidad es que haya habido un error a la hora de identificar la norma que constituye la *ratio decidendi* del precedente. Eso sí: error del resto de operadores jurídicos y/o de la teoría, no de los jueces. Desde luego, de ningún modo estoy diciendo que los jueces no se puedan equivocar, cosa que creo firmemente. Ahora bien, puede ser que critiquemos una identificación de una *ratio decidendi* pensando que se han violado los criterios de identificación, pero en realidad seamos nosotros quienes no hemos identificado bien dichos criterios<sup>25</sup>. Las causas de tal error a la hora de saber cuáles son los criterios de identificación de las *rationes decidendi* pueden ser muchos, pero quiero señalar solo el que me parece más importante: que la práctica de los tribunales no coincida con alguna determinada interpretación que estemos haciendo de las disposiciones (si las hay) para identificar *rationes decidendi*; incluso, que no estemos interpretando bien alguna sentencia que aclara cómo se han de identificar las *rationes deci-*

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4.1. Súmulas, normas y *rationes decidendi*

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 4.2. Justificaciones concurrentes y *rationes decidendi*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tes para una decisión<sup>34</sup>. Ahora bien, si no existe ni siquiera un acuerdo de la mitad de los miembros de un tribunal para la consideración de una nueva norma como jurídicamente relevante, ¿qué sentido tiene considerar tal decisión como un precedente? Paradójicamente, le estaríamos exigiendo mayores consensos a los órganos legislativos que a los órganos judiciales para crear derecho.

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

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

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

## 5.1. Jurisprudencia, precedentes y conflictos

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5.2. Guías, reglas e interpretación del derecho

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

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

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

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

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

En este último caso, tal vez no sea la mejor opción emplear el verbo “explicar”. Aquí, por el contrario, parece que se está justificando la introducción de una norma nueva; dicha norma puede ser, aunque solo contingentemente, un deber. Pero, ¿qué es lo que hace un órgano jurisdiccional cuando afirma que, bajo determinadas circunstancias, una determinada disposición ha de ser interpretada de una concreta manera? Si se identifican de manera general las circunstancias en las que una disposición ha de ser interpretada de determinada manera<sup>41</sup>, parece que estamos frente a una norma que en su supuesto de hecho indica una serie de condiciones generales que, si se producen, entonces se debe alcanzar una determinada interpretación-producto.

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

---

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

### 5.3. La regla del precedente como norma de competencia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Bibliografía

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

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



- La misión de los tribunales supremos* (pp. 77-122). Marcial Pons: Madrid.
- Moral Soriano, L. (2020). Precedente extranjero ¿Diálogo o discurso? En M. Gascón Abellán y A. Núñez Vaquero (eds.), *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 237-256). Barcelona: Atelier.
- Moreso, J. J., (2009). *Constitución. Modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2016). ¿Un juez supremo o un legislador supremo? En M. Taruffo, L. Marinoni y D. Mitidiero (coords.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 157-174). Marcial Pons: Madrid.
- Núñez Vaquero, Á. (2020). Problemas abiertos sobre la publicación de precedente. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 43, 104-127.
- Núñez Vaquero, Á. y Arriagada Cáceres, M.<sup>a</sup> B., (2021). ¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho, *Ius et Praxis*, 27 (1), 75-94.
- Núñez Vaquero, Á. (2022a). Constitutive Rules of Precedents. *Revus*, 46.
- Núñez Vaquero, Á. (2022b). *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons.
- Passanante, L. (2018). *Il precedente impossibile*. Torino: Giappichelli.
- Passanante, L. (2022). Precedentes y mecanismos institucionalizados de identificación de *rationes*. En *Discusiones*, 28 (2).
- Ratti, G. (2017). Some Remarks on Precedent and Analogy. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017 (1), 221-234.
- Re, R. (2021). *Precedent as permission*. *Virginia Public Law and Legal Theory Paper Series 2020-66* ( [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3555144](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3555144)).
- Schauer, F. (1987). Precedent. *Stanford Law Review*, 39, 571-605.
- Schauer, F. (2011). *Las reglas del juego*. Madrid: Marcial Pons.
- Schauer, F. (2018). Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy”. *Perspectives on Psychological Science*, 3 (6), 454-60.
- Stevens, K. (2022). Razonamiento por precedentes: en reglas y analogía. En A. Martínez Verástegui (coord.), *Teoría y práctica del precedente en Iberoamérica* (pp. 37-102). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

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