

Bases para una teoría del precedente judicial

Arturo Ramos Sobarzo ¹

SUMARIO

1. *Justificación*
2. *Premisas lógicas*
 - a. *La analogía*
3. *Elementos del precedente judicial*
 - a. *Ratio decidendi*
 - b. *Obiter dicta*
4. *Características del precedente*
 - a. *El stare decisis*
 - b. *La vinculatoriedad o el binding*
5. *Técnicas del precedente*
 - a. *La asimilación*
 - b. *La distinción*

La creación de una nueva regla. El problema de lo general o concreto de un precedente
6. *Tipología de precedentes*
 - a. *El caso prácticamente igual*
 - b. *A contrario sensu o implícita*
 - c. *El elemento común de varios posibles*
7. *Teoría de la norma 2.*
8. *Importancia del precedente judicial en la estructura constitucional. Estructura interna y externa*
9. *Conclusiones*

¹ Profesor Investigador del Centro de Capacitación Judicial Electoral del TEPJF

1. JUSTIFICACIÓN

El presente texto tiene como objetivo establecer las bases iniciales de una teoría del precedente judicial que ayude a entender mejor la manera como operan los tribunales sobre uno de los aspectos más relevantes de su función, que es precisamente establecer criterios jurídicos de aplicación a casos futuros. Si bien la principal función de los tribunales consiste en resolver las controversias sometidas a su jurisdicción, también destaca el asentamiento de precedentes, pues se constituye como algo clave en un Estado constitucional y democrático de derecho.

La presente teoría o, mejor dicho, las bases que pretende establecer, nacen como una necesidad notablemente práctica, relativa a entender por qué, en algunos casos, los jueces y los tribunales apelan a una decisión previamente establecida y en otros se separan de ella. Entender ese proceso es la principal motivación de este texto, a fin de detectar las constantes en ese fenómeno jurídico. De ahí que de antemano sea una paradoja explicar un fenómeno sumamente práctico a partir de la teoría del derecho (donde se encuentran niveles importantes de abstracción), pues se pretende comprender desde esa perspectiva cualquier fenómeno del precedente judicial, con independencia de la materia o disciplina jurídica que se trate: civil, administrativa, etc. Cabe señalar que el discurso aquí enunciado parecería corresponderle una mayor afinidad a los temas constitucionales, ya que es ahí donde el uso del precedente podría tener una especial referencia, aunque no se excluye su utilidad en otras materias.

Así, entender ese tipo de razonamiento en la aplicación o separación de un criterio previamente establecido, nos ayuda tanto a un entendimiento *interno* de la forma de selección y pertinencia de la regla de derecho de origen judicial (jurisprudencia o precedente), como a establecer un análisis sobre el actuar de los jueces, es decir, se pueden hacer evaluaciones *externas* de la función judicial. De ahí la necesidad de referirse a las categorías propias del precedente como un fenómeno diferente y característico del derecho.

En derecho constitucional, como se mencionó, el uso del precedente es fundamental en virtud del constante ejercicio interpretativo por parte de los jueces constitucionales, en donde la presencia de normas con conceptos amplios (la *textura abierta* que explicaba Hart) obliga a establecer argumentaciones que pueden ser retomadas en casos futuros.

Por otra parte, debe señalarse el movimiento teórico relativo a las *líneas jurisprudenciales*, aspecto del que se hablará más adelante y que representa un renovado estudio jurídico por comprender y clasificar de mejor manera los procesos judiciales y la culminación que implica la jurisprudencia.

En ese contexto, para el desarrollo de una teoría de esta naturaleza, se necesita de ciertos condimentos previos para poder concebirlo. Uno bastante claro consiste en un ambiente político constitucional donde los poderes judiciales encuentren pleno despliegue de sus facultades. En otras palabras, en ambientes donde se encuentre de manifiesto un presidencialismo fuerte, por ejemplo, difícilmente podría tener un desarrollo más o menos amplio. Se necesita de una estancia donde haya un desenvolvimiento más o menos claro respecto a un equilibrio de poderes (los *checks and balances*).

Este texto pretende colaborar, en alguna forma, sobre el debate del sistema prevaleciente en nuestro país respecto al régimen jurisprudencial (al parecer más de tipo abstracto) o de precedentes, un poco a la manera más bien anglosajona. Desde ahora se anuncia que, con independencia de las características de uno u otro modelo, la teoría del precedente judicial pretende explicarse al margen de esas vicisitudes, pues en la práctica la utilización de casos anteriores (de argumentos o reglas ahí establecidas) tiene, en el fondo, el mismo funcionamiento en los componentes básicos del precedente judicial.

Por otro lado, este artículo pretende hacer una aportación al campo de la *teoría de las normas*, en el sentido de que la presente propuesta busca entender las normas o reglas surgidas en los precedentes, es decir, a partir de la interpretación y argumentación dada en las sentencias judiciales. De alguna manera, bajo este

aspecto, se considera que la categorización del precedente judicial bajo estas líneas, implica una especie de *norma continuada*, en el sentido de que la norma jurídica concebida en términos kelsenianos o hartianos no termina con la promulgación de la ley y su aplicación, sino existe un momento posterior de reelaboración del material normativo a partir de la actividad judicial.

2. Premisas lógicas

a) La analogía

Uno de los aspectos más relevantes para la concepción del precedente judicial es la analogía como una premisa fundamental que puede servir como herramienta en el funcionamiento del precedente y en la jurisdicción en general.

En efecto, en la utilización del precedente subyace, como operación lógica, la analogía, esto en el entendido que la utilización de una regla (o subregla) creada por el juzgador en un determinado caso, puede servir en otro, siempre y cuando tenga características similares. Un ejemplo de esto se observa en la doctrina inglesa, donde para reconocer con fuerza vinculante una decisión judicial previa, se debe encontrar el elemento análogo en el caso a resolver (Twining y Miers, 2010: 279).

Por la ausencia explícita en los estudios sobre el precedente, es necesaria una mirada general sobre la conceptualización de la analogía.

Así, la analogía, desde una lectura clásica, puede entenderse como una *semejanza de relaciones* (Stuart Mill, 1865: 85)². Este autor afirma que la analogía puede tener diferentes grados de presencia entre dos objetos. Si bien su análisis se inscribe en la teoría del conocimiento, su desglose para efectos del presente estudio encuentra vigencia sobre todo en la idea de que, en términos jurídicos, la mayoría de los casos nunca son exactamente iguales y por ende necesitan de la asimilación de elementos comunes entre uno y otro. De ahí que deben tomarse en cuenta las *circunstancias* de dos objetos (o sea, dos casos) y los efectos producidos en un momento dado a partir de la comparación realizada. En la medida que todos los elementos, hechos, además de la relación de esas dos circunstancias (la anatomía de un caso según Twining y Miers, 2010: 271) a comparar sean conocidas, el proceso de la aplicación de la analogía en la relación permitirá tener conclusiones más certeras (Stuart Mill, 1865: 85), todo en aras de contextualizar la *extensión de la analogía*. De esta

² En un libro clásico, Stuart Mill se refiere a varios sentidos sobre el uso de la palabra analogía, de la cual afirma que hay una pobre utilización de la misma y en múltiples formas.

manera, como la explicación de Stuart Mill sobre la analogía se basa en las relaciones y proporciones de dos objetos, si esta conexión es menor, en todo caso, la analogía será de mera probabilidad. De igual forma debe considerarse que si bien esa explicación orbita más en un ámbito del ser, de alguna manera se hace presente en el deber ser, como en el derecho, pues a mayor grado de conexión entre dos casos habrá una aplicación más fuerte del precedente. Lo anterior, como se verá más adelante, tendrá mucho que ver con el grado y la fuerza vinculante del precedente.

En esa misma línea, también se concibe a la analogía como la “similitud en algunos aspectos” (Bunge: 2007, 8). Este autor destaca que en la analogía hay diferentes grados, pues esas semejanzas pueden ser más débiles o más fuertes, en donde aquéllas del primer tipo se caracterizan “... cuando existe una relación *inyectiva* que se aplica de un conjunto al otro, es decir, cuando cada elemento de un conjunto tiene un compañero en el otro.”³ Por otro lado, la analogía de más fuerte de grado “... es el *isomorfismo* el cual se obtiene cuando todo elemento y toda operación de cada conjunto están reflejados en el otro.”⁴

Otros han definido a la analogía como “la relación de semejanza entre cosas distintas” y más específicamente se señala que “en jurisprudencia, la analogía sirve para la aplicación de principios y las normas de carácter general del ordenamiento jurídico a una situación o institución no prevista en este mismo ordenamiento, pero semejante a estas normas o a normas particulares que en el ordenamiento se especifican” (Nohlen, 2006: 51-52). Esta aproximación de la analogía referida al campo jurídico permite derivar dos formas claras en su operación: 1) cuando en una situación no prevista se aplican normas y principios con un grado importante de semejanza (es decir, un llenado de laguna jurídica) y 2) otra de carácter más específico que es precisamente en el uso del precedente.

Como se observa, con lo anterior se tienen mejores asideros para entender el funcionamiento del precedente y se puede comprender por qué la aplicación de un

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

precedente a otro puede variar en grado e intensidad e incluso, en algunos otros supuestos o casos, se dude de la aplicabilidad, pues de acuerdo a la segunda definición, para que haya una analogía de tipo *fuerte* se necesita de la correspondencia de los *elementos* y además de su *operación* e interrelación en dos diferentes conjuntos. Lo anterior está referido en términos abstractos, pero tienen una manifestación en la resolución de casos. Un ejemplo de ello son aquellos precedentes de la justicia electoral sobre la impugnabilidad de la designación de magistrados y consejeros electorales.

En efecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) determinó la impugnabilidad de la designación hecha por los congresos locales respecto de consejeros electorales locales⁵. Las razones de esto se referían a que se trataba de un acto electoral sujeto al control de la justicia electoral constitucional, además de que debería considerarse como parte del proceso electoral respectivo. Más tarde, este precedente se hizo extensivo a los casos de las designaciones de magistrados electorales. El punto medular en el que había duda, en esos casos, se refería a si un acto de un congreso local como lo era en ese tiempo la designación de consejeros (y también de magistrados) podría ser objeto de control constitucional. Como se observa en un caso como éste, se encuentra una analogía de carácter *fuerte* pues en ambos casos existe una conexión más estrecha para considerar impugnables un acto de esta naturaleza, es decir, tanto la designación de un consejero como la de un magistrado electoral. A continuación se reproduce la jurisprudencia 2/2001:

ACTOS MATERIALMENTE ADMINISTRATIVOS DE ORGANIZACIÓN O CALIFICACIÓN DE COMICIOS LOCALES. SON IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 99, párrafo cuarto, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 186, fracción III, inciso b), y 189, fracción I, inciso e), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como 4 y 87 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, la competencia de la Sala Superior del

⁵ Cabe señalar que ese criterio dejó de tener vigencia ya que la designación de tales servidores públicos cambió. Actualmente, la designación de congresos locales es realizada por el Instituto Nacional Electoral en el caso de consejeros locales; y por el Senado, para el caso de los magistrados electorales locales.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para conocer y resolver cierto medio de impugnación en materia electoral, debe determinarse en función de la naturaleza del acto o resolución objeto del juicio de revisión constitucional electoral. Lo anterior, en virtud de que los órganos del poder público realizan actos que pueden ser considerados desde dos criterios distintos: formal y material. El primero, atendiendo a la naturaleza propia del órgano que emite el acto, en tanto que el segundo, el material, observando la naturaleza intrínseca del propio acto, a efecto de considerarlo administrativo, legislativo o jurisdiccional. De acuerdo con lo anterior, por ejemplo, si bien el acto impugnado formalmente puede reputarse como legislativo al haber sido emitido por determinado Congreso de un estado, lo cierto es que al privilegiar la naturaleza intrínseca del acto, puede concluirse que se trata de un acto materialmente administrativo, particularmente en el supuesto de que no se esté en presencia de la emisión de una norma general, abstracta, impersonal y heterónoma, sino ante la designación de determinado funcionario, en el entendido de que si éste tiene carácter electoral, en tanto que participa en la organización de las elecciones, cabe calificar el correspondiente acto como materialmente administrativo electoral, toda vez que se trataría de una medida dirigida a la realización de la democracia representativa, a través de la celebración de elecciones periódicas, libres y auténticas, así como por el sufragio universal, libre, secreto y directo, a fin de integrar los órganos representativos del poder público del Estado; en efecto, se debe arribar a dicha conclusión, si se está en presencia de un asunto en el que la autoridad responsable o legislatura del Estado ejerza una atribución prevista en una ley electoral, *verbi gratia*, la designación de los integrantes del órgano superior de dirección responsable de la organización de las elecciones, y si se tiene presente la naturaleza jurídica de dicho órgano electoral y las atribuciones que se prevean en su favor, tanto en la Constitución local como en las leyes electorales secundarias respectivas. Efectivamente, la determinación del congreso local —a que se alude en este ejemplo— relativa a la integración del órgano responsable de la preparación de las elecciones en el Estado, a través de la designación de sus miembros, debe considerarse como un acto de carácter electoral que se dicta en preparación al proceso electoral, entendido éste en un sentido amplio y no únicamente restringido a los actos que, ya iniciado el proceso electoral, se llevan a cabo previamente al día en que habrá de realizarse la jornada electoral correspondiente, razón por la que debe considerarse como competencia de la Sala Superior del TEPJF, en caso de que sea instada para ello, analizar si el acto referido se ajusta o no a los principios de constitucionalidad y legalidad electoral. ⁶ (TEPJF, 2002, pp 6-7)

⁶ Los precedentes que dieron lugar a esta jurisprudencia son SUP-JRC-391/2000, SUP-JRC-424/2000 y el SUP-JRC-004/2001.

Como se observa, lo relevante del ejemplo para la teoría del precedente consiste en destacar los elementos comunes y diferenciados de dos casos. Así, el primero tenía como nota distintiva que se trataba de la designación de consejeros electorales, mientras que el segundo versaba sobre magistrados. Por otro lado, la constante en uno y otro caso consistió en la naturaleza de la designación, la cual resultaba proclive a impugnarse por la vía judicial electoral. El punto a resaltar recae en que, como la mayoría de los casos no necesariamente son iguales, la utilidad de la analogía se torna fundamental para asimilar las similitudes y resaltar las diferencias.

Esta característica puede encontrarse en la práctica del precedente en otros países, como en Inglaterra donde, como bien afirman Twining y Miers, hay una abstracción de elementos interpretativos a fin de aplicar la regla de un precedente. Estos autores señalan como ejemplo de ello en la práctica judicial británica, la abstracción del concepto de *bebida* por la noción de *producto*, para efectos de la aplicación más extensiva del precedente. En efecto, en un apartado donde explican las diferentes técnicas del precedente (lo que será abordado más adelante), los autores señalan cómo la justicia inglesa aplicaba la regla del caso identificado como *Winterbottom v. Wright*, un asunto relacionado a lo que podríamos ubicar en responsabilidad de productores de bienes consumibles en caso de provocar un daño al consumidor. En ese caso, se condenó al productor a indemnizar al consumidor por haberle causado daños derivado de la compra. Un segundo caso similar, versó sobre una bebida (ginger) en la que se presentó un pedazo de uña que produjo gastroenteritis. Ese proceso de abstracción de pasar de una bebida y un producto diverso, es el mismo proceso de razonamiento y aplicación del precedente que ocurre en el caso de la designación de consejeros o magistrados electorales. Como se puede observar, al margen de los casos y materia de que se trata, el proceso de aplicación del precedente tiene una constante con independencia de las jurisdicciones (Twining y Miers, 2010: 298-303).

Así, a manera de una primera conclusión, una vez vistas diversas nociones de la analogía, se puede explicar que la semejanza o similitud entre dos objetos distintos

es lo que caracteriza esta manera de razonamiento, lo que es un elemento que subyace en la utilización del precedente judicial.

En contraste a lo anterior (como lo ha explicado apropiadamente Mauricio Beuchot a partir de su propuesta de hermenéutica analógica), la analogía se refiere más bien a una fase intermedia entre lo unívoco y lo equívoco, con mayor cercanía a este último. Para mayor claridad, a continuación la siguiente cita: “Ahora bien, la analogía es limítrofe entre la semejanza y la diferencia, entre la univocidad y la equivocidad, aunque participa más de esta última. Tiene por ello más diferencia que semejanza” (Beuchot, 2000, 186). Esta idea constituye un aspecto fundamental para el entendimiento del precedente judicial, pues como se verá más adelante, buena parte de su problemática consiste en su utilización (por ser asimilable a un caso posterior), o en su no aplicación (por destacar en mayor medida los elementos diferenciadores).

Este debate sobre la ubicación intermedia de la analogía, de acuerdo a Beuchot, entre lo unívoco y lo equívoco, es una explicación que nos ayudará a entender el funcionamiento de la asimilación o distinción en el uso de un precedente o entre la diferencia de grado entre el apartarse o cambiarlo totalmente dicho precedente (Twining y Miers, 2010, 286). Es decir, **en la base misma respecto a una concepción de la analogía como fórmula de razonamiento y argumentación, se encuentra buena parte del funcionamiento del precedente judicial, pues su aplicación pende entre dos categorías: diferencia y semejanza oscilan pues en la concepción del precedente.**

Lo anterior permite ver con mayor nitidez la diferencia entre la ruptura o el cambio del precedente (lo que los juristas anglosajones llamarían el *overruling*) y la *distinción* entre dos casos. Es decir, para tener un cabal entendimiento del uso de la jurisprudencia o del precedente judicial, se deben tomar en cuenta los distintos grados de semejanza y diferencia entre dos o más casos, lo que traslada la discusión a un tema de argumentación jurídica. Para hacer más patente los diferentes grados en las semejanzas y diferencias, desde una mera perspectiva filosófica, se señala lo siguiente:

“En un margen que se abre desde la analogía metafórica –que es más cercana a lo equívoco-, pasando por la analogía de atribución o de principalidad, y por la analogía de proporcionalidad, hasta la mera analogía de proporcionalidad, que es la que más se acerca a lo unívoco. Este margen de variación en la interpretación de significados da la posibilidad de polisemia sin incurrir en lo equívoco” (Beuchot, 2000: 113).

Así, si la analogía es una base importante de la estructura funcional del precedente, por lo tanto, las manifestaciones de este último tendrán un correlativo similar a la caracterización de la analogía. Esto explica la existencia de precedentes muy similares entre sí, lo que se traduce en una aplicación más fácil del mismo y otros que, al contener determinadas distinciones notables, su aplicación resulta un tanto más complicada. Será responsabilidad de la judicatura hacerse consciente de las diferencias y semejanzas entre dos o más casos. De acuerdo a lo anterior y como se desarrollará más adelante, en una perspectiva netamente jurídica, el uso del precedente debe de tomar en cuenta los hechos y argumentos de uno y otro caso, pues como se ha afirmado en un libro clásico sobre el precedente, la idea subyacente en este tema se refiere al principio de que “...los casos similares deben ser decididos de manera similar” (Cross y Harris, 2012, 65).

De esta manera, las diferencias y semejanzas de grado se constituyen como algo fundamental, pues ello explicaría en buena medida por qué los jueces se acercan o se alejan de una determinada postura judicial. Obligar a los jueces a tener en cuenta este fenómeno permite por tanto un mayor control argumentativo y apela a la congruencia de un juez u órgano judicial, lo que resulta relevante para establecer una forma adicional del control y análisis del papel judicial, pues como se ha afirmado “... la analogía es, en todo caso, una equivocidad sistemática y controlable, que no puede perder la capacidad ... (de considerar) inferencias válidas, pues se

están coordinando los diversos significados en un margen del que no se salen” (Beuchot, 2000, 113).⁷

Finalmente, un elemento fundamental para entender y explicar el funcionamiento dinámico del precedente es comprender la idea implícita de la analogía como mecanismo filosófico y racional en la aplicación del precedente. Lo anterior es clave porque, en aras de la seguridad jurídica, la utilización de una regla jurisprudencial a casos más o menos similares al primero, se debe a la similitud de circunstancias que obliga a asimilar una misma respuesta. Destacar los grados de intensidad y semejanza, aspecto que proviene del estudio mismo de la analogía, puede ayudar a entender las críticas realizadas por Roscoe Pound a la llamada *jurisprudencia de conceptos*, es decir, lo que otros conciben como la utilización a raja tabla, sin mayor razonamiento, respecto de un precedente sin considerar particularidades del caso, es decir, sin considerar el grado de diferencia o semejanza entre casos (Cross, 2012, 229). En México, esa misma crítica la encontramos en Manuel González Oropeza (González, 2011).

3. Elementos del precedente judicial

Los autores que se han preocupado por el tema del precedente judicial coinciden en que los elementos sin los cuales se puede explicar dicho tema son la *ratio decidendi* o razones de la decisión y el *obiter dicta*. Estas nociones desde siempre han tenido una notable importancia y son fundamentales para entender la manera como funciona el precedente. A continuación, se hace referencia a tales conceptos.

a) *Ratio decidendi* (razones de la decisión)

Una primera aproximación para saber qué es la *ratio decidendi* consiste en “...aquellas proposiciones que parezcan haber sido por el (juez) como necesarias

⁷ A partir de lo anterior es que Mauricio Beuchot presenta un modelo interesante de interpretación basado en un punto intermedio entre una interpretación amplia y hasta cierto punto subjetiva; y otra, más bien caracterizada por pretensiones de objetividad. (Beuchot, 2000).

para su decisión. Lo demás será *obiter dicta*.” (Cross, *et al.*, 2012, 63). Dicho autor hace referencia Wambaugh, en razón de establecer un test que tiene por objeto verificar si estamos ante la presencia de esa *ratio*. En efecto, Wambaugh define a dicho concepto como “una regla de carácter general sin la cual un determinado caso debería haber sido decidido en otro sentido” (Wambaugh, 1894, citado Cross, *et al.*, 2012, 75-82).

En un libro que se convertirá en un clásico sobre el tema, Twining y Miers desdoblaron 5 usos del término *ratio decidendi*:

“1. La regla o reglas de derecho explícitas establecidas por los jueces como base de una decisión, la cual resuelve la cuestión planteada en un caso.

2. Las razones explícitas dadas por el juez para la decisión, las cuales explican y justifican la respuesta aplicada en el caso concreto.

3. La regla o reglas implícitas en el razonamiento del juez que justifican su decisión tomada para el caso en concreto

4. Las razones implícitas dadas por el juez para la decisión, las cuales explican y justifican implícitamente la respuesta aplicada en el caso concreto.

5. La regla o reglas de derecho de un caso, las cuales podrán seguirse como guía o ser aplicadas obligatoriamente por posteriores intérpretes y que pueden ser utilizadas como respuestas a cuestionamientos en otros casos” (Twining y Miers, 2010: 305).

A partir de lo anterior, la *ratio decidendi* se refiere a las razones fundamentales que llevan a un determinado órgano judicial o juez a resolver una controversia planteada. Es el elemento *sine qua non* lleva a la conclusión del caso por un órgano judicial. En seguimiento a la concepción de Twining y Miers, la *ratio* no sólo es una regla sino que puede implicar los argumentos, razones y criterios que permiten decidir de tal o cual forma un caso controvertido. De esta manera, este elemento es considerado la parte central de una decisión judicial, puesto que permite resolver el caso y además utilizar determinados argumentos para casos siguientes, es decir, en esto último hay una proyección hacia el futuro. Así, surge la pregunta de qué es

lo que determina el criterio judicial de una sentencia, si los hechos del caso o la relectura posterior por otros tribunales o jueces que lo utilizan (o incluso si se separan de ellas). Propiamente no hay reglas como tal, puesto que los jueces tienen cierto margen para aplicar o no un precedente, pero en todo caso deben establecer las razones para seguirlo o no, esto aunado a ciertas reglas establecidas sobre su obligatoriedad en un sistema jurídico determinado.

De esta manera, la *ratio decidendi*, desde el punto de vista de la teoría del precedente se constituye como el principal contexto de la doctrina judicial, pues su construcción en un mayor o menor sentido, dota de contenidos a los criterios y argumentación que los tribunales pueden utilizar, ya sea para seguirlos y constreñirse a ellos o incluso para separarse y empezar a construir una jurisprudencia paralela.

Dentro del *common law* muchos autores coinciden en que, teóricamente, la manera para la determinación de la *ratio* por parte de los jueces no tiene una fórmula estricta (Twining y Miers, 2010, 277-278), empero, las prácticas convencionales judiciales indican una cierta aproximación para ubicarla.

En México, González Oropeza señala que la jurisprudencia mexicana debería quitarse la camisa de fuerza que implica el formato de tesis, en las cuales existe una fijación abstracta de la regla judicial a través del rubro (enunciación de la regla judicial) y el texto de dicha tesis (González, 2011). En ese mismo sentido, Cossío (en seguimiento a Raúl Mejía) ha diferenciado entre el régimen la jurisprudencia de controversias y acciones de inconstitucionalidad, el cual denomina *jurisprudencia por razones*, frente a la jurisprudencia de amparo. Básicamente la diferencia estriba en que, en la jurisprudencia de amparo, el redactor de la tesis determina el criterio obligatorio o *ratio decidendi*; mientras que, en la *jurisprudencia por razones*, dicha *ratio* es determinada por los jueces, pero también (adicionalmente) por las partes que invocan tales precedentes, de tal forma que hay "...un juego procesal abierto, (en donde) el juzgador y las partes identi(fican) las razones contenidas en los considerandos..." de las sentencias (Cossío, 2008, 691-697).

De esta forma, la *ratio decidendi* o también llamado *holding*, puede tener variaciones respecto de la forma como puede reportarse y, eventualmente, en quién puede formularla de manera formal. Empero, al margen del sistema particular en cuestión, una constante es obtener esa regla de origen jurisprudencial. La teoría del precedente judicial aspira a concebir esa particular forma de creación de reglas.

b) *Obiter dicta*

Por otra parte, como ya se mencionó, el *obiter dicta*, son todos aquellos elementos de una sentencia expresada de manera incidental o colateral, los cuales no se refieren al aspecto fundamental de la decisión judicial. Cito:

“El término *obiter dicta* generalmente es usado para referirse a aquellas observaciones irrelevantes que por lo general consisten en afirmaciones hechas en el curso de la exposición de los argumentos que justifican la decisión mientras que los dicta que se refieren a temas colaterales relevantes son conocidos como *dicta judicial*.” (Cross, *et. al.*, 2012, 106).⁸

De esta manera, el *obiter dicta* es el otro elemento no tan protagónico del precedente judicial. Sin embargo, debe considerarse que un *obiter dicta* puede tener diversas categorías de vinculación y en un momento dado puede generar problemas sobre su identificación y distinción de la *ratio decidendi*. Esto resultará relevante más adelante, cuando se explique la tipología de precedentes, sobre todo en aquellos a los que hemos llamado precedentes a *contrario sensu* o de referencia implícita.

Desde la doctrina anglo debe mencionarse el problema de la existencia de las variaciones sobre la vinculación de los *obiter dicta*, una temática que indica la ausencia de uniformidad en el grado de importancia y referencia a casos futuros.

En la obra clásica, *El precedente en el derecho inglés*, Cross y Harris afirman que pudiera delimitarse una categoría intermedia entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*.

⁸ Para una amplia referencia de citas sobre su definición se recomienda Chiassoni, 2004, 84-85.

Esto se actualiza en los casos que, a partir de la existencia de dos *ratios decidendi*, se materializan dos opciones argumentativas a seguir por otro tribunal o juez.

Hasta cierto punto, el anterior fenómeno lo podemos encontrar en el sistema jurisprudencial mexicano respecto a la distinción entre las tesis aisladas y la jurisprudencia. Mientras la primera representa un precedente no vinculatorio, la jurisprudencia sí lo es. Desde cierto punto de vista las tesis aisladas (emitidas por la Suprema Corte o Tribunales Colegiales) o las tesis (del Tribunal Electoral), si bien no son vinculantes en sentido estricto, sí establecen un derrotero marcado por tales órganos terminales y, en buena medida, son seguidas por otros tribunales de menor jerarquía e incluso por ellos mismos, pues un mecanismo de conformación de jurisprudencia es la reiteración sin interrupción de tales criterios.

4. Características del precedente

a. *Stare decisis*

El *stare decisis* es el principio que alude a que una decisión judicial debe atender a *lo ya resuelto o dicho* por un juez, corte o tribunal. Por ende, tal principio implica la norma de que los jueces deben seguir el precedente (Hansford, *et. al.*, 2006, 18). Dicho principio representa una característica fundamental del precedente pues se establece como un ingrediente que dota de congruencia a un determinado sistema jurídico.

Este principio bastante arraigado en los países del *common law* funciona por dos razones fundamentales: 1) porque los tribunales de menor jerarquía deben seguir y aplicar los precedentes emanados de cualquier tribunal superior (en México, debe pensarse en la jurisprudencia de la Suprema Corte, de tribunales colegiados de circuito y en el Tribunal Electoral, por ejemplo); y 2) por la vinculación proveniente de las propias decisiones (Cross, *et. al*, 123). Lo anterior involucra, además, el principio de congruencia, lo que conecta con la seguridad jurídica. Así, en el fondo, subyace una idea de congruencia por parte de quienes imparten justicia, pues si un caso es resuelto de tal o cual manera, lo lógico, en principio, es que se resuelva de

la misma forma, a menos que haya una diferencia sustancial que justifique separarse del criterio. De hecho, buena parte de la crítica sería realizada a las sentencias de tribunales versa en determinar dicha congruencia. En esa misma línea, desde una perspectiva de la teoría del derecho, la idea de *sistematicidad* o *completitud* se conjuga fuertemente, pues al final del día, en principio, la aplicación de un precedente pretende dotar de integridad a un sistema jurídico (Huerta, 2003: 23-45). Asimismo, desde un punto de vista de la historia del derecho, a través del precedente, se pretende preservar una de las características del derecho moderno, que consiste en la idea de sistematicidad, es decir, hacer de todas las normas jurídicas un conjunto que sea en principio armónico y congruente entre sí, a partir de las normas interpretadas.

Lo anterior debe relacionarse con una cierta corriente de pensamiento jurídico que enfatiza en las *líneas jurisprudenciales*, las cuales son parte de una teoría que busca explicar el precedente judicial a partir de la interrelación de varios pronunciamientos judiciales concatenados para explicarlos y clasificarlos a manera trayectorias determinadas que permiten una mejor comprensión del mismo (López, 2002, 55). Ello revela la aspiración manifiesta del precedente en el sentido de constituirse, a partir del *stare decisis*, ya no sólo como una forma que trata de dotar de congruencia a un sistema jurídico, sino que incluso ha implicado un sistema en sí mismo, es decir, un sistema de precedentes.

b. La vinculatoriedad o el *binding*

Otra de las características fundamentales del precedente es la vinculación o *binding*. En esencia, la vinculación es una problemática constante al aplicar los precedentes, lo que ocupa un lugar relevante en la teorización del mismo. De hecho, esa constante debe entenderse sobre la base de los problemas que la analogía implica, pues el grado de semejanza entre dos casos redundará en la vinculación del precedente.

En ese contexto, una manera contemporánea de concebir la problemática del precedente se refiere a la dicotomía de la visión débil y la visión fuerte del

precedente. Esta clasificación se establece en función del grado de fuerza vinculante del mismo. Así, la visión débil explica que las cortes no tienen una deferencia por los precedentes, de forma inversa a la visión fuerte, que los percibe como el principal criterio en derecho constitucional, de ahí su seguimiento obligatorio (Gerhardt, 2008, 47). En esa misma línea parecen coincidir Twining y Miers quienes, en cierta forma, resumen el punto en el dilema existente entre la vinculación que puede ser asfixiante pero que dota de certeza, en comparación con la flexibilidad de cambiar o matizar la regla del precedente (Twining y Miers, 2010:289-295).

Este dilema enmarcado entre la vinculatoriedad o flexibilidad del precedente, en cierto sentido es representado por los dos sistemas paradigmáticos del tema, es decir, Inglaterra y Estados Unidos. En efecto, de acuerdo a la lectura de Cossío de diversos tratadistas de uno y otro país, mientras el caso inglés presenta una mayor adherencia al precedente, el caso de los Estados Unidos se caracteriza por ser un modelo más flexible (Cossío, 2008: 698-705). Al margen de estas consideraciones, la teoría del precedente judicial pretende conceptualizar este problema como uno de los más indicativos de esta forma de creación de reglas jurídicas, pues incluso en el sistema norteamericano, donde hay una tendencia a la flexibilidad del precedente, el dilema entre seguirlo o no, se encuentra palpable según el análisis de Gerhart. Es decir, una constante en la aplicación del precedente se refiere a su tratamiento, seguirlo o no, a pesar de los matices y variaciones de cada país.

Respecto al grado de vinculatoriedad u obligatoriedad se deben distinguir 3 aspectos del precedente: 1) tribunales o jueces de menor jerarquía que deben seguir obligatoriamente el precedente de los de mayor jerarquía (relación vertical); 2) tribunales o jueces de similar o jerarquía equivalente que siguen un precedente por un aspecto más bien persuasivo (relación horizontal); y 3) tribunales de la mayor jerarquía y el grado de vinculación de sus propios precedentes.

A partir de lo anterior, el grado de vinculatoriedad se relaciona fuertemente con lo denominado *estructura del precedente judicial* (que más adelante se abordará), es decir, la manera como opera se regula. Lo anterior se torna una distinción total,

pues desde esta teoría se refieren a los aspectos contingentes del precedente. Al margen de dicha regulación, se encuentran elementos comunes que en todo caso son modulados por dicha estructura en la regulación. Incluso este dilema puede encontrarse en el sistema estadounidense en el sentido sobre los alcances de dicha obligatoriedad. Algunos ejemplos son *Citizen United* y *Shelby vs Alabama*, ambos de la Suprema Corte norteamericana.

5. Técnicas del precedente

En términos generales, los estudios del precedente judicial tienen una constante relativa a la forma como debe ser tratado y seguido un precedente, es decir, cuál es la técnica utilizada por los jueces a efecto de poder aplicar un precedente, tomar un elemento o incluso separarse de él. Si bien esto puede ser muy casuístico, el presente intento por encontrar una teoría que halle las constantes de manera abstracta, puede permitir una mejor comprensión y conceptualización del tema e incluso desmenuzar esas formas puede ayudar a entender la combinación de varias técnicas utilizadas.

En ese contexto, los distintos autores anglosajones que se han ocupado del tema, de raíz norteamericana o inglesa, encuentran una constante relativa a la obligatoriedad del precedente o por el contrario, a la falta de fuerza vinculante. Esa dicotomía representa un dilema constante en el espectro del precedente judicial que también lo encontramos en países de derecho continental, aunque de manera atenuada. Los dos extremos señalados entre vinculatoriedad y no vinculatoriedad encuentran una gama más o menos amplia con diferentes niveles de vinculación; pero la teoría que se propone, pretende construir una serie de elementos que sean comunes a todos los sistemas judiciales, al margen de las diferentes características o modalidades que cada sistema pudiera tener respecto a la organización y estructura que tanto el precedente como la organización judicial pudiera tener.

a. Asimilación y distinción

Uno de los aspectos necesarios para entender cómo funciona el precedente es la idea de la *asimilación* de ciertos elementos de un precedente para su aplicación en otro posterior. De igual forma, es necesario referirse a la *distinción*, es decir, la manera como, en un momento dado, los elementos que podrían ser utilizados en un precedente no resultan aplicados a partir de destacar algunos aspectos diferenciadores. Aquí es importante señalar que en el fondo de la cuestión está la analogía y todas sus variantes y grados de manifestación. Indudablemente, en la utilización del precedente hay un cierto margen discrecional por parte de jueces y órganos tribunales, lo que debe aderezarse con la *estructura externa* del precedente, que se refiere a la manera como está organizado un poder judicial, con su jerarquía y las reglas sobre la forma de vinculación de un precedente (o jurisprudencia en el caso mexicano) sobre todo en la relación de tribunales o cortes de mayor jerarquía con las de menor escalafón. Dicho tema será abordado más adelante pues se relaciona evidentemente con la fuerza vinculante del precedente y con el diseño institucional en la conformación.

Así, a partir de lo anterior, parte fundamental del quehacer judicial consiste en las técnicas relativas al uso del precedente, y es ahí donde la asimilación y la distinción cobran una importancia notable, pues los juzgadores deben hacer hincapié en la argumentación del porqué se adhieren o separan de una decisión o criterio previo. Desde luego, tal argumentación debe distinguirse en función del rango de la corte y de acuerdo a la forma en que se regula la fuerza vinculante del precedente; ello se explicará más adelante al detallar la noción de la estructura o, como prefiere llamarlo Taruffo, *dimensiones* del precedente (Taruffo, 1994: 193).

De esta manera, como se ha visto en el primer apartado relativo a la analogía, ésta juega un papel fundamental, pues puede ser una herramienta en el razonamiento en donde se asimila y por lo tanto la aplicación de un criterio anterior, o por el contrario, si se decreta una distinción y por lo tanto no se reitera un precedente similar.

De igual forma, la utilización moderna del método del caso o método Harvard, creación de Christopher Columbus Langdell, a pesar de su longevidad proveniente del siglo XIX, sigue teniendo vigencia como una manera de detectar las variaciones en una cadena de decisiones judiciales (Minow, 2010: 1-33).

De esta manera, no sería incorrecto vincular la teoría del precedente judicial con la teoría de la argumentación, pues en todo caso la primera continúa las pretensiones de la segunda, en un afán de no dejar sin motivación la aplicación de tal o cual precedente, o también del porqué no seguirlo o incluso separarse de él. El uso del precedente, si bien es discrecional, no puede ser arbitrario, por ende, conocerlo y comprenderlo en su raíz más profunda permitirá, por un lado, una mejor práctica en la actividad judicial, pues se tendrá más conciencia en ese quehacer; y, por otro, permitirá un asidero mejor para el análisis y comprensión de sentencias y precedentes por parte de estudiosos interesados en el tema.

6. La creación de una nueva regla. El problema de lo general o concreto de un precedente

Uno de los problemas más comunes surgidos como consecuencia de que los jueces tienen un rol más preponderante en la construcción del derecho (por lo menos en países en donde no se tenía esta concepción), consiste en la noción de la regla creada judicialmente.

En efecto, Alchurron y Bulygyn, a partir de su noción kelseniana, afirman que los jueces crean derecho. En un sentido similar, los precedentes pueden servir para crear ciertas políticas legales que influyen en el sistema jurídico (Hansford, *et. al.*, 2006, 17).

Así, a partir de esta premisa, uno de los síntomas más comunes que se presentan en la concepción del precedente judicial desde la teoría del derecho es la manera como el precedente puede formularse y eventualmente como puede aplicarse a un caso futuro.

Diversos estudiosos del tema coinciden en que un precedente tiene una noción general de la regla como una forma concreta. Twining y Miers afirman que es inocente pensar que los debates sobre una noción general dada en un precedente puede ser satisfactoriamente resuelto mediante la estipulación o el acuerdo sobre una precisa definición general acerca de un punto de interpretación (Twining y Miers, 2010: 273). De manera más contundente afirman que "... no es desconocido que para los jueces pueden establecer en mayor o menor medida un determinado punto jurídico a dilucidar a partir de determinadas palabras y a partir de diferentes grados de generalidad". Más adelante afirman que los reportes de casos pueden ayudar a determinar la jurisprudencia o reglas creadas judicialmente pues "en un importante o difícil caso ayudan a identificar o formular esa jurisprudencia, criterios o reglas establecidas" (Twining y Miers, 2010: 273). En ese mismo sentido, el ministro Cossío afirma que es todo un reto creativo encontrar las reglas contenidas en los precedentes, es decir, descubrir el tesoro al que se referían Twining y Miers (Cossío, 2008: 714 y 724).

Como aportación a este punto, desde nuestra perspectiva, hay una disyuntiva que puede presentarse en dos momentos: 1) cuando en la labor judicial se está estableciendo una regla en un precedente en donde se establece un canon innovador, lo que López Medina llama como *sentencias fundadoras*. Dos ejemplos de ello puede ser el caso *Roe vs Wade* de la Suprema Corte norteamericana, la cual sentó las bases, desde el punto de vista judicial respecto al derecho a las mujeres de disponer de su cuerpo y el aborto. Todavía esta sentencia sigue siendo un marco referencial cuando se aborda el tema del aborto desde una perspectiva judicial. Otro ejemplo, podría constituir el amparo Morelos, el cual tiene como temática los alcances de protección judicial de los derechos políticos en México a través del amparo. En casos como esos, e incluso en otras sin tal talante de impacto, se establecen con una clara intención de sentar precedente, es decir, dejar una regla de tal importancia o que contiene características *sui generis* que eventualmente puede marcar un antes y un después en determinado tema. En esas circunstancias, el problema que se quiere identificar a propósito del precedente **consiste en los alcances de la generalidad o concreción del precedente**. Cabe

señalar que esto se relaciona con ciertos temas de política judicial, entendida ésta como, la decisión de los jueces o de los órganos judiciales de establecer los alcances.

2) Cuando el problema del grado de generalidad o concreción de un precedente surge una vez determinado o ubicado una regla de extracción judicial, puede ser aplicado a un caso de similares características. Esta circunstancia revela incluso con mayor ahínco el problema de la generalidad o concreción de un precedente y sus alcances. Lo anterior porque habrá determinados precedentes donde la regla a utilizar tal vez sea producto del ejercicio de asimilación, donde el grado de abstracción o concreción de la regla judicial puede ser lo que determine su aplicación o incluso su separación. En ese sentido, parece que, en un momento dado, buena parte de la utilidad del precedente, radica en su utilización por parte de los jueces que de manera posterior se referirán a una regla contenida en una sentencia previa (Cross,2012:65), pues el uso del precedente conjuga la relación de casos y la elección de posibilidades, así como, depende también, de la conjugación de ciertas variables como pueden ser la propuesta interpretativa y argumentativa de las partes, la eventual refutación de las contrapartes así como el mismo contraste en un mismo órgano colegiado.

Un ejemplo puede ayudar al entendimiento de esta idea. Dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el caso Yatama fue relevador para el ámbito político electoral. De ese caso puede extraerse la regla en un sentido general de que *los partidos políticos no necesariamente son la única vía para participar políticamente*. Esa regla se dio en el marco de una comunidad indígena. Tal regla enarbolada sintéticamente, se pensó utilizar por parte de los abogados de Jorge Castañeda para que accediera como candidato independiente. En este segundo caso, se pretendía utilizar el mismo canon, o sea, *los partidos políticos no necesariamente son la única vía para participar políticamente*. El problema de la generalidad-concreción de un precedente, en el momento de aplicar una regla previa a un caso presente, consiste en definir sus alcances. La regla de que *los partidos políticos no necesariamente son la única vía para participar políticamente* ¿se refiere tanto a

situaciones de comunidades indígenas como en aquellas donde no participan? ¿puede hacerse esa extensión? ¿esa generalidad? Ahí podemos ver el grado de generalidad que puede tener la regla judicial *los partidos políticos no necesariamente son la única vía para participar políticamente*. Como se sabe, la Corte Interamericana determinó que no se afectó ningún derecho político electoral de Jorge Castañeda puesto que los países que conforman el sistema interamericano pueden o no establecer a las candidaturas ciudadanas de acuerdo a su desarrollo histórico. En ese sentido, el sentido de generalidad de la regla *los partidos políticos no necesariamente son la única vía para participar políticamente* del caso Yatama no alcanza procesos electorales distintos a los realizados en comunidades indígenas, según la Corte Interamericana.

De esta manera, la generalidad o concreción de una determinada regla proveniente de un precedente se constituye como una de las complejidades permanentes. De este fenómeno debe hacerse cargo la teoría del precedente judicial, pues es una constante por parte de los jueces, incluso de los litigantes, determinar la aplicación -o no- de una regla establecida en un precedente. En ese mismo sentido, los jueces, sobre todo los de la órbita constitucional, muchas veces tienen en mente al momento de resolver un caso importante, con importantes implicaciones a casos futuros, determinar o circunscribir los alcances de una interpretación al caso concreto, en ese sentido, claramente se puede percibir un alcance concreto y no general. Esta característica como parte del precedente judicial es algo que, en primer término, debe reconocerse y ubicarse como parte de un elemento que esta teoría pretende reconocer para, después, clasificar y eventualmente encontrar los grados de generalidad y concreción.

Así, lo que pretenden las bases de esta teoría es que una vez reconocida la posibilidad de esta circunstancia, los jueces puedan establecer los grados de generalidad y concreción de un precedente para hacerlos explícitos en una sentencia. Lo importante de este fenómeno significa que reforzar la idea de la argumentación al resolver los casos, sobre todo en aquellos que se sustentan en un precedente, ya sea que retome o se aleje del fenómeno.

7. Tipología de precedentes

A partir de una reflexión y análisis del precedente, como parte de esta incipiente teoría, el siguiente apartado pretende establecer una aproximación a una cierta tipología, en virtud de que la manera como pueden seguirse los precedente no son siempre es la misma.

a. El caso prácticamente igual

Este tipo de precedente tal vez sea el más fácil de identificar en la medida que los elementos que lo componen son similares. Estos casos evidentemente no reúnen la complejidad que la teoría del precedente judicial pretende entender y explicar, es decir, aquellos casos en los que las reglas judiciales, ahí producidas, tornan complicado encontrar la regla aplicable (encontrar el llamado tesoro al que se refiere Cossío). Lo anterior se explica en la medida del grado de semejanza, algo que como hemos visto, deriva del problema en la conceptualización de la analogía y los posibles grados encontrados en sí misma. En la medida que pueden entenderse los grados de analogía que existen, esto tiene una repercusión compleja en la técnica de identificar o distinguir precedentes unos de otros.

Un buen ejemplo de esta tipología son los amparos en materia fiscal o revisiones fiscales resueltos por la SCJN, que en la medida que define la constitucionalidad o no de un determinado impuesto, resulta innecesario que se aboque a la resolución de todos y cada uno de los juicios planteados en el poder judicial federal, pues bastará que el planteamiento resuelto emita los criterios, para que el resto de los tribunales colegiados de circuito se aboquen al estudio. Este tipo de precedentes se ubican en lo que se conoce como el precedente vertical, es decir, hay un órgano de mayor jerarquía que al establecer un precedente obligatorio, debe ser seguido por otros tribunales de menor jerarquía.⁹

⁹ Un ejemplo de ellos es la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte en la contradicción de tesis 6/2002 JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA, SIEMPRE QUE SEA PROCEDENTE, AL JUZGAR LA LEGALIDAD DE UN ACTO O RESOLUCIÓN FUNDADOS EN ESA LEY.

b. A *contrario sensu* o implícita

Este tipo de precedente debe ubicarse en aquellos en los cuales su reiteración (a partir de la noción del *stare decisis*) no es tan evidente sino sólo en la medida en que se entiende su reiteración de forma implícita, a partir de una referencia a *contrario sensu*. No es casualidad que si desde la concepción de esta teoría del precedente judicial, se considera a las reglas de hechura judicial como una manera distinta de ser de una norma, la aplicación a *contrario sensu* de dichas reglas puede significar una tipología que habrá que distinguir y especificar.

En efecto, a la luz de la teoría del precedente judicial, este tipo de precedentes presentan una complejidad particular, pues lo implícito de la regla de un caso previo puede hacer dudar su aplicabilidad a otro posterior. Así, a partir de la técnica de la distinción podría afirmarse que en el caso señalado no le aplicaría el precedente o la jurisprudencia X pues dicha regla indica un sentido contrario a lo que se pretende aplicar. Lo valioso de este tipo de precedente consiste en que la *ratio* implica cuando sí y cuando no aplicar un determinado estándar.

En la práctica hay, tanto por parte de jueces como litigantes, una aplicación casi inconsciente de este tipo de precedentes, esto en un ánimo de encontrar un referente o decisión previa que apoye una sentencia a establecer o un agravio a afirmar, según corresponda.

c. El elemento común de varios posibles

Este es un tipo de precedente en el que su conceptualización puede dar claridad a cerca de los problemas del precedente judicial y en buena medida puede ayudar a entender desde la teoría, pero de igual forma pretende dar un marco teórico en la resolución de casos.

En efecto, esta teorización sobre un tipo de precedente judicial puede relacionarse cuando Jose Ramón Cossío se refiere a las características, por ejemplo, atribuidas a la llamada *jurisprudencia por razones* antes referida, es decir, la relativa al sistema

de precedentes en acciones y controversias constitucionales, elemento que se acerca al sistema de precedentes de tipo anglosajón.

Este tipo de precedente se caracteriza sobre todo en la fase de seguimiento del precedente, es decir, cuando hay una regla creada y pretende aplicarse a un siguiente caso. Además de lo anterior (lo cual es común a todos los precedentes en fase de seguimiento) la característica principal de este tipo de reglas judiciales radica en que para la aplicación de una regla judicial se toma un elemento o una subregla del caso que le dio origen, es decir, no hay una totalidad de los elementos racionales que dieron lugar a ese caso. Dicho de otra manera, esta forma de ser del precedente lo que pretende es destacar un rubro de la regla judicial.

Este problema, Cross y Harris lo identifican como los casos con más de una *ratio decidendi*, es decir, aquellos casos en los que hay más de una razón del porqué se decidió como se decidió (Cross, 2012:106-107). Como parte del movimiento que representa la argumentación jurídica, es deseable que los jueces establezcan diversas razones de sus decisiones en las sentencias. Esa consecuencia, producto entre otros factores por la argumentación jurídica, hace más visible para la teoría propuesta este tipo de precedentes sobre todo en la aplicación posterior por parte de los jueces que pretendan seguir una regla de un caso previo. En efecto, el tipo específico, clasificado en este casillero, **consiste en que a partir de varias reglas o subreglas establecidas en un precedente, el caso posterior se toma una o varias pero no todas de las surgidas**. Este tipo de precedentes resultan relevantes en la medida que puede surgir la duda si se está siguiendo a plenitud el precedente o, al retomarse uno de sus elementos, en realidad no se está aplicando el precedente.

Jurisprudencia 3/2005

ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ELEMENTOS MÍNIMOS PARA CONSIDERARLOS DEMOCRÁTICOS. El artículo 27, apartado 1, incisos c) y g), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, impone a los partidos políticos la obligación de establecer en sus estatutos, *procedimientos democráticos* para la integración y renovación de los órganos directivos; sin embargo, no define este concepto, ni proporciona elementos suficientes para

integrarlo jurídicamente, por lo que es necesario acudir a otras fuentes para precisar los elementos mínimos que deben concurrir en la democracia; los que no se pueden obtener de su uso lingüístico, que comúnmente se refiere a la democracia como un sistema o forma de gobierno o doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno, por lo que es necesario acudir a la doctrina de mayor aceptación, conforme a la cual, es posible desprender, como elementos comunes característicos de la democracia a los siguientes: 1. La deliberación y participación de los ciudadanos, en el mayor grado posible, en los procesos de toma de decisiones, para que respondan lo más fielmente posible a la voluntad popular; 2. Igualdad, para que cada ciudadano participe con igual peso respecto de otro; 3. Garantía de ciertos derechos fundamentales, principalmente, de libertades de expresión, información y asociación, y 4. Control de órganos electos, que implica la posibilidad real y efectiva de que los ciudadanos puedan elegir a los titulares del gobierno, y de removerlos en los casos que la gravedad de sus acciones lo amerite. Estos elementos coinciden con los rasgos y características establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que recoge la decisión de la voluntad soberana del pueblo de adoptar para el Estado mexicano, la forma de gobierno democrática, pues contempla la participación de los ciudadanos en las decisiones fundamentales, la igualdad de éstos en el ejercicio de sus derechos, los instrumentos para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y, finalmente, la posibilidad de controlar a los órganos electos con motivo de sus funciones. Ahora bien, los elementos esenciales de referencia no deben llevarse, sin más, al interior de los partidos políticos, sino que es necesario adaptarlos a su naturaleza, a fin de que no les impidan cumplir sus finalidades constitucionales. De lo anterior, se tiene que los elementos mínimos de democracia que deben estar presentes en los partidos políticos son, conforme al artículo 27, apartado 1, incisos b), c) y g) del código electoral federal, los siguientes: 1. La asamblea u órgano equivalente, como principal centro decisor del partido, que deberá conformarse con todos los afiliados, o cuando no sea posible, de un gran número de delegados o representantes, debiéndose establecer las formalidades para convocarla, tanto ordinariamente por los órganos de dirección, como extraordinariamente por un número razonable de miembros, la periodicidad con la que se reunirá ordinariamente, así como el quórum necesario para que sesione válidamente; 2. La protección de los derechos fundamentales de los afiliados, que garanticen el mayor grado de participación posible, como son el voto activo y pasivo en condiciones de igualdad, el derecho a la información, libertad de expresión, libre acceso y salida de los afiliados del partido; 3. El establecimiento de procedimientos disciplinarios, con las garantías procesales mínimas, como un procedimiento previamente establecido, derecho de audiencia y defensa, la tipificación de las irregularidades así como la proporcionalidad en las sanciones, motivación en la determinación o resolución respectiva y competencia a órganos sancionadores, a quienes se asegure independencia e imparcialidad; 4. La existencia de procedimientos de elección donde se garanticen la igualdad en el derecho a elegir dirigentes y candidatos, así como la posibilidad de ser elegidos como tales, que pueden realizarse mediante el voto directo de los afiliados, o indirecto, pudiendo ser secreto o abierto, siempre que el procedimiento garantice el valor de la libertad en la emisión del sufragio; 5. Adopción de la regla de mayoría como criterio básico para la toma de decisiones

dentro del partido, a fin de que, con la participación de un número importante o considerable de miembros, puedan tomarse decisiones con efectos vinculantes, sin que se exija la aprobación por mayorías muy elevadas, excepto las de especial trascendencia, y 6. Mecanismos de control de poder, como por ejemplo: la posibilidad de revocar a los dirigentes del partido, el endurecimiento de causas de incompatibilidad entre los distintos cargos dentro del partido o públicos y establecimiento de períodos cortos de mandato. Tercera Época:

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-781/2002. Asociación Partido Popular Socialista. 23 de agosto de 2002. Unanimidad de votos.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-021/2002. José Luis Amador Hurtado. 3 de septiembre de 2003. Unanimidad de votos.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-259/2004. José Luis Sánchez Campos. 28 de julio de 2004. Unanimidad de votos.

6. Teoría de la norma 2

Este apartado se titula así por ser una continuación de la teoría de las normas, inaugurado por Kelsen. En efecto, este apartado pretende establecer que la regla de construcción judicial a través del precedente es un tipo de regla distinta con condimentos especiales que necesita ser teorizada para posteriormente ser entendida en su funcionamiento práctico. Se trata de una teorización de un fenómeno eminentemente jurídico en sede judicial pues la creación de normas por los jueces se ha dado en la medida que se ha realizado la función judicial. De igual forma, a la manera aplicada por Kelsen, con una estructura básica de que si A entonces B, en el sentido de la actualización de consecuencias jurídicas una vez actualizado un supuesto normativo, la teoría del precedente judicial pretende establecer una fórmula que más o menos sería la siguiente: Si A se aplicó en B, bajo ciertas condiciones también debe aplicarse en C.

De manera similar Cossío establece lo siguiente: "...primero, la posibilidad de llegar a construir la semejanza de los hechos entre los casos en tanto condición de aplicación; segundo, de su reconstitución en la serie de casos en los que la primera

ratio se haya ido elaborando y, tercero, de la satisfacción de una regla del tipo siguiente: debido a que el acto X fue significado normativamente en un sentencia anterior del modo Y y debido a que en el presente caso se ha actualizado X, debe aplicarse (o ser) Y. De lo que anterior resulta que Y es el elemento normativo determinante de la resolución y, por lo mismo, “orienta” la posterior decisión judicial” (Cossío, 2008: 716).

10.Importancia del precedente judicial en la estructura constitucional. Estructura interna y externa

Como parte de una incipiente teoría del precedente judicial se hace necesario desarrollar la distinción de aquellos elementos que varían de sistema en sistema, pero que de algún modo afectan la conceptualización y operación del precedente. Como se ha afirmado, al margen de la práctica o regulación que cada país o sistema le atribuya en la utilización del precedente judicial, una teoría se torna indispensable a fin de poder reunir todas las características constantes en la aplicación del precedente. Para poder llevar a cabo esa distinción entre los elementos cambiantes y variables de los elementos comunes y constantes es necesario realizar la distinción entre la estructura interna y externa del precedente.

Estructura interna u objetiva. Bajo esta denominación se hace referencia a aquellos elementos provenientes tanto de la práctica judicial como de la regulación del precedente que establecen modulaciones específicas y variables del precedente, tales como los requisitos para que un precedente sea obligatorio, las formas por las cuales pueden establecerse o crearse, la votación necesaria para su establecimiento, ciertas reglas para su modificación o incluso cambio de criterio o de precedente. En unos casos bastará un precedente, en otros se necesitaran 5 (amparo o electoral en Salas Regionales) o 3 precedentes (en electoral si proviene de Salas Superior), pero esto no cambia en nada los elementos que la teoría del precedente judicial pretende englobar. Esto indudablemente influye en la práctica y utilización del precedente, pero todos ellos son elementos contingentes que varían

según el sistema que se trate, no le restan relevancia a la teoría que pretende entender al precedente como un fenómeno de la teoría del derecho con rasgos comunes. Se explica de forma interna porque se refiere a aspectos relativos al precedente en sí mismo.

Estructura externa u subjetiva. La estructura externa se refiere a los órganos y en general a los sujetos que intervienen en la creación y desarrollo. Esta estructura que también puede ser cambiante en cada sistema se refiere a los órganos facultados para establecer jurisprudencia o un precedente obligatorio, a quiénes van dirigido, quiénes pueden señalar contradicciones entre precedentes, así como sus alcances.

10. La jurisprudencia mexicana y el precedente

El presente apartado es una derivación del subtema anterior. En efecto, la jurisprudencia mexicana participa de la naturaleza del precedente en la medida que se estudia si un caso anterior o una jurisprudencia resulta aplicable o no.

Este apartado explica la utilidad del precedente judicial con independencia del régimen legal o constitucional al que se refiera. Con ello se pretende explicar que la jurisprudencia mexicana o más bien, los distintos procedimientos de su creación en nuestro país, participan del fenómeno del precedente judicial y su teoría pretende explicarla.

En ese sentido, buena parte de la discusión doctrinal insiste en recalcar las notables diferencias entre los modelos mexicanos de jurisprudencia en materia de amparo y en el ámbito electoral (Cossío y González) respecto del precedente en el *common law*. Sin negar por supuesto las notables diferencias en los modelos y maneras de su utilización, una teoría del precedente judicial se hace necesaria para explicar los elementos comunes en su aplicación y práctica. Así, ya sea en Mexico, Estados Unidos o Alemania, el precedente judicial como fenómeno jurídico presenta ciertos elementos y circunstancias comunes que necesitan primero ser detectadas y clarificadas para posteriormente ser explicadas. Es decir, al margen del país,

sistema o modelo, las cuestiones fundamentales relacionadas con el precedente judicial son manifiestas.

Cabe aclarar que una propuesta teórica como la que se pretende, se hace cargo de las diferencias en los modelos que cada sistema y país tienen. En efecto, tal y como se ha establecido en el apartado anterior, donde se ha distinguido en la estructura interna y externa del precedente, se establecen las modulaciones que son variables de sistema en sistema. Es decir, la manera como es vinculante un precedente, a qué cortes y a cuáles no, el número de precedentes reiterados así como las reglas de su publicación, son aspectos contingentes según el modelo que se trate. Paralelamente a ello, las situaciones donde se emite un precedente y su aplicabilidad en otro posterior, son aspectos comunes en todos los sistemas, aunque tengan o no un especial énfasis respecto del precedente.

Indudablemente en países de *civil law*, una regulación respecto del precedente se torna necesaria para dotar de mayor certeza jurídica, a diferencia de países del *common law*, donde es más bien la práctica la que marca la forma de operar.

Habría que ver las modulaciones respectivas que cada sistema jurídico requiera, pero eso no implica que la conceptualización del precedente como fenómeno de la teoría del derecho.

Conclusiones

El precedente judicial requiere de una teoría que explique sus formas y maneras de operación por parte de jueces y tribunales, esto implica no rehuir de la teoría del derecho pues evidentemente dentro del derecho judicial se vuelve un aspecto fundamental que puede explicar y estudiar el fenómeno judicial que desde luego tiene en principio resolver problemas puestos a su jurisdicción, pero que se hace necesario realizar una comprensión mejor de los precedentes establecidos previamente para ser utilizados en casos presentes y futuros.

De esta forma, los elementos que debe conformar esta teoría consisten en profundizar en el estudio de la analogía e inducción, distinguir y establecer una tipología de casos o precedentes, e insistir en las técnicas de asimilación y/o separación del precedente. De ahí que sea necesario dar mayor contenido en la explicación de conceptos como *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dicta*, esto al margen de elementos estructurales internos y externos que se refieren al tipo de regulación o manera de operar del precedente, según el sistema jurídico.

Bibliografía

- Aguiló, Josep, 2000: *Teoría general de las fuentes de Derecho*, Barcelona, Ariel.
- Bernal, Carlos, 2005: *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.
- Beuchot, Mauricio, 2009: *Tratado de hermenéutica analógica*, México, Ítaca – UNAM.
- Bunge, Mario, 2007: *Diccionario de Filosofía*, México, Siglo XXI editores.
- Castillo, José Luis, 2008: *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, Ara Editores.
- Castillo, Leonel, 2006: “Sistema rector de la jurisprudencia electoral”, en *Reflexiones temáticas sobre Derecho Electoral*, México, TEPJF p.p. 287-306. Consultable en <http://www.te.gob.mx/documentacion/publicaciones/Libros/reflexiones.pdf>
- Cossío, José Ramón, 2008: *La controversia constitucional*, México, Porrúa.
- Cross, Rupert, et al., 2012: *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, (traducción castellana de María Angélica Pulido).
- Chiassoni, Pierluigi, 2004: “Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto”. *Analisi e Diritto*, p.p. 75-101. Consultable en http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf
- Dworkin, Ronald, 2002: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- Espinosa, Eloy, 2006: *El precedente constitucional: sus alcances y ventajas*, en Estudios Constitucionales, año 4, num 1, Universidad de Talca.
- Ezquiaga, Francisco Javier, 2006: *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de la aplicación e interpretación del Derecho*, México, TEPJF.
- Ferreres, Víctor, et. al, 2009, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo.
- Gerhardt, Michael, 2008: *The power of precedent*, New York, Oxford University Press.
- González Oropeza, Manuel, 2011: *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*, México, SCJN.
- Hansford, Thomas, et. al, 2006: *The politics of precedent on the U.S. Supreme Court*, New Jersey, Princeton University Press.
- Hart, H.L.A., 1978: *El concepto del derecho*, México, Editora Nacional. (traducción castellana de Genaro Carrió).

- Huerta Ochoa, Carla, 2003: *Conflictos normativos*, México, UNAM III.
- Kelsen, Hans, 2017: *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa.
- López Medina, Diego Eduardo, 2002: *El derecho de los jueces, Obligatoriedad del precedente judicial, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Colombia, Legis.
- McCormick, Neil, *et. al*, 1997: *Interpreting precedents, a comparative study*, Great Britain, Galliard. Hay traducción al español publicada por TEPJF.
- Magaloni, Ana Laura, 2001: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, Mcgraw Hill, Interamericana de España.
- Márquez Muro, Daniel, 1983: *Lógica*, México, ECLALSA.
- Minow, Martha, 2010: *Legal education: past, present and future*. Consultable en <http://www.law.harvard.edu/news/spotlight/classroom/related/legal-education-past-present-and-future1.pdf>
- Nohlen, Dieter, *et al*, 2006: *Diccionario de ciencia política*, México, Porrúa y el Colegio de Veracruz.
- Puig, José, *et al.*, 2006: *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Bosch.
- Sesma, Victoria, 1995: *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas.
- Stone, Geoffrey, *et al.*, 2009: *Constitutional Law*, New York, Wolters Kluwer.
- Stuart Mill, John, 1865: *A system of logic, ratiocinative and inductive, being a connected view of the principles of evidence, and the methods of scientific investigation*, London, Logmans, Green. (Fondo reservado de la Escuela Libre de Derecho).
- Samper, Joaquín, *et al*, 2001: *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.
- Taruffo, Michele, 2003: *Dimensiones del precedente judicial*, en Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho procesal. México, TEPJF. Originalmente tal artículo fue publicado en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año XLVIII, núm 1, marzo 1994, Milano, Italia.
- Twining, William, *et. al.*, 2010: *How to do things with rules*, New York, Cambridge University Press.
- Xiol, Juan Antonio, 2005: *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.

Zertuche, Héctor, 1990: *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, México, Porrúa.

Wambaugh, 1894: *Study of Cases*, 2ª ed. Citado por Cross, Rupert, *et al.*, 2012: *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, traducción castellana María Angélica Pulido, p.p. 75-81.

Wróblewski, Jerzy, 2008: *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara.