

LA DERROTABILIDAD DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL: A PROPÓSITO
DE LA C.T. 299/2013
*THE DEFEATABILITY OF THE CONSTITUTIONAL PRECEDENT:
A PURPOSE OF THE C.T 299/2013*

Rodrigo Camarena González*

Resumen

En este artículo se discute la derrotabilidad del precedente constitucional desde una perspectiva analítica y normativa. Analíticamente, se sostiene que la derrotabilidad es una *propiedad* contingente de los precedentes que se manifiesta cuando nuevas normas adscritas reducen o eliminan el campo de aplicación del precedente original. Normativamente, se propone que la derrotabilidad es una colisión entre los principio formales de igualdad y seguridad jurídica y principios de justicia sustantiva. Una norma se derrota cuando circunstancias o fuentes constitucionalmente relevantes ausentes en el precedente, pero presentes en el caso posterior, justifican emitir una nueva norma que funciona como excepción o invalidación de la norma anterior. De manera más práctica, se proponen cuatro *técnicas* argumentativas que hacen manifiesta la derrotabilidad de

* Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Macquarie (Sídney, Australia.) y becario de la Universidad de Guadalajara. Agradezco a Carlos Bernal, Damiano Canale, Giovanni Tuzet, Alessio Sardo, Alexis Galán, Mauro Barberis, Roberto Lara, Alejandra Martínez, Camilo Saavedra y Fernanda Aguilar por sus valiosos comentarios respecto a versiones anteriores de este artículo.

los precedentes. Estas técnicas son la distinción de casos, la circunscripción, la inaplicación y la desaplicación del precedente. Así, el artículo busca contribuir al debate teórico y práctico que ha surgido a partir de que el Pleno de la Suprema Corte resolviera la C.T. 299/2013.

Palabras clave: Precedente constitucional, derecho constitucional, Jurisprudencia México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Abstract

This article discusses the defeatability of the constitutional precedent from an analytical and normative perspective. Analytically, it is argued that defeatability is a contingent property of precedents that manifests itself when new ascribed standards reduce or eliminate the scope of the original precedent. Normatively, it is proposed that the defeatability is a collision between the formal principle of equality and legal certainty and principles of substantive justice. A rule is defeated when circumstances or constitutionally relevant sources absent in the preceding, but present in the later case, justify issuing a new rule that functions as an exception or override the previous rule. In a more practical way, four argumentative techniques are proposed that make manifest the defeatability of the precedents. These techniques are the distinction of cases, the circumscription, the inapplicability and the deapplication of the precedent. Thus, the article seeks to contribute to the theoretical and practical debate that has emerged since the plenary of the Supreme Court resolved the C.T. 299/2013.

Keywords: Constitutional precedent-constitutional, law-jurisprudence, Mexico-Supreme Court.

1. Introducción:

¿Existe una obligación absoluta de seguir el precedente vertical?

¿Tienen los juzgadores una obligación absoluta de seguir el precedente de sus superiores jerárquicos? La comunidad judicial en México se encuentra dividida en torno a esta pregunta. Dos tribunales colegiados sostu-

vieron criterios contradictorios al respecto. Ambos tribunales discutieron el presunto crimen de contrabando de vehículos extranjeros y el criterio jurisprudencial que lo interpretaban a la luz del principio de presunción de inocencia.¹ Un tribunal sostuvo que si bien los órganos judiciales pueden inaplicar disposiciones legislativas por ser inconstitucionales, no es posible inaplicar precedentes obligatorios.² En cambio, el otro tribunal sostuvo que los precedentes pueden ser inaplicados por un inferior cuando violan derechos constitucionales.³

Este conflicto interpretativo dio lugar a la contradicción de tesis 299/2013. En este asunto el Pleno de la Suprema Corte se preguntó: ¿puede la jurisprudencia de la Corte ser objeto de control de constitucionalidad o convencionalidad?⁴ Una mayoría dividida respondió en sentido negativo. Según la mayoría, el principio de seguridad jurídica implica que los Jueces inferiores tienen la obligación absoluta de seguir las normas emitidas por los órganos superiores.⁵ Una vez que la interpretación judicial se convierte en jurisprudencia, todos los Jueces inferiores están estrictamente vinculados a ésta, sin excepción alguna.⁶ La mayoría aseguró que los tribunales colegiados "carecen de atribuciones para reinterpretar"⁷ la jurisprudencia, pues su aplicación es "inexcusable".⁸ A decir de los Ministros, esto no "congela" la jurisprudencia ya que es posible modificarla mediante el mecanismo de sustitución de criterios. Es decir, solo el órgano que emitió la

¹ El precedente era Primera Sala, C. T. 158/2004, Juan Silva Meza, 26 junio 2005.

² A.D. 210/2013, Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, Susana Magdalena González Rodríguez, 2 junio 2013, pp. 164-77.

³ A.D. 122/2013, Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, Elba Sánchez Pozos, 25 abril 2013, pp. 38, 54-60, 66. Donde se desaplicó la C. T. 158/2004 (n 1).

⁴ C.T.299/2013, Jorge Mario Pardo Rebolledo, 14 de octubre 2014.

⁵ *Ibid*, considerando 5, sección 2. Sobre la obligación *prima facie* de seguir el precedente en el *common law*, véase, PERRY, Stephen R., "Judicial Obligation, Precedent and The Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 215, 1987.

⁶ Ley de amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, arts. 215-230.

⁷ C.T.299/2013, (n 4), p. 25.

⁸ *Idem*, p. 32.

norma judicial puede alterarla y únicamente después de que los tribunales colegiados han aplicado el precedente.⁹

No obstante, algunos Ministros cuestionaron la naturaleza absoluta de la obligación de seguir el precedente de los tribunales superiores. Tres Ministros coincidieron con el resultado, pero consideraron que era necesario diferenciar entre "inaplicar" una jurisprudencia y considerarla "no aplicable".¹⁰ Al parecer, inaplicar es derogar una norma jurisprudencial por considerarla inconstitucional o inconveniente, mientras que considerar una norma "no aplicable" significa que el precedente y el caso por resolver abordan cuestiones jurídicas distintas.¹¹ Para los tres Ministros, los Jueces inferiores pueden considerar la jurisprudencia como no aplicable, pero no la pueden inaplicar cuando la cuestión jurídica ya haya sido resuelta por un orden superior.

Otros dos Ministros disintieron. El Ministro Silva consideró que toda fuente jurídica debe estar sujeta a control de la constitucionalidad y la convencionalidad, lo que puede ocasionar que normas jurisprudenciales sean inaplicadas por inconstitucionales.¹²

El Ministro Cossío disintió con mayor contundencia. Éste consideró que si la Corte puede inaplicar leyes expedidas por el Congreso democrático, entonces no hay razón para hacer inmune a la jurisprudencia de control de constitucionalidad o convencionalidad.¹³ En su opinión, al decir que solo la Suprema Corte

⁹ Ley de amparo, art. 230.

¹⁰ Sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 14 de octubre de 2014, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, pp. 21-23, José Fernando Franco González Salas p. 37, Olga Sánchez Cordero, p. 38; C.T. 299-2013, p. 25. Véase también, C.T.299-2013, (Fernando Franco, voto concurrente).

¹¹ C.T.299-2013, considerando 5, sección 2, p. 24.

¹² Sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 14 de octubre de 2014, Juan Silva Meza p. 25; C.T.299-2013, Juan Silva Meza (voto disidente).

¹³ Sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 14 de octubre de 2014, José Ramón Cossío Díaz, pp. 27-28.

puede inaplicar su jurisprudencia, la mayoría estaba proclamando una *infalibilidad* epistémica incompatible con la naturaleza discursiva de los derechos fundamentales.¹⁴ Es decir, la esencia de los derechos fundamentales se construye intersubjetivamente a través del diálogo racional, no se impone. Entonces, los Jueces inferiores tienen la facultad y la obligación no solo de considerar una norma judicial como no aplicable, sino también de inaplicarla, siempre y cuando cumplan con la carga de la argumentación correspondiente.¹⁵ El Ministro Cossío publicó un artículo junto con Roberto Lara, en el que insistían que tanto los Ministros de la Corte, al igual que cualquier otro intérprete jurídico, son falibles y es posible que los tribunales superiores violen derechos fundamentales con sus interpretaciones, por lo que los Jueces inferiores pueden detectar dichas violaciones y remediarlas.¹⁶

En otro asunto previo a la C.T.299/2013, la Segunda Sala revocó una sentencia de un tribunal colegiado que inaplicó un precedente de dicha Sala por inconstitucional e inconveniente.¹⁷ El tribunal inaplicó un precedente obligatorio de la Sala que sostuvo que la ley federal del trabajo no es aplicable supletoriamente a casos de despido injustificado de policías o personal del ministerio público.¹⁸ El colegiado inaplicó la jurisprudencia al considerar que violaba el derecho a la igualdad de los trabajadores, y aplicó supletoriamente la ley federal de trabajo que otorga mayores beneficios que la Constitución y las leyes, para equiparar a los trabajadores de seguridad pública con los privados.¹⁹ La Sala condenó enérgicamente esta práctica de inaplicar precedentes. La Sala no solo revocó la sentencia del inferior, sino que ordenó que se suprimiera la publicación del

¹⁴ C.T.299/2013, José Ramón Cossío Díaz (*voto disidente*), párr. 18-20.

¹⁵ *Ibid*, párr. 31 y 41.

¹⁶ COSSÍO DÍAZ, José Ramón y LARA CHAGOYÁN, Roberto, "¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?", *Cuestiones constitucionales*, vol. 32 núm. 81, 2015.

¹⁷ Segunda Sala, A.D.R. 2126/2012, Margarita Beatriz Luna Ramos, 21 noviembre 2012.

¹⁸ Segunda Sala, C.T. 61/2011, Luis María Aguilar Morales, 22 June 2011.

¹⁹ A.D. 76/2012, Eduardo López Pérez, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, 24 mayo 2012. Que inaplicó la C.T.61/2011.

precedente del Semanario Judicial de la Federación y le dio vista al Consejo de la Judicatura para que, de ser procedente, iniciara un procedimiento administrativo en contra de los magistrados.²⁰ En esta ocasión, la Sala defendió la obligación absoluta de seguir el precedente que después sería refrendada por el Pleno, pero cuestionada por los disidentes.

A la luz de esta discusión, este artículo niega el carácter absoluto de la obligación de seguir el precedente y, en su lugar, sostiene que la vinculación de los precedentes es *prima facie*. Existe una presunción que obliga a los Jueces inferiores a seguir el precedente de órganos superiores pero esta presunción admite excepciones. El carácter *prima facie* de los precedentes está presente tanto en la tradición romano-germánica como en la de *common law*,²¹ y consiste en que los precedentes generalmente se siguen, pero también pueden haber razones que justifican derrotar estos precedentes. De hecho, la misma Segunda Sala parece haber sugerido este tratamiento *prima facie*. La Sala ha sostenido que las partes solo deben identificar los precedentes, pero las autoridades deben justificar su aplicabilidad al caso concreto.²² Esto implica que aun cuando un precedente parece aplicable a primera vista, una vez que se analizan los hechos y las razones de la sentencia se puede concluir que en realidad el tema abordado es otro y por ende no puede aplicársele el precedente. El carácter *prima facie* de los precedentes radica en que un esfuerzo argumentativo puede demostrar que una norma judicial no es aplicable, mientras que la omisión de este esfuerzo se

²⁰ C.T.2126/2012 (n 17), pp. 53-55, 64-65.

²¹ Sobre el carácter *prima facie* del precedente vertical en la tradición romano-germánica, véase, p. ej, ALEXY, Robert, *A Theory Of Legal Argumentation*, traducción de Ruth Adler y Neil McCormick Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 277-279; ALEXY, Robert y DREIER, Ralf, "Precedent in the Federal Republic of Germany", en MACCORMICK, D. Neil y SUMMERS, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents*, Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 36. Sobre la obligación *prima facie* de seguir el precedente en el *common law*, véase DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Nueva York, 2008, p. 23.

²² Segunda Sala C.T. 14/2008 PL, José Fernando Franco González Salas, 2 julio 2008, pp. 35-6, 38-43, especialmente pp. 45-6.

traduciría en que una norma que en realidad regula otro escenario se aplica indebidamente al caso.

Así, este artículo fundamenta el carácter *prima facie* de los precedentes no en la falibilidad subjetiva de los intérpretes como sugerían los disidentes en la C.T.299/2013, sino en la *derrotabilidad* objetiva de las normas judiciales. La *derrotabilidad* es la posibilidad de que una fuente jurídica *prima facie* aplicable, en realidad sea "derrotada" por circunstancias o fuentes no consideradas en el precedente, de manera que una nueva norma funciona como excepción a la regla y reduce el ámbito de aplicación del precedente.

En este contexto, la tesis central de este artículo es que la obligación de seguir el precedente vertical es general pero no absoluta, ya que las normas son potencialmente derrotables. La *derrotabilidad* debe ser entendida como una colisión entre los principios formales de igualdad formal y seguridad jurídica que apoyan la norma adscrita y principios de justicia sustantiva que sugieren la necesidad de emitir una nueva norma. Una norma se derrota cuando circunstancias o fuentes constitucionalmente relevantes ausentes en el precedente pero presentes en el caso posterior justifican la emisión de una nueva norma judicial que funciona como excepción o invalidación de la norma anterior. En todo caso, la carga de la argumentación recae sobre el intérprete que busca derrotar la norma.

Para defender esta tesis, el artículo cuenta con la siguiente estructura. La sección II conecta la discusión práctica de la C.T.299/2013 con el debate teórico de la *derrotabilidad* jurídica. La sección III propone cuatro técnicas argumentativas que hacen manifiesta la propiedad de la *derrotabilidad* de las normas adscritas. Estas técnicas son la distinción de casos, la circunscripción, la revocación anticipada del precedente y la inaplicación del precedente. Finalmente, la sección IV concluye que la obligación *prima facie* de seguir el precedente alcanza un sano

equilibrio entre los principios formales que requieren aplicar el precedente y principios sustantivos que requieren la emisión de una nueva norma.

2. La derrotabilidad argumentativa de las normas adscritas

a. La derrotabilidad argumentativa y el argumento teleológico

Dentro de la teoría jurídica existen al menos tres posturas sobre la derrotabilidad de las fuentes. En un extremo, algunos autores sugieren que ésta es una propiedad universal de los sistemas jurídicos. Para ellos, todas y cada una de las aseveraciones acerca de la fuente jurídica aplicable son derrotables, o sea, siempre hay excepciones implícitas ignoradas por el legislador que emitió la ley o el Juez que adscribió la norma judicial que son capaces de derrotar la norma.²³ En el otro extremo, otros autores consideran que la derrotabilidad en realidad es algo infrecuente, y en cambio la inderrotabilidad es una característica general de los sistemas jurídicos desarrollados, de manera que las fuentes en realidad rara vez son derrotadas.²⁴ Frederick Schauer defiende una postura intermedia que sostiene la derrotabilidad no es una propiedad universal de los sistemas jurídicos, sino una característica contingente acerca de "la manera en que ciertos sistemas jurídicos eligen *tratar* sus reglas".²⁵ De acuerdo con Schauer, la derrotabilidad no es una propiedad conceptual del derecho, sino una postura normativa de algunos autores que sostienen que los Jueces deben estar facultados para derrotar las normas cuando su aplicación contradice el propósito para el

²³ TUR, Rischard H. S., "Defeasibility and Adjudication", en FERRER BELTRÁN, Jordi y RATTI, Giovanni B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford university Press, Oxford, 2012.

²⁴ NASH, Jonathan R., "Legal Defeasibility in Context and the Emergence of Substantial Indefeasibility", *Idem*, p. 377.

²⁵ SCHAUER, Frederick, "Is Defeasibility a Essential Property of the Law?", *Ibidem*, p. 87 (cursiva en original). Nota: todas las traducciones son del autor a menos que se indique lo contrario. Del original: 'how some decision-making system will choose to *treat* its rules'.

que fueron creadas.²⁶ La tesis intermedia de Schauer sostiene que solo en casos de extrema injusticia o marcada ineficiencia deben derrotarse las fuentes.²⁷

Aquí se sigue la postura intermedia de Schauer relativa a que la derrotabilidad es *contingente*, pero se aclara que es más frecuente de lo que él está dispuesto a aceptar. La contingencia depende de dos factores. Primero, que las circunstancias o razones relevantes estén presentes en un caso posterior pero ausentes en el precedente. Y segundo, que dichas circunstancias o razones sean argumentadas por un intérprete de manera que derroten la obligación *prima facie* de seguir el precedente. Este fenómeno es más común en la práctica judicial de lo que Schauer parece aceptar. En efecto, una de las críticas a la teoría de Schauer, es que su concepción de las reglas como razones blindadas (*entrenched*) o difíciles de modificar, se contradice por la práctica judicial en la que comúnmente Jueces inferiores modifican el precedente emanado de cortes superiores mediante la técnica de la distinción.²⁸ Luego, Schauer tiene razón al sostener que los precedentes judiciales generalmente producen reglas,²⁹ pero éstas suelen ser derrotables.

Los precedentes de los tribunales superiores producen *normas* que aclaran o complementan los textos jurídicos, pero los Jueces intermedios pueden aportar buenas razones para derrotarlas. La Suprema Corte ha utilizado la distinción entre disposición y norma para adscribir la interpretación "correcta" a la

²⁶ SCHAUER, Frederick, "On The Supposed Defeasibility of Legal Rules", *Current Legal Problems* vol. 51, núm. 223, 1998, pp. 237-8.

²⁷ SCHAUER, F., "Is Defeasibility...", *art. cit.*, p. 80.

²⁸ LAMOND, Grant, "Do Precedents Create Rules?", *Legal Theory*, vol. 11, núm. 1, 2005, p. 8; RIGONI, Adam, "Common-Law Judicial Reasoning and Analogy", *Legal Theory*, vol. 20, núm. 2, 2014, pp. 133-156. Schauer objeta que las teorías analógicas del precedente no pueden explicar cómo las normas judiciales constriñen a los Jueces, sólo las reglas pueden. Véase, SCHAUER, Frederick, "Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy", en DAHLMAN, Christian y FETERIS, Eveline (eds.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives* Springer, Países Bajos, 2013, pp. 45-56.

²⁹ SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 187.

Constitución, tratados y leyes mediante sus precedentes.³⁰ De acuerdo con esta distinción, una disposición es el texto aun sin interpretar, mientras que una norma es el resultado de la interpretación.³¹ Cuando una determinada disposición D^x puede dar lugar a diferentes interpretaciones, los Jueces identifican estas como N¹, N² o N³, seleccionan la norma que es más compatible con los principios y valores constitucionales y justifican esta selección.

De esta manera, la interpretación judicial reduce el grado de ambigüedad o vaguedad de una disposición jurídica, y estas interpretaciones funcionan como *normas adscritas* al texto.³² El carácter de esta norma es *prima facie*, ya que los Jueces deben seguirlas a menos que tengan buenas razones para derrotarlas. Estas razones pueden ser que el caso posterior realmente aborda una cuestión jurídica distinta –lo que los Ministros en la C.T.299/2013 llamaron como "no aplicable"– por lo que es necesario crear o identificar una nueva norma adscrita para resolver el caso que funciona como excepción a la norma original. El otro escenario se da cuando el tribunal inferior considera que la norma adscrita es incorrecta por contradecir una fuente de rango constitucional. En este escenario el tribunal intermedio no crea una excepción, sino que emite una nueva norma que contradice directamente la original. En ambos escenarios, una norma adscrita es derrotada cuando los intérpretes invocan circunstancias o fuentes no previstas por el tribunal anterior que son capaces de reducir o eliminar el ámbito de aplicación de la norma original.

La controversia práctica sobre la obligación de seguir el precedente vertical puede enriquecerse con base en el debate teórico acerca de la derrotabilidad de

³⁰ C.T. 293-2011, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 13 septiembre 2013, p. 57.

³¹ CRISAFULLI, Vezio, *Disposición (Y Norma)* en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael (eds.), *Disposicion vs. Norma*, Palestra, Lima, 2011, pp. 67-110; CRISAFULLI, Vezio, "Lezioni di diritto costituzionale: L'Ordinamento costituzionale italiano", CEDAM, 5a. ed., 1984, § 2, pp. 4-10, 26, 34-38, 39-44.

³² BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007., pp. 104.

las fuentes jurídicas. Parece que cuando los Ministros concurrentes en la C.T-299-2013 mencionaron que era necesario distinguir entre "inaplicar" y considerarlo "inaplicable", se referían a que una norma adscrita puede ser derrotada porque el caso por resolver cuenta con un hecho relevante que lo distingue del precedente. Tal y como lo ha sostenido la Segunda Sala, los tribunales deben demostrar que la norma adscrita y el caso por resolver tratan sobre cuestiones jurídicas suficientemente similares para que la norma sea aplicable al caso posterior.³³ En cambio, cuando existen distintos hechos relevantes entre el precedente y el caso por resolver, una nueva norma debe ser emitida, aun si a primera vista el caso entraba dentro del ámbito de aplicación de la norma original. De esta manera, la norma adscrita es derrotada ya que una excepción que estaba implícita en la norma se convierte en explícita una vez que circunstancias no previstas por el tribunal anterior generan una reinterpretación de la norma. La posibilidad de que las fuentes jurídicas estén sujetas a excepciones implícitas es una de las concepciones de la derrotabilidad jurídica.³⁴

Existen al menos tres concepciones de la derrotabilidad jurídica que deben ser distinguidas ya que solo una de ellas es la que nos interesa. Puede hablarse de derrotabilidad procesal, lógica e interpretativa. La derrotabilidad *procesal* implica que una determinada pretensión jurídica en el contexto del litigio puede ser negada por la contraparte de manera que la pretensión es derrotada por una excepción.³⁵ Por ejemplo, un abogado puede afirmar la validez jurídica de un contrato pero la contraparte puede derrotar esta pretensión si demuestra que hubo vicios de consentimiento. Autores como Juan Carlos Bayón han minimizado este tipo de derrotabilidad, ya que en el litigio los Jueces deben seguir las reglas procesales y respetar las presunciones y las cargas de la prueba y la argumen-

³³ C.T. 14/2008, (n 22).

³⁴ Véase, ALCHOURRON, Carlos E., "On Law and Logic", *Ratio Juris*, vol. 9, núm 4, 1996, 331-348, esp. p. 341.

³⁵ HART, H.L.A., "The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49 (1948-1949), pp. 171-194, esp. p. 193.

tación.³⁶ No obstante, vale la pena tener en cuenta el elemento competitivo de la derrotabilidad procesal; es en el contexto de un diálogo entre Jueces y abogados que se derrotan las normas.

El segundo tipo es la derrotabilidad *lógica*. Esta concepción debate si la lógica formal o deductiva es aplicable a los enunciados jurídicos.³⁷ Algunos autores como John Dewey consideran que la lógica deductiva y la estructura silogística del *modus ponens* (si se dan los hechos H^1, H^2 , luego la conclusión debe ser X) no es aplicable al contexto jurídico ya que el antecedente (si se da el hecho X) siempre puede ser refutado o cualificado.³⁸ Entonces, las reglas jurídicas deberían de usar otro tipo de lógica y representar los enunciados de manera derrotable: si se dan los hechos H^1, H^2 entonces la conclusión debe ser X, *a menos que* ocurran las excepciones E^1 o E^2 . Además, los críticos del deductivismo sostienen que esta lista de excepciones es infinita y los intérpretes no pueden conocer estas excepciones sino hasta que circunstancias imprevistas tienen lugar, por lo que las fuentes jurídicas no pueden realmente guiar el comportamiento humano.³⁹ En cambio, los deductivistas sostienen que las excepciones son finitas y se encuentran presentes en el sistema jurídico, por lo que aún si es algo difícil reformular en la práctica todas estas excepciones de manera exhaustiva, eso no quiere decir que sea conceptualmente imposible.⁴⁰ Jordi Ferrer y Giovanni Battista han sostenido convincentemente que es posible representar las fuentes jurídicas dentro del esquema deductivo pero sólo después de agotar un proceso de interpretación.⁴¹ Es decir, las fuentes jurídicas pueden transformarse en proposiciones

³⁶ BAYÓN, Juan Carlos, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", en GAIDO, Paula, *et al.* (eds.), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 269-78; MARTÍNEZ ZORRILA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 224.

³⁷ GUASTINI, Riccardo, "Defeasibility and Legality: A Survey", en FERRER BELTRÁN, Jordi y BATTISTA, Giovanni (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 11, 15.

³⁸ DEWEY, John, "Logical Method and Law", *The Philosophical Review*, vol. 33, 1924, pp. 560, esp. p. 564.

³⁹ BAYÓN, J.C., "¿Por qué es derrotable...", *op. cit.*, p. 294.

⁴⁰ RODRÍGUEZ, J.L., *art. cit.*, pp. 91-101.

⁴¹ FERRER, J. y Battista, G., *art. cit.*, p. 21.

lógicas pero sólo después de que los intérpretes han propuesto y argumentado cómo deben interpretarse y cómo se ha llegado a un consenso. En definitiva, la derrotabilidad lógica presupone un paso previo de interpretación.

Finalmente, la tercera concepción, y la que nos interesa para este artículo es la derrotabilidad *interpretativa*.⁴² En esta concepción lo que se derrota es la norma adscrita, es decir, la interpretación estándar que se le ha asignado a un texto jurídico, y se derrota una vez que circunstancias o fuentes no consideradas por el tribunal anterior generan una reinterpretación de la norma. Más precisamente, la derrotabilidad que interesa es la *argumentativa*. Las normas se discuten y se derrotan en el contexto competitivo al momento concreto de aplicar el derecho en sede judicial, a diferencia la interpretación en abstracto. En el contexto del litigio es insuficiente identificar las circunstancias o fuentes que no fueron tomadas en cuenta por el tribunal posterior. Además de identificar estos elementos, los abogados o Jueces deben proporcionar argumentos *sustantivos* basados en otras fuentes que justifiquen la emisión de una nueva norma para resolver el caso, de manera que estos prevalezcan sobre el principio *formal* de seguridad jurídica que requiere aplicar una norma adscrita.

Dentro del campo de la derrotabilidad argumentativa, el argumento *teleológico* identificado por Schauer ilustra cómo es que las normas adscritas pueden ser derrotadas. La aplicación de una norma no depende sólo de que ésta cubra los hechos del caso por resolver, sino que es necesario también que su aplicación contribuya a alcanzar el propósito de la norma.⁴³ En algunos contextos, una excepción surge cuando se aplica a un caso no previsto por el legislador o el autor de la norma. Según el ejemplo de Schauer, la prohibición de la entrada a los perros en un restaurante se justifica en el propósito de que los perros pueden ser ruidosos y molestos y pueden irritar a los clientes. Sin embargo, puede darse

⁴² *Idem*, p. 17

⁴³ SCHAUER, F., "On The Supposed Defeasibility...", *art. cit.*, pp. 236-9.

el caso de que un perro se comporte adecuadamente sin irritar a los clientes por lo que se podría permitir su entrada.⁴⁴ Así, la norma original es derrotada, pero su propósito permanece vigente. En este caso, el argumento teleológico se utiliza para justificar una excepción que en realidad contribuye a alcanzar el propósito original.

Un ejemplo del derecho constitucional puede aterrizar el cómo se derrota una norma, pero a la vez confirma el propósito. En un caso en que un ciudadano *acaudalado* busca la protección del derecho social a la salud, el tribunal puede distinguir con base en un precedente que protegió el derecho de individuos *vulnerables* de la sociedad, si subraya que el propósito de los derechos sociales es el disminuir la desigualdad económica no el proteger a la clase favorecida. De esta manera, la nueva norma reduce el ámbito de aplicación de la norma original pero aun protege el propósito original.

En otros escenarios puede ser que una nueva norma no confirme el propósito originario sino que otro propósito debe prevalecer sobre el original. Schauer demuestra esta colisión entre propósitos con el clásico ejemplo de la norma que prohíbe la entrada de vehículos en el parque.⁴⁵ El propósito de esta norma es proteger la tranquilidad y evitar la contaminación del parque, por lo que la entrada de una bicicleta o un triciclo derrota la interpretación original de la fuente, pero alcanza el mismo propósito. No obstante, este propósito puede ser derrotado transitoriamente para permitir un desfile de automóviles que atraviese el parque en honor a un atleta olímpico que ha regresado a su pueblo natal.⁴⁶ En esta

⁴⁴ SCHAUER, F., "Playing by the Rules...", *op. cit.*, p. 32.

⁴⁵ El ejemplo es de Hart. *Cfr.* H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593, esp. p. 607.

⁴⁶ SCHAUER, F., "Playing by the Rules", *op. cit.*, pp. 75-7. Schauer admite que los precedentes judiciales son mas derrotables que las disposiciones legislativas ya que los Jueces pueden cambiar el derecho al mismo tiempo que lo aplican. Véase SCHAUER, Frederick, "Is the Common Law Law?", *California Law Review*, vol. 77, 1989, pp. 455, esp. pp. 464-70; SCHAUER, Frederick, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press, Chicago, 2009, pp. 104-18.

ocasión, la nueva norma no sólo derrota la fuente anterior, sino que derrota el propósito también, pues colisiona con el propósito de honrar a un habitante distinguido y unir a la comunidad. De esta manera, Schauer muestra con la interpretación teleológica cómo el propósito original es derrotado y surge una nueva norma que toma en cuenta otro propósito. Para que la interpretación teleológica tenga éxito en un litigio es necesario que el intérprete demuestre la existencia de hechos relevantes distintos entre los anticipados por la norma original y los hechos del caso por resolver, de manera que esta diferencia justifique un trato diferenciado y la formulación de una nueva norma.

Otro ejemplo de derecho constitucional puede ilustrar cómo se derrota un propósito por otro superior. En un precedente la Primera Sala resolvió que el hecho de que una revista acuse a otra de ser cómplice de terroristas no puede dar lugar a una condena por daños morales, ya que fue un ejercicio adecuado de la libertad de expresión, en tanto que los periódicos se encuentran en una situación de simetría y cualquier acusación se puede responder por otras notas.⁴⁷ En esta ocasión, el prestigio de una revista cedió ante el propósito de la libre difusión de las ideas. En un juicio posterior, la Primera Sala resolvió que la acusación de un periodista a otros periodistas de ser "maricones" y "puñales" no era un ejercicio válido de la libertad de expresión pues vulneraba la dignidad de las minorías sexuales.⁴⁸ En esta ocasión el propósito de la libertad de expresión cedió ante el propósito superior de erradicar la discriminación en contra de las minorías.

b. Los tres elementos de las normas adscritas

El uso del argumento teleológico para derrotar normas se vuelve más claro una vez que se toman en cuenta los *tres* elementos que forman una norma adscrita. Estos son: a) un antecedente que consiste en un conjunto de hechos relevantes;

⁴⁷ A.D. 28/2010, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 23 noviembre 2011.

⁴⁸ A.D.R. 2806/2012, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 6 marzo 2013.

b) un consecuente que sugiere que a dichos hechos corresponde o una prohibición, permisión, obligación o una norma de competencia; y c) el propósito que persigue la regla, el cual suele tener la estructura de un principio jurídico que vincula el antecedente con el consecuente.⁴⁹ A su vez, estos propósitos pueden ser c¹) las razones explícitas que el tribunal ofreció para justificar su fallo, o bien, c²) el principio constitucional que prevaleció en el caso concreto. Estos tres elementos son paralelos a la estructura tradicional de las sentencias: i) los hechos del caso; ii) la proposición y iii) los considerandos. Así, los hechos de un caso, después son los hechos que forman el antecedente de una norma adscrita, la proposición se convierte en el consecuente, y los considerandos se convierten en el propósito de la norma.

Aunque Schauer defiende la postura tradicional de que el antecedente y el consecuente son los únicos dos elementos de una norma,⁵⁰ hay razones para defender el propósito como un tercer elemento. Tratándose de normas adscritas en materia constitucional, el tercer elemento es necesario al menos por tres razones. Primero, los Jueces en la tradición romano-germánica tienen la obligación formal de motivar cada una de sus decisiones.⁵¹ En el contexto de la interpretación constitucional, esta obligación consiste en seleccionar la norma conforme a la Constitución cuando una disposición jurídica pueda tener varias interpretaciones.⁵² Además, las sentencias constitucionales suelen emplear el método de ponderación para resolver colisiones entre principios jurídicos, en las que se concluye que en ciertas condiciones un propósito debe prevalecer

⁴⁹ Sobre las razones que justifican una regla que suelen tener la estructura de principios jurídicos, véase, ALEXY, Robert, "Two or Three?", en BOROWSKI, Martin, *On the Nature of Legal Principles* (ed.), Franz Steiner Verlag, Berlín, 2010, p. 14. Sobre la idea de que los hechos solo tienen relevancia en el discurso jurídico como elementos del antecedente de una regla, véase WRÓBLEWSKY, Jerzy, "Il precedente nei sistemi di 'civil law'", en VISINTINI, Giovanna (ed.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente: con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Padova, CEDAM, Italia, 1988, pp. 26, 29-30.

⁵⁰ SCHAUER, F., "Playing by the Rules...": *op. cit.*, p. 23.

⁵¹ Artículo 16, primer párrafo de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵² La inaplicación de una disposición solo procede cuando no se puede inferir una norma constitucional del texto. Véase Varios 912-2010, José Ramón Cossío Díaz, 14 Julio 2011, párrafo 33.

sobre otro.⁵³ Finalmente, la idea de que las normas deben tener un propósito válido hace suya la práctica existente de la interpretación de leyes que las reglas tienen una *ratio legis*. La *ratio legis* es la justificación subyacente de una regla, o sea, el principio que la justifica.⁵⁴ Aquí se toma la idea de la *ratio legis* y se aplica para interpretar los precedentes.

Una razón adicional para defender el propósito como un tercer elemento de las normas adscritas es que éste es útil para identificar cuáles son los hechos y razones *relevantes* para derrotar normas. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin distinguen entre la tesis y la hipótesis de relevancia.⁵⁵ La tesis de relevancia es el conjunto de propiedades de los hechos jurídicos que son jurídicamente relevantes según la autoridad que emitió la fuente, mientras que la hipótesis de relevancia es el conjunto de propiedades relevantes identificadas por el intérprete para alcanzar un propósito.⁵⁶ Lo interesante es que un intérprete puede acudir a la Constitución para utilizarla como tesis de relevancia. Así, los intérpretes pueden identificar circunstancias o fuentes que fueron ignoradas en un precedente por el tribunal anterior pero que los redactores de la Constitución consideraron relevantes. La Constitución funciona como tesis de relevancia para identificar las circunstancias que ameritan ser reguladas pues alcanzan un propósito constitucionalmente valioso o fuentes relevantes para resolver un juicio constitucional.

Los tres elementos de las normas adscritas pueden ser utilizados para derrotar normas anteriores. La comparación entre el antecedente, el consecuente y el propósito de una norma adscrita con los hechos, la posible solución y la moti-

⁵³ Véase ALEXI, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 388-425.

⁵⁴ Véase BOBBIO, Norberto, *L'analogia nella logica del diritto*, Giuffrè Editore, Milán, 2006, pp. 133-7.

⁵⁵ ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, cap. 6, sec. 4.

⁵⁶ *Idem*, p. 154.

vación permite identificar diferencias entre ambos casos y justificar un trato diferenciado pero razonable.

c. La derrotabilidad como propiedad objetiva de las normas

Los tres elementos de las normas adscritas son herramientas útiles para disminuir la *subjetividad* al momento de derrotar normas. Sólo cuando se omitieron circunstancias o fuentes constitucionalmente relevantes se debe derrotar una norma. Riccardo Guastini considera que la derrotabilidad no es una propiedad objetiva de las fuentes sino una actitud subjetiva del intérprete.⁵⁷ Según Guastini, cuando un intérprete está en desacuerdo con las consecuencias que provocan aplicar una fuente, el intérprete buscará derrotar la fuente de acuerdo a sus preferencias ideológicas. Sin embargo, en el contexto de la argumentación judicial, la derrotabilidad debe estar presente como una *propiedad* objetiva o al menos intersubjetiva. Esta propiedad justifica derrotar una norma pues su aplicación generaría un resultado injusto o absurdo. Los intérpretes no analizan la derrotabilidad en un monólogo sino que lo hacen como parte de un diálogo racional con otros individuos. Los abogados buscan persuadir al Juez para ganar un juicio y los Jueces buscan justificar su decisión de manera imparcial. Por lo tanto, en la argumentación judicial es necesario que el intérprete demuestre que existe un hecho (H³) presente en el caso por decidir pero ausente en los hechos del antecedente de la norma adscrita (H¹, H²). Con esta distinción el intérprete busca demostrar que la norma en realidad regula otro escenario fáctico y que aplicarla al caso por resolver genera resultados absurdos o injustos. Ciertamente, lo "absurdo" o "injusto" de las consecuencias es algo que en sí mismo debe justificarse racionalmente,⁵⁸ pero no es algo esencialmente subjetivo.

⁵⁷ GUASTINI, R., "Defeasibility, Axiological Gaps..." *op. cit.*, p.190.

⁵⁸ Véase MACCORMICK, Neil, "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Juris*, vol. 6, 1993, p. 27.

Los intérpretes llevan la carga de argumentación de identificar las propiedades que justifican este trato diferenciado. La diferencia puede estar implícita en el caso, pero los intérpretes deben hacer explícita esta diferencia para justificar el trato diferenciado y la formulación de una nueva norma. Luego, seguir una norma adscrita genera resultados absurdos si y solo si existen principios constitucionales *sustantivos* que prevalecen sobre el principio *formal* de seguridad jurídica. Es decir, derrotar una norma adscrita quiere decir que en una colisión entre principios sustantivos y formales, los primeros prevalecieron sobre los segundos.⁵⁹

Retomando la discusión de la C.T.299/2013, se insiste en que sí existe una obligación de seguir el precedente, pero esta obligación no es absoluta ya que las normas adscritas pueden ser derrotables. No existe una prevalencia absoluta de la seguridad jurídica sobre los principios sustantivos pues la presunción de seguir las normas adscritas admite argumentos en contrario. Entonces, al menos en algunos escenarios, los principios sustantivos prevalecen sobre la obligación de seguir el precedente vertical. Teniendo en mente la estructura de las normas adscritas y a la luz del contexto argumentativo en el que se discute la derrotabilidad, la siguiente sección propone el uso de cuatro técnicas para derrotar el precedente de manera razonable.

3. Cuatro técnicas argumentativas para derrotar las normas adscritas

Esta sección propone cuatro técnicas argumentativas que hacen manifiesta la derrotabilidad de las normas adscritas. Se vinculan estas cuatro técnicas con la discusión de la C.T. 299/2013 sobre la diferencia entre considerar un precedente no aplicable, revocarlo anticipadamente e inaplicarlo. Sin embargo, la manera

⁵⁹ Sobre la colisión entre principios formales y sustantivos, véase ALEXI, R., "A Theory of Constitutional...", *op. cit.*, pp. 58, 82, 414.

en que se presenta puede o no coincidir con lo que la mayoría de Ministros tenían en mente al utilizar estos términos.

a. Una norma adscrita no es aplicable: la distinción de los precedentes de control constitucional concreto

Cuando los Ministros concurrentes en la C.T. 299/2013 argumentaron que los Jueces inferiores podían considerar que un precedente no era aplicable, parecía que estaban invocando la posibilidad de *distinguir* precedentes tal y como lo hacen los Jueces en el *common law*. La técnica de la distinción de precedentes consiste en identificar diferencias entre los hechos relevantes del precedente y los del caso por resolver, de manera que sea razonable resolver ambos juicios de manera distinta.⁶⁰ Por medio de la distinción, un precedente *prima facie* aplicable al caso posterior es derrotado una vez que se realiza el esfuerzo argumentativo de identificar diferencias entre los hechos del antecedente de la norma y los hechos del caso por resolver.

De hecho, Guastini considera que la derrotabilidad solo es un nuevo término para referirse a las viejas técnicas de la distinción de casos en el *common law*, y de la interpretación restrictiva de leyes en la tradición romano-germánica.⁶¹ Ambas técnicas interpretativas introducen excepciones a la norma original cuando ésta no anticipó circunstancias relevantes. Una vez que se identifican las diferencias, el Juez emite una nueva norma que funciona como excepción y reduce el ámbito de aplicación de la norma original.⁶²

⁶⁰ STARKE, J. G., "Techniques in the Distinguishing of Precedents", *Australian Law Journal*, vol. 62, 1988, p.191 y ss..

⁶¹ GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 188.

⁶² Sobre la interpretación restrictiva véase GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, IJ-UNAM, México, 1981, p.72.

En contra de Guastini, se puede sostener que la derrotabilidad es una propiedad de las normas, y la distinción de casos y la interpretación restrictiva de leyes, entre otras, son *técnicas* argumentativas que manifiestan dicha propiedad. La propiedad puede estar presente en una norma pero puede pasar inadvertida por el intérprete. Las técnicas consisten en pasos argumentativos que un intérprete puede seguir para demostrar ante otros intérpretes que una norma debe ser derrotada.

De hecho, el análisis de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca de la técnica de la interpretación restrictiva (también conocida como el argumento de la disociación) puede servir para aclarar el proceso y función de la distinción de casos. Esta técnica consiste en *dísociar* un presunto vínculo entre un objeto o hechos y una categoría.⁶³ El intérprete busca demostrar que, si bien, un objeto o hecho parece entrar en cierta categoría porque cuenta con ciertas características, en realidad otras características son más relevantes y justifican subsumirlo dentro de otra categoría. Si el argumento convence a otros intérpretes, entonces se identifica otra categoría autónoma o se crea una nueva categoría y se subsume el objeto o hechos dentro de ésta.

El ejemplo antes mencionado ilustra cómo puede funcionar el argumento de la disociación en el derecho constitucional. La manifestación de ideas controversiales de un periodista puede ser subsumida dentro de varias categorías. Bien puede ser a) un acto protegido por el derecho de la libertad de expresión, b) un acto no protegido por la libertad de expresión por ser una declaración evidentemente falsa o, c) un acto no protegido por la libertad de expresión por reproducir estereotipos en contra de minorías que perpetúan su discriminación. Las diferencias que justifican un trato diferenciado pueden estar presentes pero pasar

⁶³ PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación*, traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, Madrid, 1989, pp. 627-29, 632-34, 647-49, 673-4, 683.

inadvertidas. Los intérpretes deben realizar un esfuerzo argumentativo para demostrar que los hechos son subsumibles en una categoría y no la otra.

Más recientemente, Joseph Raz ha analizado la función de la distinción de casos. Raz considera que solo las cortes supremas están facultadas para revocar el precedente, pero son los Jueces inferiores quienes están facultados para distinguirlos.⁶⁴ Según Raz, los Jueces pueden identificar diferencias relevantes entre el precedente y el caso por resolver, por lo que el Juez posterior emite una nueva regla que funciona como excepción, pero que se justifica con la motivación de la regla original.

Una vez que se tiene en mente la técnica de la distinción de precedentes, es claro que existen al menos dos pasos para aplicar una norma adscrita. Primero, se invoca una norma adscrita ya que su antecedente aparentemente contempla los hechos del caso por resolver. Después, si la contraparte busca desafiar la aplicación de dicha norma debe identificar hechos distintos entre el antecedente y el caso posterior de manera que justifique la formulación de una nueva norma adscrita que funciona como excepción.

En el contexto del *common law*, Larry Alexander ha cuestionado la práctica judicial de distinguir casos ya que para él solo un modelo de normas estrictas (no derrotables) puede constreñir a los Jueces.⁶⁵ Alexander considera que la técnica de distinción de precedentes es un elemento presente en el modelo de resultado del precedente, defendido por autores como Raz. Según Alexander la técnica de la distinción permite que los Jueces derroten los precedentes cada vez que les plazca, ya que siempre es posible encontrar una propiedad distinta en el caso por resolver y evadir la obligación de seguir el precedente. Por ejemplo,

⁶⁴ RAZ, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 185-9.

⁶⁵ ALEXANDER, Larry, "Constrained by Precedent", *Southern California Law Review*, vol. 63, 1989, pp. 1-69.

Alexander sugiere que si existe un precedente en el que un tribunal declaró que la posesión de un oso como mascota en una zona residencial es causa de responsabilidad extracontractual, en un caso posterior este precedente puede ser distinguido fácilmente. Después, en un caso en que un residente tiene un cocodrilo en su casa, un Juez puede evadir el precedente, si reformula la regla del precedente de manera que la norma nueva regla es: "la posesión de animales peludos y salvajes en zona residenciales es constitutivo de responsabilidad extracontractual."⁶⁶ Entonces, según Alexander, un modelo que permite distinguir precedentes hace que todas las reglas sean derrotables. Para Alexander sólo se pueden hacer dos cosas con los precedentes: o se aplican o se revocan. Por lo tanto, según Alexander, sólo un modelo de reglas estrictas puede constreñir a los Jueces.

Sin embargo, Alexander ignora el contexto argumentativo en que la distinción de precedentes tiene lugar, y el papel que desempeña el propósito de las normas adscritas para distinguir razonablemente. Los abogados y los Jueces intercambian argumentos relativos a la distinción entre el antecedente de la norma adscrita y su propósito en relación con los hechos del caso por decidir. Sería extraño que una distinción como la que sugiere Alexander fuera formulada por un Juez y confirmada por el tribunal superior. Es cuestionable sostener que la posesión de un cocodrilo no es causa de responsabilidad extracontractual pero tener un oso sí lo es, y que la diferencia radica en la falta de pelaje del cocodrilo. Los intérpretes discuten las diferencias del antecedente a la luz del propósito de la norma original.⁶⁷ La regla original en el ejemplo de Alexander busca al menos

⁶⁶ ALEXANDER, Larry, "Precedential Constraint, Its Scope and Strength: a Brief Survey of the Possibilities and their Merits", en BERNAL PULIDO, Carlos y BUSTAMANTE, Thomas (eds.), *On the Philosophy of Precedent*, Franz Steiner Verlag, Berlín, 2012, pp. 77-9.

⁶⁷ La manera intersubjetiva en que se discute la *ratio decidendi* de un precedente es similar a como se discute la *ratio legis* de una regla legislativa. Para un análisis de como la *ratio legis* se infiere inter-subjetivamente en el contexto del litigio, véase CANALE, Damiano y TUZET, Giovanni, "What is the Reason for this Rule? An Inferential Account of the Ratio Legis", *Argumentation*, vol. 24, 2010, p. 200.

un propósito: la protección de zonas residenciales de animales salvajes. Luego, si tener un oso es constitutivo de responsabilidad extracontractual, por la misma razón un cocodrilo debe serlo. En cambio, una distinción razonable sería sostener que la posesión de un perro no es causa de responsabilidad extracontractual, pues no es un animal salvaje que ponga en peligro la vida de los residentes. Es en este contexto intersubjetivo y a la luz de los propósitos de las normas adscritas en el que los intérpretes distinguen precedentes.

De hecho, Raz parece sugerir la relevancia del propósito de las normas judiciales, similar a la *ratio legis* de las disposiciones legislativas. Raz sostiene que la regla modificada usualmente se justifica con una motivación similar a la regla original.⁶⁸ Raz también afirma que los tribunales pueden modificar las reglas judiciales "siempre y cuando se conserve la razón fundamental que justificó la regla original".⁶⁹ Así, Raz identifica implícitamente lo que realmente constriñe a los Jueces al momento de distinguir: los hechos y el propósito de la norma.

En consecuencia, en contra de Alexander, se afirma que un modelo de normas adscritas que permite la distinción de precedentes *sí constriñe* a los Jueces. Sin embargo, lo que constriñe a los intérpretes no es el texto canónico de una norma adscrita, más bien son los hechos del antecedente a la luz del propósito de la norma que la justificó.

Un ejemplo real ilustra cómo la técnica de la distinción puede ser utilizada racionalmente en la práctica judicial. Como se mencionó en la introducción, la C.T.299/2013 fue ocasionada por una resolución de un tribunal colegiado que inaplicó una jurisprudencia de la Primera Sala. Sin embargo, era posible que el colegiado distinguiera el precedente en vez de inaplicarlo, pues ambos juicios trataron sobre cuestiones jurídicas diversas. En el precedente, la Sala analizó

⁶⁸ RAZ, J., *op. cit.*, p. 187.

⁶⁹ *Ibid.* Del original: "so long as they preserve its fundamental rationale", p. 188.

un conflicto sobre interpretaciones *legislativas* acerca de los hechos necesarios para probar el delito de contrabando presunto de vehículos extranjeros. La Sala determinó que la posesión de un vehículo extranjero en territorio nacional sin la documentación que acredite su legítima introducción a México son hechos suficientes para probar el delito y la carga de la prueba recae en el acusado para refutar esta presunción.⁷⁰ En cambio, el tribunal colegiado resolvió una controversia *constitucional* en la que el tema central era si el delito de contrabando violaba o no el derecho del acusado a la presunción de inocencia. En el caso del colegiado, las declaraciones de los policías y demás autoridades fueron negadas por el acusado y algunos de los testigos.⁷¹

La distinción entre el precedente y el caso ilustra cómo, en realidad, la cuestión jurídica era diferente. En la norma adscrita los elementos eran a) el antecedente: H¹ la posesión de un vehículo extranjero, H² en territorio mexicano y H³ sin la documentación que justifique su introducción a México; b) la consecuencia: las autoridades están jurídicamente obligadas a condenar al acusado; y c) el propósito: interés social y público en castigar el contrabando. En cambio, en el caso del tribunal colegiado los elementos eran a) H¹, H², H³ + H⁴, la acción procesal se basa en declaraciones de policías que entran en tensión con las manifestaciones del acusado y testigos; b) las autoridades se encuentran constitucionalmente impedidas de condenar al acusado; c) un propósito: el derecho constitucional a la presunción de inocencia. En el último caso, existe un hecho que en realidad no fue discutido profundamente en el precedente de la Sala. El precedente y el caso por decidir trataron diversas cuestiones jurídicas: el primero trató acerca de los hechos necesarios para comprobar un delito desde la perspectiva legislativa, y el otro acerca de la constitucionalidad en si misma

⁷⁰ C.T.158/2004, (n 1), pp. 31 y 42.

⁷¹ A.D.122/2013, (n 3), pp. 16-26. El acusado afirmó que había comprado el vehículo en México y que nunca había estado en Estados Unidos. Los testigos afirmaron que la compra había ocurrido en territorio mexicano, pero mencionaron que el acusado sí había estado en Estados Unidos. El ministerio público fundó su acción en las declaraciones de los policías y los dictámenes sobre la procedencia del vehículo.

del delito a la luz del derecho a la presunción de inocencia. Por lo tanto, era al menos plausible sostener un trato diferenciado que justificase no condenar al acusado debido a los hechos diferentes y el propósito de no castigar inocentes prevalecería sobre el intereses de castigar el contrabando.

El ejemplo también ilustra que puede haber dos tipos de distinciones. La primera, lo que puede llamarse una *distinción positiva* cuando *a)* existen diferentes hechos, y *b)* la nueva norma derrota a la norma anterior pero confirma su propósito original. Este tipo de distinción es el analizado por Raz cuando sostiene que los tribunales pueden distinguir el precedente; siempre y cuando, la norma sea compatible con la motivación original.

El segundo tipo puede llamarse una *distinción negativa*. Una distinción negativa tiene lugar cuando: *a)* existen hechos diferentes; y *b)* un propósito prevalece sobre el propósito original. Este es el ejemplo que ilustra el precedente antes citado de la libertad de expresión mediante expresiones homofóbicas. El propósito de la libertad de expresión cedió ante el de erradicar la discriminación de minorías sexuales.

Para que la distinción negativa sea razonable es necesario demostrar que un propósito es jerárquicamente superior a otro. Esta jerarquía puede basarse en la fuente jurídica o en una escala de principios. En el ejemplo anterior el propósito legislativo de castigar a los criminales cedió ante el propósito constitucional de presunción de inocencia. No obstante, los escenarios más controvertidos se dan cuando los propósitos tienen la misma fuente jurídica, como es el caso de los conflictos constitucionales. Primero, puede existir que una regla constitucional prevalezca sobre un principio constitucional. En los casos en que el conflicto es entre dos principios, la jerarquía es casuística; por medio del método de la ponderación se determina bajo qué condiciones un principio prevalece sobre otro. Sin embargo, también puede existir una escala más general: una línea de precedentes que demuestra que en ciertas condiciones un

determinado principio prevalece sobre otro.⁷² Para resumir, la jerarquía de los propósitos se puede demostrar cuando se identifica: a) un propósito constitucional prevalece sobre uno legislativo; b) una regla constitucional prevalece sobre un principio constitucional; c) un principio constitucional prevalece sobre otro principio mediante la ponderación o d) un principio constitucional, sobre otro con base en una línea de precedentes.

Es necesario subrayar que en la mayoría de casos esta jerarquía no estará pre-determinada, sino que requiere de un proceso de argumentación y reconstrucción de las fuentes. De la misma manera que no existe una lista exhaustiva de fuente legislativa o judicial que prevea todas las excepciones, no existe una jerarquía de propósitos que determine *a priori* cada una de las relaciones de precedencia. Los intérpretes deben cumplir con la carga de la argumentación para demostrar que un propósito prevalece sobre otro.

La técnica de la distinción puede ser utilizada para derrotar razonablemente normas adscritas o propósitos de estas normas. Para distinguir un precedente no basta con analizar los hechos del antecedente de la norma sino también su propósito, de manera que la distinción justifica una conclusión diversa a la del precedente.

b. Una norma adscrita no es aplicable: la circunscripción de precedentes de control constitucional abstracto

La técnica de la distinción de precedentes es útil para contrastar controversias de control concreto como el Amparo, pero es problemática cuando se interpretan precedentes de control constitucional abstracto. En demandas de control abstracto como las Acciones de Inconstitucionalidad no existen circunstancias

⁷² Sobre las redes de precedentes como escalas *prima facie* de principios, véase ALEXY, R., *op. cit.*, p. 99; BERNAL PULIDO, C., "Precedents and Balancing", *op. cit.*, p. 58.

concretas suficientes para formar el antecedente de una norma adscrita. En estas demandas la Corte se limita a contrastar una disposición constitucional con otras fuentes infraconstitucionales, y cuando éstas contradicen la primera, se declaran inconstitucionales.

Un ejemplo ilustra lo inconveniente que es la distinción para derrotar precedentes de control abstracto. En una acción de inconstitucionalidad, el Pleno declaró la validez de una ley estatal que *permitía* al Congreso revocar el mandato de miembros de los ayuntamientos por tener una incapacidad física o mental permanente. La mayoría aclaró que las "discapacidades" físicas son menoscabos relativos que merman las funciones laborales y pueden ser compatibles con la función pública, mientras que las "incapacidades" son imposibilidades absolutas para desempeñar una función y pueden justificar la remoción de un funcionario.⁷³ Esta sentencia se convirtió en un precedente vinculante pero fue después distinguido por la Primera Sala en un amparo. En esta ocasión, la Sala resolvió en contra de una empresa de seguros que había reclamado la inconstitucionalidad de una ley que prohibía discriminar a individuos con base a sus discapacidades físicas. La Sala distinguió el precedente de control abstracto y lo consideró insuficiente para resolver el juicio. A decir de la Sala, el Pleno solo había discutido las diferencias conceptuales entre "incapacidad" y "discapacidad".⁷⁴ Contrario a lo establecido en el precedente, la Sala sostuvo que la discriminación con base en discapacidades físicas estaba constitucional y convencionalmente *prohibida*. Según la Sala, las autoridades y los particulares deben modificar sus instalaciones y prácticas para promover medidas universales que integren a las personas con discapacidades.

Lo resuelto por Sala es preferible en términos éticos, pero el uso de la distinción de casos es cuestionable como técnica argumentativa. En el precedente del

⁷³ A.I. 3/2010, José Fernando Franco González Salas, 19 enero 2012, pp. 48-9.

⁷⁴ A.I.R. 410/2012, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 21 noviembre 2012, pp. 20-1.

Pleno existían pocos hechos: H¹, la existencia de una ley que permite distinguir con base en sus incapacidades físicas y H², la posibilidad de distinguir entre incapacidad y discapacidad. De ahí, se concluyó que era constitucionalmente *permitido* remover funcionarios por sus incapacidades físicas una vez seguido el proceso correspondiente. El problema fundamental es que los hechos son insuficientes para formar el antecedente de una norma adscrita y para distinguir el precedente del caso por resolver. Entonces, la vaguedad del antecedente da lugar a muchas incógnitas: ¿la diferencia entre una incapacidad y una discapacidad es categórica o gradual? ¿Una persona con esclerosis lateral amiotrófica (la enfermedad que padece Stephen Hawking) es capaz de cumplir sus funciones como servidor público? ¿Es constitucionalmente válido distinguir a personas por sus problemas de vista?

El uso de la distinción es inapropiado ya que los hechos del precedente son insuficientes para contrastar el precedente y el caso por resolver. Más aún, ambos criterios están en tensión. Según el Pleno, está constitucionalmente *permitido* remover a funcionarios públicos debido a sus incapacidades físicas. Pero para la Sala, la distinción con base en discapacidades físicas no sólo está constitucionalmente *prohibida*, sino que se *deben* tomar medidas positivas para integrar a las personas con discapacidades físicas.

El ejemplo demuestra que en el control constitucional abstracto los hechos pueden ser demasiado vagos como para formar el antecedente de una clara norma adscrita. Así, se vuelve claro que la Sala derrotó el precedente del Pleno, pero parece que no lo hizo mediante una distinción entre los hechos. En estos escenarios, surge la duda: ¿se puede derrotar racionalmente un precedente a pesar de la falta de hechos que formen el antecedente?

La técnica de la *circunscripción* es útil para reducir el ámbito de aplicación de un precedente cuando hay pocos hechos que formen el antecedente de una

norma adscrita.⁷⁵ Cuando no se puede formar el antecedente de una norma adscrita es necesario identificar otros precedentes relevantes que compensen la falta de información. De esta manera, el precedente original se circunscribe, ya que su ámbito original de aplicación se reduce una vez que es analizado holísticamente a la luz de otros precedentes. Al igual que las disposiciones de un código no se deben interpretar de manera aislada, los precedentes no deben ser interpretados como proposiciones atomizadas, sino como parte de un conjunto coherente de normas. Los Jueces deben esforzarse para que sus precedentes formen un subconjunto de normas que integren un todo tan coherente como sea posible. Así, la circunscripción reduce el ámbito de aplicación de una norma una vez que se ve como parte de un todo.

En vez de la técnica de la distinción, la Sala podría haber circunscrito precedente del Pleno sobre las discapacidades. La Sala podía analizar un conjunto de precedentes sobre el derecho a la no discriminación y los derechos de las personas con discapacidades. Así, de un análisis holístico se encuentra que un precedente del Pleno diferenció entre vulnerabilidad y pobreza, para subrayar que las personas con discapacidad pueden ser vulnerables aun si no se encuentran en situaciones de desigualdad económica.⁷⁶ Otro precedente del Pleno declaró que el retiro por "inutilidad" de miembros de las fuerzas armadas que padecen VIH es inconstitucional. El Pleno declaró la inconstitucionalidad pues se puede contraer dicho virus y ser un miembro útil de las fuerzas armadas. Además, el virus no es contagiable casualmente por lo que no se pone en riesgo la integridad

⁷⁵ Se toma la circunscripción (*confining*) de la obra de Jeffrey Marshall pero se le agrega el elemento coherentista y holístico. Marshall también sugiere el enfoque holístico para interpretar precedentes cuando menciona la técnica del "napping", la cual sugiere ver a los precedentes como naipes en un juego de cartas: no es lo mismo tener un par que una escalera. Véase MARSHALL, Jeffrey, "Trentatre cose che si possono fare con i precedenti: Un dizionario di common law", *Ragion Pratica*, vol. 6 1996, pp. 30, 32. Véase también, CHIASSONI, Pierluigi, "The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction", en BUSTAMANTE, T. y BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, p. 24.

⁷⁶ C.C.41/2006., José Ramón Cossío Díaz, 3 marzo 2008, p. 176.

de otros trabajadores.⁷⁷ Sin embargo, poco después la Segunda Sala distinguió el precedente. La Sala consideró que el retiro por inutilidad es constitucional cuando se trata de una disminución de agudeza visual (queratocono bilateral), aunque la autoridad-patrón debe demostrar que el trabajador no puede desempeñar la función.⁷⁸ Otro precedente de la misma Sala declaró la validez del régimen de seguridad social que trata distinto a los asegurados según el grado de merma de la función: a mayor la incapacidad, menor es la posibilidad de seguir en la ocupación laboral.⁷⁹

Por lo tanto, una vez que los precedentes se interpretaban como un conjunto de normas, era posible circunscribir el ámbito de aplicación del precedente. Parece que los precedentes prohíben toda discriminación por motivos de VIH, pero permiten distinguir las discapacidades gradualmente hasta que una merma llega a ser absoluta y puede ser clasificada como incapacidad. Aun así, es discutible que se afirme que una discapacidad física puede ser un obstáculo para cumplir la función pública. Además, sigue existiendo una tensión entre los precedentes. Según el Pleno, en algunos casos el propósito de tener un ayuntamiento eficiente prevalece sobre el interés de un funcionario con discapacidades físicas ya que no se pueden superar estos obstáculos. En cambio, según la Primera Sala la obligación es precisamente eliminar esos obstáculos. La tensión se podría haber resuelto identificado los hechos relevantes pero la sentencia de la Primera Sala es muy breve en este tema.

En realidad, más que distinguir o circunscribir un precedente, parece que lo que la Primera Sala hizo fue *inaplicar* el precedente del Pleno. Es decir, sometió la norma adscrita a un control de convencionalidad y la inaplicó por contradecir una norma superior. En efecto, en la resolución de la Primera Sala el modelo

⁷⁷ A.I.R. 2146/2005, Margarita Beatriz Luna Ramos, 27 febrero 2007.

⁷⁸ 2a. Sala A.I.R. 495/2009, José Fernando Franco González Salas, 17 junio 2009.

⁷⁹ 2a. Sala A.I. R. 711/2011, Sergio A. Valls Hernández, 9 noviembre 2011, pp. 23-4

social de la discapacidad, previsto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, llevó a concluir que la discriminación de personas con discapacidades está prohibida, y que las autoridades y particulares deben tomar medidas positivas para eliminar barreras físicas y sociales para erradicar esta discriminación por diversidad en las funciones físicas.⁸⁰ En cambio, en el precedente del Pleno, si bien se citó la Convención,⁸¹ el modelo social pasó casi desapercibido y la discusión se centró en la distinción entre incapacidad y discapacidad. Así, ahora parece que no sólo había razones éticas, sino también *jurídicas*, para derrotar el precedente del Pleno, pero esto significaba refutar frontalmente el precedente y subrayar el carácter *prima facie* de la obligación de seguir el precedente.

c. La revocación anticipada del precedente

Antes de discutir la inaplicación de una norma adscrita por ser inconstitucional o inconveniente se analizará lo que los Jueces del *common law* llaman revocación anticipada del precedente (*anticipatory overruling*). Esta técnica consiste en que los tribunales inferiores citan precedentes recientes de un órgano superior que parecen contradecir un precedente anterior del mismo órgano. Se puede decir que la revocación anticipada es una aplicación extensiva del principio hermenéutico que sostiene que la norma posterior deroga la anterior.

En Estados Unidos, al menos hasta 1989, la técnica de la revocación anticipada del precedente permitía a los Jueces inferiores revocar el precedente vertical.⁸²

⁸⁰ A.I.R 410/2012, (n 74), pp. 12-13, 18-9, 24-5, 45-8.

⁸¹ A.I. 3/2010, (n 73), pp. 39, 58-61, 66.

⁸² Véase, KNIFFIN, Margaret N., "Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Action by United States Courts of Appeals", *Fordham Law Review*, vol. 51, 1982, p. 53; BRADFORD, C. Steven, "Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling", *Fordham Law Review*, vol. 59, 1990. Para una crítica de la revocación anticipada del precedente, véase HEYDON, John D., "How Far Can Trial Courts and Intermediate Appellate Courts Develop the Law?", *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 9, 2009. pp. 39-45.

Si bien el principio de seguridad jurídica y de autoridad fundamenta una presunción en contra de la revocación del precedente, esta presunción podía ser refutada cuando precedentes más recientes del Tribunal Supremo contradecían los precedentes antiguos.⁸³ Los Jueces inferiores se "anticipaban" al Tribunal Supremo, y predecían que, con base en sus mismos precedentes, la Corte revocaría su propio precedente, ya que había sido implícitamente superado por precedentes nuevos.

La posibilidad jurídica de revocar el precedente vertical terminó cuando el Tribunal Supremo, sin una profunda discusión, declaró que sólo el mismo Tribunal podía revocar sus propios precedentes.⁸⁴ No obstante, la eventualidad de que los tribunales inferiores revoquen el precedente vertical sigue siendo una posibilidad empírica y una contribución plausible en la construcción colectiva de los precedentes judiciales. Por un lado, es empíricamente imposible que las cortes supremas monitoreen el seguimiento de todos sus precedentes. Por otro lado, es posible y plausible que los Jueces inferiores detecten precedentes que violan derechos constitucionales. Por lo tanto, en circunstancias excepcionales, es apropiado que los tribunales inferiores derroten el precedente vertical por razones sustantivas.

De manera similar al modelo de Estado Unidos, el modelo difuso y semiconcentrado del control de la constitucionalidad mexicano implica la posibilidad de que un Juez de distrito o un tribunal colegiado revoque un precedente vertical. El mecanismo de sustitución de criterios que permite solo a los órganos supremos desaplicar sus propios precedentes prospectivamente no es congruente con el esfuerzo argumentativo que demuestra que un precedente está equivocado.

⁸³ BRADFORD, S., *art. cit.*, pp. 45-51.

⁸⁴ Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc., 490 U.S. 477 (1989).

Para revocar anticipadamente el precedente vertical es necesario que el intérprete demuestre que *a)* ha habido reformas del texto constitucional que afectan el status del precedente *b)* el tribunal superior ha desarrollado una línea jurisprudencial que contradice el precedente original.

d. La inaplicación de una norma adscrita: invalidación de un precedente por ser inconstitucional o inconvenional

A diferencia de las técnicas de la distinción y la circunscripción de precedentes que derrotan parcialmente la norma adscrita, la *inaplicación* del precedente es una confrontación directa del precedente vertical. En este escenario el tribunal intermedio admite que el precedente es exactamente aplicable al caso, pero afirma que el tribunal superior ignoró fuentes jurídicas vinculantes, por lo que el precedente debe inaplicarse. Al inaplicar un precedente el tribunal intermedio derrota la norma adscrita y la correspondiente obligación de seguir el precedente vertical. Esta inaplicación se puede justificar razonablemente si y solo si existen razones jurídicas substantivas que prevalecen sobre el principio formal de seguridad jurídica.

Esta confrontación directa parece haber tenido lugar cuando un tribunal colegiado inaplicó un precedente de la Segunda Sala. El tribunal colegiado inaplicó una norma adscrita de la Segunda Sala que declaró que es constitucionalmente válido el trato diferenciado entre trabajadores privados y trabajadores del sector de seguridad pública para efectos de la indemnización por despido injustificado. Así, un órgano inferior inaplicó el precedente no con base en diferencias fácticas como sucede en la distinción, sino con fundamento en un tratado internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad mexicano.

A pesar de que los órganos inferiores buscaron justificar la inaplicación de un precedente, el Pleno y la Segunda Sala han condenado esta práctica con base en el principio formal de seguridad jurídica. Ambos órganos tienen razón al

sostener que la desaplicación de un precedente vertical está en tensión con el principio de certeza jurídica. Las partes en un juicio tienen la expectativa racional de que sus juicios serán resueltos de acuerdo a como se han resuelto los precedentes. Además, la desaplicación del precedente también está en tensión con el derecho a la igualdad, en el sentido de tratar igual a los miembros de la misma categoría jurídica.⁸⁵ No hay duda de que desaplicar un precedente es una colisión entre principios sustantivos y los principios formales de certeza e igualdad jurídica.

Sin embargo, es necesario considerar dos salvedades con relación a los principios formales. En primer lugar, no existe una prevalencia absoluta de los principios formales sobre los sustantivos. Puede existir una prevalencia *prima facie* de los principios formales sobre los sustantivos. Sin embargo, la obligación general de seguir el precedente vertical puede ser derrotada si el tribunal inferior demuestra que el superior ignoró fuentes que influyeron en la resolución del juicio. En este escenario, la omisión de una fuente vinculante justifica la excepción a la obligación general de seguir el precedente cuando se cumple con la carga de la argumentación apropiada. En segundo lugar, el principio de seguridad jurídica también protege las fuentes que contradicen una norma adscrita. Cuando la fuente que contradice la norma adscrita es de jerarquía superior, el principio de autoridad justifica que la disposición constitucional o tratado internacional prevalezca sobre la interpretación judicial.

De esta manera, los principios formales que apoyan una norma adscrita deben ceder ante los sustantivos cuando el intérprete demuestra que el tribunal superior omitió considerar una fuente superior –también respaldada por los principios formales– que afectó la resolución del fallo. Si a partir de una disposición D^a los intérpretes pueden inferir varias normas ya sea N¹, N² o N³, entonces es obligación

⁸⁵ Sobre el derecho a la igualdad y sus dos facetas, véase BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 257-61.

del tribunal seleccionar la norma que protege en mayor medida los valores y principios constitucionales. Es al menos posible que los tribunales superiores cometan un error en este proceso interpretativo y omitan fuentes que afectaron la resolución del juicio. En otras palabras, las disposiciones son interpretables por el Poder judicial y dan lugar a normas adscritas, pero las normas son interpretables y revisables en sí mismas. De hecho, este fue el argumento en que el Ministro Cossío fundó su voto disidente en la C.T.299/2013.⁸⁶ Es posible que la elección del superior de la norma N¹ no haya sido acorde a la Constitución o a los tratados internacionales, y Jueces inferiores pueden detectar este error interpretativo y subsanarlo mediante la inaplicación del precedente.

En efecto, la posibilidad de que los Jueces inapliquen una norma adscrita por inconstitucional no es algo nuevo en la tradición romano-germánica. En Colombia, la Corte Constitucional ha determinado que, en casos excepcionales, las normas adscritas emitidas por las cortes ordinarias están sujetas al control de la constitucionalidad.⁸⁷ En este escenario, las normas adscritas se someten a análisis constitucional ya que es posible que los Jueces violen derechos constitucionales vía interpretación. De manera similar en Italia, la doctrina del derecho viviente obliga a que la Corte Constitucional tome en cuenta no sólo el texto legislativo, sino también las normas adscritas que han formulado las cortes supremas en materia de legalidad.⁸⁸ En algunas ocasiones existe acuerdo entre la Corte y demás cortes acerca de cuál es la interpretación "correcta", pero en otras ocasiones la Corte Constitucional puede imponer la interpretación constitucional ya que a las otras cortes les competen solo asuntos de legalidad. Ambos ejemplos

⁸⁶ C.T.299/2013, (n 4) (voto disidente del Ministro Cossío), párr. 23.

⁸⁷ Véase, p. ej. C-1436-2000, Alfredo Beltrán Sierra, 25 septiembre 2000; C-426-2002, Rodrigo Escobar Gil, 29 mayo 2002; C-207-2003, Rodrigo Escobar Gil, 11 marzo 2003; C-1093-03, Alfredo Beltrán Sierra, 20 noviembre 2003; C-1199/08, Nilson Pinilla Pinilla, 4 diciembre 2008.

⁸⁸ Sobre la doctrina del derecho viviente en Italia, véase, ZAGREBELSKY, Gustavo, "Realismo y Concreción del Control de Constitucionalidad de las Leyes en Italia", *Estudios Constitucionales*, año. 6, núm. 1, 2008, pp. 325-335.

ilustran que es posible que un Juez, sea de rango inferior o superior, elija una norma que contradice la Constitución y por lo tanto, sería posible desaplicar dicha norma.

De hecho, este esfuerzo por demostrar la inconstitucionalidad de una norma adscrita ya se ha tratado de realizar en la práctica judicial mexicana. Uno de los tribunales colegiados que consideró que la obligación de seguir el precedente es general, pero no absoluta realizó este esfuerzo. El tribunal buscó derrotar una norma adscrita de la Segunda Sala por considerarla discriminatoria en perjuicio de los trabajadores de seguridad pública.⁸⁹ El colegiado citó un precedente reciente la Segunda Sala que determinó que si bien el interés público justifica diferenciar a los trabajadores de seguridad pública de los privados, esta prevalencia no puede ser utilizada para violar derechos laborales.⁹⁰ También invocó un precedente de la misma Sala que sostuvo que el interés público no puede justificar que la indemnización por despido injustificado se calcule con base en el tiempo trabajado, sino que se debe calcular a partir de que el trabajador fue indebidamente despedido.⁹¹ No obstante, las normas adscritas de la Sala determinaron que la Ley Federal del Trabajo no era supletoria para casos de trabajadores de seguridad pública, por lo que se debía aplicar la Constitución directamente, no la ley del trabajo aún si esta última es más protectora que la Constitución.⁹² Así, en vista de que la ley brindaba una mayor protección, el colegiado invocó el Convenio número 111 Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, que prohíbe la discriminación laboral, para culminar su carga de la argumentación.⁹³

⁸⁹ A.D.76-2012, (n 19), pp. 102, 111-2.

⁹⁰ 2a. Sala A.D.R. 489/2011, Sergio A. Valls Hernández, 25 mayo 2011, p. 38.

⁹¹ 2a. Sala, C.T.489/2011, Sergio A. Valls Hernández, 1 febrero 2012, p. 31.

⁹² La ley establece una indemnización adicional de 20 días por cada año laborado algo que la Constitución no establece para el caso de trabajadores de seguridad pública.

⁹³ Convenio número 11 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958. Ratificado 11 noviembre 1961. *D.O.F.* 11 agosto 1962.

De esta manera, el colegiado identificó fuentes constitucionalmente relevantes para derrotar el precedente de la Sala y así extender la protección laboral para incluir a los trabajadores de seguridad pública. Aun si la Sala ya había discutido la cuestión jurídica, se podría sostener que no se analizaron a profundidad las implicaciones de la Convención. El colegiado intentó cumplir su carga de la argumentación al citar: *a)* al conjunto de precedentes que parecían justificar la expansión de la protección laboral, para incluir a los trabajadores de seguridad pública en la misma categoría que los privados, y *b)* una convención internacional cuyo contenido podría influir en la resolución del fallo.

El ejemplo ilustra que los Jueces inferiores pueden inaplicar el precedente sólo una vez que se ha cumplido con una exigente carga de la argumentación. Los Jueces de distrito y los tribunales colegiados pueden contribuir al desarrollo de precedentes que protejan los valores constitucionales. Cuando esta inaplicación sea injustificada el órgano superior está facultado para confirmar sus precedentes y revocar la decisión del inferior, pero esta decisión debe ser motivada. La inaplicación del precedente permite la posibilidad de que un Juez inferior convenza a un órgano superior acerca de la inconstitucionalidad o inconveniencia de una norma adscrita.

4. Conclusión: la obligación *prima facie* de seguir el precedente

Este artículo ha sostenido que las normas adscritas formuladas por los tribunales superiores pueden ser derrotadas razonablemente. La razonabilidad depende de que el tribunal anterior no haya considerado circunstancias o fuentes constitucionalmente relevantes que autorizan una conclusión distinta al de la norma adscrita.

De esta manera, tal y como se discutió en el apartado 2, la idea de que la derrotabilidad es una propiedad contingente de las normas adscritas debe interpre-

tarse en el contexto competitivo del litigio. La derrotabilidad es una colisión entre principios formales de igualdad y seguridad jurídica que sostienen que una determinada norma adscrita debe ser seguida y principios sustantivos que sostienen que una nueva norma debe ser emitida. Pero estos principios sustantivos también están respaldados por los principios formales. Las disposiciones constitucionales o convencionales más favorables también están respaldadas por los principios de seguridad e igualdad jurídica. Por lo tanto, la derrotabilidad de una norma depende, primero, de que existan circunstancias o fuentes constitucionalmente relevantes omitidas, y segundo, de que el intérprete invoque estas razones de manera que el principio sustantivo prevalece sobre los formales. Es posible que el tribunal superior no haya anticipado una circunstancia o haya omitido una fuente al emitir una norma adscrita. En estos escenarios es posible que los tribunales inferiores detecten esta omisión y emitan una nueva norma adscrita.

Los tribunales inferiores pueden derrotar una norma adscrita por un tribunal superior mediante el uso de las cuatro técnicas mencionadas en el tercer apartado. La primera técnica es la distinción de casos. Por medio de la distinción de casos se identifican circunstancias presentes en el caso por resolver que ameritan un trato diferenciado con relación al precedente. Así, se identifica o crea una categoría autónoma para subsumir el caso contrario al sugerido por el precedente. La segunda técnica es la circunscripción. Por medio de la circunscripción, el ámbito de aplicación de un precedente se reduce una vez que se analiza a la luz de un conjunto de precedentes que resolvieron cuestiones jurídicas similares. La tercera técnica es la revocación anticipada del precedente. Esta técnica consiste que los tribunales inferiores citan precedente posteriores emitidos por el superior que parecen contradecir el original. De esta manera, el tribunal inferior se anticipa a lo que el superior resolverá, de acuerdo con una interpretación extensiva del principio de que la norma posterior deroga a la anterior. Finalmente, la técnica que desafía más contundentemente la obligación de seguir el precedente vertical es la inaplicación del precedente. Esta técnica consiste en

identificar una fuente constitucional o convencional omitida por el tribunal superior y que afectó el resultado del fallo. Si bien los principios de seguridad e igualdad jurídica sugieren aplicar una norma adscrita preexistente, estos principios, además del principio de jerarquía de fuentes, también respaldan el derrotar la norma y emitir una nueva a luz de fuentes constitucionales o convencionales.

El uso razonable de estas cuatro técnicas produce a medio plazo un conjunto de precedentes con mayor precisión que de hecho protegen los principios formales. Por medio de la distinción o la circunscripción, los Jueces inferiores formulan normas adscritas más concretas que protegen el derecho a la igualdad en sus dos facetas: se trata igual a los miembros de la misma categoría y diferente a los miembros de otra, pero siempre se deben proporcionar razones para justificar este trato diferenciado. De manera similar, la revocación anticipada del precedente simplemente extiende el ámbito de aplicación de una fuente reciente y derrota una norma adscrita anterior. La inaplicación del precedente puede encontrar un equilibrio entre la seguridad jurídica y los principios sustantivos cuando el superior omitió analizar una fuente de rango constitucional ya que ésta también está respaldada por los principios de seguridad jurídica y goza de mayor jerarquía que una interpretación judicial.

En resumidas cuentas, las técnicas para derrotar el precedente son útiles para aproximarse al ideal de la coherencia en el derecho constitucional. Tanto los Jueces inferiores como los superiores pueden construir colectivamente un sistema de normas adscritas racionales en las que las distinciones no son *ad hoc*, sino justificadas en diferencias relevantes o en propósitos superiores. El uso de las técnicas confirma la presunción de que el precedente debe seguirse generalmente, pero esta obligación es *prima facie*, pues admite excepciones.