

LA JURISPRUDENCIA POR PRECEDENTE OBLIGATORIO (SENTENCIA), EL DESAFÍO DE LA SCJN: ACCIONAR LAS «RAZONES CONSCIENTES» DEL ADR 8287/2018 PARA ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, DESDE EL CENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO

JURISPRUDENCE BY MANDATORY PRECEDENT, THE CHALLENGE OF THE SCJN: DETONATE THE «CONSCIOUS REASONS» OF THE ADR 8287/2018 TO ERADICATE VIOLENCE AGAINST WOMEN, FROM THE CENTER OF THE LEGAL SYSTEM

Noemí Campos Becerra*

RESUMEN: La naciente obligatoriedad de la *jurisprudencia por precedente* (sentencia), emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) desde la posición central que ocupa en el subsistema jurídico, es analizada como esa «comunicación» que construye el universo legal, orienta al pensamiento jurídico y deriva de la argumentación jurídica desarrollada en tiempo presente, en el que se pronuncia la decisión como la alternativa «elegida» abierta hacia el futuro. Así, el desafío que enfrenta la SCJN es cómo decidirá accionar las «razo-

* Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2017), catedrática del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM) campus CCM y CSE, tutora de la Escuela Federal de Formación Judicial (CJF) y consultora independiente. Contacto: noemicb@tec.mx

nes conscientes» de la sentencia del ADR 8287/2018, emitida antes de que la *jurisprudencia por precedente* fuese obligatoria. Se trata de una sentencia en la que los conceptos y argumentos que integran su *ratio decidendi* sentaron las bases para la creación y ejecución *ipso facto* de mecanismos reales que atajan desde el origen la prevención y, por tanto, podrían erradicar la violencia de género. Sin lugar a dudas, este hecho perfila al sistema legal hacia una evolución sistémica: la construcción de un diseño institucional de sociedad pos patriarcal o igualitaria-cosmopolita femenina que considere nuevos y disruptivos *eigenstructures* como «*principios*»; el paso evolutivo siguiente a la *transición parcial constitucional* que planteó nuestro máximo tribunal con la decisión final del ADR 8287/2018.

PALABRAS CLAVE: Precedente; comunicación; *ratio decidendi*; argumentación jurídica; corresponsabilidad social activa; transición legal; diseño institucional de sociedad pospatriarcal.

ABSTRACT: The nascent mandatory nature of *Precedent established by a judgement* submitted by the Supreme Court (SCJN) from the centre position within the legal subsystem occupied by Courts, is analysed as «*communication*» that builds the legal universe, guides legal thinking, and is produced by legal argumentation developed at the present time, in which the *Precedent* is taken as «the chosen» alternative opened towards future. In this way, the challenge for the SCJN is how to detonate the «conscious reasons» of the judgement ADR 8287/2018 —pronounced before *Precedent* was compulsory— in which the concepts and arguments that make up its *ratio decidendi* laid the foundations for the creation and execution *ipso facto* of real mechanisms that tackle prevention from its origin and, therefore, could eradicate gender violence. Undoubtedly, this fact shapes the legal system towards a systemic evolution: the construction of an institutional design of a post-patriarchal or female egalitarian-cosmopolitan society.

KEYWORDS: Precedent; communication; *ratio decidendi*; legal argumentation; active social co-responsibility; legal transition; institutional design of nonpatriarchal society.

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2022

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERPRETACIÓN-ARGUMENTACIÓN DE LOS TRIBUNALES Y SU FUERZA OBLIGATORIA COMO COMUNICACIÓN DESDE EL CENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO. III. LA VINCULATORIEDAD DE «LAS RAZONES» CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS DE LAS SENTENCIAS DE LA SCJN: EL CASO DE LAS «RAZONES» DEL ADR 8287/2018 Y EL RETO DE ACCIONARLAS DESDE LA TEORÍA DE SISTEMAS. IV. BIBLIOGRAFIA.

*A Francisco Campos Juárez, quien con su hermoso mirar y amor,
guió mi vida siempre... gracias abuelito.*

I. INTRODUCCIÓN

«Que los tribunales se vean en la necesidad de decidir es el punto de partida para la construcción del universo jurídico, para el pensamiento jurídico y para la argumentación jurídica [...] todo depende de que las decisiones anteriores que orientan perduren: salvo que se las cambie»,¹ estas palabras de Luhmann afirman la posición especial de los tribunales en el subsistema jurídico. Se trata de una posición que implica su ubicación en el centro del sistema, dado que su función es esencial, a saber, emitir la decisión sobre el caso del que conocen y deciden de manera justa. Por ello, el enfoque que seguirá este artículo es el de la sociología jurídica o estudios socio-legales, que trata de *situar a la jurisdicción constitucional en el plano de la sociedad y examinar sus vínculos tanto con los fenómenos jurídicos como con los políticos, ámbitos que, aunque están estrechamente ligados entre sí, son estructuralmente diversos y distinguibles*.²

Así, la teoría de sistemas de Luhmann será la columna vertebral sobre la que se edifica este análisis, de la mano de algunos conceptos aportados por Carla Huerta Ochoa, cuyas ideas vanguardistas son

¹ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México: Herder, 2005, p. 377.

² Enfoque que el propio jurista sociológico Héctor Fix Fierro propugna que se asuma en todos los análisis y estudios que tengan por objeto los tribunales constitucionales. Cfr., Fix Fierro, Héctor Felipe, *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 189.

las herramientas idóneas, para visualizar y examinar eficazmente la interrelación entre:

- El disruptivo trasplante legal del sistema legal del *Common Law* a nuestro sistema legal iusromanista, en vigor desde del 1º de mayo de 2021, fecha en la que se da carta de naturaleza a la jurisprudencia por precedente (*jurisdicción constitucional*);
- Los mecanismos legales reales que impliquen una solución real y eficaz que prevenga a corto y mediano plazo —y, a partir de la prevención, erradique— la violencia en contra de la mujer, un fenómeno socio-legal cuyas manifestaciones aumentan día a día, a pesar de que está regulado —y sancionado— en diversas normas,³ y que se ha convertido ya en un problema de salud y seguridad nacional cuya solución debe operarse e implementarse en términos de emergencia nacional (*fenómeno jurídico*) de manera «consciente», y
- La inacción de la política, expresión que hace referencia tanto a la política pública gubernamental de los tres órdenes de gobierno como a la nula creación de mecanismos conscientes y disruptivos para erradicarlo por parte del poder legislativo (*fenómeno político*).

³ Fenómeno de violencia de género que la mayoría de las veces concluye lamentablemente con el deceso de muchísimas mujeres. Las muertes van en aumento diariamente y su calificación como fenómeno jurídico que proponemos en este artículo se confirma por la reiteración que la propia Corte realiza a través de las líneas que integran la motivación de su propuesta de Proyecto de Ley General para Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar el Feminicidio, que a la letra señalan: «Si bien el Estado Mexicano, a través de sus niveles de gobierno, ha tomado acciones para atender la violencia generalizada contra las mujeres, la realidad evidencia que éstas no han sido suficientes: la heterogeneidad de los tipos penales de feminicidio, la falta de coordinación institucional en la investigación y persecución de éstos, así como en la implementación de políticas públicas, han impedido garantizar de manera efectiva la protección a la vida y la integridad de las mujeres en México». La propuesta fue presentada públicamente el día 6 de julio de 2022. <<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2022-07/Proyecto%20de%20Ley%20General%20para%20Prevenir%2C%20Investigar%2C%20Sancionar%20y%20Reparar%20el%20Feminicidio.pdf>>.

Es importante, por un lado, que la SCJN tome plena conciencia de que es el centro del subsistema legal, es decir, de que es el órgano cuya interpretación-argumentación materializada en sus decisiones (sentencias votadas en pleno y en cada una de sus dos salas, por 8 o 4 de sus integrantes, respectivamente), como dispone la reforma aprobada, establece *jurisprudencia por precedente* (sentencia) —con origen en el sistema legal del *Common Law*— y de que la *ratio decidendi* de aquellas decisiones nutre al sistema desde ese polo central, ya que, de acuerdo con la teoría de sistemas de Luhmann, es una comunicación del Tribunal Constitucional (I); y que, por otro lado, desde una observación de segundo orden, la citada teoría permita visualizar la evolución que provocó en el sistema legal mexicano la sentencia que resolvió el ADR 8287/2018, emitida antes de que la jurisprudencia por precedente fuese obligatoria, dado que fue votada por mayoría de 4 votos de la primera sala de la Corte el 25 de noviembre de 2020 en sesión ordinaria y con ello adquirió inmediatamente la fuerza vinculante para que fuera observada por todos los tribunales de México. La *ratio decidendi* de este fallo fue un parteaguas que, a través de una *transición constitucional legal parcial*, sentó las bases para la construcción de *un diseño institucional* inspirado en una sociedad pospatriarcal o igualitaria-cosmopolita femenina. Ello es así tanto porque ordena prescindir de pruebas que reiteran estereotipos de género y «considerar la denuncia de la presunta víctima como esencial y veraz para que inmediatamente se tomen medidas de reparación y no repetición» como porque reconoce expresamente la «corresponsabilidad social activa» como una obligación atribuible y exigible al empleador de las partes, en casos de acoso u hostigamiento sexual y/o laboral. Corresponde, pues, al empleador —entidad pública o privada— generar las evidencias o pruebas, dentro de los protocolos revestidos de debida diligencia, que debe implementar, a su vez, para prevenir el acoso y hostigamiento laboral, a fin de salvaguardar el principio de presunción de inocencia de los implicados. Por tanto, queda expresamente señalada su responsabilidad civil y penal cuando exista alguna omisión en los referidos protocolos respecto a la debida diligencia y a la garantía del principio de presunción de inocencia, señalados.

La decisión es considerada un paso evolutivo y, a su vez, un desafío para la SCJN consistente en cómo accionar y seleccionar los mecanismos o herramientas a través de los cuales decidirá impeler las «razones conscientes» de la sentencia del ADR 8287/2018, emitida, como ya se ha dicho, antes de que la jurisprudencia por precedente fuese obligatoria,⁴ toda vez que, el numeral segundo del Acuerdo General número 1/2021 de 08 de abril de 2021 —vigente a partir del 1º de mayo de 2021— establece que «las razones de las decisiones contenidas en las sentencias dictadas a partir de la entrada en vigor de dicho Acuerdo por las Salas de la Corte, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades»; la sentencia del ADR 8287/2018 cumple a cabalidad los requisitos relativos a las *razones*, la *votación* y la *procedencia*; sin embargo, presenta una dificultad: fue emitida antes de la entrada en vigor del citado Acuerdo (II).

Ante este desafío, la Corte tiene la última palabra para responder al clamor que exigen las mujeres en México que gritan: « ¡Abajo el patriarcado, se va a caer, se va a caer! ¡Arriba el feminismo que va a vencer, que va a vencer!», incorporando quizás parte de lo resuelto en el ADR 8287/2018 a su Proyecto de Ley General para Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar el Feminicidio, robusteciendo la prevención, a través un acuerdo general o de la vía más idónea que encuentre para ello, auxiliada, evidentemente, por el resto de los operadores jurídicos como los litigantes y académicos.

⁴ Incluso, cabría plantear en este momento si existe siquiera la posibilidad de que la Corte decida tomar consciencia real de esta sentencia. Primero, corrigiendo la *sinopsis pública* disponible de la resolución, que no menciona sintéticamente el verdadero impacto que generaron las razones de su *ratio decidendi* ni hace referencia a los conceptos novedosos de «corresponsabilidad social activa» atribuible al patrón, así como «la excepción que declara procede en cuanto a la carga de la prueba», en los casos de abuso sexual y acoso laboral. <<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/buscadores-juridicos/sentencias-relevantes-en-materia-de-derechos-humanos/1298?page=3>>. Y ello cuando en el discurso público que ha mantenido respecto al fenómeno de violencia de género en el primer semestre de 2022, la propia Corte, a través de su presidente —cuyo mandato expiró en el mes de diciembre de 2022— ha sido altamente activa en una coyuntura histórica propicia para transformar de raíz los orígenes de esta violencia sin tregua que por años se ha perpetuado en nuestra sociedad.

II. LA INTERPRETACIÓN-ARGUMENTACIÓN DE LOS TRIBUNALES Y SU FUERZA OBLIGATORIA COMO COMUNICACIÓN DESDE EL CENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO

De acuerdo con Fix Fierro, Luhman sitúa a los tribunales en el centro del sistema jurídico porque cumplen dos funciones esenciales: 1) *son los órganos encargados de garantizar que toda comunicación jurídica pueda enlazarse con otras comunicaciones jurídicas y no se pierdan en el vacío social. Es decir, solo los tribunales están obligados a resolver la petición o el asunto que se les presente.*⁵ 2) Les corresponde ocultar la paradoja del sistema jurídico, consistente en el hecho de que las decisiones jurídicas no están determinadas por el Derecho pretérito, sino por la alternativa abierta hacia el futuro, además de que tales decisiones son el producto que los tribunales, en cuanto organizaciones, realizan usando el código binario del sistema jurídico. En el caso de la SCJN —organización cúspide del sistema jurídico acoplado, sin impartir instrucciones ni poder gobernar—, dicho código binario es «constitucional/inconstitucional».

Sin embargo, en su tarea de interpretación y aplicación del texto constitucional, la SCJN *debe en todo momento considerar los efectos y las políticas de sus decisiones, en particular, no llevar su propia lógica hasta el extremo de provocar un caos político y jurídico a través de sus resoluciones*,⁶ como sucedió con la resolución sobre la reforma energética, que, ante la solución provista por dicho tribunal, marcó el inicio de la primera etapa de los mecanismos de solución de controversias previstos en el T-MEC —consultas— entre las tres partes integrantes del tratado comercial internacional aludido. De no llegarse a un acuerdo, estas partes deberán someter la divergencia ante un panel que cuenta con las facultades reconocidas en dicho instrumento legal para solucionar ampliamente el caos generado.

⁵ Fix Fierro, *op. cit.*, nota 3, p. 200.

⁶ *Ídem.*

A partir entonces, desde un enfoque comunicativo, ello implica la observancia de las resoluciones que la SCJN emite al ejercer su autoridad a través de la emisión de jurisprudencia,⁷ sea esta por precedente, por reiteración o por contradicción, autoridad que yace en las «razones» de sus sentencias; *ratios decidendi* que generan un impacto e influencia a través de las que va construyéndose un nuevo diseño institucional. De tal suerte que es dable comenzar en este apartado analizando el origen de la jurisprudencia por precedente en el *Common Law* y su trasplante al sistema iusromanista nacional a partir del 1º de mayo de 2021 (1) con el propósito de poder observar la **interpretación (decisión)** mediante la cual se comunica la Corte, *vía sentencias —programas—* desde la óptica de la teoría de sistemas en la parte final de este análisis (2).

1. La Jurisprudencia por precedente: origen en el Common Law, trasplante al sistema iusromanista mexicano y su vigencia autoritativa desde el 1º de mayo de 2021

Si bien es cierto que la reforma judicial de 2021 aprobada por el Legislativo dejó varias cuestiones pendientes,⁸ también lo es que al mismo tiempo aceleró el dinamismo del sistema legal mexicano al trasplantar la figura de la *institución del precedente* al nuestro ordenamiento jurídico como una novedosa figura jurisdiccional cuyos orígenes se hallan en el sistema legal del *Common Law*.

Sandra Gómora, califica la institución del precedente como *social* y, por tanto, útil para ordenar aspectos de nuestra vida social y relevante para las personas *de origen jurisdiccional con calidad autoritativa o vinculante —las que lo crean, las que lo aplican y las que lo usan o invo-*

⁷ *Ídem.*

⁸ La reforma procesal que incluyera los medios alternativos, el acceso a la justicia, la rendición de cuentas y transparencia, la relación entre los tribunales federales y locales a través del amparo judicial, la enseñanza del Derecho incluyendo la formación judicial y la profesión jurídica, teóricos como Fix Fierro en su última obra, destacó la urgente necesidad de diseñar soluciones que incluyesen integralmente los planos federal y local. *Ibidem*, p. 376.

can— sujetas a dicho *precedente*.⁹ Como señala Luhmann, la institución tiene la pretensión de *regular mediante el ejemplo, la conducta futura de sus destinatarios, que surge como producto de la interpretación novedosa del Derecho positivo vigente de un sistema jurídico realizada por un juez de posición jerárquicamente superior en contextos acotados por reglas jurídicas aplicables y hechos particulares*.¹⁰

Históricamente, el origen de esta institución es la obra *Commentaries on the Laws of England*, escrita por William Blackstone entre 1765 y 1769,¹¹ autor que, al analizar la división existente dentro del Derecho inglés entre el Derecho «no escrito» y «escrito» (*lex non scripta and lex scripta*), definió a la porción no escrita como *Common Law*. Sin embargo, ese Derecho no escrito era anotado *en los registros de muchas Cortes de Justicia, en los libros de reportes y en decisiones judiciales y en tratados que se aprendían de los eruditos de la profesión legal*,¹² de tal modo que *la continuidad, la certeza y la autoridad del Derecho común* eran preservadas a través del concepto del *precedente*.¹³ En este sentido, las decisiones emitidas por las cortes anglosajonas gozan desde siempre de la más alta consideración y no solo han sido preservadas como registros y auténticos tesoros, sino que también han sido ofrecidas siempre a la vista del público a través de numerosos volúmenes de registros que contienen las historias con un breve resumen de los procedimientos realizados que preservan el propio registro junto con los argumentos de las partes en litigio y *las razones que adujo la corte para emitir su juicio anotados en notas cortas*.

⁹ Gómora Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 32-35.

¹⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹¹ Específicamente en su Libro I, sección 3, de *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*, Obra, considerada por la academia como el tratado legal más importante que se haya escrito en lengua inglesa, cuya finalidad fue, por un lado, popularizar la noción de la educación universitaria en el Derecho y, por otro, instruir a las clases terratenientes en el Derecho inglés. El propio Blackstone creía que el sistema legal proveería las bases sobre las cuales la sociedad inglesa descansaba.

¹² Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 1, Chicago: The University of Chicago Press, 1979, p. vi.

¹³ *Ibidem*, p. vii.

Al insertarse en el sistema a través de la adición de un duodécimo párrafo al artículo 94 constitucional, las reformas a los artículos 215, 216, 217 y 223 de la Ley de Amparo, así como los artículos 41 y 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), la institución del precedente dio paso al inicio del nuevo modelo de creación de jurisprudencia por precedentes. Conforme al Decreto correspondiente, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 11 de marzo de 2021, la reforma sujetó el inicio de su vigencia a la fecha que señalase el acuerdo general que la Corte emitió el 08 de abril de 2021 como 1/2021, que estableció el inicio de la vigencia del novedoso sistema jurisprudencial por precedentes obligatorios el 1º de mayo del mismo año. En virtud del nuevo sistema, *las razones contenidas en las Sentencias* o decisiones en que consta la argumentación jurídica del máximo tribunal mexicano y son dictadas por mayoría de 4 votos actuando en salas o por mayoría de 8 votos del pleno, al constituir jurisprudencia por precedente deben respetarse y obedecerse obligatoriamente por todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas. Es decir, las razones contenidas en estas sentencias adquieren fuerza vinculante, por lo que todos los jueces están obligados no solo a fundamentar la argumentación que elaboren al resolver mediante otras sentencias los conflictos que conozcan en la jurisprudencia establecida, sino también en las razones esgrimidas en las sentencias constitucionales emitidas por la SCJN. Estos fallos definen el sentido y el alcance de los preceptos constitucionales para el resto de los operadores jurídicos y desde la teoría de sistemas son reconocidos como los *programas* mediante los cuales se comunican los tribunales.

2. La jurisprudencia por precedente obligatoria: interpretación y argumentación (decisión) jurídica, como «comunicación» de la SCJN desde la teoría de sistemas

Luhmann afirma que la tarea primigenia de los tribunales es decidir —*emitir una sentencia*—, por lo que, para definir y argumentar dicha decisión, deben desarrollar *reglas de decisión* —denominados «*programas*» por la *Teoría de Sistemas*—. Es decir, deben crear, postular y presuponer a través

de la institución de la *ratio decidendi* mediante la cual opera toda decisión —sentencia—, fallo jurisdiccional que sirve para especificar los puntos de vista de la selección tomada.¹⁴ Así, desde la teoría de sistemas, la jurisprudencia es concebida como *la aplicación del Derecho a través de decisiones que resuelven casos particulares*, decisiones a través de las que se desarrollan o confirman *reglas de decisión, axiomas, principios y teorías jurídicas*.¹⁵

Por tanto, al ocuparse la decisión de un tribunal de la racionalidad, vista desde su posición central, dicha decisión está vinculada a la alternativa elegida entre uno o más senderos elegibles —que, a su vez, contienen situaciones, acontecimientos, y subsecuentes decisiones que resultan de esa primera decisión—. Por consiguiente, esas decisiones subsecuentes —*sentencias que resuelvan controversias tomando como guía el contenido de la jurisprudencia por precedente obligatoria*— no nacerían sin la existencia de la primera¹⁶ —*jurisprudencia por precedente*—, que se origina cuando se presenta algo indecidible que requiere la adopción de la alternativa que lo resuelva.¹⁷

Ahora bien, ese *algo indecidible* se presenta en el momento presente, en el que opera una «expansión temporal» en la que el presente es una distinción, como unidad o punto que se diferencia entre el pasado y futuro. Es decir, al revelarse el presente como un punto ciego que se expande y se hace inactual en el tiempo cuando se toma la alternativa mediante la cual se decide, es el tiempo idóneo para decidir a través de una sentencia que 1) *solidifica lo ya-no-cambiable* (con relación al pasado) y *lo todavía-cambiable* (con relación al futuro) para 2) *introducir en el mundo que es simultáneo la alternativa*.¹⁸ Por lo tanto, la decisión judicial materializada en una sentencia:

- 1) No está determinada por el pasado (leyes emitidas).
- 2) Opera dentro de su propia construcción, que solo es posible en el presente.

¹⁴ Luhmann, *op. cit.*, nota 2, pp. 376-379.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 367-368.

¹⁶ *Ibidem*, p. 369.

¹⁷ *Ibidem*, p. 370.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 370-371.

- 3) Tiene consecuencias para los presentes en el futuro.
- 4) Abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían.
- 5) Presupone el pasado como invariable y el futuro como variable, ya que no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque esta determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones.

Entonces, a través de las decisiones judiciales —*sentencias*—, los tribunales proyectan el futuro, según Luhmann, y esbozan las reglas de decisión a las que el tribunal se atenderá en casos futuros similares. La SCJN ya de este modo con las sentencias que constituyan jurisprudencia por precedente obligatorio, y que han establecido delimitaciones que deben ser obligatorias en el futuro dentro del sistema jurídico, el cual, se clausura temporalmente al constituir el presente como pasado de un futuro presente por medio de la decisión¹⁹ —*sentencia*—.

De ahí que los tribunales deban cuidar las consecuencias de sus decisiones y estén obligados a tratar de legitimarlas mediante la valoración que hagan previamente de las consecuencias de dicha valoración, pues son los únicos que tienen la tarea de supervisar la consistencia de las decisiones jurídicas, ya que interpretan en un sentido diferente, de manera argumentativa, para demostrar la racionalidad de su propia decisión.²⁰

Tal y como acota Luhmann, en el Derecho anglosajón la teoría argumentativa versa sobre un dictamen sobre las *decisiones precedentes*. Por ello, en los pasos a seguir para llegar a estas decisiones judiciales primero debe partirse de la *ratio decidendi* del caso anteriormente decidido y después decidir y fundamentar argumentativamente si el caso presente se distingue o no del anterior, debiéndose fundamentar dicha decisión.²¹ De este modo, *la argumentación expone las razones que se eligen en una interpretación particular frente a otra*, razones denominadas «buenas razones», «razones razonables» o «*ratio decidendi*»²²

¹⁹ *Ibidem*, p. 388.

²⁰ *Ibidem*, pp. 371-389.

²¹ *Ibidem*, pp. 428-429.

²² *Ibidem*, p. 430.

que, en el caso de las que se insertan en los considerandos de la sentencias emitidas por la SCJN, sustentan el sentido de tales fallos, corrigen los errores que sean advertidos y examinan los razonamientos de las partes, como se expondrá en el apartado siguiente, en el cual se profundizará sobre la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* del fallo que del ADR 8287/2018 no como precedente obligatorio que ha sentado jurisprudencia, sino como un *precedente persuasivo* de naturaleza jurisdiccional, decisión judicial constitucional cuyas razones han establecido una interpretación tajante, directa y expresa sobre los mecanismos idóneos que efectivamente previenen el acoso sexual u hostigamiento laboral y, por tanto, la violencia contra las mujeres en México. Razones, pues, que en un primer momento ordenan considerar la denuncia de una presunta víctima de acoso sexual u hostigamiento laboral como esencial y veraz a efectos de ordenar de inmediato las medidas de reparación y no repetición en los protocolos implementados por el empleador en la fuente laboral. Sin embargo, en un segundo momento reconocen al empleador su «*corresponsabilidad social activa*» para generar, por ende, las evidencias o pruebas dentro de los protocolos que este implemente, que deben estar revestidos de la debida diligencia para prevenir el acoso y el hostigamiento sexual y laboral, salvaguardando así el principio de presunción de inocencia de los implicados. Por tanto, estas razones se convierten en el enorme reto que tiene frente a sí el máximo órgano juzgador nacional al decidir accionarlas o no.

III. LA VINCULATORIEDAD DE «LAS RAZONES» CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS DE LAS SENTENCIAS DE LA SCJN: EL CASO DE LAS «RAZONES» DEL ADR 8287/2018 Y EL RETO DE ACCIONARLAS DESDE LA TEORÍA DE SISTEMAS

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 39, 41 y 43 de Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la CPEUM, toda sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe corregir los errores que advierta y examinar en conjunto los razonamientos de las partes. Además, debe contener «las consideraciones

que sustenten su sentido, así como los preceptos que se estimen violados»,²³ condiciones que cumplió el fallo recaído en el ADR 8287/2018.

No obstante, conforme al nuevo sistema de creación de jurisprudencia por precedentes incorporado en el novedoso décimo segundo párrafo del artículo 94 de la Constitución, en vigor a partir del 1º de mayo de 2021,²⁴ así como en el reformado artículo 223 de la Ley de Amparo²⁵ y el citado acuerdo general número 1/2021 del 08 de abril de 2021, las **«razones que integran la sentencia del ADR 8287/2020», al no haber sido emitidas a partir de la entrada en vigor de este último acuerdo señalado —1º de mayo de 2021—, no son obligatorias para las autoridades jurisdiccionales federales y locales.**

Dado que, según el artículo Transitorio Undécimo del citado decreto, *únicamente las sentencias que se emitiesen con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto publicado el 07 de junio de 2021 en el DOF, podrían constituir Jurisprudencia por Precedente obligatorio*, el precepto transitorio a todas luces impide considerar a las razones del fallo ADR 8287/2020 como vinculatorias (1). Mas no imposibilita reconocerlas como un precedente persuasivo —o guía— a partir del cual las futuras resoluciones judiciales emitidas por los tribunales que resuelvan controversias en las que la comprobación de que ha tenido lugar el acoso sexual o el hostigamiento laboral hagan procedente la reparación del daño, sea moral o patrimonial, e incluso

²³ Artículo 41, fracción III, de la Ley reglamentaria al artículo 105 constitucional.

²⁴ Pues como estableció el artículo Sexto Transitorio del Decreto por el cual se adiciona este nuevo párrafo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 11 de marzo de 2021, este novedoso sistema de creación de jurisprudencia por precedentes entraría en vigor cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitiera el acuerdo general respectivo —que, en la especie, es el Acuerdo General número 1/2021 del 08 de abril de 2021— con base en su facultad autorregulatoria.

²⁵ Art. 223. Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias que dicten las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas cuando sean tomadas por mayoría de cuatro votos. Las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias.

demandarse como co-obligado al empleador a quien se le reconoció como «corresponsable social» (2).

1. Las reglas del nuevo sistema Jurisprudencial por Precedente del Acuerdo General número 1/2021 del 08 de abril de 2021, emitido por el Pleno de la SCJN

El Acuerdo General número 1/2021 del 08 de abril de 2021, emitido por el pleno de la SCJN, que decretó el inicio de la Undécima Época del Semanario Judicial de Federación a partir del 1º de mayo de 2021 como consecuencia inmediata de las reformas de los diversos artículos contenidas en el decreto publicado en el *DOF* el 11 de marzo de 2021 de la Constitución mexicana que implicaron modificaciones en la estructura del Poder Judicial de la Federación, entre ellas el nuevo sistema de fijación de jurisprudencia por precedentes emitidos por el pleno —mayoría de 8 votos— y las salas —mayoría de 4 votos— de la SCJN, señala en su considerando noveno:

«Tomando en cuenta que en términos de lo previsto en el artículo 94, párrafo duodécimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, en todos los asuntos de su competencia, son obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, así como las ventajas de la nueva metodología para la elaboración de las tesis que permiten su difusión, se estima conveniente que la divulgación de los criterios aprobados en los asuntos resueltos por este Alto Tribunal, diversos a los derivados de los que se rigen por lo previsto en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se continúe realizando mediante la redacción de las tesis respectivas*».

Y reitera en su Acuerdo Segundo:

«*Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas a partir de la entrada en vigor de este Acuerdo General, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, en la totalidad de los asuntos de su*

competencia, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, en los términos precisados en el Punto Noveno del presente Acuerdo General».

Por tanto, las *razones propiamente decisorias* esgrimidas en la sentencia que resolvió el ADR 8287/2018 no son vinculantes porque no se le reconoce la naturaleza actual de precedente que establezca jurisprudencia obligatoria y vinculante a seguir y cumplir por parte de todos los tribunales nacionales, dado que fue emitida antes de la reforma judicial arriba citada. No obstante, y como se expone a continuación, sí debe considerarse un precedente jurisdiccional.

2. Las razones conscientes o ratio decidendi del fallo ADR 8287/2018: su accionar por parte de la SCJN en la prevención de la violencia de género y feminicidio

Si bien es cierto que, cuando fue dictada, las *razones decisorias* de la sentencia del ADR 8287/2018 no constituyeron un criterio jurisprudencial obligatorio, también lo es que a la fecha no existe jurisprudencia definida sobre 1) *la ponderación correcta del derecho a la libre expresión de la denuncia de acoso sexual u hostigamiento laboral fundamentada en los estándares emitidos por la SCJN sobre el derecho al honor del presunto perpetrador*, 2) *la eliminación de pruebas que reproducen estereotipos de género dentro de los procedimientos que denuncian el acoso u hostigamiento*, 3) *el reconocimiento de la consideración de la denuncia de la presunta víctima como esencial y veraz para que inmediatamente se tomen medidas de reparación y no repetición, sin que sea obligatorio que compruebe mediante testigos los hechos que puedan constituir acoso u hostigamiento sexual/laboral, declarándose improcedente para estos casos la aplicación de la regla probatoria procesal que establece que quien afirma está obligado a probar*, 4) *el reconocimiento al empleador de las partes involucradas en casos de acoso u hostigamiento sexual/laboral—sea sector público o privado— una «corresponsabilidad social activa» para crear entornos laborales libres de violencia, mediante la emisión e implementación de a) protocolos de prevención de acoso sexual y hostigamiento laboral y de b) procesos de debida diligencia que faciliten la investigación oportuna, completa e imparcial de los sucesos denunciados. De*

este modo, la carga de la prueba se traslada al empleador como un medio útil para corregir una situación —que, en el caso motivo del juicio, es la omisión del Estado en la prevención— y evitar la desigualdad que puede provocar esa conducta.

Sin embargo, sí existe esta sentencia que, en términos de la propia SCJN, desarrolla y dota de significado al ordenamiento jurídico, al delimitar el sentido y alcance de las normas aplicables, con la consecuente generación de un **precedente**.²⁶ Por tanto, las razones decisorias de la sentencia que resolvió el ADR 8287/2018 constituyen un **precedente jurisdiccional** cuyas referidas razones pueden ser invocadas por el juzgador que tenga a su cargo la solución de casos de acoso sexual u hostigamiento laboral, en el bien entendido de que dichos razonamientos *funjen como un criterio orientador para que los órganos jerárquicamente inferiores a la SCJN, lo consideren en sus resoluciones, al citar, por ejemplo, alguna de las cuatro consideraciones que han quedado señaladas con antelación*.²⁷

Además, las referidas razones decisorias deben entenderse como esa *enunciación de la argumentación con base en la cual el problema jurídico ha sido realmente resuelto, dado que conforman la opinión jurisdiccional que da propiamente respuesta a la controversia planteada por las partes y que son los argumentos jurídico-rationales conforme a los cuales deben fallarse los casos subsiguientes que resulten iguales o con similitudes sustanciales*.²⁸

De igual manera, como señala Carla Huerta Ochoa, las citadas razones decisorias del ADR 8287/2018 constituyen una transición parcial constitucional que, además, han hecho visible a casi una década que ya es tangible la *transformación del diseño institucional patriarcal* actual de la sociedad mexicana *hacia un diseño institucional pospatriarcal* que trata de erradicar, desde la prevención, la violencia contra las mujeres, dado que la decisión de la Corte en el ADR 8287/2018 determinó *la operación e interpretación de las instituciones al establecer el modo en que estas interactúan para producir un resultado específico* la pre-

²⁶ Tesis Aislada 1a. XLIV/2021 (10a.)

²⁷ Tesis Jurisprudencia 2a./J. 195/2016 (10a.)

²⁸ Tesis Aislada 2a. CXII/2016 (10a.)

vención de la violencia contra las mujeres a través de la erradicación de la reproducción de los estereotipos de género en la valoración y calificación de probanzas. Se trata de un *diseño institucional* que, por su objetivo, es *constructivo* porque, además, se orienta a la conformación de una nueva realidad o forma de interacción entre el gobierno y los gobernados. Adicionalmente, destaca porque es una creación intelectual instrumentalizada para cambiar la realidad a través de la regulación mediante la combinación de algunas instituciones según el diseño planeado, en el que los costos y beneficios de inclusión del nuevo diseño constitucional y los costes de su implementación han sido calculados.²⁹

A pesar de lo que acaba de señalarse, la SCJN se enfrenta al reto de accionar estas razones obligatorias, dado que, siendo plenamente consciente de que es el órgano encargado de garantizar que la comunicación jurídica (sentencias) no se pierda en el vacío social, al no existir tesis aislada alguna³⁰ que derive del contenido de las razones expuestas de la sentencia que resolvió el ADR8287/2018, la

²⁹ Huerta Ochoa, Carla, «An explanatory Model of Constitutional Transitions from a legal perspective», *Mexican Law Review, New Series*, México, 2022, Vol. XIV, N° 2, p. 19.

³⁰ Tesis Aislada que, no fue elaborada para su sometimiento a la consideración de la primera sala de la SCJN que resolvió el asunto de mérito, junto con la sentencia mencionada, como lo establecen los artículos 6, 7, 8 y 10 del Acuerdo General número 20/2013, del 25 de noviembre de 2013, del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los plenos de circuito y los tribunales colegiados de circuito; artículos que a la letra señalan:

Artículo 6. Los Secretarios de Estudio y Cuenta formularán conjuntamente con el proyecto de sentencia que se someterá a la consideración del Pleno o de las Salas, si el Ministro Ponente así lo considera conveniente, los proyectos de tesis que correspondan.

Artículo 7. El ministro ponente, al autorizar los proyectos de resolución, autorizará también los proyectos de tesis respectivos.

Artículo 8. Al presentarse a la Secretaría General de Acuerdos o a las Secretarías de Tesis de las Salas los proyectos de tesis que se propongan, deberá acompañarse un ejemplar con la firma del Ministro Ponente; las Secretarías vigilarán el debido cumplimiento de ello.

Corte debe contemplar esta omisión, para considerar si tomará alguna acción al respecto, conforme establece la normatividad interna emitida para ello. Y ello en razón de que, en el momento de haber formulado la argumentación jurídica que integró las razones decisorias de la sentencia del ADR 8287/2018, configuró al mismo tiempo la alternativa elegida, abierta al futuro, que, como producto de la observación de segundo orden —como argumentación jurídica—, ha visibilizado una nueva forma de ordenamiento emergente que puede denominarse «realidad»³¹ y que, como señala la propia Carla Huerta, dado que los tribunales tienen a su cargo la aplicación de las reglas para determinar cuáles son las instituciones que definen al modelo institucional, esto ya lo ha hecho la primera sala de la SCJN en el fallo ADR 8287/2018, a través del cual ha instrumentalizado la adaptación del nuevo modelo institucional pospatriarcal.³²

BIBLIOGRAFÍA

- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, Volume 1, Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- Fix Fierro, Héctor Felipe, *El Poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- Gómora Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del Precedente Judicial*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

Artículo 10. Los secretarios de Tesis del Pleno y de las Salas deberán formular, en su caso, los proyectos de tesis que se les ordene o estimen convenientes. La Secretaría General de Acuerdos y las Secretarías de Acuerdos de las Salas de la Suprema Corte, deberán llevar el seguimiento puntual de los precedentes sustentados por el Pleno y por las Salas, con el objeto de que una vez integrada jurisprudencia por reiteración lo certifiquen y lo informen de inmediato al órgano emisor, el cual autorizará la publicación de la parte considerativa de la ejecutoria que integre aquella en el Semanario, sin menoscabo de realizar los trámites necesarios para la aprobación de la tesis respectiva.

³¹ Luhmann, *op. cit.*, nota 2, pp. 470-471.

³² Huerta, *op. cit.*, nota 30, p. 20.

Huerta Ochoa, Carla, «An explanatory Model of Constitutional Transitions from a legal perspective», *Mexican Law Review, New Series*, Mexico, 2022, Vol. XIV, N.º 2.

Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México: Herder, 2005.

Jurisprudencia, Tesis Aisladas y Acuerdos emitidos por el Pleno de la SCJN

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 8287/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 25 de noviembre de 2020.

Tesis 2a./J. 195/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, página 778.

Tesis 1a. XLIV/2021 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 6, octubre de 2021, Tomo II, página 1761.

Tesis 2a. CXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, página 1554.

Acuerdo General Número 1/2021 del 08 de abril de 2021, del Pleno de la SCJN, por el que se determina el inicio de la Undécima Época del Semanario Judicial de la Federación, y se establecen sus bases.

Acuerdo General Número 20/2013, del 25 de noviembre de 2013, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de las tesis que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito.