

VINDICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN ESPAÑA*

Francisco J. LAPORTA

LAS reflexiones que van a continuación son sólo provisionales y seguramente demasiado esquemáticas y tienen su origen en los trabajos que, con mi colega Alfonso Ruiz Miguel, he realizado como miembro de un grupo internacional denominado *Comparative Legal Research Group* y al que llamamos coloquialmente *Bielefelder Kreis* por estar sus actividades financiadas por el Centro para la Investigación Interdisciplinaria de la Universidad de Bielefeld y que durante estos dos últimos años ha venido ocupándose de llevar a cabo un estudio comparado del precedente en once ordenamientos jurídicos: Alemania, Finlandia, Francia, España, Estados Unidos, Italia, Noruega, Polonia, Reino Unido, Suecia y la Unión Europea (1). Los resultados de todo el proyecto han sido presentados en Bielefeld los días 12 y 13 de julio en la forma de un libro titulado «Interpreting Precedents» (2).

AFDUAM 1 (1997), pp. 267-278.

* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación PB95-0214 de la Dirección General de Enseñanza Superior del Ministerio de Educación y Ciencia.

(1) Los miembros del grupo son Aulis Aarnio (Finlandia), Robert Alexy (Alemania), Zenon Bankowsky (Reino Unido), John Barceló (USA), Gunnar Bergholtz (Suecia), Ralf Dreier (Alemania), Svein Eng (Noruega), Christophe Grzegorzcyck (Francia), Francisco J. Laporta (España), Massimo la Torre (Italia), Neil MacCormick (Reino Unido), Geoffrey Marshall (Reino Unido), Lech Morawsky (Polonia), Aleksander Peczenik (Suecia), Alfonso Ruiz Miguel (España), Robert Summers (USA), Michele Taruffo (Italia), Michel Troper (Francia) y Marek Zirk-Sadowski (Polonia). En la Facultad de Derecho nos prestaron desinteresadamente su colaboración para desarrollar nuestro trabajo relativo a España Javier Matía, por tantas cosas recordado, Blanca Mendoza, Ángel Menéndez Rexach y Jose María Miquel. Desde la carrera fiscal, Justino Zapatero contribuyó también con importante material. Emilio Jiménez Aparicio, ex Director general del Servicio Jurídico del Estado nos dio datos y puntos de vista extremadamente útiles. Y Pascual Sala, ex Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial nos animó a reivindicar la importancia de la tarea de unificación de doctrina en el Tribunal Supremo. Naturalmente, ninguno de ellos es responsable de las conclusiones a las que llega este artículo.

(2) D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Ashgate. Dartmouth. Aldershot, Brookfield (USA), Singapore, Sidney, 1997.

Como puede verse, los ordenamientos jurídicos que se analizan presentan una acusada variedad: de hecho van desde los países más representativos del llamado *common law* hasta ordenamientos que, como el francés, se han construido desde sus cimientos como explícitamente hostiles a la fuerza vinculante del precedente. Entre ambos hay también sistemas que, como el noruego o el finés, incorporan rasgos mixtos extremadamente interesantes. Sin embargo, creo no equivocarme si afirmo que una de las conclusiones fundamentales del estudio comparado es que puede estar produciéndose una convergencia entre los dos grandes sistemas, el llamado de *common law* y el sistema de Derecho civil o romano, en el sentido de que tanto éste como aquél están adoptando e incorporando cada vez más rasgos del otro. Esto sucede no solo por lo que respecta a la creciente importancia del Derecho legislado en los países anglosajones, que está circunscribiendo cada vez más el ámbito del Derecho cuya creación ha sido tradicionalmente atribuida al juez, sino también, y esto es lo que importa ahora, por lo que respecta a la cada vez mayor presencia de pautas vinculantes de origen jurisprudencial en países de Derecho estatutario o legislado. En estas reflexiones no sólo me propongo poner de manifiesto que esto cabe igualmente en el ordenamiento jurídico español, sino reivindicar también que debe alentarse en mayor medida.

En nuestro país, como es bien sabido, el problema de la vinculatoriedad de la doctrina judicial se unió desde el principio a la enumeración de las fuentes del Derecho y a las discusiones en torno a ellas (3). Dadas nuestras tradiciones doctrinales y la literalidad de las normas del antiguo título preliminar del Código Civil las cosas parecían estar bastante claras, aunque nunca faltaron quienes, como Puig Brutau, defendieran líneas muy proclives al precedente. Desde la modificación de ese título preliminar en 1974 las discusiones se hicieron más sofisticadas, pero es de temer que no mucho más claras. Aquella afirmación de la misión de «complementar» el ordenamiento jurídico mediante la doctrina «reiterada» que se hacía en el texto legal respecto a la «jurisprudencia», se unía a un párrafo de la exposición de motivos del Decreto que la ponía en vigor, en el que se afirmaba que el Tribunal Supremo formulaba «criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos con su reiteración de adquirir cierta trascendencia normativa». Estas expresiones tan vagas, que todavía aparecen eventualmente en la doctrina del Tribunal Supremo (4), no hicieron sino crear confusión y alimentar una polémica de la que lo menos que se puede decir es

(3) Cfr. LUIS DÍEZ PICAZO: «La Jurisprudencia», en *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, t. I, pp. 267 y ss.

(4) Véase STS de 18 de abril de 1995, sobre el valor de la jurisprudencia, en la que se repite una vez más la idea de «trascendencia normativa» y se habla de «criterios de aplicabilidad» como algo distinto de reglas y normas. Debo este dato a mi colega Jose María Miquel.

que estaba deficientemente informada. A esas alturas del siglo las aportaciones de Kelsen, Bobbio, Hart, Ross y Von Wright habían suministrado ya material suficiente para poder hablar de una teoría de la norma jurídica muy sólida, pero que sin embargo fue solemnemente ignorada en tales discusiones. Tampoco se fue sensible en casi ningún momento del debate a la desconfianza que las construcciones teóricas de aquellos años demostraban hacia la ambigua noción de «fuente del Derecho» (5). Por si eso fuera poco, para rechazar la presencia del precedente judicial se utilizó a veces una noción tan estricta de vinculatoriedad de las normas que la hacía imposible de aplicar incluso en aquellos países que reconocían como propio el principio *stare decisis*. Todo ello dio un resultado doctrinal poco fructífero y muy incierto, que se conoce bien y que no merece la pena recordar una vez más.

En cualquier caso, este marco normativo vino a sufrir un importante revés con el cambio de «regla de reconocimiento» (para decirlo en términos de Hart) operado con la entrada en vigor de la Constitución y las normas que la desarrollaban directamente. En ella se creaba el Tribunal Constitucional como un órgano de decisión que, desde su solemne inauguración, reivindicó con firmeza su carácter de órgano jurisdiccional (6) y que, sin embargo y a pesar de esa su naturaleza «judicial», supuso la introducción explícita en España del precedente judicial vinculante en virtud del mandato de las normas legales que lo desarrollaron. Por un lado, del precedente llamado «vertical», puesto que su interpretación de la Constitución se entendió desde el principio que vinculaba a todos los jueces y tribunales y así se recogió después en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 5.1 LOPJ); por otro lado, del llamado precedente horizontal, al menos en una de sus acepciones, puesto que el artículo 13 de su ley reguladora establecía un procedimiento especial (someter la decisión al Pleno) cuando una sala pretenda apartarse «de la doctrina constitucional precedente». Todo esto es cosa sabida y no merece la pena insistir en ello. Lo que no ha sido quizá tan subrayado es que la Constitución, al conferir las competencias al Tribunal Constitucional, establece en su artículo 161.1.a) una distinción importante entre «jurisprudencia» y «cosa juzgada», al decir que «la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». Me parece claro que en este precepto se establece un triple escalonamiento normativo: la norma jurídica con rango de ley, la jurisprudencia que la interpreta, y la norma jurídica particular

(5) Que Hans Kelsen en la segunda edición de su obra capital, que ocupa más de cuatrocientas páginas, dedicara sólo ¡una página! a «die sogenannten "Rechtsquellen"», debería haber dado que pensar. Cfr. HANS KELSEN: *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1960, S. 238

(6) El discurso de apertura, que realizó una firme defensa de la naturaleza jurisdiccional del Tribunal y de la naturaleza jurídica de su labor, en MANUEL GARCÍA PELAYO: *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. III, pp. 3223 y ss.

que decide el caso. Y si en él se afirma que la declaración de inconstitucionalidad «afecta» a la jurisprudencia, ello quiere decir que se considera a la jurisprudencia como un tipo de norma que tiene vocación de permanencia y cuya validez se extiende a otros supuestos más allá del caso concreto que decide. Por eso, cabe decir (art. 40.2 LOTC) que tal jurisprudencia puede ser «corregida» por la doctrina del Tribunal Constitucional, mientras que la norma particular que decide el caso no resulta alterada por la misma y ha de ser considerada como cosa juzgada. Esta distinción permite invocar a la nueva doctrina francesa que está tratando de hacer también un hueco al precedente en un sistema jurídico tan hostil a él como el francés sobre la base de distinguir entre *res iudicata* y *res interpretata*, lo que le permite introducir una distinción que puede ser también aplicada entre nosotros: la distinción entre «precedente de solución» y «precedente de interpretación» que ha sido subrayada por Michel Troper en el curso de los trabajos de Derecho comparado antes mencionados. El «precedente de interpretación» sería la norma jurídica inferida por el juez en el proceso interpretativo, y que se presenta con pretensión de poseer un ámbito de validez superior y más amplio que el del caso concreto en que se particulariza como «solución». Por lo demás, creo que esto es exactamente lo que sucede en nuestro ordenamiento desde punto y hora en que se incorpora al mismo la casación basada en infracción de jurisprudencia (7). Hasta ese momento, y en virtud de una lectura rutinaria del título preliminar del Código Civil, se venía (en algunos casos todavía se viene) atribuyendo a la jurisprudencia un papel de «inspiración», «guía», «autoridad cualificada», «dignidad para ser tenida muy en cuenta» «orientación» y cosas por el estilo. Es decir, se trataba de una pauta muy importante y que merecía ser seguida por su autoridad moral y técnica superior, pero no —se decía— de una auténtica «norma» o «disposición» integrante de las tan traídas y llevadas «fuentes» del Derecho. Y, desde luego, no se trataba de ninguna pauta vinculante en sentido estricto. Pero esto es simplemente erróneo. En la obra de Bobbio de 1958, *Teoria della Norma giuridica* se contenía ya la distinción entre «commandi» y «consigli», entre mandatos y consejos, y se apuntaba ya algo de sentido común: que por muy alta que fuera su autoridad y su peso, los consejos *no podían ser infringidos*. Podían ser desoídos, ignorados, despreciados, no seguidos, etc., pero en sentido estricto no podían ser violados. Al concebir la jurisprudencia como un haz de consejos dotados de autoridad, parte de la doctrina española se hurtaba así a la posibilidad de entender el recurso de

(7) El que se excluya de este recurso al orden jurisdiccional penal se debe sin duda a que el principio de legalidad (*nullum crime sine lege*) excluye estrictamente que esas normas inferidas por el tribunal en el proceso interpretativo sirvan de base a la aplicación de la fuerza punitiva del Estado. Sin embargo, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal empieza a aparecer la fuerza del precedente también en esta materia, y en concreto en el artículo 885.2, en el que se autoriza la inadmisión del recurso «cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales».

casación por infracción de jurisprudencia, que sólo es inteligible cuando pensamos en la jurisprudencia como un mandato que constituye una norma jurídica en sentido estricto y que como tal puede ser infringida. Lo que significa, ni más ni menos, que es *vinculante*.

Algunas consideraciones más convendrá hacer en torno a esta noción de «vinculatoriedad», porque se ha argumentado a veces que si la ignorancia de la jurisprudencia no da lugar al delito de prevaricación, entonces no estamos en presencia de una norma vinculante. Pero esto no resulta ser un buen argumento, porque supondría que no existe en ningún ordenamiento conocido el principio de *stare decisis* y vinculación al precedente, puesto que no existe tal consecuencia jurídica así especificada en ninguno de ellos. Incluso podría decirse, llevando las cosas al absurdo, que en ese caso tampoco sería vinculante la ley porque tampoco comete tal delito el juez que ve casada una sentencia por infracción de ley. En nuestras investigaciones del *Comparative Legal Research Group*, en las que –no se olvide– están presentes los sistemas del *common law*, no se habla de tal clase de vinculatoriedad. Hablamos de vinculatoriedad en sentido fuerte o de vinculatoriedad «formal» cuando una decisión que no respeta el precedente se considera infractora del Derecho y es susceptible de rechazo en apelación (*reversal on appeal*). Decimos entonces que el precedente debe ser aplicado y no está sujeto a revocación (*overruling*). Nunca se habla de la comisión de un delito de prevaricación. Y este es el tipo de vinculatoriedad más estricta que contemplamos. Si hablamos de vinculatoriedad –como es lo más común en ambos sistemas– en el sentido de que la decisión judicial haya de estar sometida a normas y gobernada por esas normas, entre las cuales se encuentra la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma tal que cuando no se respeta tal jurisprudencia el fallo puede ser sometido a crítica y revocado por el órgano superior, entonces me parece claro que el ordenamiento español tiene a tal jurisprudencia como vinculante. No sólo por lo que respecta a la casación normal, sino también, y en forma extraordinariamente clara, por lo que respecta a la casación en interés de la ley contenida en los artículos 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 102.b).4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En ambos casos, como es sabido, la sentencia que resuelve el recurso tiene sólo eficacia para formar jurisprudencia, dejando intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida. Aquí la doctrina tradicional sobre la naturaleza de la actividad de juzgar tiene que quedarse perpleja, porque nos sale al paso nada menos que una decisión que no decide el caso concreto. Por tanto, la idea de que el juzgador sólo crea normas concretas aplicables al caso se esfuma por completo. De lo que se trata es simple y llanamente de crear «jurisprudencia». Pues bien, ¿en virtud de qué clase de broma puede pensarse que una jurisprudencia formada mediante este procedimiento *no* es vinculante? ¿Es que podría afirmarse que un órgano judicial inferior puede ignorar deliberadamente esa jurisprudencia en un caso

relevantemente similar que se le presente acto seguido sin atentar gravemente contra sus deberes profesionales?

Y lo mismo sucede con los preceptos que buscan conseguir la unificación de doctrina que se contienen en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 102.a)) y en la Ley de Procedimiento Laboral (arts. 216 y ss.). Como se recordará, en la vieja ley administrativa había ya un recurso extraordinario para poner orden en las tres salas del Supremo cuando se producían divergencias en casos relevantemente iguales. Algún mecanismo de esta naturaleza se necesitaría hoy para poner orden en las distintas secciones de todos los órganos jurisdiccionales, porque la situación de descoordinación y caos es con frecuencia escandalosa (8). Pero al margen de esto, con la cuasi federalización de la estructura judicial en España, las posibilidades de encontrarnos con soluciones divergentes e incluso contradictorias «en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales» (como dicen la ley contencioso-administrativa y la ley laboral), y dimanantes de órganos jurisdiccionales autonómicos que agotan sus respectivas vías procesales, se ha incrementado grandemente (9). Y en eso, el legislador ha previsto ya algunas vías para poner orden: los recursos para la unificación de doctrina. Pues bien, yo no encuentro fundamento alguno en la posición que afirma que, tras una sentencia de casación que unifica la doctrina, cualquiera de los órganos judiciales concernidos puede continuar sin más con su línea interpretativa discrepante. Me parecería, no sólo una pérdida de tiempo inconcebible, sino una auténtica burla al Derecho que esto estuviera consentido por el ordena-

(8) Como muestra he aquí lo que decía la revista *Otrosí* (enero-febrero 1996), órgano de expresión del Colegio de Abogados de Madrid, que mantiene como es natural un tono decididamente obsequioso con los tribunales: «El pasado 11 de enero, el Decano envió una comunicación al presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, donde le exponía:

“A través de manifestaciones reiteradas de numerosos compañeros que desarrollan su ejercicio profesional en el área contencioso-administrativa, hemos venido conociendo que las Secciones que forman la Sala correspondiente vienen dictando resoluciones sosteniendo criterios divergentes o discrepantes en situaciones similares. Ello ocurre inclusive en el seno de las propias Secciones.”

Y continuaba:

“Aunque sólo fuera con el adecuado tratamiento informático, que permita que en las deliberaciones de las Secciones se tengan presentes los más inmediatos precedentes, ya podría avanzarse en esa dirección”.»

(9) No me cabe la más mínima duda de que una situación de este tipo es una violación del art. 139, 1 de la Constitución, que afirma que «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». Este precepto se ha demostrado difícil de interpretar con plausibilidad (Cfr. por ejemplo, JUAN PEMÁN GAVÍN: *Igualdad de los Ciudadanos y Autonomías Territoriales*, 1992, Madrid, Editorial Civitas, pp. 135 y ss.) pero una interpretación que a mi juicio no fuerza en absoluto las cosas diría que la aplicación de las mismas normas jurídicas de ámbito estatal de forma diferente porque los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas mantienen jurisprudencias diferentes viola ese precepto de la Constitución.

miento (10). Y ello naturalmente no puede sino llevarnos a la conclusión de que tales sentencias son normas *vinculantes* (11).

Me gustaría ahora hacer una consideración sistemática a la vista del tenor literal del artículo 102.a).2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y del artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral. En ambos casos, en el primero explícita y en el segundo tácitamente, se excluyen del recurso de casación para la unificación de doctrina aquellos supuestos en los que quepa ya el recurso de casación ordinario. Esto sólo puede tener un significado comprensible: que el legislador supone que el recurso de casación común es ya un recurso de unificación de doctrina, con lo que las consideraciones que valen para éste valdrían igualmente para todos los recursos de casación: el carácter vinculante de su doctrina y la eventual posibilidad de prevaricar al ignorarla a sabiendas o por ignorancia inexcusable.

Tengo que decir que estas conclusiones no se derivan solamente del análisis más o menos exhaustivo de preceptos legales positivos, sino de reflexiones que tienen también que ver con un rasgo estructural del sistema jurídico. Me refiero a la estructura jerárquica de la organización de los tribunales, que no se entiende muy bien si se excluye la vinculatoriedad de las interpretaciones (y no sólo de los fallos particulares) emitidas por los órganos superiores. Entre nuestros trabajos colectivos de Bielefeld se encuentra uno sistemático de Michele Taruffo que establece una seria asociación entre la existencia del precedente y la estructura jerárquica del poder judicial. Esto podría pensarse que nos lleva solo a la conclusión de que allí donde hay precedente tiene que haber siempre una jerarquía de órganos judiciales. Pero yo quiero ir más allá y argumentar por el camino de vuelta, es decir, afirmar también que donde hay jerarquía judicial tiene que haber un principio de aceptación del precedente. Porque, en efecto, ¿cuál puede ser el fundamento de tal jerarquía? Sólo uno: que el sistema de recursos consecutivos extrema la probabilidad de que el caso sea decidido con justicia material y formal. Pero si pensamos eso ¿cómo podemos pensar que la solución de casos iguales a ése en sus aspectos relevantes pueda quedar al mejor juicio de un órgano inferior, al margen de lo decidido en ese caso por la última instancia?

(10) Incluso me atrevería a decir que el comportamiento de dicho órgano judicial puede describirse como el de «dictar sentencia o resolución injusta», sea esta «a sabiendas» o «por imprudencia grave o ignorancia inexcusable». Es decir, me atrevería a decir que tal órgano judicial *prevarica* (arts. 446 y 447 del Código Penal).

(11) No es ocioso recordar ahora que los recursos de casación en interés de la ley se interponen con poca frecuencia y encuentran no pocos obstáculos para su admisión. Sería de desear que esta actitud de los órganos públicos legitimados para interponerlos y de las Salas que han de admitirlos cambiara profundamente. En cuanto a los recursos para la unificación de doctrina, en la Sala Tercera ingresan muy pocos (y terminan por sentencia todavía menos), mientras que en la Sala Cuarta ingresan con mucha más fluidez, y la doctrina del Tribunal en materia social se está transformando en una eficaz herramienta de regulación de conflictos.

Todas estas reflexiones tienen que ver con lo que se llama el precedente entendido en sentido «vertical». Respecto de él sólo quisiera añadir ahora una consideración más: en el ordenamiento jurídico español no sólo se ha introducido explícitamente en materia de jurisdicción constitucional. También la Unión Europea nos depara la oportunidad de contar entre nuestros procedimientos con uno que establece la vinculatoriedad de las decisiones interpretativas de la Corte Europea sobre todos nuestros órganos judiciales. Esto deja a la doctrina tradicional en la no muy cómoda situación de explicar cómo el Tribunal Supremo, que según la Constitución es «el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123), resulta sin embargo ser el único cuya jurisprudencia no es vinculante en un sentido claro y decidido.

Pero analicemos ahora el llamado precedente en sentido «horizontal». En este sentido, el precedente puede referirse a la vinculatoriedad de la doctrina entre órganos judiciales del mismo rango, que es supuesto que se da raramente (12), o puede referirse al llamado «autoprecedente», es decir, a la vinculatoriedad del precedente del mismo órgano judicial en casos ulteriores relevantemente iguales. Sólo de ésta me voy a ocupar aquí. Antes de hacerlo, sin embargo, quiero comentar brevemente un punto que tiene que ver con la relación horizontal entre dos decisiones. Me refiero a la idea extendida en la doctrina y aceptada en nuestro ordenamiento de que para que exista «jurisprudencia» o «doctrina legal» es necesario que haya al menos dos decisiones coincidentes. Esto es lo que se llama «reiteración» de doctrina y es lo que determina, al parecer, que pueda hablarse de «jurisprudencia» en ese sentido técnico. Pero ¿por qué dos o más sentencias? Alguna vez se ha aventurado la respuesta de que se trata simplemente de subrayar el aspecto «consuetudinario» de esa doctrina, para así poder considerarla como fuente. Esto, sin embargo, resulta extremadamente artificioso. Una respuesta más plausible me parece aquella que han mantenido algunos teóricos de los sistemas del *common law*, y que dice que sólo a través de la segunda sentencia podemos aislar e identificar con precisión la *ratio decidendi* del caso de entre las muchas razones y argumentaciones que confluyen para dar una determinada solución. Esto parece aceptable porque mientras que cualquier decisión anterior podría operar como «precedente» en sentido estricto, sólo cuando tenemos más de una decisión podemos definir cuál es realmente la norma creada por la jurisprudencia. Ello nos permitiría distinguir con claridad la *ratio decidendi* de los *obiter dicta*. El requisito de la reiteración no sería por tanto lo que da la fuerza normativa al precedente, sino un importante rasgo *identificador* de dicho precedente.

(12) Cfr. sin embargo sir RUPERT CROSS: *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press. Ed. 1991, pp. 6, 119 y 120 y J. W. HARRIS: *Legal Philosophies*, London, Butterworths, 1980, pp. 156-171. Debo esta precaución a Alfonso Ruiz Miguel.

Pero pasemos ya al análisis de la posición actual sobre el precedente horizontal, que en una gran medida ha sido obra del Tribunal Constitucional. Esa creación del Tribunal ha sido objeto ya de algunos interesantes trabajos doctrinales (13) y puede decirse que se encuentra hoy ante serios interrogantes. Lo que se entiende aquí por precedente horizontal es simplemente la observancia de las decisiones previas de un mismo órgano jurisdiccional ante supuestos sustancialmente iguales. El Tribunal Constitucional ha mantenido que, en estos supuestos, el cambio caprichoso o infundado de sentido en las decisiones atenta contra el principio constitucional de igualdad. Para ello, acuñó en su momento la expresión «igualdad en la aplicación de la ley». El primer interrogante que suscita este tratamiento del problema es precisamente el de si lo que nos sale al paso aquí es en realidad un problema de igualdad u otra cosa. Podría afirmarse que el hecho de que dos decisiones consecutivas sean coincidentes no dice nada sobre la protección de la igualdad que tales decisiones consiguen. Dos decisiones desiguales similares cumplen con las exigencias del precedente y violan la igualdad. De hecho, cabe conjeturar quizá que el Tribunal Constitucional ha apelado al principio de igualdad del artículo 14 para poder abrir una vía de amparo contra ciertas resoluciones judiciales, pero que el precepto que en realidad está protegiendo oblicuamente con su jurisprudencia es el 9.3, en lo que se refiere a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, porque, en efecto, dos sentencias consecutivas distintas sobre casos sustancialmente iguales pueden ser perfectamente un caso de arbitrariedad o, lo que es lo mismo, de irracionalidad en la aplicación de la ley (14). Pero el interrogante mayor que ha abierto la doctrina del Tribunal Constitucional desde su sentencia 49/1982, que inaugura esta línea jurisprudencial, se ha producido por lo que se han llamado «autoinhibiciones» (Ollero) o incluso «claudicaciones» (Xiol) del propio Tribunal ante la eventualidad de tener que entrar a analizar el contenido de las resoluciones judiciales recurridas para sentar la consecuencia de que un fallo que se separa del precedente estaba insuficientemente motivado. Aquí el Tribunal ha retrocedido patentemente, quizá en un esfuerzo por no rebasar los límites del artículo 161.1 de la Constitución, de cuya lectura textual parece desprenderse que no se le atribuyen competencias para corregir resoluciones judiciales, salvo, naturalmente, que conculquen derechos fundamentales. Esto puede ser sometido a debate, pero en todo caso lo que es indudable es que esas llamadas «claudicaciones» o «autoinhibiciones» han dado como resultado que la doctrina del Tribunal al respecto se haya minimizado tanto que prácticamente ha acabado por identificar la exigencia de motivación del cambio de criterio con la exigencia de motivación sin más, lo que

(13) GASCÓN ABELLÁN, Marina: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993; OLLERO TASSARA, Andrés: *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, CEC, 1989; XIOL RIUS, Juan Antonio: «El precedente judicial en nuestro Derecho: una creación del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, núm. 3, 1986.

(14) Cfr. MARINA GASCÓN, *ob. cit.*, pp. 94 y ss.

ha hecho casi desaparecer la idea de que el Tribunal había inaugurado la institución del autprecedente en España.

Lo que ello pone de manifiesto es el problema, no sé si bien o mal resuelto o sencillamente no resuelto, de las mas importantes relaciones entre el poder judicial y la jurisdicción constitucional. No vamos a entrar obviamente aquí en tal problema; lo único que quiero subrayar es que se trata de *ese* problema, y no de otro problema. Lo digo porque me parece que aquí el Tribunal Constitucional ha cometido a veces un error de bulto para tratar de escapar a esa disyuntiva que le planteaba su propia doctrina sobre la igualdad en la aplicación de la ley. Ha afirmado, haciéndose eco de un prejuicio muy extendido, que corregir resoluciones judiciales descendiendo a analizar la solidez de sus motivaciones *atentaría contra la independencia judicial*. Y esto me parece un serio error, que es el que quiero considerar ahora.

Creo haber detectado en parte de la doctrina y también en círculos profesionales la peregrina idea de que el sometimiento del juez a su propio precedente o al precedente de los órganos superiores es rechazable por dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, porque traería aparejada la consecuencia de una gran «rigidez», «esclerosis», «inmovilidad», etc., del sistema jurídico. Este argumento, del que solo me ocuparé brevemente, es simplemente erróneo. El grado de vinculatoriedad presente en cualquier sistema, incluso en el más caracterizado del *common law*, no excluye la posibilidad de modificación del propio precedente. Incluso en ordenamientos muy rígidos, como el de Nueva York, se habla de las posibilidades de separarse de él: derogándolo, modificándolo, distinguiéndolo, explicándolo e incluso –se dice– «obitereándolo». Todo eso no excluye la vinculación *prima facie* a su doctrina. Y, en todo caso, este argumento de la presunta rigidez y esclerosis del sistema del precedente no resulta muy sólido frente al sistema de Derecho legislado, porque no se advierte muy bien por qué el sometimiento a la ley no trae aparejada la misma rigidez (15). Pero lo que me interesa ahora es el segundo de esos argumentos, el que dice que el sometimiento del juez al precedente *atentaría contra la independencia judicial*. Confieso que no sé cómo ha sido posible que se extienda semejante idea.

Hay pocos casos en los que se advierta una tergiversación más constante de los términos de un problema que en este de la independencia judicial. No es cuestión de detenerse ahora en analizar ese principio y sus corolarios. Ya hay entre nosotros estudios serios y posiciones muy rigurosas (16). Baste decir que la independencia

(15) De hecho, es más bien lo contrario, como afirmó ya Kelsen: según él, el sistema de legislación centralizada tiene el inconveniente de la falta de flexibilidad y la ventaja de la seguridad jurídica, mientras que el sistema de decisión judicial es muy flexible pero inseguro. *Reine Rechtslehre*, cit. pp. 256-257. En realidad, esto es sólo convincente referido a la *freie Rechtsfindung*, como él se encargó de subrayar, pero no al precedente.

(16) La línea que arranca de IGNACIO DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 287 y ss. es, a mi juicio, seria y fecunda.

judicial no es sino un perímetro protector alrededor del juez frente a cualquier interferencia que amenace la aplicación de las normas del ordenamiento a *cada* caso concreto. Es decir, que lo que protege el principio de independencia judicial no es al juez, sino a la aplicación de las normas del ordenamiento sin distorsiones (17). Por eso, cuando alguien afirma que la vinculatoriedad del precedente es contraria a la independencia judicial, está presuponiendo ya que el precedente no es una de esas normas del ordenamiento que el juez debe aplicar, sino que es una suerte de presión externa que amenaza al proceso de aplicación. Pero esto es lo que los lógicos han llamado siempre petición de principio. Nadie afirma que el legislador atente contra la independencia judicial al crear una disposición legislativa, ni que el Gobierno lo haga al promulgar un decreto, ni que lo hagan los particulares al firmar un contrato cuyas cláusulas tienen fuerza de ley. Eso son simplemente las normas jurídicas que el juzgador debe aplicar. Y lo mismo sucede con el precedente judicial: lo que hay que discutir es si es o no es una de esas normas. Y si lo es, el juez debe aplicarla, y su independencia radica precisamente en que nadie pueda interferir ese proceso de aplicación desde una posición extranormativa. Mi opinión es que los precedentes interpretativos son normas jurídicas en ese sentido, y no he encontrado ninguna argumentación sólida que me haga reconsiderarla. La idea, que también se ha sugerido, de que la fuerza del precedente queda excluida por el artículo 12.3 de la LOPJ, que prohíbe a los jueces y tribunales dictar instrucciones generales o particulares dirigidas a sus inferiores sobre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico, no resiste el más mínimo análisis. Lo que ese precepto excluye es que los órganos judiciales, de cualquier clase que sean, puedan reunirse para crear normas vinculantes en forma de instrucciones generales o particulares al margen de un proceso concreto (18). Pero no excluye que los criterios interpretativos que los órganos judiciales superiores utilizan para resolver un caso tengan un alcance normativo que vaya más allá de ese caso. Si eso fuera lo que pretende ese precepto, la infracción de jurisprudencia sería ininteligible.

Esta posición tan decidida que se adopta aquí en favor del precedente tiene su razón de ser en la convicción de que su extensión y aplicación rigurosa en nuestro ordenamiento supondría una realización más avanzada de valores constitucionales como la seguridad jurídica, la certidumbre en la situación del justiciable y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (entre los cuales poderes públicos se encuentran, evidentemente, los jueces mismos). Y se basa también en el

(17) No creo que sea imposible reconstruir el instituto de la independencia judicial de un modo parecido a como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional con la inmunidad de los parlamentarios, es decir, no tanto como una suerte de privilegio personal o profesional cuanto como una garantía del funcionamiento limpio del proceso de interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

(18) Esto es lo que explica también que en el artículo 264 de la misma Ley, los magistrados de distintas Secciones que se reúnen para unificar criterios deban respetar la independencia de las Secciones «para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan». Naturalmente, porque en caso contrario se habrían reunido para dictar instrucciones vinculantes al margen de un caso.

convencimiento de que un sistema que desvincule al juez de las pautas jurisprudenciales precedentes tiende a producir irracionalidad en las decisiones, desorden en la aplicación imparcial del Derecho y muy poca justicia material. Creo, en efecto, que resistirse a ello es una manifestación más de esa peligrosa moda moderna, tan moderna que se repite incesantemente desde hace siglos, que vuelve a insistir en ofrecernos justicia material, prístina y superior, para nuestro caso particular, para cada uno de los casos particulares, con tal de que le permitamos abandonar la «meras» formas, el denostado «seco formalismo» externo que nos priva, presuntamente, de los frutos jugosos de la llamada «justicia del caso concreto» y de la equidad. Pero hay demasiados valores éticos y constitucionales en juego como para aceptar una apuesta basada solamente en la magia de palabras confusas.

En las investigaciones comparadas que estamos realizando, todos los países sin excepción argumentan en favor de una mayor o menor institucionalización del precedente con apelaciones, no sólo a valores jurídicos importantes, sino también a consideraciones de naturaleza instrumental. Los valores que en unos y otros casos se comparten como fundamento del uso vinculante del precedente son los de certidumbre, protección de la confianza, igualdad ante la ley, predecibilidad, unificación de pautas, universalizabilidad de las decisiones, solución estable de lagunas e indeterminaciones, estabilidad de las normas, imparcialidad judicial, etc. (19). Las consideraciones de carácter más instrumental tienen que ver con cosas tales como la eficiencia en la disminución de la litigiosidad, el ahorro de tiempo en la decisión, el ahorro de recursos, la simplificación del consejo para abogados y clientes, etc. Por lo que respecta a los valores mencionados, me parece que directa o indirectamente son también los que inspiran nuestra Constitución (seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, etc.), pero las consideraciones de índole instrumental también nos atañen hondamente: tenemos una litigiosidad enorme, una deplorable lentitud en la administración de justicia y un grado extraordinario de impredecibilidad en las actuaciones judiciales. Una de las preocupaciones más importantes del ciudadano es precisamente la situación del aparato judicial de adjudicación, y esa misma situación es la causante de un grado amplio de inseguridad, tanto en la convivencia como en el tráfico de bienes. La institución del precedente judicial vinculante (con todos los matices y adaptaciones que se quieran) puede ser un factor más a tener en cuenta para plantarle cara a estos problemas estructurales de nuestro ordenamiento. No, desde luego, el único, pero sí uno no poco importante. Creo que rechazarlo o ignorarlo por una simple cuestión doctrinal cuyos componentes distan de estar claros, cuando no son directamente interesados, puede suponer enajenarse un buen instrumento de protección de nuestros valores constitucionales.

(19) Cfr. un capítulo de nuestro libro colectivo: ZENON BANKOWSKI, NEIL MACCORMICK, LECH MORAWSKI, ALFONSO RUIZ MIGUEL: *Rationales for Precedent*.