

# AUTOPRECEDENTE Y CREACIÓN DE PRECEDENTES EN EL TRIBUNAL SUPREMO

Marina Gascón Abellán  
Universidad de Castilla-  
La Mancha, Ciudad Real,  
Castilla-La Mancha,  
Espanha.  
marina.gascon@uclm.es

## Self-precedent and creation of precedents in the Supreme Court

### RESUMO

Este trabajo pretende mostrar cómo el mejor o peor cumplimiento de la *regla del auto-precedente* en un Tribunal Supremo puede repercutir en la eficacia de su función de *creación de precedentes* para el resto de tribunales. Tras caracterizar el auto-precedente como una regla de la argumentación jurídica y analizar algunas cuestiones controvertidas relativas a su aplicación, el trabajo examina los diferentes grados en que puede ser cumplida. Se concluye que, en los Tribunales Supremos, el cumplimiento riguroso o máximo de la regla impacta positivamente en su función de creación de precedentes. Y no sólo porque ello potencia la *fuerza del precedente* que crean, sino también porque *facilita su individualización* a los órganos posteriores y contribuye así a su seguimiento uniforme. Palabras-clave: Precedentes, Tribunal Supremo, Argumentación Jurídica.

**Palabras clave:** Precedentes, Tribunal Supremo, Argumentación Jurídica.

### Abstract

This paper aims to show how the better or worse compliance to the *self-precedent rule* in a Supreme Court may have an impact on the efficacy of its function to *create precedents* to be followed by other courts. After characterizing the self-precedent as a rule of legal argumentation and analyzing some controversial issues concerning its application, the paper examines the different degrees in which it can be fulfilled. It is concluded that, in Supreme Courts, the strict or maximum compliance to the rule impacts positively on its function of creating precedents. And not only because it enhances the strength of the precedent created, but also because it facilitates its individualization for posterior instances, and thus contributes to its uniform following.

**Keywords:** Precedents, Supreme Courts, Legal Argumentation.

Autora convidada.

## 1. PRECEDENTES

En el lenguaje jurídico el término precedente se usa para designar el *criterio o razón jurídica* en el que se funda la decisión judicial adoptada en un caso anterior sustancialmente igual al que debe decidirse ahora. El precedente, pues, hace referencia no propiamente al caso ni a la decisión provista para el mismo sino al criterio o regla ofrecido para apoyar esa decisión: *la ley del caso*<sup>1</sup>. Ello significa que en una determinada sentencia no constituye precedente cualquier afirmación contenida en ella sino exclusivamente su *ratio decidendi*. En cambio cualquier otra consideración jurídica realizada en la sentencia que no haya sido necesaria para adoptar esa decisión es un *obiter dictum* y no cuenta como precedente. De hecho, uno de los problemas prácticos más comunes que presenta el seguimiento de precedentes es precisamente la dificultad para distinguir, dentro del discurso que constituye la fundamentación o motivación de una decisión concreta, la *ratio decidendi* de los *obiter dicta*.

Naturalmente si puede hablarse de precedentes en un sentido relevante es porque les atribuimos alguna capacidad de influencia en las resoluciones judiciales posteriores: bien porque *tienen que ser seguidos* por los jueces que en el futuro deban resolver casos sustancialmente iguales (precedente vinculante); o bien porque, aunque no exista obligación de seguirlos, *hay buenas razones* para tomarlos en consideración (precedente persuasivo). No es infrecuente aludir a la existencia de precedentes vinculantes como uno de los rasgos distintivos de los sistemas de *common law* frente a los de *civil law*, donde los jueces -se sostiene- actuarían vinculados a la ley y los precedentes judiciales tendrían, a lo sumo, un carácter meramente persuasivo. Pero un análisis más cuidadoso revela que las cosas no son exactamente así. Salvo que se opte por una reconstrucción tan simplista como ficticia de la tarea judicial de aplicación del derecho, no cabe decir, sin más, que en los sistemas de *civil law* los precedentes carezcan de valor<sup>2</sup>; como tampoco cabe decir, por cierto, que en

<sup>1</sup> Por supuesto no todo el mundo piensa lo mismo. Grant Lamond, por ejemplo, entiende que los precedentes no crean reglas; y, más concretamente, que el *common law* no puede ser entendido como un sistema de adopción de decisiones basadas en reglas sino como un sistema de adopción de decisiones caso-por-caso, y que la doctrina del precedente gobierna esta adopción de decisiones exigiendo a los jueces y tribunales que entiendan que los casos anteriores han sido correctamente decididos (LAMOND, 2005, p. 1-26).

<sup>2</sup> La relevancia del precedente es una nota común a la mayoría de los sistemas, no sólo a los de *common law* (MaCCORMICK y SUMMERS, 1997).

**La eficacia del precedente se expresa más bien en un *continuum* que depende de la mayor o menor fuerza que se atribuya a las razones para seguirlos.**

los sistemas de *common law* la fuerza vinculante del precedente sea absoluta y la “vinculación a la ley escrita” ocupe un lugar totalmente secundario o marginal<sup>3</sup>. Los precedentes, en ambos sistemas, se insertan en el proceso de razonamiento judicial como elementos que justifican la respuesta jurídica al caso<sup>4</sup>. Forman parte de las *razones* para decidir el caso. Por eso no tiene mucho sentido hablar de precedentes de eficacia estrictamente vinculante y precedentes de eficacia meramente persuasiva. La eficacia del precedente se expresa más bien en un *continuum* que depende de la mayor o menor fuerza que se atribuya a las razones para seguirlos.

Si dejamos al margen los supuestos en que es la propia ley la que establece la vinculación de un cierto tipo de precedentes, la fuerza de las razones para seguir un precedente está directamente relacionada con la *autoridad del órgano* del que emana, lo que dependerá no sólo de su posición institucional en el sistema de organización judicial, sino también de las competencias o funciones que desempeñe y de la calidad argumental de sus decisiones<sup>5</sup>. Pero además es evidente que el seguimiento de precedentes promueve importantes valores (la *igualdad formal*, puesto que los casos iguales serán tratados de manera igual; la *certeza y estabilidad* del derecho, lo que entre otras cosas significa que los ciudadanos pueden prever o anticipar la respuesta que probablemente recibirá su caso<sup>6</sup>; e incluso el *ahorro de tiempo al tribunal*, porque el caso ya cuenta con una solución jurídica que no necesitará ser de nuevo argumentada), y por lo tanto las razones para seguir los precedentes serán más fuertes cuanto mayor sea la importancia que se conceda al logro de esos valores.

De todos modos, mientras que pueden hallarse diferencias sustanciales entre los sistemas jurídicos en lo referente al papel y al alcance de la vinculación al precedente vertical (el que procede de

<sup>3</sup> TARUFFO, 1996, pp. 59-62.

<sup>4</sup> Leonor Moral también sitúa el estudio del precedente en el discurso del razonamiento jurídico. Me parece acertado este enfoque, que se aparta así del tradicional, pero estéril, análisis desde la teoría de las fuentes del derecho (MORAL, 2002).

<sup>5</sup> MORAL, 2002, cap. III; BUSTAMANTE, 2016.

<sup>6</sup> Este rasgo del seguimiento de precedentes ha sido clásicamente destacado: cuando una decisión anterior ha sido reflexivamente adoptada y suficientemente fundada —afirmaba James Kent exponiendo la cultura del precedente en el derecho americano— “the community have a right to regard it as a just declaration or exposition of the law, and to regulate their actions and contracts by it. It would therefore be extremely inconvenient to the public if precedents were not duly regarded, and implicitly followed” (KENT, 1867, p. 519).

un órgano judicial de nivel superior<sup>7</sup>), no cabría en cambio trazar ninguna diferencia relevante referida a la naturaleza y alcance de la vinculación al propio precedente. Ello es así porque –como sostendré aquí– la vinculación al propio precedente (o *regla del autoprecedente*, como la denominaré<sup>8</sup>), a diferencia del precedente vertical, constituye esencialmente un instrumento contra la arbitrariedad; una regla argumentativa en garantía de la racionalidad que es consustancial a la actividad judicial, independientemente de las particularidades del sistema jurídico en que dicha actividad se desarrolla<sup>9</sup>.

En lo que sigue centraré justamente mi atención en la *regla del autoprecedente*. Primero (*epígrafe 2*) sostendré que dicha regla puede (y debe) ser entendida como una regla de la argumentación jurídica que garantiza la racionalidad de las decisiones judiciales, e identificaré las implicaciones que derivan de esta caracterización de la misma. Después (*epígrafe 3*) analizaré algunas controversias relativas a su aplicación. Finalmente (*epígrafe 4*) examinaré cómo, en los tribunales de casación, el riguroso cumplimiento de la regla puede impactar positivamente en su función de creación de precedentes para el resto de tribunales.

## 2. RESPETO AL PROPIO PRECEDENTE Y UNIVERSABILIDAD

### 2.1 La proyección del principio de universalidad en la actuación de jueces y tribunales: la regla del autoprecedente

1. La vinculación al propio precedente representa una implicación más de la proyección de la máxima kantiana de *universalidad* en el discurso jurídico de los jueces y tribunales. En una de sus formulaciones más extendidas dicha máxima – recordémoslo – establece que *debemos*

<sup>7</sup> Del mismo modo que existen también notables diferencias entre el sistema del precedente vertical en el *Common law* inglés y el vigente en el *Common law* norteamericano (ITURRALDE, 1995).

<sup>8</sup> Por regla general, para referirse al precedente propio suele hablarse de “precedente horizontal” o *stare decisis* horizontal (GOLDSTEIN, 1991; MAGALONI, 2001; SODERO, 2004). Sin embargo estimo preferible hablar de “autoprecedente” para referirme a él, por una doble razón. Primero porque la expresión sugiere muy claramente –y me parece que más claramente que la expresión “precedente horizontal”– la vinculación al propio precedente. Y segundo porque considero interesante mantener también un espacio terminológico autónomo (“precedente horizontal”) para los precedentes, generalmente de fuerza sólo persuasiva, que provienen de un juez o tribunal homólogo.

<sup>9</sup> En el mismo sentido se expresa Silvia Díez, alegando que la infracción de esta regla atenta contra la más elemental idea de justicia: “los precedentes –dice la autora– también deben seguirse aunque no exista una regla específica que lo exija en los países del *Civil law*”. Por eso esta doctrina “tendría cabida en la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno” (DÍEZ, 2008, p. 108).

**Salta a la vista que la universalidad es un principio extremadamente formal, pues no proporciona una pauta sustantiva de actuación sino que sólo indica que, sea cual sea el criterio de decisión elegido, debemos estar dispuestos a usarlo en todos los casos iguales.**

*actuar siempre conforme a un criterio que, por considerarlo correcto, queremos ver convertido en ley universal*<sup>10</sup>. Expresa, pues, un principio fundamental del razonamiento práctico que responde a la exigencia de tratar igual lo que es igual y que pocos negarán: una decisión práctica no universalizable no resulta moralmente aceptable. Y siendo el razonamiento jurídico un tipo especial de razonamiento práctico, este principio se proyecta también en él, exigiendo a los jueces y tribunales *resolver una controversia específica conforme a aquel criterio jurídico que (por considerarlo correcto) estén dispuestos a usar en futuros casos iguales*. La vinculación al propio precedente es un corolario de esta exigencia: podemos suponer que el juez actúa conforme a la máxima universalizadora si adopta su decisión siguiendo el criterio precedentemente usado.

Salta a la vista que la universalidad es un principio extremadamente *formal*, pues no proporciona una pauta sustantiva de actuación sino que sólo indica que, sea cual sea el criterio de decisión elegido, debemos estar dispuestos a usarlo en todos los casos iguales. Pero es precisamente su carácter formal lo que lo hace particularmente adecuado para disciplinar decisiones jurídicas discrecionales; o sea, las que se adoptan cuando el juez se enfrenta a una pluralidad de soluciones viables. En estos casos, cuando no disponemos de reglas que indiquen de modo concluyente cuál es la respuesta que debe recibir un problema práctico, cuando el conjunto de los materiales jurídicos no garantiza la anhelada solución correcta, la universalidad kantiana viene a representar “casi” la última garantía de racionalidad<sup>11</sup>, exigiendo que esa respuesta correcta exista al menos para cada juez o tribunal. Este es el gran aporte de la universalidad en el razonamiento judicial: aunque en el ordenamiento no exista una única respuesta correcta descubrible de igual forma por cualquier juez o tribunal, el principio de universalidad exige suponer que dicha

<sup>10</sup> Como es bien conocido, una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano dice así: “obra según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal” (KANT, 1785, p. 92).

<sup>11</sup> “Casi”, porque también existen otros criterios de racionalidad que habría que atender. Singularmente que la decisión sea *consistente y coherente* con los principios del sistema y con el resto de las decisiones adoptadas, o que las *consecuencias* de la misma resulten aceptables y no pongan gravemente en peligro bienes y estados de cosas que se consideren valiosos. Tales principios, junto con el de la universalidad, son propuestos por ejemplo por Neil MacCormick como criterios generales de racionalidad de las decisiones adoptadas para los problemas prácticos y jurídicos (MACCORMICK, 1978, cap. V).

respuesta correcta sí existe para cada juez o tribunal individualmente considerado, que por consiguiente ha de estar dispuesto a argumentar en ese sentido. Por eso, en realidad, la universalidad es un *principio de la argumentación racional* que tiene por objeto *evitar la arbitrariedad* en el ámbito de las decisiones *discrecionales*. Su proyección en el razonamiento judicial significa que el buen juez es “aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”<sup>12</sup>.

Y al respecto una observación. Precisamente porque el espacio natural del principio de universalidad es el de las decisiones discrecionales, ese principio deja de tener sentido allí donde *institucionalmente* se instaura una única respuesta correcta. Esto es lo que ocurre cuando en el ordenamiento se establecen mecanismos de unificación jurisprudencial que culminan en un tribunal superior (o sea, cuando existe un precedente vertical vinculante): aquí la respuesta correcta existe, y es precisamente la que ofrece ese tribunal superior cuyo precedente vincula a los demás órganos. Por eso en estos casos carece de sentido someter a los jueces y tribunales inferiores a la observancia de la máxima universalizadora, pues su actuación no es discrecional: si la respuesta correcta existe lo que debe hacer el juez es ajustarse a ella. En cambio sí es necesario que el tribunal superior se guíe por esta máxima, a fin de garantizar que, en la determinación de “la respuesta correcta” que vinculará al resto de tribunales, su actuación sea racional. Brevemente: en estos supuestos los tribunales inferiores actuarán bien si siguen el precedente del tribunal superior; el tribunal superior actuará bien si respeta el principio de universalidad.

2. Que la universalidad es un principio de la argumentación racional es algo que ha sido defendido por algunos de los más insignes representantes de la teoría de la argumentación jurídica. Robert Alexy la vincula expresamente a una de las reglas básicas del discurso práctico general, aquella según la cual “todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar también F a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> PRIETO, 1991, p. 188.

<sup>13</sup> ALEXY, 1978, pp. 301-302.

**La caracterización de la regla del autprecedente que acaba de ofrecerse significa, en primer lugar, que existe una notable diferencia entre el sentido de esta regla y el *stare decisis* vertical.**

En el mismo sentido Aulis Aarnio sostiene que “un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no esté dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares”<sup>14</sup>. Y también para Neil MacCormick la universalidad, en el sentido indicado, es uno de los requisitos que debe superar la argumentación jurídica en los casos difíciles.

Es precisamente este último autor quien, en mi opinión, ha dado la explicación más ajustada de la proyección del principio de universalidad en el razonamiento judicial, poniendo de relieve que la vinculación al propio precedente es una implicación más del mismo. La universalidad – según MacCormick – exige a los jueces y tribunales tomar sus decisiones con una doble mirada: 1º *looking back* (mirando al pasado), lo que supone respetar su propio precedente; y 2º *looking forward* (mirando al futuro), lo que supone aplicar en todo caso un criterio universalizable. Implica, pues, que el criterio utilizado para resolver un caso ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior, *pero también y sobre todo* el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros similares<sup>15</sup>. En esto consiste la doble y complementaria faceta que representa el núcleo del principio de universalidad en el razonamiento jurídico: “la decisión adoptada en un caso constituye una buena razón para reiterarla en otro supuesto análogo, y la decisión del presente debe tomarse teniendo en cuenta el futuro, es decir preguntándose si la misma puede valer como criterio general”<sup>16</sup>.

En adelante voy a denominar *regla del autprecedente* a esa caracterización (a lo MacCormick) de la vinculación al propio precedente como expresión de la máxima universalizadora; o sea, como *corolario de la obligación de adoptar una resolución universalizable*, válida para todos los supuestos sustancialmente iguales. Así caracterizada, esta regla implica tres cosas importantes que deben ser enfatizadas.

## **2.2 Implicaciones de la regla del autprecedente.**

### *1. La regla del autprecedente es un criterio de racionalidad (...)*

La caracterización de la regla del autprecedente que acaba de ofrecerse significa, en primer lugar, que existe una notable diferencia

<sup>14</sup> AARNIO, 1991, p. 256.

<sup>15</sup> MACCORMICK, 1978, p. 97.

<sup>16</sup> PRIETO, 1992, p. 165.

entre el sentido de esta regla y el *stare decisis* vertical. Este último *indica cuál ha de ser el criterio* para resolver un caso (la “respuesta correcta”) y por eso, allí donde opera, no existe diferencia entre “seguir la ley” y “seguir el precedente”<sup>17</sup>. De hecho podría decirse que la vinculación al precedente vertical cumple la misma función que la vinculación a la ley: hacer que los casos se resuelvan conforme a un parámetro jurídico preconstituido; o sea, el principio del *rule of law and not of men*, o del estado de derecho. El autoprecedente, por el contrario, equivale a la observancia del principio de universalidad por cada juez o tribunal concreto, y lo que exige a estos no es tanto seguir un criterio anterior (que puede no existir) cuanto que dicten una resolución basada en un criterio generalizable, un criterio que en principio estarían dispuestos a seguir siempre y desearían que siguiesen los demás. Es decir, mientras el precedente vertical nos ofrece una *pauta sustantiva* para resolver un caso (justamente la adoptada precedentemente), la regla del autoprecedente suministra un *criterio de racionalidad* sobre el modo de resolver el caso cuando no disponemos de una pauta sustantiva concluyente o esta resulta discutible. La regla del autoprecedente expresa, en suma, un *principio de la argumentación racional* en el ámbito de las decisiones discrecionales: solo será racional aquella decisión que, por entenderse correcta, el juez estaría dispuesto a adoptar en el futuro en todos los casos semejantes. Y la vinculación del juez a su propio precedente es un reflejo de la racionalidad (o universalidad) de su decisión.

## 2. (...) que no impide abandonar el precedente

La caracterización de la regla que hemos hecho entraña que esta *no impide el overruling*<sup>18</sup>. Al contrario, es precisamente el cumplimiento del principio de universalidad – que es el corazón de la regla – lo que acarrea en muchos casos el abandono del precedente. Así sucede, por ejemplo, cuando se piensa (y puede sostenerse cabalmente) que el precedente era *erróneo*, porque el derecho no se interpretó bien o no se aplicó bien, y que por consiguiente es necesario sustituirlo por

<sup>17</sup> WRÓBLESKI, 1990, pp. 747 ss.

<sup>18</sup> Lo que hace esta regla –dice Francisco Laporta– es imponer sobre el juzgador la obligación de atenerse a pronunciamientos anteriores “si no observa una razón relevante para modificarlos” (...) Los precedentes, como razones para decidir, “entran en el campo de juego de las razones, y pueden ser argumentados y, en último término, abandonados” (LAPORTA, 2009, p. 34 y 37).

**El derecho, incluso en las concepciones más netamente normativistas, es un instrumento de resolución de conflictos, y la adaptación del precedente a la cambiante realidad sobre la que se proyecta se conecta con esa finalidad práctica del derecho**

el criterio que ahora se estima correcto<sup>19</sup>. Pero así sucede también cuando el precedente *ya no se considera adecuado*, bien porque ha cambiado el contexto normativo global en el que se inserta el derecho a aplicar<sup>20</sup>, o bien porque han cambiado las circunstancias o las valoraciones sociales que justificaban aquel criterio jurídico<sup>21</sup>; de hecho este es precisamente el sentido de la *interpretación evolutiva*. El derecho, incluso en las concepciones más netamente normativistas, es un instrumento de resolución de conflictos, y la adaptación del precedente a la cambiante realidad sobre la que se proyecta se conecta con esa finalidad práctica del derecho<sup>22</sup>. Sin esta posibilidad de constante adaptación de los precedentes el derecho no podría cumplir sus fines prácticos esenciales.

Ahora bien, cambiar (o adaptar) el propio precedente no es algo que pueda hacerse sin más, sino que *conlleva una carga de argumentación*<sup>23</sup> que exige a mi juicio no sólo la *explicación ordinaria de las razones* que fundamentan la nueva decisión, sino también una exigencia suplementaria de *justificación del abandono del criterio anterior* que ha de venir orientada justamente por la universalidad, y que consiste en acreditar que el nuevo criterio es el que, por estimarse correcto (o más correcto que el anterior), se está dispuesto a usar en el futuro. Esta justificación conforme a la universalidad resulta esencial, pues

<sup>19</sup> De esta rotunda y clara forma expresaba Thomas Hobbes esta idea: si un juez entiende que el criterio que ha usado precedentemente es errado y “encuentra más de acuerdo con la equidad dar una sentencia contraria [a él], está obligado a hacerlo. Ningún error humano se convierte en ley suya, ni le obliga a persistir en él” (HOBBS, 1940, p. 227). Y así afirmaba también la Corte de Apelación de Pennsylvania: “Nunca hemos pensado que debemos consagrar las equivocaciones de quienes estuvieron antes que nosotros, y tropezar una y otra vez en el mismo sitio donde tropezaron ellos”, *McDowell v. Oyer 21 Pa 417, 423* (1853).

<sup>20</sup> Este es el sentido de la observación de LARENZ (1994, p. 430): “el juez no debe aceptar (...) ciegamente el precedente. No sólo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta, o un desarrollo del derecho no suficientemente fundamentado, o si la cuestión *rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico*” (*cursiva añadida*).

<sup>21</sup> Carlos BERNAL (2012, p. 53) subraya también estas circunstancias como motivo para el *overruling*.

<sup>22</sup> AHUMADA, 2003, p. 353.

<sup>23</sup> Este aspecto de la carga de la argumentación fue subrayado por PERELMAN (1970, pp. 142 ss) al explicar el *principio de inercia*, según el cual una solución adoptada en alguna ocasión permanecerá en el futuro, y no puede abandonarse sin una explicación suficiente de los motivos. En el mismo sentido ALEXI (1978, p. 265) sostiene que la apelación a una praxis preexistente no necesita justificación alguna pero <<quien quiera apartarse de un precedente asume la *carga de la argumentación*>>; esta es una de las principales reglas sobre el uso de precedentes. Y AARNIO (1991, p. 260) también piensa que “no es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaeciente”, por lo que “necesariamente un cambio en la situación dominante tiene que ser justificado”.

es la única forma de disipar las dudas que pudieran existir sobre la arbitrariedad de la nueva decisión, o de evitar pensar que *ésta se ha tomado descuidadamente, ignorando la existencia de un criterio precedente distinto*. Por lo demás es evidente que la necesidad de justificar una decisión *overruling* se hace más intensa cuando el precedente ha gozado de una sólida justificación. Si un precedente consolidado se ha adoptado tras una ardua deliberación y con una sólida argumentación hay una presunción a favor de su corrección, y por lo tanto no puede abandonarse sin un especial esfuerzo argumentativo.

Y al respecto una observación. El abandono injustificado o arbitrario del propio precedente no solo se produce cuando tienen lugar virajes jurisprudenciales sin justificación suficiente. Se produce también cuando, en un caso puntual, se usa un artificioso *distinguishing* para eludir la aplicación del precedente en ese caso.

Mediante el *distinguishing* se pone de relieve que, a pesar de las semejanzas entre el caso presente y el precedente, hay diferencias relevantes entre ellos que impiden su asimilación. Por consiguiente no constituye en sentido estricto una separación del precedente. Cuando se usa se está indicando que no concurren los elementos precisos para hablar de precedente: casos diferentes requieren soluciones diferentes. Sin embargo no puede ignorarse que el *distinguishing* es también un poderoso instrumento que permite al juez eludir el seguimiento de un precedente que, de no ser por eso, debería seguir<sup>24</sup>. No es difícil conseguir esto: solo es necesario mantener que el caso actual es lo bastante diferente del anterior como para que esté justificado no seguir el precedente sentado en aquella decisión. Obviamente esta actuación es reprobable, pues se mantiene el precedente pero al propio tiempo se elude su aplicación en el caso, lo que sugiere que la decisión puede estar basada en motivos *ad personam* o en todo caso inaceptables. Por eso, si quiere evitarse que el *distinguishing* sea utilizado para esquivar la obligación de seguir el precedente, habrá que exigir que esté suficiente y cabalmente motivado.

En resumen, la vinculación al propio precedente no es inexorable: es perfectamente posible que un tribunal abandone su propio precedente. Pero el abandono del precedente no puede hacerse sin más, sino que ha de estar guiado por el principio de universalidad.

<sup>24</sup> ZANDER, 1989, p. 257.

**Que la regla del autoprecedente vincula a todos los tribunales debería resultar claro, pero no está de más insistir en ello, pues algunos tribunales superiores no parecen sentirse muy preocupados por sus propias decisiones anteriores.**

Por consiguiente el cambio del precedente solo estará justificado cuando se acredite que el anterior criterio era erróneo o inadecuado y que el criterio actual es en cambio el correcto y el que, por ello, se usará en el futuro.

### 3. (...) y que vincula a todos los jueces y tribunales (...)

Por último, siendo básicamente una regla argumentativa que garantiza la racionalidad, la regla del autoprecedente *se impone a todos los jueces y tribunales*: no solo a los inferiores sino también (y diría que especialmente) a los superiores. Es más, a veces los tribunales inferiores no están vinculados por la regla del autoprecedente pero los superiores lo están siempre. Esto es lo que ocurre –ya se dijo antes (2.1, 1)- cuando existe un precedente vertical vinculante. En estos supuestos los tribunales inferiores actuarán bien si siguen el precedente del tribunal superior; el tribunal superior actuará bien si sigue la regla del autoprecedente.

Que la regla del autoprecedente vincula a todos los tribunales debería resultar claro, pero no está de más insistir en ello, pues algunos tribunales superiores no parecen sentirse muy preocupados por sus propias decisiones anteriores. Y no solo por la cuestionable frecuencia con que se apartan de su línea jurisprudencial anterior, sino también por la deficitaria justificación que de ello ofrecen: muchas veces con una motivación que no se ajusta a las exigencias de la universalidad; y otras directamente “no motivando”, aunque considerando, eso sí, que hay una motivación implícita o no expresa que se deduce de la sentencia. Las decisiones *overruling* frecuentes, arbitrarias o sin una justificación adecuada que cumpla la universalidad son siempre peligrosas, pero lo son mucho más cuando las lleva a cabo un alto tribunal.

El peligro señalado es especialmente grave cuando es un tribunal constitucional el que practica el *overruling* con demasiada alegría, y no sólo por la racionalidad que se espera de sus decisiones sino también por las negativas consecuencias que ello tiene en la función de creación de precedentes constitucionales que le es propia. Por eso creo que tenía razón H. Campbell Black cuando afirmaba que “el principio de *stare decisis* se impone con especial fuerza a la interpretación de constituciones, y una interpretación que fue adoptada conscientemente a partir de las disposiciones de tal

instrumento no debería ser abandonada sin importantes razones”<sup>25</sup>. Y aún cabría añadir algo más: la regla del autoprecedente vincula especialmente a los tribunales constitucionales habida cuenta del particular espacio de discrecionalidad que caracteriza la interpretación de un texto tan abierto e indeterminado como es una constitución. Por eso la creación de un precedente constitucional, y más aún el abandono del mismo, requiere siempre una esmerada justificación: explícita, clara y especialmente intensa.

Por lo demás, siendo una regla de la argumentación racional, el autoprecedente se impone *con independencia de cualquier previsión legal al respecto*: no es necesario su reconocimiento explícito. Lo que naturalmente no significa que no pueda encontrar algún respaldo en el sistema normativo. Esto es, por ejemplo, lo que ha sucedido en España, donde el Tribunal Constitucional ha juridificado esta regla haciendo de su seguimiento una exigencia de constitucionalidad. Es verdad que la caracterización del autoprecedente como garantía de racionalidad haría esperar que su articulación jurídica se hubiera vinculado a “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” que contempla el artículo 9.3 de la Constitución. Sin embargo el Tribunal ha preferido configurarla como una exigencia de la “igualdad en la aplicación de la ley”, haciendo así de su infracción un motivo para el amparo constitucional<sup>26</sup>.

En resumen, la regla del autoprecedente representa la proyección del principio de universalidad en la actuación de jueces y tribunales y se traduce en la *exigencia de seguir el propio precedente pero sobre todo de resolver conforme a un criterio universalizable*. Por tanto dos situaciones pueden darse: 1) que no exista un precedente, en cuyo caso la regla exige decidir *ex novo* conforme a un criterio generalizable; 2) o que exista un precedente, en cuyo caso la regla impone dos obligaciones alternativas: o bien seguir el precedente (por entender que éste es correcto); o bien, si se abandona (por entender que es incorrecto o inadecuado), justificar que el abandono cumple el principio de universalidad. Se trata, pues, de una regla de la argumentación racional (especialmente intensa cuando existe una fuerte discrecionalidad interpretativa) que se impone a todos los tribunales y que no impide abandonar el precedente.

<sup>25</sup> BLACK, 1911, p. 44.

<sup>26</sup> He analizado esta doctrina en GASCÓN (1993).

### 3. ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Pese a la aceptación generalizada de la regla del autprecedente hay una serie de cuestiones referentes a su aplicación que resultan controvertidas. Merece la pena comentar algunas de ellas, pues ponen de relieve cómo, en muchos casos, la controversia refleja concepciones de fondo distintas sobre el sentido y fundamento de la regla.

#### 3.1 Cambios en la composición o titularidad de los tribunales

Uno de los asuntos que puede resultar controvertido es si el precedente de un órgano judicial sigue vinculando a ese órgano cuando las personas que lo encarnan ya no son las mismas: es decir, cuando ha cambiado el juez titular de un juzgado o han cambiado los magistrados que integran un tribunal. Lo que se cuestiona, en definitiva, es si, cuando se producen esos cambios, el órgano judicial –al menos a los efectos de la regla- sigue siendo realmente “el mismo”.

La posibilidad de que el cambio en la composición personal de un órgano judicial rompa la identidad del órgano (y con ello su vinculación al precedente) ha sido sugerida a veces<sup>27</sup>. A mi juicio, sin embargo, esa posibilidad debe rechazarse de plano. Primero porque, desde el punto de vista institucional, un órgano judicial no puede definirse por los individuos que eventualmente lo integran sino por su denominación orgánica y su competencia. Segundo porque, además, si entendiésemos que la variación en la composición de un tribunal nos sitúa ante un órgano judicial distinto, y habida cuenta de que tal variación tiene lugar con frecuencia, la regla de la vinculación al propio precedente quedaría reducida a nada. Y tercero, y sobre todo, porque el propio contenido de la regla hace que resulte irrelevante cuál sea la composición personal del órgano en cada momento. La regla –como se ha dicho- no obliga a mantener rígidamente y en cualquier circunstancia el propio criterio legal anterior, sino solo <<a mantenerlo o – si se cambia – a justificar ese cambio conforme al principio de universalidad>>. Por eso no se ve por qué razón no habría de ser aplicable cuando la composición del órgano no sea la misma. También en estos casos es perfectamente “lógico” exigir al juez o tribunal que se aparta del criterio precedentemente seguido

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español en la STC 91/2000, de 30 de marzo. Aunque después ha mantenido que la identidad del órgano no se altera aunque tenga una composición diferente (por ejemplo, STC 67/2008 de 23 de junio).

**En resumen, no hay contradicción alguna entre el seguimiento del autopercedente y el cambio en la titularidad de un juzgado o en la composición del tribunal.**

que justifique el nuevo criterio de decisión que, precisamente por ser nuevo, aún no ha sido justificado en ese órgano. Como es perfectamente “lógico” exigir que esa justificación – como la de cualquier criterio que se pretenda racional- cumpla el principio de universalidad. Sostener, por el contrario, que cuando ha habido cambios en la composición del tribunal la regla no es aplicable equivaldría a mantener que el tribunal resultante del cambio (ya se considere “el mismo” u “otro”) puede sentar un criterio “nuevo” sin necesidad de justificarlo. Lo que resulta claramente inaceptable.

Por lo demás, los cambios en la titularidad de los juzgados o en la composición de los tribunales no solo no son un problema para la aplicación de la regla del autopercedente sino que incluso representan su “espacio natural”. Dicho muy claramente: *lo normal es que el cambio de precedente – y la consiguiente necesidad de justificarlo- surja cuando se han producido cambios en la composición del tribunal*<sup>28</sup>. Naturalmente esto no significa que un cambio de precedente no pueda tener lugar cuando el juzgado o tribunal esté integrado por las mismas personas que sostuvieron el criterio anterior. Significa solo que es más probable que esto suceda cuando la composición del órgano haya cambiado.

En resumen, no hay contradicción alguna entre el seguimiento del autopercedente y el cambio en la titularidad de un juzgado o en la composición del tribunal. Ambas circunstancias son perfectamente compatibles. Primero porque lo que la regla impone al tribunal no es seguir el precedente sino *justificar su cambio*, y esto es algo que puede (y debe) hacerse con independencia de que los jueces que lo integran sean o no los mismos que adoptaron el criterio que ahora se abandona. Y segundo porque, además, lo normal es que los cambios de precedente tengan lugar, precisamente, cuando los jueces han cambiado.

### **3.2 Aplicación de la regla cuando un tribunal trabaja “en varias salas o secciones”**

Otra de las cuestiones discutidas vinculadas a la aplicación de la regla del autopercedente es la que aflora cuando los tribunales

<sup>28</sup> Cfr. el voto disidente del Justice Scalia, en la sentencia *South Carolina vs. Gathers*, 490 US, 805 (1989): “overrulings of precedents rarely occur without a change in the Court’s personer” (tomo la referencia de SODERO, 2004, p. 223).

trabajan en diferentes salas o incluso en diferentes secciones dentro de una sala. El problema que entonces se plantea es si la regla se aplica al tribunal como un todo, integrado por todas sus salas o secciones, o si por el contrario se aplica a cada una de sus salas o secciones, individualmente consideradas. La cuestión, pues, puede formularse en los siguientes términos: a efectos de la aplicación de la regla del autprecedente, ¿cuál es el órgano judicial aquí, el tribunal o las salas? Las diferentes salas o secciones ¿constituyen meras *instancias* de un único tribunal o han de considerarse órganos judiciales autónomos?

Conviene observar que si se responde que *el ámbito de aplicación* de la regla es “el *tribunal*”, considerado como un único órgano judicial, entonces se hace necesario articular en su seno mecanismos que eviten o corrijan las discrepancias de jurisprudencia entre las diferentes salas o secciones que lo integran. Si se responde en cambio que *la regla es aplicable a las diferentes salas o secciones*, consideradas cada una de ellas como un órgano judicial independiente, entonces se estará admitiendo que en el seno de un mismo tribunal puede convivir válidamente jurisprudencia contradictoria, lo cual resulta mal entendido y peor admitido.

Es precisamente esta posibilidad de jurisprudencia contradictoria asociada a la concepción de las diferentes salas y secciones como órganos judiciales independientes lo que explica que quienes conciben la regla del autprecedente como un mecanismo unificador de jurisprudencia tiendan a sostener que ésta debe aplicarse al tribunal como un todo, mostrándose entonces críticos con aquellas prácticas jurisprudenciales que, a efectos de la aplicación de la regla, potencian la autonomía de las diferentes salas.

El recelo de estos críticos es perfectamente comprensible, sobre todo si se considera que la unidad de jurisprudencia promueve valores dignos de protección, como la seguridad y la estabilidad jurídicas, la coherencia del derecho y la igualdad en su aplicación. Sin embargo, para responder cabalmente a la cuestión planteada es necesario no perder de vista el sentido y fundamento de la regla. Recordemos, pues, una vez más, que la regla es en sentido estricto una *garantía de racionalidad* (o un instrumento contra la arbitrariedad) y solo derivadamente un mecanismo de unificación

jurisprudencial. Por eso no es incompatible con el sentido de la regla considerarla aplicable a cada sala de un tribunal, o incluso a cada sección de una sala. Ahora bien, que no sea incompatible no significa que sea necesario: tampoco es incompatible con el sentido de la regla considerarla aplicable al tribunal como un todo y establecer, como paso previo a su aplicación, algún tipo de mecanismo para uniformar la jurisprudencia de sus salas. Este modo de funcionar parece más adecuado, pues garantiza la racionalidad en la actuación del tribunal (pleno y salas) pero también la igualdad y uniformidad jurisprudencial en su seno.

### 3.3 ¿Abandonar o mantener el precedente incorrecto?

Recordemos que cuando en un órgano judicial existe ya un precedente la regla del autprecedente implica dos obligaciones alternativas: o bien seguirlo, si se entiende que éste es correcto o adecuado; o bien abandonarlo, si se entiende que no lo es. Pero ¿puede un tribunal seguir su propio precedente cuando entiende que es incorrecto y argumenta que es incorrecto?

Si consideramos—como he sostenido aquí—que la principal razón para seguir el propio precedente reside en el principio de universalidad (que obliga a decidir conforme a un criterio que pueda valer como ley general), entonces cuando el precedente se estima erróneo, inadecuado o incorrecto y se argumenta esa incorrección *debería* abandonarse. Sin embargo este es un asunto controvertido, pues—en opinión no infrecuente—la seguridad jurídica y la estabilidad del derecho pueden pesar decisivamente en contra del abandono. De hecho esto es lo que sucede en aquellas sentencias que acreditan la incorrección del criterio legal precedente pero al propio tiempo deciden mantenerlo, porque—se argumenta—el principio de *stare decisis* pesa fuertemente en contra del cambio<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Así discurre precisamente el razonamiento en *Dickerson v. United States* (530 U.S. 428, 429 [2000]), que ratificó el precedente sentado en *Miranda vs. Arizona* (que reconoce el derecho del detenido a ser informado de sus derechos en el momento de la detención): “whether or not we would agree with Miranda’s reasoning and its resulting rule (...) the principles of *stare decisis* weigh heavily against overruling it now”. Y así se desprende también de las siguientes palabras de Theodore M. Benditt: “a decision maker might change his mind about the relevance of the principle he has applied in the earlier case. In some such cases [he] should follow the prior decision none the less (...) In other cases it might be more important to correct what is now viewed as a mistake” (BENDITT, 1991, p. 89, cursiva añadida).

Me parece que, en el fondo, lo que aquí está en juego es la confrontación de dos formas distintas de entender la vinculación al propio precedente: 1) la que la concibe esencialmente como una *regla de racionalidad* que es expresión del principio de universalidad (y solo derivadamente como garantía de estabilidad y seguridad jurídica); y 2) la que la concibe como una *regla de stare decisis* en garantía de la seguridad, estabilidad y uniformidad del derecho.

Naturalmente tanto si se mantiene una concepción como la otra (regla de racionalidad, o principio de *stare decisis*) en presencia de un precedente que se estima incorrecto siempre pesan dos tipos de razones que deben ser ponderadas: la necesidad de resolver conforme a un criterio correcto o universalizable (que milita a favor del abandono) y la necesidad de preservar la seguridad y estabilidad del derecho (que milita a favor de mantenerlo). Y el resultado de esa ponderación dependerá de la *distinta fuerza* que se atribuya a cada una de esas razones en el supuesto específico. Ahora bien, no puede ignorarse que la mayor o menor fuerza que se atribuya a esas razones no es una cuestión neutral, sino que vendrá influida por la concepción de fondo que se tenga sobre el sentido y fundamento de la regla del autprecedente.

Cuando el autprecedente se concibe como una *regla de stare decisis*, lo que más pesará es la necesidad de preservar la seguridad jurídica y la estabilidad del derecho (que aboga por mantener el precedente), y por consiguiente abandonar el precedente incorrecto solo estará justificado cuando la incorrección sea realmente grave. Esto es lo que explica que, para quienes interpretan de este modo la vinculación al propio precedente, una de las cuestiones problemáticas relativas a su aplicación es la de cuál es el “grado de error o incorrección” en que debe incurrir el precedente para que esté justificada la restricción a la seguridad jurídica que supone su abandono<sup>30</sup>. Cuando, por el contrario, el autprecedente se concibe como una *regla de racionalidad*, lo que más pesará en la ponderación de razones es la necesidad de resolver los casos mediante

<sup>30</sup> SODERO, 2004, pp. 234 e 236. Por eso, desde este punto de vista, el *overruling* es más fácil cuando los precedentes son “interpretativos” (o sea cuando establecen solo una determinada forma de entender la ley) que cuando son “*praeter legem*” (o sea cuando crean una norma *ex nihilo* mediante el recurso a la analogía o a otros mecanismos de integración), pues “tal mutación exhibirá una menor dosis de dramatismo para la seguridad jurídica” (SODERO, 2004, p. 234).

**(...) el nuevo criterio que se adopta en una decisión *overruling*, ¿regula solo las conductas que tengan lugar después de la decisión, o regula también las que han tenido lugar antes de la misma?**

decisiones correctas o universalizables (que aboga por abandonar el precedente), y por consiguiente mantener el precedente incorrecto sólo estará justificado cuando la lesión de la seguridad y estabilidad jurídicas comporten consecuencias realmente serias<sup>31</sup>.

Por eso cuando se entiende – como he mantenido aquí – que la regla del autprecedente es esencialmente una regla de racionalidad, mantener un precedente que se estima incorrecto (y que se ha argumentado que es incorrecto) sólo puede ser algo excepcional. No se trata, por tanto, de que la seguridad jurídica no pueda ponderar en absoluto en contra del abandono. La seguridad jurídica también debe contar, pero no decisiva o concluyentemente. Las razones para abandonar un precedente que se estima incorrecto son poderosas, y sólo pueden ser derrotadas de forma excepcional. Y no al revés.

### 3.4 ¿Efectos retroactivos o prospectivos del cambio de precedentes?

Por último, una de las cuestiones más relevantes y controvertidas tiene que ver con los efectos (prospectivos o retroactivos) que habría que atribuir al cambio de precedente. El asunto podemos formularlo así: el nuevo criterio que se adopta en una decisión *overruling*, ¿regula solo las conductas que tengan lugar después de la decisión, o regula también las que han tenido lugar antes de la misma? Ese nuevo criterio ¿debe aplicarse solo a los casos que tengan su origen en hechos que ocurran en el futuro (*prospective overruling*)? ¿O debe aplicarse también a los que, teniendo su origen en hechos del pasado, cuando estaba vigente el precedente que ahora se abandona, aún están pendientes de resolución (*retroactive*

<sup>31</sup> Theodore M. Benditt –sobre la senda de un argumento de David Lyons- aporta una razón distinta para mantener un precedente que se estima incorrecto. Lo que viene a sostener este autor, si no lo interpreto mal, es lo siguiente. Cuando los principios que los jueces deben aplicar para resolver un caso sean objeto de un intenso debate social y político, es decir cuando la respuesta que deba darse al caso resulte social y políticamente muy controvertida, entonces la decisión que se adopte y que sienta un precedente *debe ser respetada incluso si ocasionalmente surgen sospechas de que pueda ser equivocada*. La razón de ello es que, dada la *expectativa generada* por ese precedente de que las decisiones futuras en casos similares serán iguales y-sobre todo- dada la *falta de certeza colectiva sobre su corrección*, para abandonar el precedente se requiere mucho más que dudas o sospechas sobre su corrección. Ello significa –insisto, si no lo interpreto mal- que cuanto menos acuerdo exista sobre el modo en que debe resolverse una cuestión, menos justificado estará abandonar el precedente sobre la misma. Cfr. BENDITT (1991, p. 91-93). Mantener el precedente descansa, también aquí, en razones de seguridad jurídica y estabilidad del derecho. Pero el argumento es interesante porque subraya además el problema que, para el abandono de precedentes, plantean las cuestiones jurídicas intensamente controvertidas.

*overruling*)?<sup>32</sup>. Si consideramos sólo las exigencias del principio de universalidad habría que responder en el segundo sentido: el nuevo criterio, una vez establecido, *debería aplicarse a todos los casos que deban ser resueltos*<sup>33</sup>, y por consiguiente también a aquellos que tienen su origen en hechos ocurridos antes del cambio. Ahora bien, esta opción por la retroactividad lesiona la seguridad jurídica, pues el nuevo criterio de decisión –que representa, en definitiva, la “ley” del caso – habrá “surgido” *ex post facto*. Así pues, ¿qué efectos son los apropiados?

La tesis del *retroactive overruling* se ha vinculado tradicionalmente, no al principio de universalidad, sino a la *teoría declarativa* de la decisión judicial que hunde sus raíces en Blackstone, quien consideraba a los jueces como los *living oracles* del derecho: “el instrumento que declara las palabras de la ley”, en la célebre expresión de Montesquieu. En virtud de esta teoría, los jueces, cuando resuelven los casos, no crean nuevo derecho sino que *verifican y declaran* el ya existente. En consecuencia – se sostiene – una sentencia *overruling* no hace sino verificar y declarar (ahora correctamente) el derecho preexistente que había sido erróneamente declarado por el precedente que se abandona, y por consiguiente el nuevo criterio jurídico habrá de aplicarse retroactivamente<sup>34</sup>. Paralelamente la tesis del *prospective overruling* se suele vincular a la *teoría creativa o no meramente declarativa* de la decisión judicial. Esta teoría resalta el papel de las elecciones del juez en la interpretación del derecho y el carácter en cierto modo creativo de la tarea judicial. El poder

<sup>32</sup> La cuestión señalada, como enseguida se verá, marca una de las diferencias más importantes entre el *stare decisis* en Inglaterra y en los EEUU. Pero la cuestión no solo es sentida como relevante en el *common law*. Por ejemplo, en Alemania ya fue tratada en la obra de KNITTEL (1965), y en general este es un asunto permanentemente problematizado por la jurisprudencia y discutido por la doctrina en todos los países. Por lo demás, aunque aquí plantee el asunto en sus términos simples de retroactividad vs. prospectividad, la prospectividad, en cuanto limita el efecto retroactivo de la decisión *overruling*, puede tener diferente alcance: 1) la nueva regla se aplica ya al caso específico que ha ocasionado el cambio, aunque excluye su aplicación a otros procesos en curso referentes a casos semejantes (aplicación casi-prospectiva o prospectividad limitada); 2) la nueva regla no se aplica siquiera al caso específico que ocasionó su derogación (aplicación puramente prospectiva); 3) se pospone la aplicación de la nueva regla a una fecha futura (aplicación prospectiva-prospectiva). No obstante, a efectos de este análisis, no entraré aquí en esas distinciones.

<sup>33</sup> El *principio de universalidad*, en efecto, impide resolver un caso conforme a un criterio (el representado por el precedente) que se estima incorrecto y cuya incorrección además ha sido fundamentada.

<sup>34</sup> “The making power of the judiciary is in theory denied” Lo que explicaría por qué “most civil law Courts thus far have failed to avail themselves of the technique of prospective overruling” (SCHLESINGER et al., 1988, p. 646).

de los jueces para decidir sobre la eficacia temporal de su decisión no es visto como una usurpación del poder legislativo sino como un aspecto normal de la facultad que poseen para decir lo que es el derecho<sup>35</sup>. En definitiva, que puedan atribuir a sus cambios de doctrina efectos sólo para el futuro es visto como algo natural<sup>36</sup>. Es más, en un planteamiento más rígido o estricto cabe sostener incluso que si el criterio jurisprudencial nuevo constituye en algún sentido “derecho nuevo”, entonces no es que pueda sino que ha de tener eficacia prospectiva.

Sin embargo estas asimilaciones no son correctas. Cuál sea la teoría de la decisión judicial que se maneje (declarativa o creativa) puede ser relevante a efectos de determinar en qué circunstancias cabe admitir o no el cambio de precedentes. Pero tiene poco que ver –me parece- con los efectos que se atribuyan a dicho cambio.

Si se sostiene, en efecto, la *teoría declarativa* de la jurisprudencia es lógico que se entienda que un precedente consolidado (o sea, una previa verificación y declaración del derecho para un tipo de casos) sólo puede abandonarse si es manifiestamente *erróneo o equivocado*, o sea si el juez ha *errado* en la declaración del derecho. Fuera de este supuesto cualquier otro cambio equivaldría a crear derecho y no puede admitirse, pues ésta es una labor que compete en exclusiva al Parlamento. Esta es la razón por la que la *House of Lords*, orientada tradicionalmente por la teoría declarativa, sólo ha admitido el abandono del precedente de manera excepcional<sup>37</sup> y sólo si ello se hace para corregir un error que pueda haber cometido<sup>38</sup>. Si por el contrario se sostiene la *teoría creativa* de la jurisprudencia no hay mayor impedimento para admitir que el precedente también puede abandonarse cuando sea *obsoleto o en cualquier caso menos adecuado o acertado* que el nuevo

<sup>35</sup> BUSTAMANTE, 2016, p. 428.

<sup>36</sup> El propio HOLMES, por ejemplo, en su *dissent* formulado en el caso *Black and White Taxicab & Transfer Co. v. Brown and Yellow Taxicab & Transfer Co.* 276 U.S. 518 (1928), entrelazaba su oposición a la rígida retroactividad dominante en la época con su crítica a la teoría declarativa.

<sup>37</sup> Fue en el famoso *Practice Statement* de 1966 cuando, por primera vez, el *Lord Chancellor* declaró que la *House of Lords* ya no se consideraría rígidamente vinculada a sus propios precedentes. Pero lo cierto es que, desde entonces, cambió pocas veces de precedente.

<sup>38</sup> Por ello –dice Peter Wesley-Smith, exponiendo la teoría declarativa- cuando los precedentes son abandonados, los jueces “do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decisión is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was a *bad law*, but that it was *not law*” (WESLEY-SMITH, 1991, p. 78).

criterio que ahora se propone. Esta es la razón por la que en los Estados Unidos, donde la teoría realista dominante ha subrayado el carácter “creativo” de la decisión judicial, el cambio de precedente se practica con harta frecuencia<sup>39</sup>. Es verdad también que en Inglaterra la *House of Lords*, hasta hace poco tiempo, presentaba cierta resistencia a limitar la eficacia retroactiva de las decisiones judiciales abrogatorias de precedentes, mientras que en Estados Unidos el *prospective overruling* se admite sin dificultad<sup>40</sup>. Pero – insisto- este no es el resultado inexorable de mantener una teoría declarativa de la jurisprudencia en el primer caso y más o menos creativa en el segundo. Y ello por lo siguiente.

La primera equivalencia (teoría declarativa = retroactividad) no es válida porque, aunque sostuviéramos que el nuevo criterio simplemente *constata y declara* la voluntad de la ley, equivocadamente declarada en el criterio anterior, lo que está claro es que los ciudadanos han confiado hasta ahora en que “la voluntad de la ley” es la expresada en el precedente conocido, y por lo tanto nuestro compromiso con la seguridad jurídica, es decir la voluntad de no traicionar las expectativas normativas generadas, perfectamente podría conducirnos a otorgar al nuevo criterio efectos (sólo) prospectivos. La segunda equivalencia (teoría creativa = prospectividad) tampoco es válida porque, aunque sostengamos que el nuevo criterio constituye *derecho nuevo*, nada impide – excepto el compromiso con la seguridad jurídica – que por otras consideraciones (de tipo consecuencialista, de justicia material, etc.) pueda estimarse necesario atribuirle eficacia retroactiva<sup>41</sup>. Si se da eficacia prospectiva al nuevo criterio es única y exclusivamente porque no se desea frustrar la confianza que

<sup>39</sup> It is revolting –decía Oliver Wendell Holmes- to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past (HOLMES, 1897, p. 469). Y aún más claramente, Benjamin N. Cardozo también señalaba que “the rule of adherence to precedent, though it ought not to be abandoned, ought to be in some degree relaxed. I think that when a rule, after it has been duly tested by experience, has been found to be inconsistent with the sense of justice or with the social welfare, there should be less hesitation in frank avowal and full abandonment” (CARDOZO, 1975, p. 150).

<sup>40</sup> Cfr. BUSTAMANTE, 2016, p. 423 ss.

<sup>41</sup> Si la teoría creativa de la jurisprudencia nos parece consustancial a la prospectividad es porque damos por descontado el compromiso del sistema jurídico con los derechos de los individuos y con la seguridad jurídica como exigencia mínima en garantía de aquellos. Pero las cosas no siempre son así.

**Como regla general, en virtud del principio de universalidad, el nuevo criterio no debe diferirse: deberá aplicarse a todos los casos que se resuelvan, con independencia de que los hechos que los han originado hayan ocurrido antes del cambio.**

los justiciables han depositado en el precedente anulado y sobre cuya base han establecido sus relaciones, y no por ninguna otra razón. En definitiva, porque no parece aceptable – como afirmaba James Allan C. Grant criticando la tesis de la rígida retroactividad – que “in order to know the law of today one must be able to divine the decisions of tomorrow”<sup>42</sup>. Cabe decir, pues, que el tipo de efectos (retrospectivos o prospectivos) del nuevo criterio se funda en consideraciones de seguridad jurídica, y no (o no fundamentalmente) en la teoría de la decisión judicial subyacente. Tiene razón Victoria Iturralde cuando afirma que “el problema que se coloca con la derogación [de un precedente] es precisamente este. La elección entre dar más valor a la confianza y a la certeza o eliminar una norma obsoleta y, consecuentemente, excluir el error consagrado en decisiones anteriores”<sup>43</sup>.

Teniendo esto en cuenta, creo que la respuesta adecuada a la pregunta arriba formulada ha de ser la siguiente. Como regla general, en virtud del principio de *universalidad*, el nuevo criterio no debe diferirse: deberá aplicarse a *todos los casos* que se resuelvan, con independencia de que los hechos que los han originado hayan ocurrido antes del cambio. Sin embargo, por razones de *seguridad jurídica*, o sea para no defraudar las expectativas normativas generadas por el precedente que ahora se abandona, puede imponerse la prospectividad, difiriendo entonces la aplicación del nuevo criterio a los casos que tengan su origen en hechos acaecidos después del cambio<sup>44</sup>. Por lo demás, cuando las normas a aplicar sean penales, sancionadoras o en todo caso restrictivas de derechos, no es solo la seguridad jurídica sino también el *principio de legalidad* el que exige una aplicación prospectiva de la nueva jurisprudencia cuando ésta comporte consecuencias más desfavorables que la aplicación del criterio

<sup>42</sup> GRANT, 1954, p. 192.

<sup>43</sup> ITURRALDE, 1995, p. 169.

<sup>44</sup> A estos efectos, además, el compromiso con la seguridad jurídica que se impone al legislador hay que considerarlo extensivo a la jurisprudencia. No se puede permitir que se alcance por vía jurisprudencial lo que no puede hacerse por vía legal. Como se advierte en *Bouie v. City of Columbia*, 378, U.S. 347, 353-354 [1964], “si la cláusula de las leyes *ex post facto* prohíbe a una legislatura estatal sancionar tales leyes, debe concluirse que una Corte Suprema estatal, en virtud de la cláusula del debido proceso, no puede alcanzar precisamente ese mismo resultado a través de una interpretación judicial”.

precedente<sup>45</sup>. En suma, los efectos del cambio de jurisprudencia vienen regidos por el principio de *universabilidad*, que impone la retroactividad, y por el principio de *seguridad jurídica*, que permite o exige limitar la retroactividad, según los casos<sup>46</sup>.

#### 4. RESPETO AL PROPIO PRECEDENTE Y CREACIÓN DE PRECEDENTES EN EL TRIBUNAL SUPREMO

Hasta aquí he caracterizado la regla del autoprecedente como una regla de la argumentación racional que debe ser seguida por todos los jueces y tribunales. También, por tanto, por el Tribunal Supremo. Pero además en el Tribunal Supremo el seguimiento de esta regla es especialmente importante. Primero porque, por la posición que ocupa en la cúspide de la organización institucional de la justicia, sus decisiones no están sometidas a ningún órgano superior, y en consecuencia, si han de resultar justificadas, deben ser al menos universalizables. Pero segundo, y también, porque el riguroso cumplimiento del autoprecedente por parte del tribunal impacta positivamente en su función de creación de precedentes para los demás órganos. Y no sólo porque ello claramente *potencia la fuerza del precedente* que crea<sup>47</sup>, sino también porque *facilita su individualización* a los órganos posteriores y contribuye así a su *seguimiento uniforme*. En lo que sigue abordaré brevemente este segundo aspecto.

<sup>45</sup> Así pues, si el tribunal interpreta una norma penal de modo más favorable para el acusado que lo que había sido la línea precedente, podrá aplicar ya esa interpretación al caso presente; pero si la interpreta de modo más desfavorable el acusado no tendrá el deber de soportar esa nueva interpretación, que tendrá efectos sólo prospectivos. Resolver en distinto sentido equivaldría a infringir el principio de legalidad penal, que prohíbe condenar en base a una ley inexistente en el momento de cometerse el hecho delictivo. Víctor Ferreres no se muestra tan contundente en cuanto al alcance (sólo) prospectivo de los cambios jurisprudenciales desfavorables para el reo, pero sí pone de relieve el problema que supone atribuir efectos retroactivos a los mismos: “si nos tomamos en serio el valor de la jurisprudencia –señala– habrá que reconocer que las variaciones que aquella experimente en contra del reo *no siempre* podrán producir efectos retroactivos” (FERRERES Y XIOL, 2009, p. 72, cursiva añadida).

<sup>46</sup> Discrepo, pues, de Eduardo Sodero, quien opina –haciéndose eco de la variada jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense que sostiene tanto los efectos prospectivos como los retroactivos aunque sean desfavorables– que “ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello parece forzoso concluir que será el juicio prudencial del juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa *hic et nunc*” (SODERO, 2004, p. 250).

<sup>47</sup> Como afirma TARUFFO (2007, p. 94), “una corte que, sobre la misma cuestión, cambiase cada día de opinión tendría escasa influencia”.

#### 4.1 Planteamiento: la universabilidad como nexo de unión entre la función nomofiláctica y la de creación de precedentes

Tradicionalmente se ha debatido mucho sobre si la función del Tribunal Supremo debe ser *defender la ley*, asegurando su exacta interpretación y aplicación frente a las decisiones judiciales que puedan violarla (función *nomofiláctica*); o si su papel debe ser también *uniformar la interpretación* de la ley en pro del interés público de mantener la unidad del ordenamiento y velar por la igualdad en su aplicación (*creación de precedentes*). Pero la respuesta a esta cuestión parece clara: ambas funciones forman parte de la lógica de un tribunal supremo. Calamandrei ya lo entendió así, al sugerir que una corte de casación tendría que proyectarse también como una corte de precedentes, capaz de asegurar no sólo la exacta interpretación del derecho, controlando la legalidad de las decisiones judiciales, sino también la uniformidad de la jurisprudencia, imponiendo esa interpretación como modelo de decisión para casos sucesivos<sup>48</sup>. Es más, la manera de concebir las funciones de la casación ha evolucionado, y hoy cabe decir que lo que más importa de sus decisiones no es tanto salvaguardar la ley en la resolución de una controversia específica, cuanto su capacidad de generar un canon para resolver casos futuros<sup>49</sup>. En definitiva, hoy se asume que la misión central de una corte suprema es sobre todo promover la adecuada y uniforme interpretación del derecho: desarrollarse como una corte de precedentes. No se trata, por tanto, de que la función de tutelar la ley en las controversias específicas haya fracasado, sino de que actualmente hay una clara tendencia a conceder prioridad a la función pública de “dar unidad al derecho mediante su adecuada interpretación a partir de la decisión de los casos presentados”<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> CALAMANDREI, 1920, p. 34 ss.; TARUFFO, 2007, p. 98.

<sup>49</sup> VECINA, 2003, p. 30 ss.; TARUFFO, 2001, p. 96 ss.

<sup>50</sup> MITIDIERO, 2016, p. 107. Precisamente sobre la base del mayor o menor acento puesto en cada una de estas funciones, el autor distingue dos modelos de *cortes de vértice* de la organización judicial: el modelo de la *corte superior*, orientada por una función nomofiláctica (la defensa de la legislación frente a las decisiones judiciales) y el modelo de la *corte suprema*, cuya función reside en promover la unidad del derecho mediante su adecuada interpretación (la creación de precedentes). En el primer modelo, “la jurisprudencia uniforme sirve como *medio* por el cual la corte puede desempeñar su función de control de la legalidad de la decisión recurrida”. En el segundo, el caso concreto sirve como *medio* para que la corte suprema pueda ejercer su función de guiar la interpretación del derecho dándole unidad (MITIDIERO, 2016, pp. 78 e 107).

De todas formas estas dos funciones de un tribunal de casación están *esencialmente vinculadas*, pues el control de la legalidad en el caso concreto es instrumental de la garantía de la uniformidad en la interpretación del ordenamiento<sup>51</sup>: el tribunal garantiza la correcta interpretación del derecho en los casos singulares mediante el establecimiento, en la decisión de los mismos, de reglas con potencial generalizable<sup>52</sup>. La expresión “*nomofilaxis* a través del precedente” expresa con bastante claridad esa esencial vinculación: asegurar el respeto uniforme de las leyes mediante decisiones que proporcionan al mismo tiempo un canon para actuar en el futuro<sup>53</sup>.

Es evidente que la regla del autprecedente se proyecta sobre la función nomofiláctica del tribunal de casación y se orienta a garantizar que la respuesta legal ofrecida a una controversia específica sea (universalizable y en este sentido) correcta o racional. Pero también es evidente que la universalidad de esa respuesta es el *presupuesto para la creación de precedentes*: el criterio que respalda la decisión ofrecida para un caso específico sólo se convierte en regla o precedente a seguir si se universaliza<sup>54</sup>. Dicho de otro modo, la universalidad, más allá de representar una garantía de actuación racional, es el *nexo de unión entre la función nomofiláctica y la de creación de precedentes*: la respuesta legal correcta para la controversia específica solo puede ser la respuesta universalizable, que es además lo que permite hablar de “precedente”, y no solo de una respuesta aislada<sup>55</sup>. Por eso tiene sentido preguntarse si, en el seno de un tribunal de casación, el mejor o peor cumplimiento de la regla del autprecedente repercute en su función de creación de precedentes.

#### 4.2 Impacto de la regla del autprecedente en la creación de precedentes

Diré directamente lo que pretendo sostener. En los tribunales de casación, el cumplimiento riguroso de la regla del autprecedente puede impactar positivamente en la creación de precedentes para el

<sup>51</sup> SILVESTRI, 2001, pp. 105-106.

<sup>52</sup> TRENTO, 2016, p. 242.

<sup>53</sup> TARUFFO, 2009, pp. 567-568.

<sup>54</sup> MACCORMICK, 1978, pp. 82 ss. e 134 ss.

<sup>55</sup> Es la universalidad del criterio en que se funda la respuesta lo que justifica esa respuesta y, al mismo tiempo, confiere a ese criterio el carácter de regla.

resto de tribunales: contribuyendo a *identificar* mejor el contenido del precedente que crean y *facilitando* así su seguimiento generalizado. Pero me apresuro a hacer dos observaciones. La primera es que lo que voy a sostener aquí podría sostenerse también sin necesidad alguna de recurrir a la regla del autprecedente. Bastaría, por ejemplo, con un análisis enfocado en la necesidad de hacer más eficaz (cuantitativa y cualitativamente) la función de mantener la unidad del ordenamiento, de la que la creación de precedentes es instrumental. Si tomo la regla del autprecedente como punto de referencia para el análisis es porque -me parece- permite visualizar muy bien la conexión existente entre la *fundamentación* o justificación de una decisión que sienta un precedente y la capacidad de esa decisión para crear *eficazmente* un precedente. La segunda observación es que, aunque el análisis vaya referido a la corte suprema como *corte de casación*, también resulta extensible a la corte suprema como *corte constitucional* que orienta la aplicación del derecho mediante precedentes formados a partir de la resolución de los casos concretos, y en general a cualquier tribunal que, en la resolución de controversias específicas, cree un precedente a seguir. La conexión entre el cumplimiento *riguroso* de la regla del autprecedente y la creación de precedentes se manifiesta en lo siguiente.

1. Recordemos que, en el fondo, lo que la regla exige es que el tribunal cumpla el principio de universalidad en la respuesta dada al caso. Tres situaciones pueden darse aquí:

- a. Que ya exista un precedente y el tribunal lo siga, lo que supone su *consolidación*.
- b. Que exista un precedente y el tribunal lo abandone, estableciendo un *nuevo criterio* que sustituye al anterior.
- c. Que no exista aún un precedente para el caso específico y el tribunal entonces decida *ex novo*.

Los dos últimos supuestos son aquí los relevantes, porque sientan un nuevo criterio o regla de juicio (bien *ex novo*, bien en sustitución del anterior) que puede constituir un precedente a seguir por el resto de los tribunales. Y en ambos casos la exigencia es la misma: que esa regla de juicio en que la decisión se funda (la *ratio decidendi*) sea

**El cumplimiento de la universalidad se expresa en la motivación de la decisión y admite diferentes grados, que van desde un cumplimiento mínimo, débil o poco intenso hasta un cumplimiento riguroso o máximo.**

*universalizable*. O sea, que no se trate de un criterio particularizado o *ad personam* sino de una auténtica *regla*, un canon válido al mismo tiempo para resolver futuros casos iguales.

El cumplimiento de la universalidad se expresa en la motivación de la decisión y admite diferentes grados, que van desde un cumplimiento mínimo, débil o poco intenso hasta un cumplimiento riguroso o máximo. Entiendo que hay un cumplimiento *mínimo o débil* del requisito de la universalidad cuando su presencia en la motivación no resulta demasiado clara. O sea, cuando la decisión aparece motivada, sí, pero con una argumentación confusa o de pobre calidad en la que los criterios que la sustentan (y que constituyen la regla de decisión) no resultan explícitos ni suficientemente claros y justificados. Esta situación es sumamente frecuente y, cuando esto sucede, la *ratio decidendi* ha de derivarse (muchas veces con dificultad) de los fundamentos jurídicos de la sentencia en un ejercicio de interpretación de los mismos de inciertos resultados. Entiendo en cambio que hay un cumplimiento *máximo o riguroso* del requisito de la universalidad cuando se explicitan y justifican con una argumentación de calidad los criterios en que la decisión se basa; o sea, cuando se perfila y formula con estimable precisión y se justifica con el apropiado rigor la regla de juicio que representa “la ley del caso”. Es obvio que la decisión, para ser válida, no tiene por qué ser justificada con esa máxima pulcritud y precisión. Pero también es obvio que una justificación que se ajusta a esos parámetros de explicitud y rigor (es decir, que cumple *máximamente* la regla del autprecedente) permite a los jueces posteriores identificar mejor la regla de juicio en la que la decisión se funda (o sea, el precedente que crea) y contribuye así a su seguimiento generalizado.

2. La ventaja de actuar así es evidente. Una de las dificultades fundamentales para el seguimiento de precedentes proviene precisamente de que los tribunales no suelen indicar expresamente cuál es la *ratio decidendi* o regla de juicio que constituye el precedente, de manera que son los jueces posteriores que leen la sentencia los que –mediante su interpretación– deben identificarla distinguiéndola de los *obiter dicta*<sup>56</sup>. Ese ejercicio interpretativo de

<sup>56</sup> ITURRALDE, 2013, p. 198; SIERRA SOROCKINAS, 2016, pp. 256 ss.

identificación de la regla no siempre resultará fácil<sup>57</sup> (entre otras cosas porque puede no estar claro qué hechos, de entre todos los que conforman el caso, han sido los relevantes para decidir y conforman por ello el supuesto de hecho de la regla de decisión<sup>58</sup>), ni siempre conducirá a una regla homogénea, pues su individualización queda librada a la valoración del intérprete<sup>59</sup>. El resultado probable es una variedad de opiniones divergentes, y a veces contrastantes, sobre cuál sea el precedente a seguir, con lo que objetivo de la unificación del derecho por vía de precedentes difícilmente se alcanza. Por eso, el cumplimiento estricto de la máxima universalizadora, mediante un esfuerzo argumentativo que indique claramente la regla de decisión utilizada en el caso concreto y la proyecte hacia el futuro como regla destinada a ser aplicada por los jueces sucesivos, minimiza esta dificultad y facilita la identificación uniforme del precedente<sup>60</sup>.

Taruffo expresa claramente esta dificultad cuando confronta el “precedente” (que es el *modus operandi* en los sistemas de *common law*) con la “jurisprudencia” (que es a lo que se alude y lo que mejor refleja el *modus operandi* de los sistemas de *civil law*). Mientras que el “precedente” es *la regla de decisión de un caso* particular susceptible de ser universalizada, lo que llamamos “jurisprudencia” es un conjunto de enunciaciones sobre la *interpretación correcta de un precepto legal* procedentes, además, de una multiplicidad de decisiones que pueden ser del más variado signo. Su contenido, por lo general, es más específico que el de la norma que interpretan, pero siguen siendo formuladas como enunciaciones generales de carácter preceptivo *separadas de cualquier referencia a los casos* que dieron lugar a las mismas. Surgen así varias dificultades. De un lado, y aparte de la dificultad intrínseca de decidir “cuál debe ser la decisión verdaderamente relevante (si existe alguna), o

<sup>57</sup> Puede verse un análisis reciente de las diferentes dificultades para identificar la *ratio* en WAMBIER (2016, pp. 327 ss.).

<sup>58</sup> En efecto, “escoger los hechos” y formular la regla jurídica no son cosas independientes: la regla jurídica se formula sobre la base de los hechos elegidos como relevantes. Por ello, dentro de un mismo caso pueden identificarse *reglas* diferentes, dependiendo de cuáles sean los hechos del caso que se consideren. Cfr. por ejemplo, J.L. MONTROSE (1957, p. 593): “One can theoretically construct many different rules which will apply to the facts of the case (...) any one or more characteristics of the particular facts serve as a starting point for different theoretical rules”.

<sup>59</sup> GUASTINI, 2011, p. 263.

<sup>60</sup> En realidad, cuando es el propio tribunal el que perfila la regla de decisión señalando por qué decide lo que decide, la argumentación basada en precedentes se aproxima bastante a la argumentación basada en reglas (Cfr. SCHAUER, 2004, pp. 245 ss.).

cuántas decisiones se requieren para poder afirmar que existe una jurisprudencia relativa a una determinada interpretación de una norma”<sup>61</sup>, esas interpretaciones no siempre constituyen una doctrina limpia y coherente sino que a veces se producen cambios de dirección, lo que dificulta sobremanera la individuación de líneas de precedente suficientemente uniformes<sup>62</sup>. De otro lado, y siendo esas interpretaciones formuladas como reglas generales y abstractas, separadas de cualquier referencia a los casos que dieron lugar a las mismas, su aplicación posterior no se puede fundar en la identidad o analogía de los casos sino en la subsunción del caso sucesivo en esas reglas generales, lo que puede conducir –de nuevo- a una variedad de criterios<sup>63</sup>. En estas circunstancias es difícil hablar de precedentes. Lo que se tiene es, más bien, un conjunto de criterios jurisprudenciales dispersos y fragmentados, sin principios comunes que los entrelacen, que frustra la posibilidad de dotarnos de un sistema de razonamiento colectivo que permita ir aprendiendo de las experiencias judiciales previas<sup>64</sup>.

Por eso – digámoslo una vez más – si el tribunal de casación, cumpliendo rigurosamente el principio de universabilidad, definiese mejor cuál es la *regla de juicio* aplicada al caso específico y proyectable hacia el futuro, identificando el “cuadro de hechos” que constituye su condición de aplicación y argumentando con claridad sobre el criterio aplicable, se haría más eficaz su individualización y seguimiento como precedente: el juez posterior podrá identificar con facilidad esa regla y decidir si existe o no identidad o analogía entre los hechos del primer caso y los del segundo, y por tanto si existe o no precedente. No se trata – conviene insistir en esto – de que sin una justificación rigurosa de la decisión (que muestre expresa y claramente la regla en que se funda), ésta no pueda considerarse justificada o no pueda constituir un precedente. No se puede llegar tan lejos. Pero en un órgano de casación que pretende unificar la interpretación del derecho mediante la creación de precedentes, mostrar expresa y claramente que su decisión está

<sup>61</sup> TARUFFO, 2007, p. 88.

<sup>62</sup> Lo que, por cierto, explica que la auténtica creación de precedentes fuertes (es decir, de auténticas “reglas”) se lleve a cabo, de hecho, con escasez de pronunciamientos sobre esa cuestión (TARUFFO, 2011, pp. 29-30).

<sup>63</sup> TARUFFO, 2007, p. 89.

<sup>64</sup> MAGALONI, 2011, p. 5.

**En suma, teniendo en cuenta que la identificación de los precedentes la llevan a cabo los tribunales posteriores, el modo en que un tribunal que crea precedentes los define y fundamenta puede potenciar, o por el contrario frustrar, el objetivo de la unidad jurisprudencial.**

fundada en una regla de juicio generalizable y cuál es el contenido de esa regla contribuye a facilitar su identificación uniforme y, con ello, a respaldar su fuerza de precedente. Se ganaría, en definitiva, mucho en términos de unificación del derecho.

La ventaja comentada se hace aún más clara cuando la decisión supone (no una creación *ex novo* de doctrina sino) un abandono de la doctrina jurisprudencial precedente y la creación de una nueva. En estos casos la justificación explícita y rigurosa de esa decisión *overruling* proporciona certeza no sólo identificando con la mayor precisión posible la nueva regla de juicio sino también derogando claramente la anterior. Pero, además, la gravosa carga de justificar estricta y cabalmente un cambio de precedente seguramente impactará en la actuación del tribunal haciéndole más consciente de la tarea que está llevando a cabo. Dicho de otro modo, el tribunal que se sabe en la obligación de justificar de manera rigurosa por qué abandona un precedente y lo sustituye por otro estará en mejores condiciones de reflexionar sobre las razones del abandono, evitando así cambios irreflexivos, inconscientes, frívolos o demasiado frecuentes. Lo que resulta sumamente positivo, pues un Tribunal que cambia sus precedentes con frecuencia, o que emite jurisprudencia zigzagueante y sin dirección, es incapaz de orientar la acción de los tribunales por vía de precedentes.

En suma, teniendo en cuenta que la identificación de los precedentes la llevan a cabo los tribunales posteriores, el modo en que un tribunal que crea precedentes los define y fundamenta puede potenciar, o por el contrario frustrar, el objetivo de la unidad jurisprudencial. Es verdad que “cuando se manejan decenas o centenares de sentencias – como sucede en muchos de nuestros ordenamientos – se está fuera de la lógica del precedente”<sup>65</sup>, pues en esa amalgama de pronunciamientos del más variado tipo no resultará fácil identificar líneas de precedente homogéneas y consistentes. Pero también lo es –me parece– que, aún en estas circunstancias, el cumplimiento riguroso de la regla del autoprecedente por parte del tribunal que lo crea contribuye a hacer más eficaz el seguimiento uniforme de una regla jurídica constituida por criterios claramente definidos y sólidamente fundamentados. Naturalmente esto no significa que el tribunal que sienta un

<sup>65</sup> TARUFFO, 2007, p. 93.

precedente tenga capacidad para establecer a priori su exacto alcance normativo, al modo de un legislador. Podrá establecer, todo lo más, una pauta (la regla de juicio) con la que podrán actuar los tribunales posteriores, y serán éstos los que, al aplicarla, irán determinando su grado de generalidad y abstracción. Pero lo valioso es que esa regla de juicio esté clara y sea identificable por éstos, porque eso es lo que permitirá, con el tiempo, la consolidación (agrupando y ordenando precedentes) de una práctica judicial común.

## REFERENCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. E. Garzón Valdés, Madrid: CEC, 1991 [1987].
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. de I. Espejo y M. Atienza. Madrid: CEC, 1989 [1978].
- BENDITT, Theodore M. The Rule of Precedent. In GOLDSTEIN, Lawrence (ed.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1991.
- BERNAL, Carlos. Precedents and Balancing. In BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL, Carlos (eds.). *On the Philosophy of Precedent*. *Archiv für Rechts und Sozial Philosophie*, Beiheft 133, 2012.
- BLACK, H. Campbell. *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*. 2ª ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1911.
- BUSTAMANTE, Thomas. *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*. Lima-Perú: Ediciones legales EIRL, 2016.
- CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile. vol.II. Disegno generale dell'istituto*, recogido. In CAPELETTI, Mauro (dir.). *Opere giuridiche*, vol.II. Nápoles, 1976 [1920].
- CARDOZO, Benjamin. N. *The Nature of the Judicial Process*. 36th printing. New Haven and London: Yale University Press, 1975 [1921].
- DÍEZ, Silvia. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- FERRER, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (eds.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- FERRERES, Victor; XIOL, Juan Antonio (eds.). *Carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

GASCÓN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.

\_\_\_\_\_. Racionalidad y Autoprecedente. *Teoría & Derecho*, 10, 2011.

GOLDSTEIN, Lawrence. *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1991.

GRANT, J. A. Judicial Control of Legislation. A Comparative Study. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. III, nº 2, 1954, pp. 186-198.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatán*. México: FCE, 1940 [1651].

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of Law. *Harvard Law Review*, vol.10, 457, 1897.

ITURRALDE, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Madrid, Civitas, 1995.

\_\_\_\_\_. Precedente Judicial. *Eunomía*, nº 4, 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ed. de Luis Martínez Velasco. Madrid: Espasa Calpe, 1994 [1785].

KENT, James. *Commentaries on American Law*, vol. I. 11ª ed. Boston: Little, Brown & Company, 1867.

KNITTEL, Wilhelm. *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Verlag Gieseking, 1965.

LAMOND, Grant. Do Precedents Create Rules? *Legal Theory*, 11, 2005.

LAPORTA, Francisco. La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. In FERRERES, Victor; XIOL, Juan Antonio (eds.). *Carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 4ª ed. 1979. trad. cast. de M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (eds.). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. USA-Singapore-Sidney: Aldershot-Brookfield, 1997.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MAGALONI, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill, 2001.

MAGALONI, Ana Laura. *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*. México D.F: CIDE, 57, 2011.

- MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vértice- Cortes superiores y cortes supremas. In TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (eds.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- MONTROSE, J. L. The Ratio Decidendi of A Case. *The Modern Law Review*, 20, 1957.
- MORAL, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Bruxelles, 1970.
- PRIETO, Luís. Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: CEC, 1992.
- SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- SCHLESINGER, Rudolf; BAADE, Hans; DAMASKA, Mirjan; HERZOG, Peter (eds.). *Comparative Law*. 5ª ed. Mineola, NY: The Foundation Press, 1988.
- SIERRA SOROCKINAS, David. El precedente: un concepto. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, 36, 2016.
- SILVESTRI, E. Corti supreme europeee: acceso, filtri e selezione. In *Le corti supreme*. Milano: Giuffrè, 2001.
- SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 21, pp. 217-255. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2004,
- TARUFFO, Michele Per un'analisi comparata del precedenti giudiziario. *Ragion pratica*, 6, 1996.
- \_\_\_\_\_. Le corti supreme europeee: acceso, filtri e selezione. In *Le corti supreme*, Milano: Giuffrè, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- \_\_\_\_\_. Precedente y jurisprudencia. Trad. cast. de C. Martínez y F. Gandini. *Anuario Jurídico*. Cali: Universidad ICESI, 2007.
- TRENTO, Simone. El problema de la formación de precedentes en materia probatoria por los tribunales supremos. In FERRER,

Jordi; VÁZQUEZ, Cármen (eds.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

VECINA, Javier. *La casación penal*, Madrid: Tecnos, 2003.

WAMBIER, Teresa .A.A. Deben los jueces crear derecho?. In *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

WESLEY-SMITH, Peter. Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis. In GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1991.

WROBLESKI, Jerzy. Precedent in Statutory (Civil) Law System. In *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Saggi Teorico-Giuridici. Milano: Giuffré, 1990.

ZANDER, Michael. *The Law-Making Process*, London: Weidenfeld and Nicolson, 1989.