

**DEL PRECEDENTE JUDICIAL A LOS PRECEDENTES OBLIGATORIOS:
¿VENTAJA O AMENAZA PARA LOS TRIBUNALES INFERIORES?¹⁻²**

***FROM JUDICIAL PRECEDENTS TO BINDING PRECEDENTS: ADVANTAGES OR
THREATS TO LOWER COURTS?***

Nuria Bellosó Martín

Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos (España). Mediadora Civil y Mercantil. Directora del Departamento de Derecho Público. Directora del Curso de Especialista en Mediación Familiar. Directora del Curso de Mediación Civil, y Mercantil. E-mail: nubello@ubu.es

RESUMEN: Las teorías de la argumentación jurídica, la globalización en el ámbito jurídico y el afianzamiento de las jurisdicciones constitucionales han impulsado en nuestros días la progresiva centralidad de la jurisprudencia, gracias al rol protagónico reconocido a la función judicial. La jurisprudencia, los precedentes judiciales y la doctrina legal son conceptos que aunque estén ellos conceptos estrechamente relacionados, no significan lo mismo ni conllevan el mismo grado de vinculación para el juzgador. Si a esto añadimos la confusión que se produce por el hecho de utilizar en el sistema continental conceptos a los que damos el significado que tiene en el sistema anglosajón, la situación de confusión se incrementa. En este trabajo prestaremos especial atención a la doctrina del precedente judicial. Se analizará la aproximación del *civil law* al *common law*, la distinción entre precedente, jurisprudencia y doctrina legal. Se examinará la doctrina de los precedentes en diversos contextos tales como en el Tribunal Constitucional español, en México y en Brasil, prestando especial atención a la universalidad de los precedentes y a

¹ Artigo recebido em 17/09/2018, sob dispensa de revisão.

² Una versión inicial de este trabajo ha sido publicada como: “La doctrina del precedente judicial: ¿invasión de la independencia del juzgador?” en ALVARO SÁNCHEZ BRAVO (Editor) *Derechos Humanos, Ciudadanía y Globalización*, Sevilla, Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible & Punto Rojo Libros S.L., 2017, pp. 466-507; y también, con algunas revisiones en: “Del precedente judicial a los precedentes obligatorios: ¿ventaja o amenaza para los tribunales inferiores?”, *Revista Interdisciplinar de Direito*, volumen 16, n.º.3, edição comemorativa dos 50 anos da Faculdade de Direito de Valença - RJ, Juiz de Fora-MG- Fundação Educacional Dom André Arcoverde, (Brasil), 2018, pp. 267-297.

los precedentes obligatorios, lo que lleva a cuestionarse si no se estará invadiendo la independencia del juzgador.

PALABRAS LLAVE: *civil law*, *common law*, jurisprudencia, precedente judicial

ABSTRACT: The theories of legal argumentation, globalization in the legal field and the consolidation of constitutional jurisdictions have promoted the progressive centrality of jurisprudence in our days, thanks to the leading role recognized in the judicial function. Jurisprudence, judicial precedents and legal doctrine are concepts that although they are closely related concepts, do not mean the same nor do they entail the same degree of connection for the judge. If we add to this the confusion that results from using concepts in the continental system to which we give the meaning it has in the Anglo-Saxon system, the situation of confusion increases. In this work we will pay special attention to the doctrine of the judicial precedent. The approach of *civil law* to *common law*, the distinction between precedent, jurisprudence and legal doctrine will be analyzed. The doctrine of precedents will be examined in various contexts such as in the Spanish Constitutional Court, in Mexico and in Brazil, paying special attention to the universality of precedents and mandatory precedents, which raises questions as to whether independence will not be invaded of the judge.

KEYWORDS: civil law, common law, jurisprudence, judicial precedent

1. Introducción: algunas perplejidades sobre los precedentes judiciales

La jurisprudencia se ha convertido en un poderoso instrumento para conocer qué es Derecho. La doctrina de los precedentes judiciales ha adquirido un renovado vigor en nuestro ordenamiento. No se trata de volver sobre el debate ya clásico de si la jurisprudencia es fuente del Derecho.³ La naturaleza y el régimen jurídico de las resoluciones de los distintos órganos jurisdiccionales permiten diferenciar el concepto de

³ Cfr. ZACCARIA, G., “La jurisprudencia como fuente de Derecho: una perspectiva hermenéutica”. *Isonomia* (32) 93-117, 2010; PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, 2ª. ed., Bosch, Barcelona, 2006; CLEMENTE DE DIEGO, F., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: notas respecto de una controversia de principio” a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2016.

precedente, jurisprudencia y doctrina legal. Por precedente puede entenderse una sentencia anterior que establece un criterio a tener en cuenta.⁴ Siguiendo a una especialista en el tema, como es Gascón Abellán, se puede considerar como un género de motivación especial formulado en la línea de que “hay que interpretar y aplicar el Derecho conforme a criterios que, por considerarlos correctos, se estuviera dispuesto a utilizar en la resolución de todos los casos iguales que puedan presentarse en el futuro”.⁵ Con todo, y como establece la STC 119/1987, de 9 de junio, J.J. 3, “no se impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo; el principio de

⁴ Nieto muestra escasa confianza en que se respete el precedente judicial en nuestra tradición jurídica: «La técnica del precedente es un juego para uso de estudiantes. La regla del *stare decisis* es una ficción puesto que no es respetada por la realidad» (NIETO, A., *El arbitrio judicial*, cit., p.17). Entre los diversos estudios sobre la doctrina de los precedentes, destacamos: ITURRALDE SESMA, V., “Precedente Judicial” en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº4, 2013, pp. 194-201; ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el common law*, Diputación Foral de Gipuzkoa-Civitas, Madrid, 1995; XIOL RÍOS, J.A., “El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional” en *Poder Judicial*, 2ª época, nº3, 1986, pp.25-40; REQUEJO PAGÉS, J.L., “Juridicidad, precedente y jurisprudencia” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 10, nº29, mayo-agosto, 1990, pp. 223-240; CHACÍN, R., “Acerca del origen del Derecho: novísimo papel del precedente” en *Fronesis*, nº 17 (1) 2010, pp.85-107; ROCA TRÍAS, E., “Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1986, pp.7-40; GARAY, A., “El precedente judicial en la Corte Suprema” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1997, pp. 51-108; GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T., “La controversia sobre el precedente judicial: un clásico de Derecho en constante renovación” en *Foro. Nueva Época*, nº4, 2006, pp. 127-152; PFEFFER, E., “La introducción del “precedente”: un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica” en *Estudios Constitucionales*, nº4 (1), 2006, pp. 185-194; MACCORMICK, N.; SUMMERS, R. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1997; SODERO, E., “Sobre el cambio de los precedentes”, en *Isonomía*, nº21, 2004.

⁵ GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, p.50 ss. Es decir, una sentencia que tome en consideración la regla del precedente no es aquella sentencia que se limite a repetir otra anterior sino “aquella que pretende justificarse en un criterio general, en una regla que se considera deseable para regular un futuro caso semejante, disipando toda sospecha de parcialidad o arbitrariedad” (GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional cit.*, p.47). También apuntamos la definición de precedente expuesta por Nieto: “resolución judicial que ha resuelto ya un caso sustancialmente idéntico al que se debate” (NIETO, A., “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia” en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº8-9, 2002, p.104). El precedente tiene que ser siempre anterior al caso que se toma como punto de referencia y, además, ha de haber una identidad sustancial del caso. Para clarificar qué sea “identidad sustancial del caso” tomamos como referencia el tercer sentido que M. Gascón otorga al precedente, *stricto sensu*, “el criterio, principio o razón jurídica en el que se funda una decisión judicial previa usada como fuente para la adopción de futuras decisiones” (GASCÓN ABELLÁN, M., “Precedente y argumentación”, en GASCÓN ABELLÁN, M. (Coord.) *Argumentación jurídica*, Valencia, tirant lo Blanch, 2014, p.343).

Siguiendo a Wróblewski, podemos distinguir cinco significados diferentes del término «precedente judicial»: a) sentido clásico: precedente como un mecanismo de creación jurídica b) sentido funcional: función *ejemplificadora* de conductas judiciales que, en casos futuros, pudieran ajustarse a la misma estructura argumentativa y fáctica descrita por el propio precedente. c) *sentido de validez*: perspectiva de su *cumplimiento*, es decir, supone entender al precedente como un mecanismo jurídico dotado con suficiente valor coactivo para obligar a todos los posibles destinatarios como si de una auténtica norma jurídica se tratase; d) *sentido de autoridad*: como un mecanismo para motivar futuras decisiones; e) *sentido informativo*. Este último modo entiende al precedente desde su función orientadora o informadora de futuros fallos a la vista de todos los anteriores. (Vid.WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, 1985, trad. Arantxa Azurza, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht-Boston- London, Kluwer, 1992).

igualdad ante la ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la ley, puesto que con eso se incidiría en el círculo de competencias atribuidas constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento”.

Las reglas más generales sobre el uso de los precedentes se pueden resumir en: a) Cuando se pueda citar un precedente, a favor o en contra de una decisión, se debe de hacer; b) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.⁶

Qué normas jurídicas se pueden extraer de los precedentes –para algunos, fuente del Derecho-⁷ y cómo aplicar esas normas en la justificación de decisiones posteriores no es una cuestión pacífica. Por ello, definir y caracterizar qué es un precedente permite plantearse interrogantes tales como: los precedentes ¿pueden considerarse principios? O más bien ¿son reglas provenientes de los fallos de los jueces? El precedente, ¿es realmente un mecanismo de creación judicial del Derecho? Y, si la autoridad de los jueces depende de su sometimiento pleno, absoluto y exclusivo al imperio de la ley, ¿en qué medida el precedente estaría poniendo en peligro la propia autoridad de la ley a favor de la autodeterminación de los jueces? Los defensores de los precedentes judiciales aducen que aportan seguridad e igualdad: a casos iguales, sentencias iguales.⁸ Los detractores, por su parte, advierten del peligro que conlleva para el principio de legalidad y de independencia judicial (tanto en el caso del precedente vertical como en el horizontal o autoprecedente) implicando una pérdida de autonomía judicial.

Las reticencias con respecto a la doctrina del precedente en nuestro sistema llevan a plantearse si una incorrecta utilización de los precedentes acaba reafirmando el

⁶ ROSA DE BUSTAMANTE, Th. (da) *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, trad. J.C Panez Solórzano y B.L. Ragas Solórzano, Lima, Ediciones legales, 2016, p.255.

⁷ Sobre la ruptura de la visión predominante de las fuentes sometidas a una estricta jerarquía, perfectamente ordenadas, *vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993; también, PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Madrid, La Ley, 2010.

⁸ OLLERO TASSARA, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, CEC, Madrid, 1989; GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

positivismo, en la medida en que convierte a los precedentes en normas aún más rígidas que la propia norma, con la obligada vinculación. Lo cual, acaba provocando que los Tribunales de más elevado rango, utilicen los precedentes como normas a seguir obligatoriamente. Es más, cabe preguntarse si no sería más conveniente que primara la interpretación judicial sobre el precedente, en aras de una mejor tutela de un derecho fundamental y, por consiguiente, de la Constitución, si protege mejor, en un caso concreto, un derecho constitucional.

El tema de la jurisprudencia vinculante y de los precedentes vinculantes ha dado lugar a un debate aún más encendido sobre la cuestión: ¿habría que considerar los precedentes vinculantes como instrumentos de refuerzo del positivismo jurídico? Ello provocaría una tiranía de los precedentes vinculantes, dando primacía al criterio utilitarista-cuantitativo (ahorro de tiempo que supone recurrir al precedente frente al esfuerzo que conlleva motivar una sentencia).

En las páginas que siguen vamos a analizar estas cuestiones, partiendo del progresivo acercamiento de los sistemas del *civil law* y del *common law*.⁹ Continuaremos después distinguiendo entre precedente judicial, jurisprudencia y doctrina legal, lo que nos permitirá profundizar en los precedentes en el TC. Terminaremos con una breve referencia tanto sobre algunos países del *civil law* (España e Italia) como de Latinoamérica (México y Brasil) en relación a si los precedentes no solo no contribuyen a mejorar la argumentación y motivación de las decisiones judiciales –lo que constituye una garantía para la tutela jurisdiccional de los derechos humanos- sino que incluso pueden desembocar en una invasión de la independencia y autonomía del órgano juzgador.

Resulta frecuente encontrar en la motivación de las sentencias del TC el apoyo en sentencias anteriores del propio TC, unas veces como criterios determinantes para construir

⁹ MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, Madrid, Marcial, Pons, 2002. En opinión de Rivero Ortega: “en nuestro Derecho el precedente sólo tiene en principio un valor informativo, tanto para el órgano judicial como para las partes en el proceso: éstas pueden invocarlo y tenerlo en cuenta a la hora de estimar las posibilidades de éxito de sus pretensiones; aquél debe manejarlo a la hora de resolver, bien aceptándolo como válido y aplicable al caso, bien rechazándolo con un razonamiento suficiente que explique el apartamiento del anterior criterio”. (RIVERO ORTEGA, R., “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho” en *Revista de Administración Pública*, nº15, enero-abril, 2002, p.96).

su argumentación, otras veces mediante mera remisión a esas sentencias anteriores, sin apenas motivación.

2. Punto de partida: ¿Aproximación del *civil law* al *common law*?

En los sistemas continentales hemos ido evolucionando desde posiciones como “la jurisprudencia no es fuente del Derecho” a “debemos tomar en consideración los precedentes”.¹⁰ En los sistemas del *common law* las normas legislativas son cada vez más relevantes y, en los sistemas del *civil law*, el uso de los precedentes judiciales es cada vez más frecuente para interpretar el Derecho y justificar las decisiones. Por ello, ambos sistemas se van aproximando progresivamente, al menos, en esta cuestión.

Es sabido el papel que desempeñan los precedentes en el sistema continental europeo y en el sistema del *common law*. La doctrina del precedente designa un principio de derecho (*ratio decidendi*) que ha sido aplicado por un juez para decidir un caso análogo al que le corresponde ahora resolver a otro juez, o incluso al mismo. El sistema anglosajón se apoya en una tríade como es el *case law*,¹¹ el principio *stare decisis* y la doctrina de la vinculación fuerte al precedente. Recurren a categorías como *ratio decidendi*, el *distinguishing* y el *overruling*. Es por ello que se acaba sosteniendo que el carácter vinculante de la jurisprudencia es un rasgo propio de los países que pertenecen a la cultura jurídica del *common law*. En los sistemas de *common law*, “le renviroment de

¹⁰ NIETO, A., “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia” en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº8-9, 2002, pp.103-116.

¹¹ Un derecho sustentado en el caso concreto y en su solución, un *case law*, no tiene porqué incorporar el principio *stare decisis et non quita movere*. Lo que hace este principio, como explica Laporta- es imponer sobre el juzgador la obligación de atenerse a pronunciamientos anteriores si no observa una razón relevante para modificarlos. El *stare decisis*, “atenerse a la decisión anterior”, pretende ser un acto de racionalidad, la racionalidad que se deriva de que si un caso ha sido bien solucionado, esa solución será la más racional para los casos como aquel. Y en esa condición tiene sobre todo relación con el precedente que se ha llamado “horizontal”, es decir, con el precedente del propio juez o tribunal, u otros anteriores. (LAPORTA, F.J., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del presente” en FERRERES COMELLA, V; XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, cit., p.34). Sin embargo, conviene recordar que “el mero hecho de que una decisión haya sido tomada antes no la dota de una singular importancia”. La doctrina de la vinculación del precedente parte de una explícita dimensión de racionalidad en la toma de decisiones. “Los precedentes son razones para decidir. Por eso es escasa la práctica rígida de esa vinculatoriedad. (LAPORTA, F.J., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del presente”, cit., p.37). Las clásicas prácticas de *overruling* y *distinguishing* también pueden ser cuestionadas cuando se vaya a determinar cuál es la *ratio decidendi* de un caso y qué cosas son meros *obiter dicta*. Con todo esto se consigue muchas veces evitar la aplicación de un precedente a un caso nuevo

jurisprudence” o el cambio de jurisprudencia se considera una anomalía, un disfuncionamiento del sistema judicial. En los Estados Unidos, el juez se atiene, como regla general, a lo ya decidido por las Cortes Supremas en decisiones anteriores, sin modificar las reglas jurisprudenciales ya existentes. Esto no impide que la Corte Suprema de Estados Unidos cambie su jurisprudencia actual según las necesidades de la sociedad en la cual se aplican las leyes. Ello significa que la regla del precedente (*stare decisis*) puede ser relativa y la jurisprudencia la reconoce actualmente como política jurisprudencial (*Policy*).¹² Taruffo ha dejado claro el carácter argumentativo de la aplicación de precedentes y la imposibilidad de establecer un sistema cerrado.¹³

Entendemos que más que estar ante una orientación de nuestro sistema hacia el modelo del precedente y el *stare decisis* anglosajón, se trata “simplemente” de aproximar en alguna medida las sentencias de todos los órganos jurisdiccionales a las de aquellos que tienen como principal función garantizar la seguridad e igualdad en la interpretación del ordenamiento (lo que no es competencia de las primeras instancias jurisdiccionales).

Una teoría general del precedente, en el sistema continental, puede ser objeto de estudio desde diversas perspectivas, tales como un estudio comparado de los sistemas jurídicos, un estudio desde la teoría de las fuentes del Derecho, y otras. Nos adherimos a la opinión sustentada por Gascón Abellán en cuanto a que, además del tradicional estudio del precedente desde la teoría de las fuentes del derecho, resulta más sugerente su análisis desde el discurso del razonamiento jurídico.¹⁴

Si por precedente entendemos toda decisión judicial anterior que sea relevante para dirimir casis futuros, dejando de lado el criterio de autoridad¹⁵ —es decir, la fuerza

¹² ZOLER. E., “Les renversements de jurisprudence de la Cour Supême des Etats-Unis” en *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº20, 2006, pp. 104 y ss.

¹³ Taruffo afirma que “el precedente no tiene una eficacia formalmente vinculante ni siquiera en Inglaterra y mucho menos en Estados Unidos. Con mayor razón -e independientemente de la eventualidad de que se considere la jurisprudencia como fuente del derecho- debe excluirse que el precedente tenga eficacia vinculante en los sistemas de *civil law*”. (TARUFFO, M., “Las funciones de las cortes supremas”, en TARUFFO, M. et al., *La misión de los tribunales supremos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 231).

¹⁴ GASCÓN ABELLÁN, M., “Precedente y argumentación”, cit., p.348, nota 8; también, MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, cit.

¹⁵ Para Gascón, tanto el precedente vertical, el horizontal y el autprecedente, comparten un mismo fundamento o razón de ser, que es el principio de universalización, entendido este como la exigencia de justicia uniforme, pero operan de manera diferente en el marco del razonamiento jurídico. El precedente vertical se justifica en una estructura piramidal del poder judicial y en un sometimiento similar al que existe

vinculante de la que se reviste la autoridad de los precedentes- podremos centrarnos más en lo que los precedentes aportan al aspecto argumentativo y justificativo de las decisiones judiciales. El precedente de la sentencia constitucional goza de una “eficacia persuasiva” por lo que las reglas de argumentación y fundamentación adquieren una particular relevancia.¹⁶

La doctrina del autoprecedente es la que mejor se acomoda al principio de universalidad, entendido como una traslación del principio kantiano de “universalizabilidad” del discurso jurídico de jueces y tribunales, en la medida en que expresa la exigencia de que exista una única solución correcta para los mismos supuestos. Como advierte Prieto Sanchís, el precedente nunca puede ser abandonado: lo que sí se puede abandonar –por los motivos que sea- es el criterio o la norma aplicable, pero no el requerimiento formal de la universalización.¹⁷ Una decisión no universalizable difícilmente

respecto de la ley, mientras que el horizontal supone una búsqueda de homogeneidad judicial, vinculada al espíritu institucional y organizativo, por lo que los jueces rara vez se apartan porque serían criticados y vistos como algo incorrecto dentro del gremio. Finalmente, el autoprecedente constituye una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en la exigencia de la justicia formal, que es el principal requisito de la universalización. También, *vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., “Decisión jurídica y argumento de autoridad”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 1, 1984, pp. 149 y ss.

¹⁶ Entre los valores que garantiza el precedente, y siguiendo la exposición de Gascón, destacamos: a) La seguridad jurídica y la estabilidad en derecho. Este valor permite que los ciudadanos puedan prever la respuesta que, posiblemente, recibirán de los tribunales. En la argumentación jurídica, la idea de seguridad jurídica se expresa en la regla del *stare decisis*; b) El principio de igualdad formal porque garantiza que casos iguales sean tratados de la misma manera. Es inevitable que los Tribunales Constitucionales creen Derecho pero se les debe de exigir coherencia para evitar sentencias contradictorias antes supuestos iguales; c) Supone un ahorro de tiempo al tribunal, ya que si se sigue el precedente, no es necesario justificar muy pormenorizadamente la solución jurídica. El autoprecedente, la vinculación al precedente propio, a diferencia de la vinculación que proviene de otros tribunales, impulsa un nuevo valor como es el de la racionalidad de la aplicación del derecho. Más que un instrumento para promover la igualdad, la seguridad y la estabilidad jurídica, es “primariamente una garantía contra la arbitrariedad”. Es una regla de racionalidad y, por ello, una regla de la argumentación jurídica; d) Universalización, principio que podría formularse así: “en presencia de un mismo hecho, resuelve siempre de igual forma o, mejor aún, toma aquella decisión que en el futuro estuvieras dispuesto a respaldar ante unas mismas circunstancias”. (Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, cit., p.31). Este principio ayuda al juez en su proceso de interpretación, de manera que cuando tenga que elegir entre diversas opciones, la universalización, regla que se muestra esencial en todo razonamiento práctico, le permitirá aportar la dosis de racionalidad mínima.

¹⁷ La regla del precedente “no nos dice cuando una norma es justa o correcta, ni si una norma es mejor que otra” es decir, no permite conocer el contenido de la prescripción [...] una decisión sólo está justificada cuando puede adoptarse en cualquier otro supuesto de hecho igual” (PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*. Problemas del razonamiento jurídico, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.164). Gascón añade una matización en cuanto a en qué consiste un precedente distinguiendo entre lo que se podría llamar una mirada hacia el pasado, en cuyo caso el argumento no requiere discusiones valorativas porque no se interesa por buscar la mejor solución al caso sino solo la solución que se dio a un caso anterior igual. Pero cuando el precedente mira al futuro, es decir, cuando se pregunta si el criterio particular debe valer como regla general, entonces es difícil prescindir de un razonamiento sobre valores puesto que hay que mostrar porqué ese criterio es mejor que los demás para regular una cierta clase de casos

podría ser considerada moralmente aceptable. Precisamente, esta exigencia de universalizabilidad se hace más notoria cuando no hay reglas para aplicar al caso concreto, lo que remite a la discrecionalidad judicial y a la necesidad de tener que elegir ante varias alternativas.

Ahora bien, si institucionalmente hay una única respuesta correcta (por ejemplo, derivada de la autoridad de la jurisprudencia de un tribunal superior), la universalidad sigue siendo de aplicación, pero por otras razones.

En relación al debate sobre la vinculatoriedad o no de los precedentes, Alexy apunta tres razones que exigen que los precedentes tengan fuerza vinculante, aunque advierte que al menos puede apuntarse una razón suficientemente poderosa para exigir que dicha fuerza vinculante no deba tener carácter definitivo sino sólo *prima facie*. Las tres razones de la fuerza vinculante de los precedentes son “la previsibilidad, la protección de la confianza y el trato igual de los casos semejantes”. Estas tres razones hacen que la decisión anterior sea una razón para una decisión posterior. Estas tres razones son universales y se oponen al valor de la verdad o corrección práctica. “En casos de conflicto, es necesario una ponderación. Esto es justamente lo que quiere decir que la fuerza vinculante tiene sólo carácter *prima facie*”.¹⁸ En relación a si en nuestro sistema se admite la doctrina del precedente vinculante, hay que recordar que esta doctrina ha sido rechazada por más de una sentencia del Tribunal Constitucional, como en la STC 126/1986: “*La directa vinculación de Jueces y tribunales a la Ley y al Derecho no puede quedar rota por una absoluta vinculación a los precedentes que nuestro ordenamiento jurídico no establece y que la Constitución no exige*”.¹⁹ La imposibilidad de precedentes judiciales en

(GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, cit., pp.44-45).

¹⁸ ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, 3ª ed., ampliada, Edición y presentación a cargo de J.A. Seoane, Granada, Comares, 2016, p.72.

¹⁹ Vid. LÓPEZ GUERRA, L., “El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*”, en *El Tribunal Constitucional*, vol. II, 1981, págs. 144 y ss; una opinión contraria es la sustentada por VIVES ANTÓNT, “Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional, en *Revista Poder Judicial*, nº 2, Madrid, 1986. En los sistemas de Derecho continental, el precedente puede gozar de un valor o “eficacia persuasiva”, como apunta Pizzorusso. La “eficacia persuasiva” tiene una conexión directa con el principio de igualdad constitucional (igualdad ante la ley, entendida como igualdad ante las normas) como imperativo para los jueces, es decir, la exigencia de que casos análogos deban ser decididos análogamente en la medida de lo posible evitando así la lesividad originada por soluciones distintas para supuestos análogos (ZÚÑIGA URBINA, F., “Sentencias del Tribunal Constitucional y el poder judicial. El valor del precedente” en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, nº. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago (Chile) julio, 2006, pp. 151-172. Disponible en:

nuestro ordenamiento deriva tanto del principio de independencia judicial (independencia del juez como tal) como que en el ejercicio de la *potestas* jurisdiccional, los jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.²⁰

Como señala Ferreres Comella, “con independencia de si existe realmente una sola respuesta correcta para toda controversia jurídica, lo cierto es que se plantean casos con respecto a los cuales los jueces adoptan soluciones dispares”.²¹ Es por ello por lo que surge la idea de introducir mecanismos para reducir a unidad esta diversidad de posiciones, para lo que se ha establecido que los tribunales que ocupan el lugar jerárquico más alto del sistema judicial fijen cuál es la respuesta correcta en los casos controvertidos. Se trata de que los tribunales inferiores se guíen en sus decisiones por la solución que haya aportado el tribunal superior. Esto es lo que se conoce como la fuerza vinculante de la jurisprudencia, en su dimensión vertical. Esta dimensión vertical va acompañada de una dimensión horizontal, lo que implica que el propio Tribunal Supremo encargado de fijar la doctrina que debe ser seguida por los tribunales inferiores tiene que ser coherente en el tiempo.²²

<http://www.redalyc.org/html/820/82040207/>.

²⁰ Rivero Ortega, para justificar su rechazo a los precedentes vinculantes, recuerda que: “Debe ser el sistema de recursos, y no una configuración jerarquizada del poder judicial, la garantía del sometimiento de los Jueces a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Lo dejan también claro los dos primeros apartados del artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. 2. No podrán los jueces y tribunales corregir la aplicación o interpretación del Ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan”. En esto consiste, aunque no exclusivamente, la independencia del Juez: junto a las garantías del artículo 127 de la Constitución, que pueden asociarse a la imparcialidad (sistema de incompatibilidades, prohibición de afiliación a partidos políticos), y las del 117 (resumibles en la inamovilidad), es la ausencia de un modelo jerarquizado de poder judicial lo que asegura la independencia de cada Juez o Magistrado, individualmente considerados. A diferencia de lo que ocurre, sin ir más lejos, en el mismo Título VI de la Constitución, con el Ministerio Fiscal, sujeto, de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución, a los principios de unidad de actuación y “dependencia jerárquica”. El autor recuerda que: “Existen otras medidas mucho más eficaces, a nuestro juicio, para evitar recursos temerarios sobre cuestiones resueltas, en torno a las cuales puede haberse pronunciado reiteradamente un órgano jurisdiccional: condenas en costas, amonestaciones a la representación jurídica de la parte recurrente, y, en último término, una motivación por remisión que ahorra al Juzgado, si no los trámites del proceso, sí el tiempo invertido en redactar la sentencia”. (RIVERO ORTEGO, R., “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”, cit., p.98).

²¹ FERRERES COMELLA, V; XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ªed., Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2010, p.44.

²² Como acertadamente advierte Laporta, la Constitución, al exigir la motivación de las sentencias, prohibir la arbitrariedad de los poderes públicos y establecer la igualdad de los ciudadanos ante la ley, parece que se apoya “en los mismos cimientos que tantas veces se han mencionado y mencionan como fundamento de la doctrina del precedente judicial vinculante: racionalidad, predecibilidad e igualdad formal. Y esto serviría tanto para el precedente horizontal (si en un caso anterior se halla una solución razonable o justa, esa

Subraya que la pretensión de unificar la respuesta judicial a las controversias jurídicas se configura en el respeto a dos valores como son la seguridad²³ y la igualdad. Si dos tribunales llegan a soluciones diferentes ante un mismo caso, los ciudadanos no sabrían a qué atenerse, no podrían calcular qué acciones les interesa ejecutar y cuáles deben evitar. También los ciudadanos se verían afectados en su igualdad ante la ley pues se les daría diferente trato según el Juzgado al que se hubieran dirigido.²⁴

3. La distinción entre precedente, jurisprudencia y doctrina legal

Además de estar obligados a seguir las decisiones de los tribunales que están por encima de ellos en la jerarquía judicial (vertical) los tribunales también están obligados a seguir sus propias decisiones anteriores (horizontal o autoprecedente). Se espera que un tribunal resuelva cuestiones de la misma manera en el mismo las ha decidido en el pasado, a pesar de que los miembros del tribunal hayan cambiado, o incluso si los mismos miembros han cambiado sus opiniones. Aquí estamos ante una jerarquía impuesta del pasado al futuro. El concepto de “autoprecedente” puede encontrarse en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, que extraen consecuencias jurídicas del mismo en el terreno de la motivación. Por todas, la STC 103/1984: “[...] un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y [...] cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”. Como puede observarse, ni siquiera el autoprecedente vincula de modo estricto. Esto se pone de manifiesto en la STC 100/1988: “El artículo 14 de la Constitución no impone al órgano judicial que, en su función de aplicar el Derecho, haya de atenerse siempre al precedente para resolver cuestiones sustancialmente iguales, sin poder alterar los criterios interpretativos, lo que

solución será también razonable o justa para un caso posterior semejante a ese en sus aspectos relevantes); y también para el presente vertical (presente sentado por un órgano judicial de superior jerarquía) (Cfr. LAPORTA, F.J., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del presente”, cit., p.24).

²³ En relación a la seguridad, Pérez Luño apunta algunas de las garantías necesarias: la publicidad de las normas, como requisito ineludible de su conocimiento por los destinatarios (*lex promulgata*); la exigencia de claridad y precisión en el lenguaje normativo (*lex manifesta*); la garantía del carácter pleno del ordenamiento jurídico para evitar las lagunas legales (*lex plena*); el respeto a la jerarquía normativa y a la reserva de ley (*lex stricta*); el principio de la irretroactividad de las leyes desfavorables o restrictivas de derechos (*lex previa*); y la adecuada estabilidad y persistencia del Derecho (*lex perpetua*). (Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica y sus paradojas actuales* en *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico*, nº. 12, 2012, pp.124-140).

²⁴ FERRERES COMELLA, V; XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, cit., pp.46-47.

conduciría a una petrificación de la experiencia jurídica y a cerrar toda posible evolución en la interpretación del Ordenamiento”. El tenor de estas sentencias nos lleva a diferenciar “la fuerza vinculante de las sentencias precedentes de una probable aceptación del criterio establecido en una sentencia anterior para fundamentar un nuevo fallo”. En este sentido, como acertadamente subraya Rivero, en nuestro Derecho, cuando hablamos de precedente “no hablamos de una vinculación al estilo del *stare decisis*, sino de la eventual aceptación del criterio anteriormente utilizado a la hora de resolver un conflicto de similar o idéntica naturaleza, acudiendo incluso a la motivación por remisión, una técnica perfectamente aceptada por el Tribunal Constitucional,²⁵ que incluso la utiliza, cada vez con mayor frecuencia, para motivar sus propias sentencias”.²⁶

A pesar de que hayamos apuntado que en nuestro sistema jurídico no rige la doctrina del precedente vinculante, hay dos excepciones que obligan a establecer algunas reservas a esta afirmación, como son las relativas a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a algunas sentencias del Tribunal Supremo. Las primeras, según el tenor del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exige una interpretación conforme, deben ser conocidas por todos los jueces, siendo tenidas en cuenta en la interpretación de las leyes y los reglamentos. Ahora, bien, puede darse el caso de que el propio Tribunal Supremo llegue a convencerse por sí mismo, o por argumentos derivados de los propios litigantes o de órganos jurisdiccionales inferiores, de que un determinado criterio interpretativo seguido por él era equivocado; y ésta sola posibilidad es por sí misma suficiente para desarticular cualquier veleidad respecto de un posible cambio del sistema. Ante esta situación habríamos de preguntarnos, qué significaría una vinculación más fuerte que la tradicional de la jurisprudencia: “¿Habría que sancionar disciplinariamente al juez que ignora la jurisprudencia? ¿Sería la heterodoxia jurisprudencial asimilable a la prevaricación? ¿Se trata de ampliar la responsabilidad por error judicial? Estos son caminos muy peligrosos por muchas razones. Y no hay que olvidar que la propia jurisprudencia, pese a los avances de las bases de datos, se ha hecho cada vez más difícil de conocer y esto es algo que tiene que ver con dos fenómenos que

²⁵ “Una fundamentación por remisión no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia contenida en el derecho fundamental que se invoca” (AATC 688/88 y 956/88).

²⁶ Vid. IGARTUA SALAVERRIA, J., “Motivación de las sentencias” en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 31, 1991; NIETO GARCÍA, A., “Motivación de las sentencias”, en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo xxi, Homenaje al Prof. D. Ramón MARTÍN MATLO*, tomo II, pp. 221 1 y ss.

*debemos estudiar con más atención: hay demasiada jurisprudencia —o mejor, hay demasiadas sentencias del Tribunal Supremo— y hay quizá demasiada inestabilidad en los criterios jurisprudenciales”.*²⁷

El valor vinculante de determinadas sentencias del Tribunal Constitucional exige la modificación de los criterios jurisprudenciales de los tribunales ordinarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 161.1 de la Constitución, *in fine*: “[...] 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”.²⁸

El TC se ha referido en numerosas sentencias a la “doctrina de este Tribunal”, fórmula y procedimiento muy utilizado tanto por el TS con respecto a sentencias del TC (precedente vertical) o del propio TC. Sin embargo, no queda claro si estamos ante un autoprecedente, ante jurisprudencia o ante doctrina legal. Y es importante precisar la naturaleza de qué sea la “doctrina de este Tribunal” porque está prefijando la interpretación que deba seguir, en el futuro, el TC, con respecto a las demandas de tutela de derechos fundamentales- como en este caso, el derecho a la intimidad- de los justiciables.

Estas consideraciones nos conducen a tener que distinguir los *precedentes*, de la *jurisprudencia* y de la *doctrina legal*.²⁹ Siguiendo a Rivero Ortega, en primer lugar,

²⁷ DESDENTADO BONETE, A., “«La unificación de doctrina y el Tribunal Supremo. La experiencia del orden social», en R. Trillo, E. Bacigalupo y P. Lucas, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Madrid, CGPJ, 2004, p. 387.

²⁸ En opinión de Rivera Ortega: en ambos casos (sentencias del Tribunal Constitucional y sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación en interés de ley) el concepto por el que se produce tal aproximación (relativa) al sistema anglosajón no es el de precedente, sino el de jurisprudencia” (RIVERA ORTEGA, R., “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”, cit., p.100).

²⁹ Rivera Ortega se lamenta de la confusión entre jurisprudencia y doctrina legal, incluso porque en ocasiones se utiliza el término simbiótico de doctrina jurisprudencial del TS o de los Tribunales superiores de Justicia, sumándose en ocasiones, el de precedente, sin que se sepa exactamente qué significa precedente, jurisprudencia y doctrina legal. Dice así: “entendemos que ésta [jurisprudencia] debe separarse de la tradicional consideración de la doctrina legal, eliminándose la exigencia de reiteración de pronunciamientos, sin perjuicio de que esta reiteración pueda fortalecer el argumento de las sentencias invocadas o demostrar la consolidación de un criterio decisorio”. (*Ibidem* p.105). En relación a la jurisprudencia, Calvo Vidal confirma que: “Una sola sentencia no basta para constituir jurisprudencia, es preciso que se den repetidos, reiterados y constantes fallos o al menos más de una sentencia que adopte la misma doctrina”. (CALVO VIDAL, F., *La Jurisprudencia, ¿fuente del Derecho?*, Lex Nova, Valladolid, 1992, p. 304). En cuanto al valor de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han pronunciado los estudiosos del

precedente,³⁰ con valor vinculante, al modo del *common law*, no existe en nuestro Derecho: existe motivación por remisión y existe también jurisprudencia. El *precedente* es aquella decisión vinculante (en principio, no obligatoria, ya que los operadores jurídicos se pueden apartar), que puede ser constituida de una, dos o más decisiones judiciales, sin importar el número; su decisión está conforme a la *ratio decidendi*, que es emitida por los altos tribunales, es decir, que la única forma para que haya precedente es que estos tribunales la emitan (precedente vertical o precedente horizontal), bien sea el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional. Igartua aclara que hablar de precedente puede implicar la referencia al *decisum* de una o varias sentencias anteriores, o bien su *ratio decidendi*, o bien ambas cosas a la vez., aunque por lo común, es la *ratio decidendi* lo que se denota con aquella palabra (precedente).³¹ En el Derecho continental y en la tradición jurídica española en concreto, las sentencias dictadas por cualquier Juez y por el Tribunal Supremo en particular sólo vinculan al Juez o al Tribunal que las dicta en cuanto que contemple situaciones de hecho y de derecho de características semejantes, aceptándose que, aun en este caso, pueda cualquier Juez o Tribunal apartarse de ese “precedente” motivándolo de forma adecuada.

No hay que confundir precedente judicial con motivación por remisión. Pero tampoco esto significa que se pueda admitir un “abuso” de la motivación por remisión porque podría derivar en una vulneración del carácter prevalente de la tutela judicial respecto del objetivo de reducir el número de asuntos del que tienen que conocer los órganos de la Jurisdicción. Hay que diferenciar el tratamiento de los asuntos repetitivos, fáciles de resolver, por ya resueltos (y que suponen una disminución de la carga de trabajo

Derecho comunitario, y el Tribunal Supremo español, en su sentencia de 17 de diciembre de 1997. Vienen a coincidir en estamos ante una nueva fuente del ordenamiento jurídico español, de naturaleza inequívocamente jurisprudencial, para la que no se requiere el requisito de la reiteración. Por otro lado, no es baladí la diferenciación entre una sentencia del Tribunal Supremo y dos o más sentencias que reiteran el mismo criterio, sentando entonces doctrina legal o, utilizando otro concepto más en boga, doctrina jurisprudencial. En este último supuesto estamos ante una suerte de criterio reforzado a tener muy en cuenta por todos los tribunales. La pregunta sería si todavía hoy el criterio de la reiteración es definitorio de la doctrina legal o si, en cambio, simplemente estamos entonces ante una «línea jurisprudencial». (RIVERA ORTEGA, R., “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”, cit., pp.108-109).

³⁰ El Diccionario de la Real Academia define precedente, en su tercera acepción, como: “Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante que se presenta”.

³¹ IGARTUA SALAVERRIA, J., “El sometimiento del juez sólo a la ley (por un enfoque post-positivista)” en Ramos Pascua, J.A. y M.A. Rodilla González (Eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006, pp.584.

de los tribunales) de aquellos otros en que hay que motivar y ello de forma individualizada.³²

En segundo lugar, por *jurisprudencia* pueden entenderse sentencias con valor normativo especial (no sólo complementario, en realidad), que deben ser tenidas en cuenta y respetadas por los órganos judiciales a la hora de interpretar y aplicar el Derecho. La *jurisprudencia* se refiere al *quantum*, es decir, sería la decisión judicial o las decisiones judiciales que se tomen sobre un tema en específico.³³ Partiendo de la idea de que son jurisprudenciales las sentencias del Tribunal Constitucional, las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las del Tribunal Supremo y, en cuestiones de Derecho autonómico, las de los Tribunales Superiores de Justicia. La jurisprudencia,³⁴ fuera de la concepción jurídica positivista, puede llegar a convertirse en un problema porque no sólo suprime la racionalidad en las decisiones judiciales, sino que también es una figura que atenta contra la seguridad jurídica. Y ello obedece a la constante diferenciación y cambio de criterio en los magistrados, o bien, de los órganos jurisdiccionales que están facultados para integrar la jurisprudencia. Esta afirmación puede matizarse si se analiza la funcionabilidad de la jurisprudencia según los sistemas del *common law*³⁵ o si se trata del sistema continental,³⁶

³² Por ejemplo, en el caso del tratamiento de acciones colectivas.

³³ Nuestro Código Civil, después de establecer con carácter general en su apartado 1 que «*las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*», y tras concretar en los apartados siguientes el orden de prelación de *dic jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*» La jurisprudencia a la que el precepto civil se refiere no viene constituida por una sola sentencia, sino por la doctrina reiterada contenida en varias sentencias del Tribunal Supremo. La tradición exige para poder hablar de doctrina legal o jurisprudencia la existencia de al menos dos sentencias en sentido id de febrero de 1886, y continuada hasta nuestros días en otras numerosas sentencias. A la jurisprudencia, en definitiva, se le reconocía una eficacia general o *erga omnes*, pero sin fuerza vinculante normativa, sólo indicativa o persuasiva. (Vid. MOLINER TAMBORERO, G.,” La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación en Tribuna Abierta”, en *Tribuna Abierta. Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 35, 2013,p.10. Disponible en: www.uria.com/documentos/publicaciones/3904/documento/tribuna.pdf?id=4786).

³⁴ En España, una acepción estricta de jurisprudencia es la que se predica de la doctrina que emana de las decisiones de los tribunales. Es lo que se refleja en el art.161.1 a) CE, en relación a los artículos 123 y 152 CE. Se entiende por jurisprudencia, según las definiciones clásicas, el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo y, actualmente, de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando ejercen funciones de casación. Es decir, “decisiones judiciales emitidas por los más altos órganos judiciales e investidas de cierta autoridad por el ordenamiento jurídico). (MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, Madrid, Marcial, Pons, 2002, p.17).

³⁵ En el *common law*, el carácter vinculante de la jurisprudencia se sitúa en el plano vertical, es decir, la autoridad de los precedentes establecidos por los tribunales superiores es categórica: “el juez inferior está sujeto a esos precedentes, sin poder dejarlos de lado, aunque sea motivadamente. [...] El juez anglosajón no

como el sistema jurídico español, donde la jurisprudencia no es vinculante, es decir, que no obliga a los juzgadores inferiores a asumir y aplicar el criterio del superior.

En relación al Tribunal Supremo, la avalancha de casos que llegan al TS dificulta tener tiempo para una reflexión meditada, una unificación de criterios y una redacción de las sentencias que puedan tener vocación de convertirse en precedentes, hace que esta cultura esté poco desarrollada en nuestro ordenamiento. Ferreres Comellas afirma que “resulta difícil extraer de las sentencias del Tribunal Supremo³⁷ y del Tribunal Constitucional su verdadera *ratio decidendi*”.³⁸ Por tanto, uno de los principales obstáculos para dotar a la jurisprudencia de fuerza vinculante es de orden práctico. Subraya que hay fuertes argumentos en favor del carácter vinculante de la jurisprudencia (que apelan a la seguridad jurídica, la igualdad y la objetividad), argumentos que no resultan derrotados por las objeciones clásicas que se suelen argumentar en nombre de ciertos principios de rango constitucional (exclusiva sujeción del juez al imperio de la ley, independencia judicial y principio democrático).³⁹

En cuanto a si los jueces están vinculados por las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), resulta llamativo que en países europeos del *civil*

puede dejar de lado un precedente establecido por un tribunal superior, con el argumento de que no le convence” (FERRERES COMELLA, V.; XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ªed., Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2010, p.69).

³⁶ FALCÓN Y TELLA, M.J., *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

³⁷ En relación a si los jueces están vinculados por las sentencias del Tribunal Supremo, aunque se ha apostado a favor de la fuerza vinculante, se admite que el juez pueda expresar su discrepancia con el Tribunal Supremo (lo que facilita la evolución jurisprudencial). En el ámbito de este planteamiento flexibilizador, se contemplan dos propuestas: la primera consiste en permitir que el juez se desvíe de la jurisprudencia del TS si aporta razones de peso para justificar su discrepancia. La segunda propuesta “exige la introducción en nuestro ordenamiento de una “cuestión prejudicial” en materia interpretativa, una vía que permita al juez comunicarse directamente con el TS para expresarle sus objeciones a la jurisprudencia existente, obligando a éste a adoptar una decisión por la que confirme o, por el contrario, matice o abandone su anterior criterio” (FERRERES COMELLA, V., XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, cit., pp.70-71)..

³⁸ FERRERES COMELLA, V., XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, cit., p.82.

³⁹ El autor subraya que en los sistemas del *civil law* se admite la teoría de la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Y un claro ejemplo de ello es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas (TJCE) tiene fuerza vinculante. En la página web del TJCE, a la pregunta de “¿Están obligados los órganos jurisdiccionales nacionales a ajustarse a la interpretación del Tribunal de Justicia?” la respuesta es afirmativa: “Sí. Cuando el TJ declara que un acto comunitario no es conforme con los Tratados o cuando interpreta el Derecho comunitario, esta resolución tiene fuerza vinculante y se impone al órgano jurisdiccional nacional que ha planteado la cuestión y al resto de órganos jurisdiccionales de los estados miembros.” (FERRERES COMELLA, V.; XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, cit., pp.68-69).

law, en los que no se trabaja con precedentes, sin embargo, hay un consenso con respecto a que la jurisprudencia del TJCE tiene fuerza vinculante. Es decir, los jueces nacionales deben resolver los casos con arreglo a la interpretación del Derecho comunitario que se tribunal haya fijado. La razón no estriba en el monopolio del TJCE en materia de interpretación del Derecho comunitario. Es que “no hay jerarquía orgánica ni procesal entre el TJCE y los tribunales nacionales”, lo cual hace “imposible” recurrir una sentencia nacional ante el TJCE “puesto que no existe ningún mecanismo procesal para ello”. A la pregunta de por qué no se puede incluir a la jurisprudencia dentro del bloque de pautas vinculantes para los jueces, ¿se puede responder con que esa fuerza vinculante supondría una lesión del principio de sujeción exclusiva a la ley, enunciado en el artículo 117.1 de la CE? ¿Habría que reformar este artículo para posibilitar que la jurisprudencia del TJCE se imponga con fuerza vinculante –y no solo como criterio orientador–?⁴⁰

En tercer y último lugar, el concepto de *doctrina legal* o doctrina jurisprudencial podría restringirse para el criterio sentado por los Altos Tribunales al resolver procesos en los que no se enfrentan partes, sino que están únicamente dirigidos a ofrecer una interpretación objetiva del ordenamiento.⁴¹ Como explica Igartua, “la doctrina jurisprudencial hace mención al significado de la(s)proposición(es) jurídica(s) la(s) cual(es) se formula la *ratio decidendi* de la(s) resolución(es) anterior(es)”.⁴²

El hecho de que en la práctica se cite o se haga referencia a diversas decisiones judiciales, no significa que estas tengan el valor de precedente. Pero tampoco significa que por ser sistemas legalistas, se deje de lado la jurisprudencia, sean regresivos e impidan la acomodación de las sentencias judiciales al “Derecho viviente”.⁴³ Como sostiene Lafuente

⁴⁰ FERRERES COMELLA, V; XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, cit., p.59.

⁴¹ *Ibidem*, pp.113-114.

⁴² IGARTUA SALAVERRIA, J., “El sometimiento del juez sólo a la ley (por un enfoque post-positivista)”, cit., p.584.

⁴³ La doctrine du droit vivant est constituée si l’interprétation donnée par le premier juge est confirmée par la suite; autrement dit, si elle est consolidée. Le droit vivant et la réitération e la décision judiciaire, à travers une ligne jurisprudentielle constante. El profesor Cavino ha visto, en la técnica del precedente, un medio de desarrollo del derecho viviente (CAVINO, M., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Vol. I, Milan, Giuffrè, 2009, p. 15; también, del mismo autor, “ Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice : la sintesi nel diritto vivente”», *Diritto e società* n°1, 2001, pp. 159-174. (Referencia tomada de LEBEDEL, S., “La prise en compte du droit vivant dans les relations entre el Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême en Espagne”, p.3). Sin embargo, los procedimientos contemplados tanto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art.87.1) como en la Ley

Balle, precisamente es la incidencia del Derecho en acción en el Derecho vigente lo que determina la impredecibilidad de la Jurisprudencia constitucional”. La mecánica por la que el juez constitucional opta por una u otra regla interpretativa, por invocar una precedente u otro, o se decide entre los diferentes argumentos creacionistas, rige por el principio de la incertidumbre.⁴⁴

4. La doctrina de los precedentes en el Tribunal Constitucional español

El TC maneja el concepto de precedente.⁴⁵ En el artículo 13 de su Ley Orgánica, se establece: “Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal la cuestión se someterá a la decisión del pleno”.⁴⁶

La regla de los autprecedentes vincula especialmente a los Tribunales Constitucionales, dado el alto grado de discrecionalidad que caracteriza la interpretación de un texto tan abierto e indeterminado como es la Carta Magna.⁴⁷ La relevancia del

Orgánica del Poder Judicial, imponen a las jurisdicciones ordinarias seguir la jurisprudencia del TC en España.

⁴⁴ LAFUENTE VALLE, J.Mª., “Veinticinco años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sus efectos “arco iris”: los casos “inaudita parte” en *Revista de Derecho Público*, núms. 58-59 (2003-2004), pp.808-809.

⁴⁵ La interpretación judicial del ordenamiento queda sometida a toda la jurisprudencia del TC (tanto sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad como las demás sentencias). Como establece el artículo 5.J de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. También, *vid.* CALVO GARCÍA, M., “El valor del precedente judicial en el sistema jurídico español” en Lorenzo Martín-Retortillo (Edtr.), *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, 1985, pp. 295-320.

⁴⁶ Como acertadamente destaca Rivero Ortega: “Parece, sin embargo, que, lejos de una vinculación al modo del *common law*, aquí el uso adjetival del término es claro, complementando el sustantivo “doctrina constitucional”. (RIVERO ORTEGA, R., “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”, cit., p.95). Puede hablarse, con muchos matices, de un *stare decisis* con respecto a las resoluciones del Tribunal Constitucional, pero este concepto no es admitido pacíficamente por toda la doctrina, aunque tal vez pueda sostenerse desde la «interpretación conforme», que debe serlo atendiendo a la jurisprudencia constitucional (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En cierta medida, también podría aplicarse esta “interpretación conforme” al Tribunal Supremo.

⁴⁷ Gascón Abellán diferencia varios supuestos de déficit en la aplicación de la regla del autprecedente: i) cuando se elude el cumplimiento de la regla mediante el *distinguishnig*; ii) cuando la regla no se aplica en todos los tribunales; iii) cuando no se aplica bien; iv) cuando el precedente se abandona sin justificación; por último, v) cuando el precedente se estima incorrecto pero no se abandona. En este último defecto se puede incurrir cuando “se entiende que el fundamento del autprecedente reside esencialmente en preservar la seguridad jurídica y la estabilidad del derecho, y no (o no primariamente) en garantizar la racionalidad de la

autoprecedente es consecuencia de que los Tribunales Constitucionales tengan atribuidas funciones de legislador negativo y positivo. El TC opera como legislador negativo en la medida en que tiene atribuido el control de constitucional de las leyes, de manera que puede resolver la inconstitucionalidad y la nulidad de una ley parlamentaria. Y también opera como legislador positivo especialmente mediante las sentencias interpretativas por las que declara la constitucionalidad de un precepto legal, impone o veda una o varias de sus posibles interpretaciones e, incluso, manipula el texto de la norma que enjuicia. Basta que se escoja un artículo de la Constitución y que se intente sistematizar la jurisprudencia que le afecte para que se pueda apreciar el elevado número de sentencias distintas en relación a casos constitucionales aparentemente iguales. Lafuente Lavalle señala dos razones de esta aleatoriedad: “el contenido político y la ambigüedad de la norma constitucional” lo que acaba produciendo un efecto “arco iris” en la jurisprudencia.⁴⁸ La norma constitucional es esencialmente política y necesariamente ambigua. Los valores y principios contenidos en la misma, impulsan el amplio universo de soluciones a los conflictos que se plantean ante el TC.⁴⁹ La aplicación de los precedentes no significa seguir reglas que existen previamente.

actuación judicial mediante el cumplimiento de la universalizabilidad”. Y es que si se piensa así, es probable que se sostenga también que el *overruling* exige una ponderación entre la seguridad y la estabilidad jurídica jurídicas, que abogan por seguir el precedente, y otras razones, que propugnan abandonar el precedente. (GASCÓN ABELLÁN, M., “Precedente y argumentación”, cit., pp.367-370).

⁴⁸ Ante dos litigios fundamentalmente iguales, el Tribunal es capaz de argumentar dos sentencias de “colores” distintos. (*Ibidem*, p.809). La fuente Laballe cita como ejemplo de este “arco iris” la jurisprudencia del TC en relación al artículo 24 de la Constitución española sobre la tutela judicial efectiva, uno de los más enjuiciados por el TC: Y dentro de esa jurisprudencia sobre el artículo 24, los casos “inaudita parte”. Son aquellos casos en los que se insta un procedimiento y el tribunal ordinario lo tramita y sentencia en ausencia de una parte directamente interesada, generalmente, por la falta de emplazamiento de un demandado. Se intentan los emplazamientos directos sin éxito y se opta por el emplazamiento por edictos a través del Boletín Oficial. El demandado no tiene conocimiento del proceso hasta que se ejecuta la sentencia. A partir de entonces, y una vez haya agotado los recursos de que disponga, acude en amparo ante el TC. A pesar de que el TC ha establecido cuáles son las reglas de emplazamiento personal, cuándo el emplazamiento edictal es constitucional, porqué los demás procedimientos no muestran el mismo celo que se exige de las citaciones penales, la jurisprudencia constitucional es muy variada y hay casos idénticos que se resuelven de forma contradictoria. Lafuente Laballe muestra sus sorpresa porque en la práctica totalidad de las sentencias citen y reproducen los mismos precedentes (*Vid.* STC 162/2002; sobre la subsidiariedad del emplazamiento edictal, la STC 232/2000 es un buen ejemplo de autoprecedente). (*Ibidem*, pp.810-811). Todo ello le lleva a estimar que “es una ilusión concluir que el autoprecedente es una pauta de predecibilidad de las sentencias constitucionales” (*Ibidem*, pp.813).

⁴⁹ Garrido Gómez aclara que “Jurídicamente, cabe asumir que un enunciado judicial general que sirve de justificación a una decisión deberá utilizarse en todas las posteriores que consistan en casos idénticos. Además, llegados a este punto, surge el problema de si realmente podemos sostener que existen dos casos idénticos, y si, en la hipótesis negativa, podríamos concluir que los fallos de esos dos supuestos han de ser diferentes. Mas, bajo estas circunstancias, lo que se suele argüir es que, a pesar de que sólo haya relación y no plena identidad porque haya cambiado la realidad, lo normal es que esas modificaciones no se consideren relevantes a tales efectos” (GARRIDO GÓMEZ, M^a. I., “El valor de los precedentes judiciales en materia de

Tanto la CE como la LOPJ regulan el valor de las decisiones del TC con el mismo criterio como es el del reconocimiento de su fuerza vinculante. Las sentencias del TC no vinculan a jueces y tribunales de forma similar a como lo hacen los precedentes anglosajones.⁵⁰ Esto posibilita que la vinculación a los precedentes no sea de carácter fonticio sino de carácter principalista.” La competencia del Tribunal Constitucional en la materia se explica porque se da al precedente un valor vinculador en el sentido de que es un parámetro que evidencia el principio de igualdad en las resoluciones judiciales”.⁵¹

El TC se ha ocupado del precedente⁵² pero, como ha subrayado Nieto,⁵³ no desde la perspectiva procesal de casación ni tampoco desde la doctrina de las fuentes del Derecho.

igualdad” cit., p.35).

⁵⁰ En nuestro ordenamiento jurídico, es al Tribunal Supremo, como superior órgano judicial (art.123.1 CE) al que corresponde la función de control, a través de las resoluciones de los diferentes recursos.

⁵¹ GARRIDO GÓMEZ, M^a I., “El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad”, cit., p.39; Aclara que: “La negativa a reconocer valor a los precedentes se basa en argumentos como la independencia del poder judicial, desde la apreciación de que no hay obligación de resolver como los tribunales superiores, con excepción de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo y, algunas veces, de los Tribunales Superiores de Justicia; la evolución necesaria del Derecho que no puede anquilosarse y ha de orientarse hacia una discrecionalidad en los terrenos de la interpretación y de la aplicación; y el principio de la especialización, que dicta que no es preciso que las decisiones judiciales coincidan en los distintos órdenes. En contradicción con lo suscrito, se esgrime la seguridad jurídica en el sentido de previsibilidad de las decisiones; la igualdad al tener que resolverse los casos que son iguales de manera exacta, salvo que se justifique la diversidad; y la unidad del Derecho expresada en la exigencia de una aplicación que sea igual en las diferentes demarcaciones judiciales, a lo que es sumable la tutela judicial efectiva. (*Ibidem*).

⁵² Un estudio exhaustivo del respeto al precedente en la doctrina del Tribunal Constitucional puede encontrarse en GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, cit., (en especial, pp.50-93). No podemos extendernos en la jurisprudencia del TC en orden a configurar la doctrina del precedente. Nos limitamos a destacar algunas: Sentencia 49/82 de 14 de julio (ponente, Díez-Picazo); Sentencia 2/83, 24 de enero (ponente, Escudero del Corral): se extiende el precedente “coetáneo” y se anula, por primera vez, una resolución judicial por contradicción con un precedente; Sentencia 59/82, de 28 de julio del TC (FJ 3º): se exige un criterio igualatorio para apreciar una igualdad en la aplicación de la ley (entendido no como norma cuya interpretación varía sino la necesidad de los órganos judiciales de actuar sin contradecir injustificadamente sus propios precedentes por exigencia del principio de prohibición de la arbitrariedad); STC 66/1987 (FJ 4º): se da por buena cualquier desviación del precedente que responda a un cambio de criterio “que pueda reconocerse como tal”; STC 120/1987, de 10 de julio (FJ 2º): el juez o tribunal que estime necesario alterar sus precedentes, recaídos en casos sustancialmente iguales, ha de hacerlo con una fundamentación suficiente, razonable y con una generalidad del criterio interpretativo; STC 185/1988, (FJ 4º): Para aceptar cambio en el criterio del Tribunal, debe aportar “la correspondiente justificación, [...] o que, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su base en un efectivo cambio de criterio interpretativo por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos que así lo indiquen”. (Por tanto, lo que se exige no es la justificación del *cambio* de criterio sino la del *criterio* sin más); STC 144/1988, de 12 de julio (FJ 1º): los órganos del Poder Judicial, “tanto en la determinación de los hechos como en la interpretación de las normas, son independientes y no están sometidos al control de otro poder del Estado, aunque las decisiones que adoptan pueden ser revisadas, tanto en los hechos como en la interpretación del Derecho, por otros Tribunales a través de los recursos previstos en las leyes procesales. El recurso de amparo ante este Tribunal, que no puede modificar los hechos declarados probados por los Tribunales ordinarios [art. 44.1 b) LOTC], los sujeta también en último término

Lo ha abordado desde el plano constitucional en la medida en que afecta a los principios de seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, y principalmente, de igualdad en aplicación de la ley, aludiendo muy marginalmente al concepto de unidad jurisprudencial.⁵⁴ Como bien apunta Garrido Gómez, “El Tribunal Constitucional no puede sustituir al juzgador ordinario a la hora de apreciar las diferencias. Tampoco puede determinar cuál de las dos resoluciones, en el supuesto de que difieran en el sentido tratado, es la correcta conforme a Derecho, ni le es dable actuar como un órgano formador o unificador de jurisprudencia”.⁵⁵

Es así que el TC se ha encontrado ante la contradicción entre el principio de la libertad de interpretación (garantizada por la independencia de los órganos del Poder Judicial) y el principio de igualdad en la aplicación de la ley (vinculado con los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad). Para superar esta contradicción, el TC se ha esforzado por elaborar una teoría sintética del cambio de criterio: un tribunal puede liberarse de la vinculación inicial a los precedentes cuando cambia legítimamente de criterio y así lo justifica en el caso concreto”.⁵⁶

a nuestro control, pero ello sólo para el caso de que hayan aplicado leyes contrarias a la Constitución o hayan interpretado de modo incompatible con ésta las que, en otra interpretación, no lo serían. Salvo en este supuesto, no nos corresponde a nosotros, sino al Tribunal Supremo (art. 123. 1 C.E.), determinar cuál es la interpretación correcta de las normas jurídicas” (*Vid.* ROCA TRÍAS, E., “Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1986, pp.7-40).

⁵³ NIETO, A., “El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional” en *Estudios en honor a J. Gabaldón López*, Madrid, Trivium, 1990, p.250; también, *vid.* EZQUIAGA GANUZA, F.J., *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1987; y también, ASÍS ROIG, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995 (en especial, pp.263-275).

⁵⁵ Garrido Gómez aclara que “el principio [de igualdad] no significa reiterar la jurisprudencia porque, contrariamente, no valoraríamos el contenido y seguir los precedentes no es solo reiteración, sino también apartamiento motivado. La explicación recae en que lo importante es el seguimiento justificado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha de valorar tanto para ser seguida como para separarse de ella cambiando el fundamento de su relevancia, puesto que ha pasado de comprenderse como atribución de valor relevante a la obligación de motivar la decisión (motivación del seguimiento y, aún más, el cambio)” (GARRIDO GÓMEZ, M^a I., “El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad” en *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá IV (2011) p.34 y pp. 27-48. Disponible en: <dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/.../valor_garrido_AFDUA_2011.pdf?>. (Acceso 10.02.2017); también, *vid.* OLLERO TASSARA, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

⁵⁶ NIETO, A., “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”, p.109. En relación al control que el TC pueda efectuar sobre la motivación de las resoluciones judiciales (la arbitrariedad, la irrazonabilidad, el error y el desconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas). *vid.* RODRÍGUEZ BOENTE, S.E., *La justificación de las decisiones judiciales: el artículo 102.3 de la Constitución española*, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp.237-240. Subrayamos que se exige una motivación reforzada en el supuesto de que la resolución judicial limite los derechos fundamentales.

La igualdad en la ley es la que parece imponer la vinculación del precedente, como garantía contra la arbitrariedad y para evitar sentencias con *ratio decidendi* dispares.

Sin embargo, como sabemos, la Constitución no reconoce el precedente y sí la sumisión del juez a la ley y la independencia de los órganos del Poder Judicial (arts. 117.1 CE y 1 LOPJ). “Lo que significa que el precedente es una encrucijada de múltiples principios: la igualdad en la aplicación de la ley, la interdicción de la arbitrariedad, la independencia del Poder Judicial y, en definitiva, la sumisión del juez al Derecho”.⁵⁷ Para armonizar estos principios, ha acabado primando el respeto a la libertad de interpretación del juez, quien puede cambiar de criterio siempre que tal cambio no sea arbitrario, porque, de lo contrario, estaría vulnerando el principio de igualdad. Para evitar la arbitrariedad, debe haber una justificación, expresa o implícita, del cambio de criterio. Es decir, el abandono del precedente conlleva una carga de argumentación que no sólo comprende la explicación ordinaria de las razones (de hecho y de Derecho) que fundamentan la decisión sino que incluye una carga argumentativa suplementaria de justificación del apartamiento del criterio anterior.

Garrido Gómez aclara que “Sobre el debate en torno a si la igualdad en la aplicación de la ley intenta introducir jurisprudencialmente el precedente judicial, ello queda rechazado en la STC 125/1986, de 22 de octubre, F.J. 2, pese a que se incluye la obligación de que los jueces observen el precedente horizontal, o autoprecedente, y se motive su modificación. Así, el que se excluye es el de carácter vertical, es decir, la obligación de los tribunales inferiores de seguir la doctrina que ha sido establecida por los superiores en casos similares”.⁵⁸ Algunas de las Sentencias del TC permiten apuntar dos condiciones: a) no modificar arbitraria o inadvertidamente el sentido de las decisiones en casos sustancialmente iguales, debiendo la variación en la interpretación de la Ley ser fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el Juzgador, teniendo en cuenta sus propios precedentes (STC 48/1987, de 22 de abril), y b) que el órgano que considere

⁵⁷ GARRIDO GÓMEZ, M^a I., “El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad”, cit.

⁵⁸ GARRIDO GÓMEZ, M^a I., “El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad”, cit., p.37.

necesario apartarse de sus precedentes ofrezca para ello una fundamentación suficiente y razonable (STC 166/1985, de 9 de diciembre, entre otras muchas).⁵⁹

En definitiva, aunque no se pueda hablar de vinculación fonticia a los precedentes del TC sí cabe admitir una vinculación relativa a los precedentes entendidos como técnica de argumentación.⁶⁰

5. Universalidad y precedentes obligatorios: ¿invasión de la independencia del juzgador?

Una vez afirmada la necesidad de la universalidad en el precedente, sin embargo, hay que advertir del peligro que presentan los precedentes, que pretenden universalidad a toda costa, lo que puede acabar derivando en una tiranía de los precedentes. El problema de los precedentes judiciales debe entenderse no como un “mal en sí mismo”, pero sí en la manera arbitraria en que pueden ser utilizados estos por los tribunales.

En relación al contexto español, García de Enterría advierte que la superación del positivismo no lleva a la libre creación judicial del Derecho, a la interpretación ilimitada de la norma o al uso alternativo del Derecho. La ley es insustituible porque es expresión del principio democrático: “*La democracia europea no admite otro sistema de regulación, ni por poderes absolutos ni por jueces pretendidamente redentores*”. Las exigencias de la igualdad son las que dan forma a una interpretación uniforme. La objetividad y la certeza del Derecho, junto con la predictibilidad y la seguridad de las normas constituyen exigencias de un Estado de Derecho, garante de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. El juez no es “*ni órgano ciego ni señor del Derecho*”.⁶¹ Los tribunales inferiores, al estar constreñidos a resolver conforme a la jurisprudencia, se han visto limitados en su independencia y autonomía, porque se ven impedidos para realizar la

⁵⁹ Sobre el art. 64 C.E. y el alcance del principio de igualdad constitucional, *vid.* RUBIO LLORENTE, F. y otros, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995 (en especial pp. 108-138); también, *vid.* LÓPEZ GUERRA, L., *Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid CEPC, BOE, 1988 (en especial pp. 387-397).

⁶⁰ MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, cit., pp.163-164.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La democracia y el lugar de la ley” en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El Derecho, la ley, el juez. Dos estudios*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, pp.49-51.

interpretación de la norma, pasando a ser meros aplicadores del precedente judicial.

La doctrina de los precedentes vinculantes es la que puede despertar más temor. Así, según García-Berrio Hernández, los interrogantes que encierra el reconocimiento de la doctrina del valor vinculante del precedente judicial actúan, por un lado, como auténticos revulsivos al imperio del principio de legalidad, mientras que sirven, por otro, de efectivos catalizadores de los errores existentes en la estructura de los sistemas jurídicos continentales, en general, y en el sistema de Derecho español, en particular. La autora se plantea si el precedente es realmente un mecanismo de creación judicial del Derecho y si la autoridad de los jueces depende de su sometimiento pleno, absoluto y exclusivo al imperio de la ley, ¿en qué medida el precedente estaría poniendo en peligro la propia autoridad de la ley a favor de la autodeterminación de los jueces.⁶²

En el ámbito italiano, Taruffo ha analizado los beneficios y problemas que arroja el sistema judicial de precedentes obligatorios. Si bien sostiene que podrían ser factores importantes de racionalización, uniformidad, predictibilidad e igualdad de tratamiento de los asuntos, para que esto suceda es necesario que sean precedentes con cierta unicidad y que tengan cierta autoridad e influencia, porque si no, “la importancia práctica del fenómeno que estamos considerando no tiene necesidad de largos comentarios, dado que se presenta a los ojos de todos: la investigación y el uso del precedente jurisprudencial son hoy en día la herramienta del oficio cotidiano del jurista práctico, el cual se ha vuelto cómodo -seguramente excesivamente cómodo en perjuicio del análisis crítico- por el uso de los medios informáticos y de los bancos de datos”.⁶³

En algunos países latinoamericanos la polémica sobre los beneficios del precedente obligatorio va tomando fuerza. Con respecto a México, algunos autores apuntan que se ha adoptado un sistema de obligatoriedad encubierta de los precedentes judiciales bajo la denominación de jurisprudencia, como incluso ha sucedido con los precedentes de la Corte

⁶² GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T., "La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación", en *Foro*, Nueva época, núm. 4/2006, p. 152. Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/FORO0606220127A/13610>>.

⁶³ TARUFFO, M., "La jurisprudencia entre casuística y uniformidad", en *Revista de Derecho*, Vol. XXVII - N 2 - Diciembre 2014, pp. 9-19. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/revder/v27n2/art01.pdf>>; también, *vid*, TARUFFO, M., *Precedente y jurisprudencia*, traducción de Claudia Martínez Valleculea y Fernando Gandini. Disponible en: <http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/2184>.

Interamericana de Derechos Humanos. Este sistema jurisprudencial tuvo su origen en el *stare decisis* del *common law*, sobre todo norteamericano, adaptándose a las particularidades de cada país y teniendo como premisa la búsqueda de certeza jurídica para el justiciable. Sin embargo, cabe plantearse como problema para la autonomía e independencia del juzgador, el tener que emitir sus sentencias siguiendo los precedentes judiciales que han llegado a conformar jurisprudencia, de tal manera que los tribunales inferiores se encuentran supeditados a los criterios interpretativos de los de mayor jerarquía.⁶⁴

Mientras que algunos autores destacan las ventajas, como Carbonell en México,⁶⁵ otros juristas advierten de la amenaza en que el sistema de obligatoriedad de los precedentes, en forma de jurisprudencia, pueden llegar a convertirse para los tribunales inferiores, especialmente en relación a los precedentes en sentido vertical –no de los horizontales ni autoprecedentes-. Y ello tanto con relación a Tribunales de ámbito nacional, como de orden supranacional.

⁶⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, V., “La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador?”, en *Rev. Derecho* (Valdivia) vol.29 no.2 Valdivia dic. 2016. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000200001>.

⁶⁵ Miguel Carbonell ha apuntado diversos beneficios del precedente obligatorio o jurisprudencia:

“1. La norma jurisprudencial permite al juzgador trasladar la típica generalidad y abstracción de la ley hacia la concreción del caso concreto, puesto que aun sin ser tan particular como la propia sentencia, representa un acercamiento importante a las cambiantes necesidades del momento.

2. En conexión con el punto anterior se puede sostener que la jurisprudencia presenta hoy en día mayor agilidad reguladora que la labor del legislador, ya que el surgimiento de los criterios y precedentes jurisprudenciales se verifican con más prontitud y rapidez que las decisiones de los parlamentos u órganos legislativos.

3. Es creadora de nuevas figuras jurídicas y modeladora de las ya existentes; esto significa, por ejemplo, que en ocasiones los tribunales encargados de la creación jurisprudencial deben crear nuevas reglas para solucionar un caso concreto, realizando una labor integradora y no meramente interpretativa del ordenamiento.

4. La jurisprudencia cumple con ciertas necesidades de seguridad jurídica que indican la conveniencia y la necesidad de conocer la interpretación que le están dando los tribunales a las normas de un determinado sistema jurídico. Además de dotar a esa labor interpretativa de un mínimo de uniformidad que permita tanto a particulares como a autoridades conocer los criterios interpretativos que deben ser aplicados al momento de resolver una controversia (Carbonell, M., “Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Septiembre-Diciembre 1996, Nueva Serie. Año XXIX. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/87/art/art2.pdf>>).

En cuanto al sistema brasileño, diversos trabajos han apuntado la problemática que deriva de la adopción de los precedentes obligatorios en el sistema judicial brasileño (concretamente, en el Nuevo CPC), advirtiéndose que

“precedentes obrigatórios” vem sendo incorporados no direito brasileiro, por um lado, para lidar com o problema da litigiosidade de massa (casos repetitivos) e, por outro, para servir de salvação para o problema da indeterminação do direito. A despeito dessa dupla função que, por si só, já aponta para uma verdadeira confusão conceitual e terminológica a respeito do tema, pretende-se [...] problematizar em que medida a teoria dos precedentes obrigatórios é capaz de impor uma espécie de fusão entre *common law* e *civil law* e, principalmente, se referida teoria é capaz dar conta dos problemas que envolvem a interpretação do direito.⁶⁶

Strech diferencia entre precedentes y súmulas:

As Súmulas se diferenciam dos precedentes posto que esses, em regra, nascem como decisão de um caso passado, de um conjunto fático-histórico concreto e, eventualmente e incidentalmente, irradiarão efeitos a casos futuros. Já as súmulas, essas já nascem com o intuito de “solução de casos futuros”, pois tratam-se de enunciados gerais e abstratos, de pretenso caráter vinculante ou, ao menos, persuasivo.⁶⁷

Y también hay que diferenciar entre precedentes y decisión judicial:

A decisão judicial é, por assim dizer, uma solução jurídica para determinado caso individual, tal qual o precedente, porém com um fim em si mesma. Ela é incapaz de gerar influência na fundamentação de uma decisão futura, pois apenas reproduz motivação já consolidada no sistema jurídico. Já o precedente, igualmente oriundo

⁶⁶ RAATZ DOS SANTOS DIOGO, I; KNIEST, S.; “Teoria de precedentes obrigatórios: solução ao problema da interpretação” em Hupffer, Haide María; Weyermuller, André Rafael (Organizadores) *Direito 10: Novas perspectivas do Direito*, Universidade FEEVALE, 2016, p.237. Disponible en: <www.feevale.br/.../Direito%2010%20-20Novas%20Perspectivas%20do%20Direito.pdf>. En el ordenamiento jurídico brasileño hay que tomar en consideración las diferencias conceptuales entre precedente, decisión judicial, súmula (vinculante o no) y jurisprudencia. “A ideia de um sistema de precedentes, com uma aproximação teórica do *common law*, mostra-se, sob um primeiro ponto de vista, de todo equivocada para designar, atualmente, o sistema jurídico Brasileiro” (*Ibidem*, p.239). “O precedente, mais qualificado do que a jurisprudência, tem potencial de se tornar uma norma universalizante, ou seja, capaz de aplicação posterior em função de sua correspondência fática entre o caso paradigma e o caso futuro”. (*Ibidem*, p.240).

⁶⁷ STRECK, L.L., “Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes?”” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 78, Mai./Jun. 2009, p. 284-319.

de uma solução jurídica para um caso singular e concreto, possui elementos capazes de instituir um novo modelo, “paradigma”, para determinação situação jurídica posta. Assim, no precedente cria-se uma nova *ratio*, ou ainda, “(uma holding), que possui uma espécie de força atrativa que irá capilarizar outras decisões”.⁶⁸

Streck advierte que en diversos ordenamientos jurídicos se aprecian fuertes indicios de una tentativa de fragmentación constante en la doctrina de los precedentes, instrumentalizada por el *stare decisis*, con una vinculación del sistema mediante mecanismos creados (comentarios jurisprudenciales) para intentar abarcar todas las hipótesis de aplicación con un texto jurídico. Es decir, se apuesta por notas textuales y se olvida el aspecto cualitativo de la decisión. En consecuencia, se fortalece la práctica inauténtica decisoria, limitándose a producir textos que no consideren las especificidades del caso en concreto.⁶⁹ La búsqueda de respuestas correctas en el Derecho es una necesidad. Sin embargo, la respuesta correcta no significa que sea definitiva, como es el caso de la institucionalización de los precedentes vinculantes. Un sistema jurídico que adopte precedentes vinculantes no significa que contenga una técnica perniciosa en sí misma. A fin de cuentas, la integridad del derecho también se construye desde el respeto a las decisiones judiciales.⁷⁰ De hecho, la integridad está claramente vinculada a la democracia, exigiendo que los jueces construyan sus argumentos de forma integrada al conjunto del derecho. Lo importante es que se trate de consistencia “articulada”.

Se abren así un conjunto de interrogantes. El seguimiento de una interpretación superior autorizada, ¿no está reconduciendo de nuevo a un positivismo de precedentes? O

⁶⁸ RAATZ DOS SANTOS DIOGO, I; KNIEST, S.; “Teoria de precedentes obrigatórios: solução ao problema da interpretação”, cit., p.243.

⁶⁹ Streck lo advierte así en el sistema brasileño: STRECK, L. L., “Súmulas, vaguezas e ambigüedades: necessitamos de uma ‘teoria geral dos precedentes?’”, *Revista DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA*, nº5–Out/dez.2008, pp.162-185. Disponible en: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/5_Doutrina_7.pdf>; también, vid. PEREIRA DE ALMEIDA, M., *Precedentes judiciais. Análise Crítica dos métodos empregados no Brasil para solução de demandas de massa*, Curitiba, Juruá Editora, 2014.

⁷⁰ STRECK, L.L., “Un ensayo sobre el problema de la discrecionalidad y la mala comprensión de los precedentes judiciales”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XVIII, núm. 35, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, enero-junio, 2015, pp. 67-80. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87638077004.pdf>>; también, vid. STRECK, L. L., “Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III” en *Conjur* (6/10/2016). Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>; también, STRECK, L.L.; ABOUD, G., o *O que é isto — o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 3ª. ed., 2014.

por el contrario, ¿debemos identificar un activismo judicial y es la interpretación de los derechos fundamentales una tarea vinculante que debe ser estimada bajo estándares de optimización? ¿se debe identificar la interpretación del tribunal como un escenario de mejor tutela, en determinados casos, o de rechazo de ciertas pretensiones no estimables, siempre en defensa de los principios, valores y directrices que alberga con efecto de irradiación la Carta Magna? La relevancia constitucional del precedente, en orden a apreciar la juridicidad de los pronunciamientos judiciales, no es mérito propiamente del precedente sino de la motivación de las sentencias. La existencia de precedentes añade mayores dosis de exigencia a la fundamentación no porque sean vinculantes sino porque los precedentes suponen la existencia de unos criterios de interpretación que deben tomarse en consideración por el juzgador para asegurar los nuevos criterios discrepantes.

Streck se lamenta de los “precedentalistas” de Brasil y de la incorrecta interpretación que realizan las “Cortes de Vértice” (STF o STJ), resolviendo todo en una aplicación utilitarista del derecho para ser eficientes en cuanto al número de sentencias dictadas. Esos precedentes se acaban convirtiendo en tesis (teses/precedentes) que tendrán valor por la *autoridad* de la que dimana pero no por su *contenido*.

O sistema de precedentes obrigatórios não leva em conta os fundamentos da decisão como qualificadores do seu grau de vinculação para as decisões futuras: basta que a decisão tenha sido tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em respeito a algum procedimento capaz de conferir-lhe tal força⁷¹

Como apunta Streck, esta perspectiva correspondería al “sueño de tener respuestas antes que las preguntas”, tener las respuestas todas en forma de conceptos, tesis, precedentes, que abarquen todas las futuras hipótesis de aplicación.⁷² La aspiración a la universalidad de la *ratio* del precedente no debe confundirse con querer construir un

⁷¹ RAATZ DOS SANTOS DIOGO, I; KNIEST, S.; “Teoria de precedentes obrigatórios: solução ao problema da interpretação”, cit., p.246.

⁷² Se lamenta Streck de que: “A *auctoritas* da tese dos precedentalistas virou “potestas”. A autoridade dos precedentes supera o seu conteúdo”. Puesto que la ley contiene vaguedades y ambigüedades, se justifica la formación de precedentes. Y los tribunales situados por debajo del STF (en Brasil) no pueden dejar de aplicarlos. Pero cabe preguntarse: esos precedentes, ¿no están también formados por palabras? Y las palabras ¿no son interpretables? ¿Es que los precedentes” son inmunes a la interpretación? En lugar de afirmar que todo poder emana del Pueblo —mediante la ley— habría que cambiarlo por el lema: “Todo poder emana del precedente?”. (STRECK, L.L., “O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?” en *Conjur* (18/08/2016). Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>).

concepto primordial y universalista que contenga todas las hipótesis de aplicación y olvidándose, de esta forma, del elemento hermenéutico que se manifiesta en toda experiencia jurídica. No hay manifestación jurídica que no sea, desde siempre, interpretativa.

En los precedentes, como en los principios, no puede caerse en un “pamprecedentalismo”. Porque uno de los principales temores que se pueden derivar de una mal entendida interpretación de los principios en el Derecho es un “ponderativismo”, o un “pamprincipiologismo” resultado de una aplicación irracional de los principios: excesiva laxitud con la decisión jurídica, la apuesta por el protagonismo judicial, un respeto mal entendido sobre “decido conforme a mi conciencia”, “concordancia con el libre convencimiento” u otras. Surge así el peligro de que, en lugar de la interpretación de leyes y casos, se limite a la aplicación de tesis dictadas por criterios de autoridad (Tribunales de superior rango jerárquico).⁷³ Según esta teoría de los precedentes vinculantes, cabría afirmar que las tesis precedentalistas no constituyen una teoría del derecho y sí una teoría política. Se preocupan por “quién debe decidir” y no por “cómo” se debe decidir. Es una tesis normativa de teoría política acerca de quién debe decidir y porqué esas decisiones valen por su autoridad y no por su contenido.

En definitiva, con la finalidad de valorar si los precedentes judiciales pueden convertirse en un instrumento que permita reforzar la tutela de los derechos humanos, concluimos con algunas reflexiones:

- a) Hay dos modelos básicos de incorporación de normas de origen judicial al Derecho objetivo: el modelo del precedente (propio de los sistemas *del common law*) y el modelo de la jurisprudencia (propia del sistema *del civil law*). Admitimos la actividad creativa del juez, aunque sea en un “sentido débil” (subordinada siempre a la norma).
- b) Precedentes, jurisprudencia y doctrina legal o jurisprudencial constituyen un refuerzo de la tutela de los derechos humanos en la medida en que en los sistemas de

⁷³ STRECK, L. L., “Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III” en *Conjur* (6/10/2016). Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>.

constitucionalismo democrático, permiten canalizar la jurisdicción constitucional.

b) La jurisprudencia, sin ser definida formalmente como fuente del Derecho por el art.1.6 del C. Cv. (aunque en el marco del Capítulo I, relativo a las “Fuentes del Derecho”) asume una función de complementariedad o integración del ordenamiento jurídico supliendo las deficiencias del ordenamiento jurídico;

c) La doctrina jurisprudencial no vincula al modo (por la misma *ratio* y con idéntico alcance) en que sí vinculan las normas legales.

d) En la vinculación a los precedentes predomina más el carácter principalista – como parece desprenderse de la doctrina del Tribunal Constitucional- y menos el carácter fonticio. Dicho de otra manera, la vinculación a los precedentes del TC no se basa tanto en el criterio fonticio o de autoridad⁷⁴ sino en los precedentes entendidos como técnicas de argumentación.⁷⁵

e) Aceptar cierto tipo de vinculación al precedente judicial no consigue desligarse de tener como contrapartida, la falta de independencia del juez. No hay unanimidad en cuanto a determinar si el precedente vincula a los jueces. La jurisprudencia del TC español es contradictoria. Una primera línea jurisprudencial sostenía que el precedente no es vinculante para el juez posterior; una segunda línea es la de las sentencias que declaran la vinculación al precedente invocando los principios de seguridad jurídica, de interdicción de la arbitrariedad y de igualdad en la aplicación de la ley.

f) En cuanto al sistema jurídico brasileño, cabe entender que los “precedentes obrigatórios” constituyen enunciados lingüísticos que demandarán una interpretación/aplicación en casos concretos futuros. Es decir, que precisan de una interpretación *a posteriori*, para adaptarlos, debidamente al caso concreto de que se trate.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

⁷⁴ Sobre el criterio de autoridad del precedente, *vid.* IGARTUA SALAVERRIA, J., “La fuerza vinculante del precedente judicial” en *ISEGORÍA*, nº35, julio-diciembre 2006, pp.193-205.

⁷⁵ La fuerza vinculante sólo se extiende a la jurisprudencia del TC y no a la que tiene su origen en la jurisdicción ordinaria, ni tan siquiera la del TS, que deberá ajustarse a las pautas del TC.

ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, 3ª ed., ampliada, Edición y presentación a cargo de J.A. Seoane, Granada, Comares, 2016.

ASÍS ROIG, R. (de) *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

CALVO GARCÍA, M., “El valor del precedente judicial en el sistema jurídico español” en Lorenzo Martín-Retortillo (Edtr.), *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, 1985, pp. 295-320.

IDAL, F., *La Jurisprudencia, ¿fuente del Derecho?*, Lex Nova, Valladolid, 1992.

CARBONELL, M., “Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Septiembre-Diciembre 1996, Nueva Serie.

Año XXIX. Disponible en.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/87/art/art2.pdf>>).

CAVINO, M., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordonamenti di diritto legislativo*, Vol. I, Milan, Giuffrè, 2009.

CAVINO, M., “Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice : la sintesi nel diritto vivente”», *Diritto e società* n°1, 2001, pp. 159-174.

CLEMENTE DE DIEGO, C.L., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: notas respecto de una controversia de principio” a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granad, Ed. Comares, 2016.

COMMANDUCI, P., *Conferencia “Constitucionalización y teoría del derecho”*, discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Anales, tomo XLIV, Córdoba, año académico 2005.

CHACÍN, R., “Acerca del origen del Derecho: novísimo papel del precedente” en *Fronesis*, n° 17 (1) 2010, pp.85-107.

DESDENTADO BONETE, A., “«La unificación de doctrina y el Tribunal Supremo. La experiencia del orden social», en R. Trillo, E.Bacigalupo y P. Lucas, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Madrid, CGPJ, 2004

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

EZQUIAGA GANUZA, F.J., *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1987.

- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, V., “La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador?”, en *Rev. Derecho* (Valdivia) vol.29 no.2 Valdivia dic. 2016. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000200001>.
- FALCÓN Y TELLA, M.J., *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, L., “Juspositivismo crítico y democracia constitucional” en *Isonomia*, nº16, 2002
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª. ed., Trotta, Madrid, 2004;
- FERRAJOLI, L., “Sobre los derechos fundamentales” en *Cuestiones Constitucionales*, nº15, 2006, p. 115.
- FERRERES COMELLA, V; XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ªed., Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2010.
- GARAY, A., “El precedente judicial en la Corte Suprema” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1997, pp. 51-108.
- GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T., “La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del Derecho en constante renovación” en *Foro*, Nueva época, nº4, 2006, pp.127-152.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La democracia y el lugar de la ley” en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El Derecho, la ley, el juez. Dos estudios*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997.
- GARRIDO GOMEZ, Mª I., “La predecibilidad de las decisiones judiciales” en *Ius et Praxis*, Talca , v. 15, n. 1, p. 55-72, 2009. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100003&lng=es&nrm=iso>. (acceso 31/03/2017).
- GARRIDO GÓMEZ, Mª I., “El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad” en *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá IV (2011) pp. 27-48. Disponible en: <dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/.../valor_garrido_AFDUA_2011.pdf?>. (Acceso 10.02.2017).

GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

GASCÓN ABELLÁN, M., “Racionalidad y (auto)precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones” en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 10, 2011, pp. 133-150.

GASCÓN ABELLÁN, M., “Precedente y argumentación”, en GASCÓN ABELLÁN, M. (Coord.) *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

IGARTUA SALAVERRIA, J., “La fuerza vinculante del precedente judicial” en *ISEGORÍA*, nº35, julio-diciembre 2006, pp.193-205.

IGARTUA SALAVERRIA, J., “El sometimiento del juez sólo a la ley (por un enfoque post-positivista)” en Ramos Pascua, J.A. y M.A. Rodilla González (Eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006, pp.584-598.

ITURRALDE SESMA, V., “Precedente Judicial” en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº4, 2013, pp. 194-20.

ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el common law*, Diputación Foral de Gipuzkoa-Civitas, Madrid, 1995.

LAFUENTE VALLE, J.Mª., “Veinticinco años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sus efectos “arco iris”: los casos “inaudita parte” en *Revista de Derecho Público*, núms. 58-59 (2003-2004), pp.-807-829.

LAPORTA, F.J., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del presente” en FERRERES COMELLA, V; XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ªed., Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2010.

LÓPEZ GUERRA, L., “El Tribunal Constitucional y el principio ‘stare decisis’” en *El Tribunal Constitucional*, vol.III, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp.184 ss.

LÓPEZ GUERRA, L., *Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid CEPC, BOE, 1988.

MACCORMICK, N.; SUMMERS, R. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1997.

MOLINER TAMBORERO, G.,” La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación en Tribuna Abierta”, en *Tribuna Abierta. Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 35,

- 2013,p.10. Disponible en: www.uria.com/documentos/publicaciones/3904/documento/tribuna.pdf?id=4786).
- MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, Madrid, Marcial, Pons, 2002.
- NIETO, A., “El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional” en *Estudios en honor a J. Gabaldón López*, Madrid, Trivium, 1990.
- NIETO, A., “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia” en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº8-9, 2002.
- NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.
- OLLERO TASSARA, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- PFEFFER, E., “La introducción del “precedente”: un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica” en *Estudios Constitucionales*, nº4 (1), 2006, pp. 185-194
- PEREIRA DE ALMEIDA, M., *Precedentes judiciais. Análise Crítica dos métodos empregados no Brasil para solução de demandas de massa*, Curitiba, Juruá Editora, 2014.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.
- PÉREZ LUÑO, A.E., ¿Qué significa juzgar?” en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº32,2009, pp.151-176.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Madrid, La Ley, 2010.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica y sus paradojas actuales” en Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico*, nº. 12, 2012, pp.124-140
- PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho (interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, Bosch, 1951.
- RAATZ DOS SANTOS DIOGO, I.; KNIEST, S.; “Teoria de precedentes obrigatórios: solução ao problema da interpretação” em Hupffer, Haide Maria; Weyermuller, André Rafael (Organizadores) *Direito 10: Novas perspectivas do Direito*, Universidade FEEVALE, 2016, pp.237-263. Disponible en: <www.feevale.br/.../Direito%2010%20-%20Novas%20Perspectivas%20do%20Direito.pdf>.

REQUEJO PAGÉS, J.L., “Juridicidad, precedente y jurisprudencia” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 10, nº29, mayo-agosto, 1990, pp. 223-240.

RIVERO ORTEGA, R., “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho” en *Revista de Administración Pública*, nº 157, Enero-abril 2002, pp.89-118.

ROCA TRÍAS, E., “Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1986, pp.7-40.

RODRÍGUEZ BOENTE, S.E., *La justificación de las decisiones judiciales: el artículo 102.3 de la Constitución española*, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

ROSA DE BUSTAMANTE, Th. (da) *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, trad. J.C Panes Solórzano y B.L. Ragas Solórzano, Lima, Ediciones legales, 2016.

RUBIO LLORENTE, F. y otros, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.

SCHAUER, F., *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Trad. al castellano de T.J. Schleider, Madrid, Marcial pons, 2013.

SODERO, E., “Sobre el cambio de los precedentes”, en *Isonomía*, nº21, 2004.

STRECK, L.L., “Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessítamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"?” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 78, Mai./Jun. 2009, p. 284-319.

STRECK, L.L., “Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II” en *Conjur* (29/09/2016). Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>

STRECK, L. L., “Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III” en *Conjur* (6/10/2016). Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>

STRECK, L.L., “Precedentes IV: final. Por que interpretar não é um ato de vontade” en *Conjur* (13/10/2016) Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade>

STRECK, L.L.; ABBOUD, G., *O que é isto -O precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 3ª. ed., 2014.

STRECK, L.L., “Un ensayo sobre el problema de la discrecionalidad y la mala

comprensión de los precedentes judiciales” en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XVIII, núm. 35, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, enero-junio, 2015, pp. 67-80. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/876/87638077004.pdf>>.

TARUFFO, M., "La jurisprudencia entre casuística y uniformidad", en *Revista de Derecho*, Vol. XXVII, nº 2, Diciembre 2014, pp. 9-19. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v27n2/art01.pdf>>.

TARUFFO, M., *Precedente y jurisprudencia*, traducción de Claudia Martínez Vallecula y Fernando Gandini. Disponible en: <http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/2184>.

TARUFFO, M., “Las funciones de las cortes supremas”, en TARUFFO, M. et al., *La misión de los tribunales supremos*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

VIVES ANTÓN, T.S., “Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional” en *Revista Poder Judicial*, Nº 2, Madrid, 1986, pp. 9-14.

WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, 1985, trad. Arantxa Azurza, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht-Boston- London, Kluwer, 1992.

XIOL RÍOS, J.A., “El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional” en *Poder Judicial*, 2ª época, nº3, 1986, pp.25-40.

ZACCARIA, G., “La jurisprudencia como fuente de Derecho: una perspectiva hermenéutica” en *Isonomia* (32) 93-117, 2010.

ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*. Trotta. Madrid, 1995. p. 65

ZOLER. E., “Les renvois de jurisprudence de la Cour Supême des Etats-Unis” en *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº20, 2006, pp. 104 y ss.

ZÚÑIGA URBINA, F., “Sentencias del Tribunal Constitucional y el poder judicial. El valor del precedente” en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, nº. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago (Chile) julio, 2006, pp. 151-172. Disponible en: <http://www.redalyc.org/html/820/82040207/>.