



Precedente Judicial

Victoria Iturralde
Universidad del País Vasco
victoria.iturralde@ehu.es

Resumen

Hablamos de precedente judicial cuando una decisión de un tribunal constituye una autoridad obligatoria para el mismo tribunal y para otros de igual o inferior rango. La doctrina del precedente, surgida en el sistema jurídico del *common law*, tiene en la actualidad una relevancia destacada en todos los sistemas jurídicos dada la importancia de las decisiones judiciales no sólo en la vertiente que le es propia (aplicación del derecho), sino en la medida en que han adquirido relevancia como fuente formal de derecho. El análisis del precedente judicial tiene especial complejidad dado que están implicadas las siguientes dimensiones: la dimensión objetiva: qué es lo que tiene eficacia de precedente, y que lleva a distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*; la dimensión estructural: qué sentencias constituyen precedentes respecto de una decisión ulterior; la dimensión institucional: esto es, la organización de los tribunales y las relaciones de autoridad entre los mismos, y que lleva a distinguir entre precedente horizontal, precedente vertical y autoprecedente, y la dimensión de la eficacia, relativa a la intensidad con que los precedentes ejercen su eficacia y que distingue entre precedentes persuasivos y obligatorios.

Palabras clave

Ratio decidendi, razonamiento judicial, aplicación del derecho, igualdad en la aplicación de la ley.

Judicial precedent

Abstract

We speak of judicial precedent when a decision of a tribunal is an obligatory authority required for the same court and others of equal or lower rank. The doctrine of precedent, arose in the common law legal system, is currently outstanding in all legal systems given the importance of judicial decisions, not only in its own field (the application of law) but to the extent that it has relevance as a formal source of law. Analysis of judicial precedent has special complexity since the following dimensions are involved: the objective dimension related to what is effective of precedent, and that leads us to distinguish between *ratio decidendi* and *obiter dicta*; the structural dimension concerning to which decisions constitute precedents with regard to a further decision; the institutional dimension related to the organization of courts and the relations of authority between them, that lead us to distinguish between horizontal precedent, vertical precedent and auto precedent, and, finally, the dimension of effectiveness that lead us to distinguish between mandatory and persuasive precedents.

Keywords

Ratio decidendi, judicial reasoning, law application, equality before the law.

1. Concepto

La doctrina del *stare decisis et no quieta moveré* ha sido definida como sigue: “Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad o precedente obligatorio para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión” (Kokourek y Koven, 1935: 985).

Más allá de esta primera aproximación, la teoría del precedente judicial es compleja, habida cuenta de que esta debe tener en cuenta elementos como: la distinción entre precedentes horizontales y verticales, de la organización judicial de cada país, del grado de vinculatoriedad de los precedentes, y de la determinación de qué es lo vinculante de la sentencia.

Los dos principales conceptos sobre los que gira el precedente son los de “sentencia” y “vinculatoriedad”. Por lo que al primero se refiere, por “sentencia” se puede entender:

a) cualquiera: i) que haya sido pronunciada en un determinado momento anterior, ii) que esté incluida en alguna recopilación jurisprudencial y, iii) que sea relativa a un caso (pasado) que presente alguna similitud respecto a otro caso (presente) [*precedente-sentencia*].

b) aquella parte de la sentencia-precedente que consiste en la decisión del caso concreto, es decir, la “norma individual” para un caso (pasado) que presenta semejanzas respecto a otro caso (presente) [*precedente-dispositivo*].

c) aquella parte de sentencia-precedente (*ratio decidendi*), sobre la que se basó la decisión individual para decidir un caso pasado similar al caso presente [*precedente-ratio decidendi*].

De otro lado, que una sentencia constituya un precedente implica algún tipo de vinculatoriedad de esta con casos futuros. En un sentido estricto, un precedente sólo es aquel que tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones sucesivas de casos análogos, y desde este punto de vista opera de modo semejante a una norma de origen parlamentario o gubernamental. Sin embargo, este modo de entender el precedente es demasiado limitado, puesto que sólo sirve para explicar algunos aspectos del mismo (así se afirma que este sentido estricto daría cuenta del sistema inglés pero no así del de EE.UU. en el que el *stare decisis* es más flexible). Por ello (Taruffo, 1996: 60-62), la cuestión de la vinculatoriedad del precedente no puede reducirse a la alternativa entre vinculante y no vinculante, sino que es necesario tener en cuenta una escala compuesta por varios grados de eficacia: a) vinculatoriedad fuerte (o absoluta) y sin excepciones (precedente absolutamente obligatorio); b) vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio); c) vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio); d) vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo); e) no vinculatoriedad, si el juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente).

El precedente implica tener en cuenta una dimensión institucional y una estructural. La primera se refiere a que el precedente está estrechamente relacionado con la organización judicial y las relaciones de autoridad existentes en el sistema de tribunales. En relación con esta dimensión se distingue entre precedente vertical, precedente horizontal y autoprecedente. El precedente vertical, presupone una organización en la cual rige una jerarquía entre órganos judiciales, en la que los inferiores están obligados a seguir los precedentes establecidos por los superiores. Es a este tipo de precedente al que se refiere la regla del *stare decisis*. El precedente horizontal existe cuando dicha obligatoriedad lo es respecto a las decisiones de otro juez del mismo nivel. Y el autoprecedente se produce cuando un juez está obligado a seguir sus propios precedentes.

La dimensión estructural se refiere a la determinación de qué sentencias constituyen precedentes respecto de una decisión ulterior.

2. Relevancia del precedente

Los precedentes pueden tener una triple relevancia: como fuente formal de derecho; como fuente material y como argumento judicial.

El precedente es fuente *formal* de derecho cuando, en el derecho de un determinado país, es reconocido como tal. Desde este punto de vista, el precedente plantea cuestiones de muy diferente índole en las tradiciones jurídicas del *common law* y *civil law*. En la primera, el precedente es una de las fuentes del derecho, y los problemas que plantea son relativos a su determinación, a la comparación de casos, a las técnicas para seguir o apartarse del mismo, al tipo de vinculatoriedad en función del tribunal, etc. En los sistemas de *civil law*, por el contrario, la principal cuestión gira en torno al reconocimiento del precedente como fuente formal del derecho; cuestión está, que más allá de su carácter meramente especulativo, tiene importantes implicaciones teóricas y prácticas, como la cuestión de la vinculación de los jueces por determinadas decisiones judiciales y, la legitimación del poder judicial para crear derecho.

En los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición de *civil law* se asume la existencia de una división tajante entre *actos de creación* de derecho que tienen origen legislativo a través del Parlamento y del Gobierno, y *actos de aplicación* del derecho, que corresponde a los jueces y a la administración. Según este modo de enfocar la cuestión, los precedentes no constituirían una fuente formal de derecho sino un recurso “complementario” -cualquier cosa que esto signifique- al que los juristas y jueces pueden acudir en casos de insuficiencia o laguna de la ley para dar una respuesta al caso individual. Se asume que los precedentes no son fuente del derecho, puesto que la función de los tribunales no es crear derecho sino aplicarlo. A esta razón se añaden otras como la división de poderes, la –mal entendida– independencia judicial, la falta de legitimación democrática, etc.; ideas todas ellas que constituyen juicios de *deber ser* acerca de la actividad jurisdiccional; pero que en ningún caso pueden ser repuestas a la cuestión de si los precedentes *son* o no fuente formal de derecho. A este respecto, hay supuestos en que los jueces ejercen una función claramente creadora de derecho, en el mismo sentido en cuanto a los efectos que la que realizan los órganos legislativos clásicos. Es el caso en nuestro país de las resoluciones del Tribunal Constitucional, de determinadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (como por ejemplo las recaídas en cuestiones prejudiciales de validez y de interpretación –legislación positiva- y el recurso de anulación –legislación negativa-), y de determinadas sentencias del Tribunal Supremo y otros tribunales (caso de las sentencias estimatorias de un

recurso en interés de ley -legislación positiva- y las sentencias estimatorias de un recurso contencioso-administrativo contra Reglamentos -legislación negativa-).

Que los precedentes constituyan fuente *material* de derecho es tanto como destacar la relevancia *empírica* de los mismos, esto es, la influencia que ejercen de hecho sobre las decisiones judiciales (y secundariamente sobre la legislación). Hay autores (Troper, 1996: 65) que señalan que esta situación no puede presentarse como el resultado de la oposición entre hecho y derecho, porque si las disposiciones que tienden a evitar que haya un sistema de precedente judicial son “derecho”, lo que se produce “en los hechos” no es menos “jurídico”.

Por último, el precedente tiene relevancia como *argumento* utilizado por los jueces en la justificación de sus decisiones. El recurso al precedente encuentra su justificación en la autoridad del tribunal, en el principio de igualdad, en la certeza del derecho, etc.

3. *Ratio decidendi* y flexibilidad del precedente

El concepto de *ratio decidendi* (en adelante, *rd*) es quizá uno de los puntos más controvertidos del precedente, pues a partir de unos puntos de acuerdo iniciales las discrepancias afloran cuando se trata de dar una definición precisa y de determinar el método para establecerla.

Los cinco usos dominantes de *rd* en la literatura jurídica anglosajona son los siguientes (Twining y Miers, 1991: 311-312):

a) la regla (o reglas) de derecho explícitamente establecida(s) por el juez como base para la decisión, esto es, la respuesta explícita a la cuestión de derecho del caso.

b) la razón (o razones) explícitamente dada(s) por el juez para la decisión, esto es, la justificación explícita de la cuestión del caso.

c) la regla (o reglas) de derecho implícita(s) en el razonamiento del juez al justificar la decisión.

d) la razón (o razones) implícitamente dada(s) por el juez para la decisión, esto es, la justificación implícita para la respuesta dada a la cuestión en el caso.

e) la regla (o reglas) de derecho por la(s) cual(es) se fundamenta el caso o se cita como autoridad por un posterior intérprete.

Una manera más clarificadora de abordar dicho concepto es distinguir los tres sentidos siguientes (Chiassoni, 2004: 41; 2000: 7):

a) *rd* es la *regla* (criterio, principio) en base a la cual ha sido decidido un caso. Esta regla puede ser la premisa necesaria y suficiente; la premisa suficiente pero no necesaria; o la premisa necesaria pero no suficiente, de un razonamiento cuya conclusión es la decisión judicial.

b) *rd* es *la regla* empleada por un juez para justificar la decisión de un caso considerada conjuntamente, sea con las *razones* que la sostienen, sea con la descripción de los hechos a los que ha sido aplicada.

c) *rd* es cualquier elemento esencial de la argumentación necesario para motivar la decisión de un caso.

Una cuestión estrechamente relacionada con la anterior es la relativa al método para establecer la *rd*. Los principales son los conocidos como el “test de Wambaugh” y el “test de Goodhart”. Según el primero [que constituye la teoría clásica de la *rd*, *cfr.* Allen (1969: 355-356), Montrose (1968: 152)] en la medida en que la *rd* es el principio de derecho pronunciado por el tribunal como base para su decisión, hay que determinar cuál es la regla general sin la cual el caso hubiera sido decidido de otra manera; si, formulada esta, un cambio en la *rd* implica un cambio en la decisión, ello significa que dicha regla es la *rd*; si por el contrario, un cambio deja la decisión inalterada, significa que la supuesta *ratio* es mero *dictum*. Para Goodhart (1937: 10) la *rd* consiste en los hechos del caso considerados por el juez en la sentencia como fundamentales y su decisión en tanto que basada en ellos. La labor del juez al analizar un caso no es establecer los hechos y la conclusión, sino determinar los hechos fundamentales tal y como han sido considerados por el juez y su conclusión en tanto que basada en ellos. Es por su elección de los hechos fundamentales que el juez crea el derecho. Una vez establecidos los hechos fundamentales, y los que no lo son, se puede establecer el principio del caso, que se encuentra en la conclusión obtenida por el juez en base a los hechos fundamentales y en la exclusión de los no fundamentales.

Como puede apreciarse, una de las dificultades para establecer la *rd* de una decisión proviene de que no es fácil trazar la línea divisoria entre la *rd* y los *obiter dicta*, sobre todo porque los tribunales no suelen indicarlo expresamente.

La *rd* es una regla *necesaria* para la decisión, de forma que, *a sensu contrario*, aquellas consideraciones hechas en la sentencia que no sean necesarias para la decisión son meros *obiter dicta*. El problema radica en que es el tribunal posterior el que decide cuales son, *las consideraciones necesarias*, hechas por el juez o jueces anteriores.

Se pueden distinguir dos clases de *obiter dicta*. De un lado, los *obiter dicta* en sentido estricto, es decir, aquellas consideraciones que no tienen ninguna relación de implicación lógica con el supuesto de hecho objeto del caso. En este caso, los *obiter dicta* son totalmente irrelevantes. De otro, hay manifestaciones que, aun formando parte de los *obiter dicta*, son el antecedente o la consecuencia lógicamente imprescindible de la elección interpretativa realizada por el juez en el caso concreto, de manera que están ligadas por un nexo de prejudicialidad o de subordinación con la *rd*. En este caso, la vinculación entre *ratio* y *obiter dicta* es tan estrecha que se puede atribuir a estos últimos el carácter de precedente.

La aplicación de los precedentes suele decirse que es “flexible”. Con ello se hace referencia no a una tesis conceptual o definitoria, sino a una cuestión de hecho, esto es, a la constatación de la relativa libertad con que los tribunales determinan el fin y los límites de los precedentes y, distinguen unos casos de otros. Ante un precedente obligatorio, los tribunales aducen distintos medios como justificación para apartarse del mismo como son: el cambio de circunstancias; el conflicto del precedente con determinadas reglas o principios generales; la máxima “cuando cesa la razón cesa la regla misma”; la manipulación de los precedentes; la derogación de los mismos (cuando el tribunal es competente para ello) y la técnica de las “distinciones”: esto es, establecer que el caso al que *prima facie* debía aplicarse un precedente, en realidad, es un caso “distinto” del establecido por el precedente. Esta última técnica puede ser empleada correctamente para distinguir un caso (el objeto de decisión) respecto de un precedente no aplicable, puesto que no cae bajo el ámbito de

aplicación de este o los casos no son suficientemente similares. En estos casos no se está haciendo otra cosa que interpretar la *rd* y los hechos. Pero también puede ser utilizada para evitar la aplicación de un precedente relativo al caso puesto que la solución se considera injusta, incorrecta, etc. Como señala Zander (1989: 257) a veces el tribunal distingue lo indistinguible como la única manera de escapar de las garras de un precedente no deseado que, de otro modo, sería obligatorio.

Se puede distinguir tres modelos de razonamiento partir de los precedentes (Bankowski *et al.*, 1997: 497):

a) el modelo de analogía, cuando cada caso es considerado simplemente como un ejemplo ilustrativo de una decisión correcta o razonable, considerando todos los hechos relevantes, y por tanto como una guía práctica para las decisiones futuras en casos similares. Aquí la cuestión decisiva es qué casos son similares; ¿en qué nivel de detalle se debe comparar el caso presente y el precedente?

b) el modelo de reglas, cuando una regla (*rd*) adscrita a un caso precedente se considera apropiada para ser aplicada por los tribunales en casos futuros. En este caso el tribunal que decide un caso debe determinar si algún precedente tiene una *ratio* relevante para el caso presente, y entonces debe aplicarla, a menos que haya alguna diferencia entre el caso presente y el precedente u otra razón válida para no aplicar el precedente.

c) el modelo principio-ejemplificativo, en el que el precedente, en relación con su propio contexto factual, puede ser considerado, como base para la formulación de un principio jurídico que puede ser relevante para decidir casos futuros. En este supuesto, hay que considerar si los precedentes contienen principios útiles para justificar la decisión presente.

199

4. Precedente e igualdad ante la ley

Cuando se habla del precedente, en la mayoría de los casos se sobreentiende que se trata del precedente vertical y obligatorio. Pero un análisis del precedente requiere tener en cuenta el autoprecedente, esto es, la autovinculación del juez a sus propias decisiones. Esta no se basa en una obligación legal (en sentido estricto), sino en una determinada interpretación de la justicia formal.

La regla del autoprecedente suele justificarse en base al principio de universalidad, que corresponde a la exigencia de justicia formal de tratar de igual manera aquello que es igual, que constituye una regla del razonamiento práctico del que el razonamiento judicial es un caso especial. En este sentido se pronuncian iusfilósofos como MacCormick, Alexy o Dworkin. Para Dworkin (1986: 165-167, 245) la doctrina estricta del precedente no es más que otro nombre para designar el principio de que debemos tratar los mismos casos de la misma manera, y se pronuncia a favor del precedente no obligatorio y del apartamiento o derogación del precedente cuando haya razones para ello. MacCormick (1987: 161, 171-172) por su parte, considera que el principio de justicia formal se aplica tanto para el pasado como para el futuro. En el primer caso, el principio de justicia formal requiere la consistencia entre la decisión presente y las decisiones anteriores; en el segundo, exige que las decisiones presentes y las anteriores sean consistentes no sólo en el sentido anterior, sino también en el sentido de que, si son diferentes, la anterior se adecue a la posterior (lo que implicaría considerar que la decisión anterior ha sido errónea y el caso presente debe ser decidido mejor, bien distinguiéndolo del anterior, bien derogándolo). De otro lado, para MacCormick la obligación de aplicar

los precedentes es estricta, debiendo aplicarse a menos que entren en juego excepciones.

Sin embargo, hay que tener en cuenta (Ruiz Miguel, 1997: 387) que la aplicación del principio según el cual los casos similares deben ser tratados de la misma manera, no se basa en el principio de justicia formal (entre otras consideraciones porque este principio sólo dice que si dos decisiones sobre dos casos similares son diferentes, una de ellas es incorrecta, pero no dice cual). Es el principio de igualdad ante la ley el que ofrece una razón sustantiva para seguir la regla del precedente, esto es que las decisiones posteriores deben tener en cuenta no sólo las decisiones anteriores, sino también darles un determinado peso no derogable a menos que haya razones suficientemente fuertes. Esto significa, que los jueces deben seguir sus propios precedentes, no sólo cuando la solución es claramente correcta, sino también cuando era indeterminada (de manera que ni la decisión tomada ni otra solución alternativa no son claramente correctas o incorrectas), y la solución es levemente incorrecta, en el sentido de que no viola frontalmente el derecho existente y el peso de dicha incorrecta aplicación pesa menos que el principio de igualdad ante la ley (Ruiz Miguel, 1997: 388, 390).

Bibliografía

- ALLEN, C.K. (1969), *Las fuentes del derecho inglés*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- BANKOWSKI, Z., MacCORMICK, N., MORAWSKI, L. Y RUIZ MIGUEL, A. (1997), "Rationales for Precedent", *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth, Ashgate.
- CHIASSONI, P. (2004), "Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto", *Analisi e diritto*, pp. 75-101.
- CROSS, R. y HARRIS, R.W. (1991), *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Fontana, Londres.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1993), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid.
- GERHARDT, M.J. (2008), *The Power of Precedent*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- GOLDSTEIN, L. (ed.) (1987), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford.
- GOODHART, A.L. (1937), *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ITURRALDE, V. (1995), *El precedente en el Common law*, Civitas, Madrid.
- KOKOUREK, A. y KOVEN, H. (1935), "The Common Law: Judge Imparciality and Judge Made law", *The Law Quarterly Review*, Vol. 29, Núm. 8, pp. 971-999.
- MacCORMICK, N. (1987), "Why Cases Have Rationes and What These Are", GOLDSTEIN, L. (ed.), *Precedents in Law*, Clarendon Press, Oxford, pp. 155-182.
- MONTROSE, J.L. (1968), *Precedent in English Law and other Essays*, Irish University Press, Shannon.
- MORAL SORIANO, L. (2002), *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid.
- RUIZ MIGUEL, A. (1997), "Equality before the Law and Precedent", *Ratio Juris*, Vol. 10, Núm. 4, pp. 372-391.
- RUIZ MIGUEL, A. y LAPORTA, F.J. (1997), "Precedent in Spain", MacCORMICK, N. y SUMMERS, R.S. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth.
- SCHAUER, F. (1987), "Precedent", *Stanford Law Review*, Núm. 39, pp. 571-605.
- SILTALA, R. (2000), *A Theory of Precedent*, Hart Publ., Oxford-Portland.
- STONE, J. (1985), *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*,

Butterworth, Sydney.

TARUFFO, M. (1994), "Dimensioni del precedente giudiziario", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Núm. 2, pp. 411-430.

TARUFFO, M. (1996), "Per un'analisi comparata del precedenti giudiziario", *Ragion pratica*, Núm. 6, pp. 55-64.

TROPER, M. (1996), "La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto", *Ragion pratica*, Núm. 6, pp. 65-75.

TWINING, R. y MIERS, D. (1991), *How to Do Things with Rules*, Weidenfeld and Nicolson, Londres.

ZANDER, M. (1989), *The Law-Making Process*, Weidenfeld and Nicolson, Londres.