

RACIONALIDAD Y (AUTO) PRECEDENTE

Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente*

Marina Gascón Abellán

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: 1. Concepto y tipos de precedente. A) Concepto de precedente. B) Clases de precedente. 2. Caracterización y fundamentación de la regla del autoprecedente. A) Los valores promovidos por la vinculación al precedente. B) Caracterización y fundamentación de la regla del autoprecedente. a) Traslación jurídica del principio de universalidad. b) Contenido de la regla. c) Posibilidad de jurificar la regla. 3. Cuestiones (vistas como) problemáticas. A) Cambios en la composición o titularidad de los tribunales. B) Aplicación de la regla cuando un tribunal trabaja "a varias salas o secciones". C) ¿Efectos retroactivos o prospectivos en el cambio de precedentes? 4. Déficit en la aplicación de la regla.

1. CONCEPTO Y TIPOS DE PRECEDENTE

A) CONCEPTO DE PRECEDENTE

En el lenguaje jurídico el concepto de "precedente judicial" es polisémico, pues hace referencia al menos a tres cosas diferentes. En primer lugar se refiere, *sensu larguissimo*, a un caso judicial previo que vincula a los jueces que en el futuro resuelvan casos semejantes. Naturalmente para que un caso previo sea considerado un precedente para otro posterior es necesario que se trate de casos *similares*. Ello significa que 1º) la *cuestión jurídica* implicada en el segundo caso es esencialmente la misma

que la del primero; y 2º) los *hechos* que han dado lugar al segundo caso son esencialmente análogos a los que configuran el primero. No es necesario que sean idénticos, pero sí análogos en un sentido relevante.

En segundo lugar, el término precedente también se usa, *sensu largo*, para hacer referencia a la propia *decisión* judicial dada al caso. Esta definición de precedente se revela más adecuada que la anterior, pues llama la atención sobre el hecho de que lo que vincula de una cuestión precedente no es el caso sino la decisión provista para el mismo. Y aun así conviene precisar un poco más, pues lo que es propiamente vinculante de un caso precedente no es en sí la decisión adoptada, sino el criterio,

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto PIIIII09-0173-2296, financiado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. La versión inglesa del mismo está en prensa en Beihefte, *Archiv für Rechts und Sozial Philosophie*.

principio o razón jurídica que se han ofrecido para apoyar esa decisión. De ahí que el tercero y fundamental concepto de precedente sea el que entiende por tal, *sensu stricto*, el *criterio, principio o razón jurídica* en el que se funda una decisión judicial previa usada como fuente para la adopción de futuras decisiones¹. Lo dicho significa que en una determinada sentencia no vincula como precedente cualquier afirmación contenida en ella, sino exclusivamente su *ratio decidendi* o *fundamento*; es decir, los principios y criterios que la “fundamentan”. En cambio cualquier otra consideración jurídica realizada en la sentencia que no haya sido necesaria para adoptar esa decisión es un *obiter dictum* y no es vinculante como precedente. De hecho, uno de los problemas prácticos más comunes que presenta el seguimiento de precedentes es precisamente la dificultad para distinguir la *ratio decidendi* de los *obiter dicta* cuando se pretenden determinar los efectos vinculantes de una decisión concreta. En adelante, si no se indica lo contrario, usaremos el término “precedente” en este tercer sentido: como el criterio o principio jurídico para la adopción de la decisión.

B) CLASES DE PRECEDENTE

Podemos distinguir entre dos tipos de precedentes, dependiendo de si son *vinculantes* o simplemente *persuasivos*. El primer supuesto hace referencia a los precedentes que *tienen que ser seguidos* cuando en el futuro se resuelvan casos sustancialmente idénticos. El segundo, a los que *no tienen que ser seguidos*, pero *hay buenas razones* para que sí lo sean. Por consiguiente, el rasgo principal que subyace a la distinción comentada es, en realidad, la fuerza o la debilidad de las razones para seguir el precedente. La cuestión se desplaza entonces al análisis de estas razones.

Las razones para seguir un precedente pueden variar, dependiendo de si éste procede de un órgano judicial de nivel superior, de un tribunal o juez del mismo nivel, o del propio órgano. En virtud de este criterio, el precedente puede ser de tres tipos: vertical, horizontal y autoprecedente.

Llamamos *precedente vertical* al que procede de una decisión anterior de un juez o tribunal de rango superior al del juez o tribunal que tiene que decidir ahora un caso dado. La regla que vincula a los órganos juzgadores al precedente vertical se conoce como *stare decisis et quia non movere*, e indica que los precedentes tienen autoridad y deben ser seguidos.

Precedente horizontal es el que procede de una anterior decisión de un juez o tribunal homólogo al que ahora tiene que decidir. En rigor no cabe hablar de “vinculación” al precedente horizontal, pues por regla general estos precedentes son sólo *persuasivos*². Por eso —hay que precisar— el precedente horizontal alude en realidad a que los jueces y tribunales adoptan sus decisiones “mirando” (o sea, tomando en consideración) cómo han sido resueltos casos similares por jueces o tribunales homólogos.

Llamamos, por último, *autoprecedente* al que procede de las decisiones previas adoptadas por el mismo juez o tribunal que ahora tiene que decidir. La regla que vincula a los órganos judiciales a sus propios precedentes será llamada, por consiguiente, *regla del autoprecedente judicial*.

Naturalmente no ignoro que el uso de estas expresiones no resulta pacífico. Para empezar, he asimilado la expresión *stare decisis* a la vinculación al precedente vertical, pero lo cierto es que, por lo general, también suele incluirse en ella a la doctrina que confiere valor vinculante a las propias decisiones³. Es más, hay quien sostiene incluso que el *stare decisis* sólo hace referencia a esta última, por entender que la vinculación al precedente vertical es sólo la consecuencia natural de la organización jerárquica de los tribunales⁴. Yo sin embargo he preferido identificar *stare decisis* sólo con la vinculación al precedente vertical por una razón de peso: porque creo —como intentaré sostener aquí— que hay una diferencia esencial entre esta regla y la regla del autoprecedente.

Y aún debo hacer una segunda precisión. Los precedentes que proceden del propio tribunal no suelen ser designados como “autoprecedentes” sino que lo normal es referirse a

ellos como “precedentes horizontales”. Yo sin embargo me separo también aquí del uso común y considero preferible mantener las dos expresiones. Primero porque la expresión “autoprecedente” sugiere muy claramente —y desde luego más claramente que la expresión “precedente horizontal”— la vinculación a los propios precedentes. Y segundo porque considero interesante mantener también un espacio terminológico autónomo (“precedente horizontal”) para los precedentes, de fuerza generalmente sólo persuasiva, que provienen de otros juzgadores homólogos.

La vinculación al precedente suele presentarse como uno de los rasgos distintivos de los sistemas de *common law* frente a los de *civil law*, donde los jueces —se sostiene— actuarían vinculados a la ley y no a los precedentes judiciales. Las cosas, por supuesto, no son así. Salvo que se opte por una reconstrucción tan simplista como ficticia de la tarea judicial de aplicación del derecho, no cabe decir, sin más, que en los sistemas de *civil law* la jurisprudencia carece de valor vinculante; como tampoco cabe decir, por cierto, que en los sistemas de *common law* la “vinculación a la ley” —frente a la vinculación al precedente— ocupa un lugar secundario. De todos modos, mientras que pueden hallarse diferencias sustanciales entre ambos sistemas en lo referente al papel y al alcance de la vinculación al precedente vertical⁵, no cabría en cambio trazar ninguna diferencia relevante referida a la naturaleza y alcance de la vinculación al propio precedente. Ello es así porque esta regla, a diferencia de la del precedente vertical, constituye un instrumento contra la arbitrariedad o, lo que es lo mismo, una garantía de racionalidad, y por consiguiente es consustancial a la tarea judicial, independientemente de las particularidades del sistema jurídico en que dicha actividad se desarrolla⁶.

En lo que sigue centraré mi atención en esta regla. Primero intentaré mostrar cómo efectivamente puede (y debe) ser entendida como una regla de racionalidad judicial y después identificaré los requerimientos específicos que derivan de esta caracterización de la misma. Finalmente, a partir de ellos, estaremos en con-

diciones de analizar mejor algunos problemas relativos a la aplicación de la regla así como de mostrar que estos problemas (y otros notorios déficits de aplicación de la regla) obedecen a una mala comprensión de la naturaleza y requerimientos de la misma.

2. CARACTERIZACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LA REGLA DEL AUTOPRECEDENTE

A) LOS VALORES PROMOVIDOS POR LA VINCULACIÓN AL PRECEDENTE

Los distintos argumentos ofrecidos en apoyo de la regla del precedente (incluyendo en ella no sólo la del autoprecedente sino también la del precedente vertical) están directamente vinculados a los valores que promueve. Los resumo a continuación.

En primer lugar, el precedente garantiza la *seguridad jurídica* y la *estabilidad* en el derecho, lo que entre otras cosas significa que los ciudadanos pueden prever o anticipar la respuesta que probablemente recibirá su caso; es decir, que pueden tomar decisiones confiando en que las reglas jurídicas usadas por los jueces con anterioridad les serán aplicadas también a ellos. Este rasgo del seguimiento de precedentes ha sido clásicamente destacado: cuando una decisión anterior ha sido reflexivamente adoptada y suficientemente fundada —afirma James Kent exponiendo la cultura del precedente en el derecho americano— “the community have a right to regard it as a just declaration or exposition of the law, and to regulate their actions and contracts by it. It would therefore be extremely inconvenient to the public if precedents were not duly regarded, and implicitly followed”⁷. En segundo término, y muy importante, el seguimiento de precedentes promueve el principio de *igualdad formal*, puesto que garantiza que los casos iguales sean tratados de igual manera. Y en tercer lugar, el

precedente *ahorra tiempo al tribunal* porque el caso ya cuenta con una solución jurídica que, además, no requiere ser motivada. O más exactamente, si se sigue el precedente no es necesario justificar que el criterio jurídico que éste encarna representa la respuesta correcta y adecuada para el caso, pues esa justificación ya fue hecha cuando se estableció el precedente. Es la *función de descarga* que cumple el seguimiento de precedentes.

Pero la vinculación al precedente propio, a diferencia de la vinculación al que proviene de otros tribunales, promueve un valor adicional: el valor de la *racionalidad en la aplicación del derecho*. De hecho, la tesis que sostendré aquí es que la regla del autprecedente *no es en sentido estricto un instrumento para la seguridad, la estabilidad y la igualdad jurídicas, sino que es primariamente una garantía contra la arbitrariedad*. En definitiva, que se trata en esencia de una regla de racionalidad y por consiguiente de una regla de la argumentación jurídica⁸.

B) CARACTERIZACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LA REGLA

a) Traslación jurídica del principio de universalidad

Pese a que muchas veces se presenta al autprecedente como un mecanismo unificador de jurisprudencia, fundado en la necesidad de garantizar la seguridad y estabilidad jurídicas y la igualdad formal en la aplicación de la ley, no creo que esta sea la caracterización más apropiada del mismo. En mi opinión, la doctrina del autprecedente debe ser entendida como una traslación del principio kantiano de *universalidad* al discurso jurídico de los jueces y tribunales, pues lo que dicho principio expresa es la exigencia de que exista una *única solución correcta para los mismos supuestos* y eso precisamente —aunque formulado con otros términos— es lo que representa la regla del autprecedente. Más exactamente, aunque no quepa decir que en el ordenamiento existe una única respuesta correcta descubrible de igual forma

por cualquier juez o tribunal, el principio de universalidad exige suponer que dicha respuesta sí existe en cambio para cada juez o tribunal individualmente considerado. La regla del autprecedente es justamente la traslación al ámbito jurídico de esa exigencia de “actuar *como si* existiera una única respuesta correcta” que deriva del principio de universalidad.

La universalidad, en efecto, expresa un principio fundamental de la razón práctica kantiana en virtud del cual *debemos actuar siempre conforme a un criterio que, por considerarlo correcto, queremos ver convertido en ley universal*⁹. En el plano jurídico, por consiguiente, este principio exige que los jueces o tribunales, cuando deban resolver una controversia, adopten aquella decisión que, por considerarla correcta, estén dispuestos a suscribir en futuros casos sustancialmente idénticos. Se trata, pues, de un principio ético extremadamente formal que se impone *en todo caso*: una decisión no universalizable difícilmente podrá ser considerada moralmente aceptable. Pero la exigencia de universalidad se hace particularmente evidente cuando no disponemos de reglas que indiquen de modo concluyente cómo ha de actuarse en un caso concreto; es decir, cuando el conjunto de los materiales jurídicos del sistema no garantiza la anhelada respuesta correcta al caso planteado. En estos supuestos donde la discrecionalidad es irreductible, donde nos hallamos ante la necesidad de elegir entre distintas opciones a propósito de un cierto problema, aquí —decimos— la universalidad kantiana viene a representar “casi” la última garantía de racionalidad¹⁰.

Y al respecto una observación. Precisamente porque el espacio natural de la regla es el ámbito de la discrecionalidad judicial, la regla deja de tener sentido allí donde *institucionalmente* se instaura una única respuesta correcta. Esto es precisamente lo que ocurre cuando en un ordenamiento se establecen mecanismos de unificación jurisprudencial que culminan en un tribunal superior (o sea cuando existe un precedente vertical vinculante): aquí la respuesta correcta existe, y es precisamente la que ofrece ese tribunal superior cuyo precedente

vincula a los demás. Por eso en este caso carece de sentido someter a los jueces y tribunales inferiores a la regla del autprecedente, pues su actuación no es discrecional: lo que deben hacer es seguir la jurisprudencia del tribunal superior. En cambio sí es necesario que el tribunal superior ajuste su actuación a la regla del precedente, a fin de garantizar que, en la determinación de “la respuesta correcta” que vinculará al resto de los tribunales, se comporte racionalmente. Muy brevemente: en estos supuestos los tribunales inferiores actuarán bien si siguen el precedente del tribunal superior. El tribunal superior actuará bien si sigue la regla del autprecedente.

Que la regla del autprecedente es una regla de la argumentación racional que proyecta en el discurso judicial la máxima universalizadora es algo que ha sido sostenido por algunos de los más destacados representantes de la teoría de la argumentación jurídica. Robert Alexy la vincula expresamente a una de las reglas básicas del discurso práctico general; aquella según la cual “todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar también F a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”. En el mismo sentido Aulis Aarnio sostiene que “un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no esté dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares”¹¹. Y también para Neil MacCormick la universalidad, en el sentido indicado, es uno de los requisitos que debe superar la argumentación jurídica en los casos difíciles.

b) Contenido de la regla

En mi opinión, es precisamente MacCormick quien proporciona una explicación más ajustada del contenido de esta regla al sostener que el principio de universalidad *se proyecta* en el discurso judicial aplicativo *tanto looking back* (mirando al pasado) *como looking forward* (mirando al futuro), de manera que implica que el criterio utilizado para resolver un caso ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior, pero también y sobre todo

el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros similares¹². Y en esto consiste precisamente la doble y complementaria faceta que representa el núcleo del respeto al propio precedente: “la decisión adoptada en un caso constituye una buena razón para reiterarla en otro supuesto análogo, y la decisión del presente debe tomarse teniendo en cuenta el futuro, es decir preguntándose si la misma puede valer como criterio general”¹³. La regla del autprecedente funciona por lo tanto en dos sentidos:

1º *Hacia el pasado*: exigiendo propiamente respeto al precedente.

2º *Hacia el futuro*: exigiendo en todo caso la aplicación de un criterio universalizable.

Esta segunda parte constituye el corazón de la regla e implica tres cosas importantes que, en mi opinión, deben ser destacadas con el fin de deshacer algunos malentendidos que tienen lugar en su aplicación.

1. *La regla del autprecedente es una regla de racionalidad (...)*

La caracterización señalada (o sea, la regla como exigencia de un criterio universalizable) implica, en primer lugar, que existe una notable diferencia entre la regla del autprecedente, de un lado, y la regla del precedente vertical, de otro. Esta última sólo suministra una pauta sustantiva para resolver el caso, y por eso no existe diferencia entre “seguir la ley” y “seguir el precedente”. De hecho podría decirse que el *stare decisis* cumple la misma función que la vinculación a la ley: hacer que los casos se resuelvan conforme a un parámetro jurídico preconstituido, o sea el principio del *rule of law (and not of men)* o del *estado de derecho*. El autprecedente, por el contrario, equivale a la observancia del principio de universalidad por cada juez o tribunal concreto, y lo que exige a éstos *no es tanto dictar hoy la misma sentencia que dictaron ayer sino más bien pronunciar hoy la que en principio estarían dispuestos a pronunciar siempre y desearían que pronunciasen los demás*. Es decir, que mientras que lo importante en el precedente vertical es que nos ofrece un criterio sustantivo para regular

el caso contemplado que el tribunal debe seguir, en el autoprécendente lo importante no es que el tribunal siga un criterio anterior —que puede no existir— cuanto que adopte una actitud universalizadora y dicte una resolución basada en un criterio que esté dispuesto a usar en el futuro en todos los casos semejantes. En suma, el precedente vertical *indica cuál ha de ser el criterio* para resolver un caso: justamente el adoptado precedentemente. La técnica del autoprécendente actúa sólo como un control de racionalidad sobre el modo de resolver un caso, *obligando a adoptar un criterio universalizable pero sin indicar propiamente cuál ha de ser ese criterio*.

2. (...) *que vincula a todos los jueces y tribunales* (...)

En segundo término, la caracterización de la regla del autoprécendente como la obligación de universalizar las propias decisiones implica que ésta no se circunscribe a ningún grupo concreto de jueces o tribunales. Al ser básicamente una regla argumentativa que garantiza la racionalidad, se impone a todos los jueces y tribunales, con independencia de cualquier previsión legal al respecto.

3. (...) *y que no impide abandonar el precedente*

Por último, y más importante, esa caracterización entraña que la regla *no impide abandonar el propio precedente*¹⁴. Al contrario, es precisamente el cumplimiento del principio de universalidad —que como se ha dicho es el corazón de la regla— lo que acarrea en muchos casos el abandono del propio precedente. Así sucede, por ejemplo, cuando se piensa (y puede sostenerse cabalmente) que en los casos precedentes la decisión era *errónea* porque el derecho no se interpretó bien o no se aplicó bien, y que por consiguiente es necesario sustituir el precedente criterio erróneo por el que ahora se estima correcto¹⁵. Pero así sucede también cuando el criterio precedente *ya no se considera adecuado*, bien porque ha cambiado el contexto normativo global en el que se inserta el derecho a aplicar, o bien porque han cambiado claramente las circunstancias

o las valoraciones sociales que justificaban el criterio jurídico precedente; de hecho este es precisamente el sentido de la *interpretación evolutiva*¹⁶. Sin esta constante posibilidad de adaptación de los precedentes, el derecho no puede cumplir sus fines esenciales¹⁷.

Ahora bien, abandonar (o adaptar) el propio precedente no es algo que pueda hacerse sin más, sino que *conlleva una carga de argumentación*¹⁸ que supone a mi juicio: 1) no sólo la *explicación ordinaria de las razones* que fundamentan la decisión, sino que incluye también 2) una exigencia suplementaria de *justificación del apartamiento del criterio anterior*. Esta justificación ha de venir orientada justamente por la universalidad, y consiste por consiguiente en acreditar que el nuevo criterio es el que, por estimarse correcto (o más correcto que el anterior), se está dispuesto a usar en el futuro en los casos sustancialmente iguales. Esta justificación conforme a la universalidad es la única forma de disipar las dudas que pudieran existir sobre la arbitrariedad de la nueva decisión o sobre la sensación de que ésta se ha tomado descuidadamente, ignorando la existencia de un criterio precedente distinto. Por lo demás, es evidente que la necesidad de justificar una decisión *overruling* se hace más intensa cuando el precedente ha gozado de una sólida justificación. Ciertamente, si una decisión se ha adoptado tras una ardua deliberación y con una sólida argumentación, hay una presunción a favor de su corrección, y por lo tanto no puede abandonarse sin un especial esfuerzo argumentativo.

En resumen, la vinculación al propio precedente no es inexorable: es perfectamente posible que un tribunal abandone su propio precedente. Pero el abandono del precedente no puede hacerse sin más, sino que ha de estar guiado por el principio de universalidad. Por consiguiente el cambio del precedente sólo estará justificado cuando se acredite que el criterio de decisión precedente era *erróneo* o *inadecuado* y que el criterio actual es en cambio el correcto y el que, por ello, se usará en el futuro.

c) Posibilidad de juridificar la regla

Y una última cuestión sobre la posibilidad de juridificar la regla del autprecedente, es decir, sobre la eventualidad de hacer de esta regla de la argumentación racional una exigencia de legalidad o incluso de constitucionalidad. Y es que, aún aceptando que la doctrina del autprecedente expresa una regla de racionalidad de la actuación judicial especialmente intensa allí donde existe una fuerte discrecionalidad interpretativa, cabe preguntarse en qué medida dicha regla puede encontrar respaldo en un sistema jurídico. Que el juez deba ser fiel a las leyes no ofrece discusión. Que deba serlo también a la jurisprudencia parece más o menos aceptado. Pero ¿cabe exigirle que realice un ejercicio de universalización como el descrito?

No constituye el objeto de este trabajo el análisis de las posibilidades de juridificación de la regla del autprecedente. Sin embargo, no puedo dejar de señalar que en España esta regla ha cobrado carta de naturaleza jurídica por obra de la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha hecho de su seguimiento una exigencia de constitucionalidad de la actividad de jueces y tribunales. Es verdad que la caracterización del autprecedente como garantía de racionalidad haría esperar que la articulación jurídica de esta regla se hubiera vinculado a “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” que contempla el artículo 9.3 de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha preferido configurar jurídicamente esta regla como una exigencia de la igualdad en la aplicación de la ley, haciendo así de su infracción un motivo para el amparo constitucional¹⁹.

3. CUESTIONES (VISTAS COMO) PROBLEMÁTICAS

Pese a que incluso en los ordenamientos de *statutory law* la regla del autprecedente goza de una razonable aceptación doctrinal y jurisprudencial, hay una serie de cuestiones referentes a su aplicación que son vistas como

problemáticas y sobre las que existe una cierta discusión doctrinal. Merece la pena destacar al menos tres de ellas que a mi juicio ponen de relieve cómo en muchos casos la discusión obedece a la falta de una concepción clara sobre la naturaleza de esta regla.

A) CAMBIOS EN LA COMPOSICIÓN O TITULARIDAD DE LOS TRIBUNALES

Una de las cuestiones más recurrentemente problematizadas es la de si el precedente sigue vinculando cuando cambia el juez titular del juzgado o la composición del tribunal. La cuestión puede presentarse de las dos siguientes formas.

1ª) Si la regla del autprecedente establece que cada concreto juez o tribunal está vinculado por el precedente de “ese mismo” juez o tribunal, entonces cabe preguntarse si cuando se ha producido un cambio en la titularidad de un juzgado o en la composición de un tribunal (es decir en las personas que encarnan ese órgano judicial) ese juez o tribunal continúa realmente siendo “el mismo”. *La duda, pues, es si —al menos a los efectos de la regla— un órgano judicial se identifica con las personas que lo representan.* Lo que conecta con la segunda formulación del mismo problema.

2ª) Si el objeto y sentido de la regla del autprecedente no es unificar jurisprudencia sino sólo *evitar decisiones arbitrarias* (y precisamente por eso el precedente que se impone es el propio y no otro ajeno), entonces sólo tiene sentido aplicarla cuando los individuos que encarnan el órgano judicial son los mismos que había cuando se creó el criterio precedente. *Cuando los individuos ya no son los mismos, la regla —se argumenta— deja de tener sentido, pues si se aplicara estaría simplemente unificando jurisprudencia.*

Con una argumentación o con otra, lo cierto es que a veces se sostiene que la regla no puede aplicarse cuando han cambiado los individuos que encarnan el órgano judicial. En mi opinión, sin embargo, el problema se-

ñalado no es tal. Que los individuos que eventualmente ocupan un juzgado o integran un tribunal hayan cambiado o no es irrelevante a efectos de determinar la obligación de observar la regla del autprecedente. La regla es perfectamente aplicable con independencia de dicho cambio de individuos. Y la razón es extremadamente simple.

La regla no tiene por objeto primordial unificar jurisprudencia sino sólo evitar la arbitrariedad judicial, y por consiguiente no obliga a mantener rígidamente y en cualquier circunstancia el propio criterio legal anterior, sino sólo «a mantenerlo en la medida en que no haya una razón de peso para cambiarlo». Se trata, dicho con más precisión, de una regla de racionalidad que impone a los órganos jurisdiccionales «seguir sus propios precedentes o —si los cambia— justificar el cambio». Por tanto no se ve por qué razón la regla no habría de aplicarse cuando la composición del tribunal no sea la misma. Es perfectamente “lógico” exigir a un juez o tribunal que, cuando se aparte de su propio criterio precedente, justifique el nuevo criterio de decisión que, precisamente por ser distinto del criterio precedente, aún no ha sido justificado en ese órgano judicial. Y es perfectamente “lógico” exigir que esta justificación cumpla el principio de universalidad. Sostener, por el contrario, que la regla no es aplicable cuando ha habido cambios en la composición del tribunal equivaldría a mantener que el “nuevo” tribunal puede sentar un criterio distinto del precedente sin necesidad de justificar por qué este nuevo criterio es más correcto o apropiado que el anterior. Lo cual resulta manifiestamente inaceptable.

Por lo demás, los cambios en la titularidad de los juzgados o en la composición de los tribunales no sólo no son un problema para la aplicación de la regla del autprecedente sino que incluso representan su “espacio natural”. Dicho con más precisión, *lo normal es que el cambio de precedente —y la consiguiente necesidad de justificarlo— surja cuando se han producido cambios en la composición del tribunal*²⁰. Esto es así —de nuevo— por una extremadamente simple razón. Justificar el cam-

bio de precedente se resume en mostrar que éste cumple el principio de universalidad; es decir, en mostrar que —por las razones que fuere— el nuevo criterio es el que se entiende más correcto o apropiado y el que por ello se presenta con vocación de futuro. Es evidente que esta circunstancia (que el juez o tribunal entienda que hay un criterio más correcto o apropiado que el precedente y que es el que se pretende usar en adelante) puede tener lugar cuando el juzgado o tribunal esté encarnado por las mismas personas que sostuvieron la línea precedente. Pero también es evidente que lo más probable es que esto suceda cuando cambie la titularidad del juzgado o la composición del tribunal.

En suma, no hay contradicción alguna entre regla del autprecedente y cambio en la titularidad de un juzgado o en la composición del tribunal. Ambas circunstancias son perfectamente compatibles y ello al menos por dos razones. Primero porque lo que la regla impone al tribunal no es seguir el precedente sino *justificar su cambio*, y esto es algo que puede (y debe) hacerse con independencia de que los individuos-jueces sean o no los mismos que adoptaron el criterio que ahora se abandona. Y segundo porque, además, lo normal es que los cambios de precedente tengan lugar, precisamente, cuando cambian las personas que encarnan el órgano judicial.

B) APLICACIÓN DE LA REGLA CUANDO UN TRIBUNAL TRABAJA “A VARIAS SALAS O SECCIONES”

Otra de las cuestiones discutidas vinculadas a la aplicación de la regla del autprecedente es la que aflora cuando los tribunales trabajan en diferentes salas o incluso en diferentes secciones dentro de éstas. El problema que entonces se plantea es si la regla se aplica al tribunal, unitariamente considerado, o si por el contrario se aplica a cada una de sus diferentes salas o secciones, individualmente consideradas. La cuestión enunciada se formula a veces en los siguientes términos: ¿Qué es un tribunal, a efectos de la regla del autprecedente judicial?

Y en concreto, ¿han de ser consideradas las diferentes salas o secciones dentro de un tribunal *tan sólo instancias* del tribunal o, por el contrario, han de ser consideradas *un tribunal* en el sentido de la doctrina del autprecedente?

Conviene observar que si se responde que cada una de las salas o secciones del Tribunal es sólo eso, una parte del Tribunal, y que por consiguiente *el ámbito de aplicación de la regla es “el Tribunal”*, considerado como un único órgano judicial, entonces se hace necesario, como paso “lógicamente” previo a la aplicación de la regla, articular en el seno del tribunal mecanismos para unificar la jurisprudencia de sus diferentes salas o secciones. Si se responde en cambio que cada Sala o Sección del Tribunal debe ser considerada como un órgano judicial independiente, y que por consiguiente *la regla es aplicable a cada una de ellas*, entonces se estará admitiendo que en el seno de un mismo tribunal puede convivir válidamente jurisprudencia contradictoria, lo cual resulta mal entendido y peor admitido por el público profano.

Es precisamente esta posibilidad de jurisprudencia contradictoria asociada a la concepción de las diferentes salas como órganos judiciales independientes lo que explica que quienes conciben la regla del autprecedente como un mecanismo unificador de jurisprudencia tiendan a responder en el primer sentido (es decir, considerando que cada Sección o cada Sala es *sólo una instancia* del Tribunal), mostrándose entonces críticos con aquellas prácticas jurisprudenciales que, a efectos de la aplicación de la regla, potencian la autonomía de las diferentes salas de un tribunal o incluso de las diferentes secciones existentes dentro de una sala.

El recelo de estos críticos es perfectamente comprensible, sobre todo si se considera que la unidad de jurisprudencia promueve valores dignos de protección, como la seguridad jurídica, la estabilidad y la igualdad. Sin embargo para responder cabalmente a la cuestión planteada es necesario no perder de vista el sentido y fundamento de la regla. Recordemos, pues, una vez más: 1º) que la regla es, en sentido

estricto, una *garantía de racionalidad* (o sea un instrumento contra la arbitrariedad) y sólo derivadamente un mecanismo de unificación jurisprudencial; y 2º) que se articula como una *regla de argumentación* que exige a los órganos judiciales «o bien seguir el precedente, o bien justificar su abandono argumentando que el nuevo criterio se ajusta a la máxima universalizadora». Por eso no parece incompatible con la lógica de la regla considerar a cada Sala de un Tribunal (e incluso a cada Sección de una Sala) como un órgano judicial independiente. Ahora bien, que no sea incompatible tampoco significa que sea necesario: porque tampoco es incompatible con la lógica de la regla considerar a las diferentes salas como instancias de un único Tribunal (o a las diferentes secciones como instancias de una única Sala) y establecer, como paso previo a la aplicación de la regla del autprecedente en ese único Tribunal, algún tipo de mecanismos para unificar la jurisprudencia de las salas.

C) ¿EFECTOS RETROACTIVOS O PROSPECTIVOS EN EL CAMBIO DE PRECEDENTES?

Por último, otra de las cuestiones problemáticas más relevantes tiene que ver con los efectos (prospectivos o retroactivos) que habría que atribuir al cambio de precedente. La pregunta en concreto es la siguiente: el nuevo criterio que se adopta cuando se abandona el precedente, ¿debe aplicarse “sólo” a los casos que surjan en el futuro (*prospective overruling*)? ¿O debe aplicarse “también” a los casos nacidos en el pasado y pendientes de resolución (*retroactive overruling*)?²¹

Si la pregunta es importante es porque en ella está en juego el valor de la seguridad jurídica. Porque, en efecto, podríamos responder —como habría que hacer a partir del principio de universalidad— que el nuevo criterio, una vez establecido, *debería aplicarse a todos los casos que deban ser resueltos*²², y por consiguiente 1) no sólo a los que se producen tras el cambio sino también 2) al caso en el que se produce el cambio y, en general, 3) a todos aquellos que,

aun teniendo su origen en hechos ocurridos antes del cambio, están pendientes de resolución. Pero entonces se estará admitiendo una aplicación *retroactiva* del derecho (dado que en estos dos últimos supuestos el nuevo criterio de decisión —que representa en definitiva la “ley” del caso— se habrá “creado” *ex post facto*) y por consiguiente *se estará lesionando la seguridad jurídica*. Así pues, ¿qué efectos son los apropiados?

Por lo general, la tesis del *retroactive overruling* se suele vincular no al principio de universalidad sino a la *teoría declarativa de la decisión judicial* que hunde sus raíces en Blackstone, quien consideraba a los jueces como los “living oracles” del derecho. En virtud de esta teoría, los jueces, cuando resuelven los casos, *no crean* nuevo derecho sino que *verifican y declaran* el ya existente. En consecuencia —se sostiene— *una sentencia overrule no hace sino verificar y declarar (ahora correctamente) el derecho preexistente* que había sido erróneamente declarado por el precedente que se abandona, y *por consiguiente el nuevo criterio jurídico deberá aplicarse retroactivamente*²³, o sea a todos los casos pendientes de resolución. Paralelamente, la tesis del *prospective overruling* se suele vincular a la *teoría creativa o no meramente descriptiva de la decisión judicial*. Esta teoría resalta el papel de las elecciones del juez en la aplicación del derecho y, en definitiva, el carácter inevitablemente creativo de la tarea judicial. En consecuencia —se sostiene— *el “criterio jurisprudencial nuevo” constituye en algún sentido “derecho nuevo”, y por consiguiente ha de tener eficacia prospectiva*.

Creo sin embargo que estas asimilaciones no son correctas. Cuál sea la teoría de la decisión judicial que se maneje (declarativa o creativa) puede ser relevante a efectos de admitir o no el cambio de precedentes. Pero nada tiene que ver —me parece— con los efectos que se atribuyan a dicho cambio.

Si se sostiene, en efecto, la *teoría declarativa* de la jurisprudencia es “lógico” que se entienda que un precedente consolidado (o sea, una previa verificación y declaración del derecho para un tipo de casos) sólo puede abandonarse

si es *erróneo o equivocado*. Fuera de este supuesto cualquier otro cambio equivaldría a crear derecho y no puede admitirse, pues ésta es una labor que compete en exclusiva al Parlamento. Esta es la razón por la que la *House of Lords*, orientada por la teoría declarativa, sólo admite el cambio de precedente de manera completamente excepcional y sólo si lo que se abandona es un precedente *ab iniuria*, o sea, contra derecho. Si por el contrario se sostiene la *teoría creativa* de la jurisprudencia no hay ningún impedimento para admitir que el precedente también puede abandonarse cuando sea *obsoleto o en cualquier caso menos correcto o acertado* que el nuevo criterio que ahora se propone. Esta es la razón por la que en los Estados Unidos el cambio de precedente se practica con harta frecuencia²⁴. Es verdad también que en Inglaterra se atribuye al cambio de precedente *eficacia retroactiva* mientras que en Estados Unidos se admite sin dificultad la *prospective overruling*. Pero —insisto— me parece que este no es el resultado inexorable de mantener una teoría declarativa de la jurisprudencia en el primer caso y más o menos creativa en el segundo. Y ello por la siguiente razón.

La primera equivalencia (teoría declarativa = retroactividad) no es válida porque, aunque sostuviéramos que el nuevo criterio simplemente *constata y declara* la voluntad de la ley, equivocadamente declarada en el criterio anterior, lo que está claro es que los ciudadanos han confiado hasta ahora en que “la voluntad de la ley es la que recogía el criterio anterior”, y por lo tanto nuestro compromiso con la seguridad jurídica perfectamente podría conducirnos a dar al nuevo criterio efectos (sólo) prospectivos. La segunda equivalencia (teoría creativa = prospectividad) tampoco es válida porque, aunque sostengamos que el nuevo criterio constituye *nuevo derecho*, nada impide —excepto el principio de seguridad jurídica— que pueda atribuírsele eficacia retroactiva²⁵. O sea que, si se da eficacia prospectiva al nuevo criterio, es única y exclusivamente porque no se desea lesionar la seguridad jurídica, y no por ninguna otra razón. Cabe decir, en suma, que el tipo de efectos (retrospectivos o pros-

pectivos) del nuevo criterio se funda en consideraciones de seguridad jurídica, y no (o no fundamentalmente) en la teoría de la decisión judicial subyacente.

Teniendo esto en cuenta, creo que la respuesta adecuada a la pregunta arriba formulada ha de ser la siguiente. Como regla general, cuando no impere la necesidad de garantizar la seguridad jurídica porque el nuevo criterio jurisprudencial sea más favorable (o menos restrictivo de derechos) que el precedente, su aplicación no debe diferirse: en virtud del principio de universalidad, el nuevo criterio deberá aplicarse a *todos los casos* que se resuelvan en el futuro, con independencia de que los hechos que los han originado hayan ocurrido antes del cambio. Y desde luego deberá aplicarse también al caso en el que se produce el cambio, ahora por una razón adicional: sería absurdo e injusto que precisamente el caso en el que sienta un nuevo criterio más favorable que el precedente se resolviera conforme a éste; la parte que pierde el pleito habría pleiteado para nada. Sin embargo, cuando el nuevo criterio jurisprudencial sea menos favorable (o más restrictivo de derechos) que el anterior, entonces, por mor de la *seguridad jurídica*, se impone la prospectividad: deberá diferirse su aplicación a los casos que tengan su origen en hechos acaecidos después del cambio²⁶. Por lo demás, cuando las normas a aplicar sean penales, sancionadoras o en todo caso restrictivas de derechos, no es sólo la seguridad jurídica sino también el *principio de legalidad* el que exige una aplicación *prospectiva* de la nueva jurisprudencia menos favorable²⁷.

En conclusión, los efectos del cambio de jurisprudencia vienen regidos por el principio de *universalidad* (que impone la retroactividad) y por el principio de *seguridad jurídica* (que exige limitar la retroactividad cuando la aplicación del nuevo criterio comporte consecuencias más restrictivas de derechos que la aplicación del criterio precedente). Por eso, si el nuevo criterio es más favorable o *menos restrictivo* de derechos que el anterior, debería aplicarse *retroactivamente*. Si es menos favora-

ble o *más restrictivo* debería aplicarse sólo *prospectivamente*²⁸.

Y al respecto sólo una observación. Mantener —como acaba de hacerse— la tesis de los *efectos prospectivos* del nuevo criterio jurisprudencial cuando éste resulta menos favorable y justificarla en la necesidad de preservar la seguridad jurídica, no es incompatible con caracterizar la regla del autprecedente como una *regla de racionalidad* y no (o no primariamente) como un instrumento para proteger la seguridad jurídica. Y no es incompatible porque la discusión sobre los efectos retroactivos o prospectivos del nuevo criterio no tiene que ver propiamente con la naturaleza de la regla sino sólo con el mayor o menor compromiso con el valor de la seguridad jurídica.

4. DÉFICIT EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA

Finalmente merece la pena recordar los déficit más comunes en la aplicación de la regla del autprecedente, pues algunos de ellos obedecen también a una mala interpretación de su naturaleza y requisitos. Estos déficit ocurren en los siguientes supuestos.

a) Cuando se elude el cumplimiento de la regla mediante un artificioso *distinguishing*; es decir, mediante la aparente justificación de que estamos ante casos distintos.

El *distinguishing*, en efecto, consiste en poner de relieve que los hechos del caso actual o las cuestiones jurídicas planteadas en él no son esencialmente semejantes a las del caso anterior, sosteniendo así que el caso anterior no constituye un precedente para el caso actual. El *distinguishing*, por consiguiente, no constituye en sentido estricto una excepción a la regla del precedente: cuando se usa el *distinguishing* se está indicando que no concurren los elementos precisos para hablar de precedente.

Sin embargo no puede ignorarse que el *distinguishing* es también un poderoso ‘instrumento’ que permite al juez eludir el seguimiento de un precedente que, de no ser por eso, debería

seguir. Es realmente fácil conseguir esto: solo es necesario mantener que los hechos que conforman el caso actual son lo bastante diferentes de los del caso anterior como para que esté justificado no seguir el precedente sentado en aquella decisión. Obviamente esta actuación es altamente reprobable, pues se mantiene el precedente; pero al propio tiempo se elude su aplicación en un caso concreto, lo que sugiere que la decisión en ese caso puede estar basada en motivos *ad personam* o en todo caso inaceptables. Por eso, si quiere evitarse que el *distinguishing* sea utilizado para esquivar la obligación de seguir el propio precedente habrá que exigir que esté suficiente y cabalmente motivado.

b) Cuando la regla no se aplica en todos los tribunales.

En tanto que regla de racionalidad, el autoprecedente vincula a todos los órganos judiciales; especialmente (o también) a los superiores. Lo cierto es, sin embargo, que algunos tribunales superiores no se sienten vinculados por sus propias decisiones. Los casos más evidentes e inaceptables tienen lugar cuando son los propios altos tribunales que imponen la observancia de la regla del autoprecedente los que se apartan de la misma. Este es el caso del Tribunal Constitucional español, que pese a haber impuesto esta regla haciendo de su vulneración un motivo para el amparo constitucional²⁹, practica las sentencias *overruling* con demasiada alegría, y no sólo por la cuestionable frecuencia con que se aparta de su línea jurisprudencial anterior sino también por la deficitaria justificación que de ello ofrece³⁰. Las decisiones *overruling* sin una justificación adecuada son siempre peligrosas, pero son mucho más peligrosas cuando las lleva a cabo un alto tribunal. Más aún si ese alto tribunal es el mismo que ha creado la regla de vinculación a los propios precedentes.

Es verdad que existe una cierta polémica sobre la aplicabilidad del autoprecedente a la interpretación de la Constitución. En mi opinión, sin embargo, la polémica carece de fundamento. La regla del autoprecedente, al menos en la caracterización que aquí se ha hecho

de ella, es perfectamente aplicable a la interpretación realizada por los tribunales constitucionales. Es más, creo que tenía razón H. Campbell Black cuando afirmaba que “el principio de *stare decisis* se impone con especial fuerza a la construcción de constituciones, y una interpretación que fue adoptada conscientemente a partir de las disposiciones de tal instrumento no debería ser abandonada sin importantes razones”³¹. Y aún cabría añadir algo más: la regla del autoprecedente vincula especialmente a los tribunales constitucionales, habida cuenta del particular espacio de discrecionalidad que caracteriza a la interpretación de un texto tan abierto e indeterminado como es una Constitución. El abandono de un precedente constitucional, en suma, requiere siempre una especial justificación; una justificación explícita, adecuada y especialmente intensa y clara.

c) Cuando no se aplica bien.

Recordemos que la regla del autoprecedente exige a los jueces o tribunales *actuar de acuerdo con aquel criterio jurídico que* (por considerarlo correcto) *estén dispuestos a universalizar*. Por eso, allí donde el caso a resolver ya cuente con un precedente, la regla implica dos obligaciones alternativas:

1. O bien la obligación de seguir el precedente, si (se entiende que) éste expresa el criterio jurídico correcto.

2. O bien la obligación de abandonar el precedente, si (se entiende que) éste expresa un criterio jurídico incorrecto o inadecuado.

Naturalmente la decisión debe justificarse en ambos casos, es decir tanto si se abandona el precedente como si se sigue. Lo que sucede es que, mientras que la decisión de abandonar el criterio precedente y sustituirlo por uno nuevo requiere una justificación especial que muestre las razones del abandono y cumpla el principio de universalidad, la decisión de seguirlo no requiere justificar la corrección y adecuación del mismo, porque esa justificación ya fue hecha en el caso precedente y en consecuencia se entiende implícitamente reproducida en el caso actual.

Lo anterior significa que hay una mala aplicación de la regla cuando se infringe cualquiera

de las dos obligaciones indicadas: por un lado, cuando se abandona el propio precedente sin justificación suficiente, que es el caso más común; pero también, por otro lado, cuando se acredita la necesidad de abandonarlo pero no se abandona.

(c.1) El precedente **se abandona sin justificación suficiente**

Esto sucede cuando se abandona el precedente arbitraria o injustificadamente, es decir sin explicación alguna de las razones del abandono o con una explicación insuficiente o inadecuada de las mismas. Conviene no perder de vista a este respecto que el abandono del precedente ha de cumplir el principio de la universalidad, y que por lo tanto tan falto de justificación está un cambio de precedente que carezca por completo de motivación como uno que cuente con una motivación no inspirada por (o incluso contraria a) ese principio.

(c.2) El precedente **se estima incorrecto pero no se abandona**

Esto sucede en aquellas sentencias que acreditan la incorrección del criterio legal precedente pero al propio tiempo deciden *stare decisis*, o sea deciden mantenerlo. Se trata por lo tanto de sentencias en las que lo que cuenta no es la exigencia de universalidad sino directa y simplemente la doctrina del *stare decisis*.

Me parece por ello que en este defecto se puede incurrir cuando se entiende que el fundamento del autoprecedente reside esencialmente en preservar la seguridad jurídica y la

estabilidad del derecho, y no (o no primariamente) en garantizar la racionalidad de la actuación judicial mediante el cumplimiento de la universalidad. Porque, en efecto, cuando se piensa así, es fácil que se sostenga también que el *overruling* exige una ponderación entre la seguridad y estabilidad jurídica, que militan a favor de seguir el precedente, y las “otras razones” que militan a favor de abandonar el precedente, y en esa ponderación el peso de la seguridad jurídica es tan grande que prevalece muchas veces sobre la incorrección del precedente³². En definitiva, según este punto de vista, el *overruling* sólo estará justificado cuando las razones para abandonar el precedente sean realmente poderosas. Esto es lo que explica que, para quienes interpretan de este modo la regla del autoprecedente, una de las cuestiones problemáticas relativas a su aplicación es la de cuál es el “grado de error o incorrección” en que debe incurrir el precedente para que esté justificada la restricción a la seguridad jurídica que supone su abandono³³.

Cuando, por el contrario, se entiende que la regla del autoprecedente es una regla de la argumentación racional, que por lo tanto persigue primariamente el valor del ejercicio racional o no arbitrario del poder judicial allí donde se asume que éste es inevitablemente discrecional, la necesidad de abandonar el precedente cuando se acredita su incorrección se presenta con rotundidad, sin que la seguridad jurídica pueda ponderar (o no significativamente) en contra del cambio.

NOTAS

1. Por supuesto no todo el mundo piensa lo mismo. Grant Lamond, por ejemplo, entiende que los precedentes no crean reglas; y, más concretamente, que el *common law* no puede ser entendido como un sistema de adopción de decisiones basadas en reglas sino como un sistema de adopción de decisiones caso-por-caso, y que la doctrina del precedente gobierna esta adopción de decisiones exigiendo a los jueces y tribunales que entiendan que los casos anteriores han sido correctamente decididos (“Do precedent create rules?”, *Legal Theory* (2005), 11:1:1-26).

2. Por regla general, pues no hay que descartar la posibilidad de un precedente horizontal *vinculante*. Es el caso de la *Court of Appeal* inglesa, que está obligada por las decisiones de los tribunales de jurisdicción concurrente más antiguas, por ejemplo las de la *Court of Exchequer Chamber*.

3. Vid., por ejemplo, los trabajos recogidos en *Precedent in Law* (L. Goldstein ed.), Oxford, Clarendon Press, 1991; Ana Laura Magaloni, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001; o Eduardo Soderó, “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía*, 21, 2004, p. 223.
4. En España, por ejemplo, Enrique Alonso, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, p. 165.
5. Del mismo modo que existen también notables diferencias entre el sistema del precedente vertical en el *Common law* inglés y el vigente en el *Common law* norteamericano. Véase, por ejemplo, la exposición de ambos sistemas que realiza Victoria Iturralde, *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas, 1995.
6. La idea es sostenida también por Silvia Díez, si bien alegando que la infracción de esta regla atenta, no contra la racionalidad sino contra la más elemental idea de justicia (la de tratar igual lo que es igual): “los precedentes —dice la autora— también deben seguirse aunque no exista una regla específica que lo exija en los países del Civil law”. Por eso esta doctrina “tendría cabida en la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno” (cfr. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 108).
7. James Kent, *Commentaries on American Law*, 11º ed., Little, Brown and Company, Boston, 1867, vol. I, pp. 519-20 (cit. por E Soderó, “El cambio de precedentes”, cit., p. 525).
8. Leonor Moral también sitúa el estudio del autoprecedente en particular y del precedente en general en el discurso del razonamiento jurídico. Me parece acertado este enfoque, que se aparta así del tradicional pero estéril análisis desde la teoría de las fuentes del derecho (vid. *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002).
9. Como es bien conocido, una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano dice así: “obra según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”, Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), ed. de Luis Martínez Velasco, Madrid, Espasa Calpe, 1994, p. 92.
10. “Casi”, porque también existen otros criterios de racionalidad que habría que atender. Singularmente que la decisión sea *consistente y coherente* con los principios del sistema y con el resto de las decisiones adoptadas, o que las *consecuencias* de la misma resulten aceptables y no pongan gravemente en peligro bienes y estados de cosas que se consideren valiosos. Tales principios, junto con el de la universalidad, son propuestos por ejemplo por Neil MacCormick como criterios generales de racionalidad de las decisiones adoptadas para los problemas prácticos y jurídicos (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, capítulo V).
11. Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación*, pp. 301-302; cfr. También pp. 262 ss. Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (1987), trad. E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991, p. 256.
12. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 97. Vid. en general pp. 75 ss.
13. Luis Prieto (*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992, p. 165) interpretando a Neil MacCormick (*Legal Reasoning*, cit., p. 97).
14. Lo que hace esta regla —dice Francisco Laporta— es imponer sobre el juzgador la obligación de atenerse a pronunciamientos anteriores “si no observa una razón relevante para modificarlos” (...) Los precedentes, como razones para decidir, “entran en el campo de juego de las razones, y pueden ser argumentados y, en último término, abandonados” (Cfr. “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente”, presentación del libro de Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009, pp. 34 y 37).
15. De esta rotunda y clara forma expresaba Thomas Hobbes esta idea: si un juez entiende que el criterio que ha usado precedentemente es errado y “encuentra más de acuerdo con la equidad dar una sentencia contraria [a él], está obligado a hacerlo. Ningún error humano se convierte en ley suya, ni le obliga a persistir en él” (cfr. *Leviatán*, FCE, México, 1940, p. 227).
16. «Es fastidioso —decía Oliver Wendell Holmes subrayando este punto— que la mejor justificación de la obligatoriedad sea una regla jurídica que fue establecida en el tiempo de Enrique IV. Pero es aún más insoportable si su razón de ser o fundamento se ha desvanecido hace mucho tiempo y la regla simplemente persiste por imitación ciega del pasado» (“The Path of Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, p. 469).

17. Me parece plenamente acertada la observación de Karl Larenz al respecto: “el juez no debe aceptar (...) ciegamente el precedente. No sólo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del derecho no suficientemente fundamentado o si la cuestión rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico” (*Metodología de la ciencia del derecho*, 4ª ed. 1979, trad. cast. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 430).

18. Este aspecto de la carga de la argumentación fue subrayado por Chaim Perelman al explicar el *principio de inercia*, según el cual una solución adoptada en alguna ocasión permanecerá en el futuro, y no puede abandonarse sin una explicación suficiente de los motivos (Chaim Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1970, pp. 142 ss). En el mismo sentido Robert Alexy sostiene que la apelación a una praxis preexistente no necesita justificación alguna pero «Quien quiera apartarse de un precedente asume la *carga de la argumentación*»; esta es una de las principales reglas sobre el uso de precedentes (*Teoría de la argumentación*, cit., p. 265). Y Aulis Aarnio también piensa que “no es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaleciente”, por lo que “necesariamente un cambio en la situación dominante tiene que ser justificado” (*Lo racional como razonable*, cit., p. 260).

19. He analizado esta doctrina en *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

20. Cfr. el voto disidente del Justice Scalia, en la sentencia “South Carolina vs. Gathers”, 490 US, 805 (1989): “overrulings of precedents rarely occur without a change in the Court’s personner” (tomo la referencia de Eduardo Soderó, “Sobre el cambio de los precedentes”, cit., p. 223).

21. La cuestión señalada, como enseguida se verá, marca una de las diferencias más importantes entre el *stare decisis* en Inglaterra y en los EEUU. Pero la cuestión no sólo es sentida como relevante en el *common law*. Por ejemplo, en Alemania ya fue tratada en la obra de Wilhelm Knittel, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, Verlag Giesecking, 1965.

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

23. Y como muestra un botón: “The making power of the judiciary is in theory denied [lo que explicaría por qué] most civil law Courts thus far have failed to avail themselves of the technique of prospective overruling” (Schlesinger-Baade-Damaska-Herzog, *Comparative Law*, 5ª ed., Mineola, N. Y., 1988, p. 646).

24. “Nunca hemos pensado —afirmaba la Corte de Apelación de Pennsylvania— que debemos consagrar las equivocaciones de quienes estuvieron antes que nosotros, y tropezar una y otra vez en el mismo sitio donde tropezaron ellos”, *McDowell v. Oyer 21 Pa 417, 423 (1853)*.

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

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

27. Así pues, si el tribunal interpreta una norma penal de modo más favorable para el acusado que lo que había sido la línea precedente, podrá aplicar ya esa interpretación al caso presente; pero si la interpreta de modo más desfavorable el acusado no tendrá el deber de soportar esa nueva interpretación, que tendrá efectos sólo prospectivos. Resolver en distinto sentido equivaldría a infringir el principio de legalidad penal, que prohíbe condenar en base a una ley inexistente en el momento de cometerse el hecho delictivo.

Víctor Ferreres no se muestra tan contundente como nosotros en cuanto al alcance (sólo) prospectivo de los cambios jurisprudenciales desfavorables para el reo, pero sí pone de relieve el problema que supone atribuir efectos (también) retroactivos a los mismos: “si nos tomamos en serio el valor de la jurisprudencia —señala— habrá que reconocer que

las variaciones que aquella experimente en contra del reo *no siempre* podrán producir efectos retroactivos” (“Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en V. Ferreres y J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, cit., p. 72, cursiva añadida).

28. Discrepo, pues, de Eduardo Soderó, quien opina —haciéndose eco de la variada jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense que sostiene tanto los efectos prospectivos como los retroactivos aunque sean desfavorables— que “ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello parece forzoso concluir que será el juicio prudencial del juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa *hic et nunc*” (Cfr. “El cambio de precedentes”, cit., p. 250).

29. Recordemos que la vinculación de los órganos judiciales a sus propios precedentes ha sido considerada por el Tribunal Constitucional español como una exigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 Constitución Española).

30. Para empezar, la práctica más consolidada es sencillamente la de “no motivar” y considerar, eso sí, que hay una motivación *implícita* o no expresa que se deduce de la propia sentencia.

31. Henry Campbell Black, *Handbook of American Constitutional Law*, 4ª ed., West Publishing Company, St. Paul Minn., 1927, p. 90 (ahora en *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2008, p. 34).

32. Así discurre precisamente el razonamiento en *Dickerson v. United States* (530 U.S. 428, 429 [2000]), que ratificó el precedente sentado en *Miranda vs. Arizona*: “whether or not we would agree with Miranda’s reasoning and its resulting rule (...) the principles of *stare decisis* weigh heavily against overruling it now”. Y así se desprende también de las siguientes palabras de Theodore M. Benditt: “a decision maker might change his mind about the relevance of the principle he has applied in the earlier case. In some such cases [he] should follow the prior decision none the less (...) In other cases it might be more important to correct what is now viewed as a mistake” (cfr. “The rule of precedent”, en (L. Goldstein, ed.) *Precedent in Law*, cit., p. 89).

33. Cfr. Eduardo Soderó, “Sobre el cambio de los precedentes”, cit., p. 234, nota 73 y p. 236. Por eso, desde este punto de vista, el *overruling* es más fácil cuando los precedentes son “interpretativos” (o sea cuando establecen sólo una determinada forma de entender la ley) que cuando son “*praeter legem*” (o sea cuando crean una norma *ex nihilo* mediante el recurso a la analogía o a otros mecanismos de integración), pues “tal mutación exhibirá una menor dosis de dramatismo para la seguridad jurídica” (*ibid.*, p. 234).

Fecha de recepción: 16 de mayo de 2011

Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011