

# DERECHO ADMINISTRATIVO, MÉTODO Y PRECEDENTE

Silvia Díez Sastre

Universidad Autónoma de Madrid

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. Breve caracterización del precedente. 3. Perspectivas y métodos para el análisis del precedente. A). La teoría de las fuentes del Derecho. . B). La teoría del control de la actividad administrativa. C). La teoría de la tutela de los particulares. D). La teoría de la argumentación jurídica. E). La ciencia de la Administración. F). Balance crítico. 4. El precedente en la construcción del Derecho Administrativo. A). El precedente y el método jurídico. B). El precedente y la cultura de la justificación de las decisiones. 5. Nota Bibliográfica.

## 1. PLANTEAMIENTO<sup>1</sup>

1. El precedente constituye una técnica esencial en todos los sistemas jurídicos. Razones de coherencia, racionalidad, confianza, eficiencia o igualdad —entre otras— conducen, como mínimo, a tomar en cuenta las decisiones pasadas al resolver casos similares. Esta idea se manifiesta claramente en sede judicial. Las sentencias referidas a supuestos semejantes a los actuales se utilizan como argumento de la defensa frente a un supuesto trato desigual arbitrario. Al mismo tiempo, los jueces incorporan continuamente precedentes a la justificación de sus pronunciamientos. Con independencia del reconocimiento de un “precedente vinculante” (*binding precedent*) al estilo anglosajón, los precedentes juegan, así, un importante papel en los sistemas jurídicos contemporáneos<sup>2</sup>. Junto al precedente judicial, hay que tener en cuenta que los precedentes también poseen cierto valor jurídico en el ámbito administrativo. La Administración debe elaborar respuestas jurídicas en supuestos de la realidad que afectan a la esfera de intereses de los particulares tanto de forma favorable —me-

dante una subvención, por ejemplo— como desfavorable —en el caso, paradigmático, de una sanción—. Desde esta perspectiva, tan razonable es dotar de cierto valor jurídico a un precedente judicial, como a un precedente administrativo —sin perjuicio de las diferencias que puedan derivarse en uno y otro caso—. Los valores de coherencia, racionalidad, igualdad o confianza también entran en juego en este ámbito. Este planteamiento no es innovador en España, donde hace décadas se acuñó el concepto de “precedente administrativo”<sup>3</sup>. Por el contrario, es ajeno a algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el alemán y el italiano. Estos sistemas reconocen la importancia de proteger a los particulares frente a los cambios de criterio de la Administración mediante la aplicación de principios como el de igualdad o de protección de la confianza, pero la idea de “precedente” se reserva al ámbito judicial<sup>4</sup>.

2. El análisis del precedente, tanto judicial como administrativo, se ha centrado comúnmente —y aún se centra— en su hipotética fuerza vinculante: ¿cómo y cuánto puede con-

dicionar una decisión pasada una decisión futura en un caso análogo? ¿Un precedente es capaz de determinar absolutamente la decisión posterior en un caso similar? o ¿solo sirve como una guía o una referencia que puede o no respetarse? Las perspectivas de estudio de este problema jurídico han sido variadas. Como también lo han sido las aproximaciones metodológicas llevadas a la práctica.

3. La primera parte de este estudio se centra precisamente en el análisis de los planteamientos metodológicos más importantes con los que se ha abordado el estudio del precedente administrativo y también, en menor medida, judicial. No se ofrece aquí una respuesta completa sobre el funcionamiento del precedente, su naturaleza jurídica, sus fundamentos y sus efectos jurídicos. Estas cuestiones han tratado de resolverse en otros trabajos<sup>5</sup>. El objeto de esta investigación es el análisis de la forma en que se ha explicado o construido el papel del precedente en nuestro ordenamiento jurídico, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia. A lo largo de esa tarea se establecerán los puntos fuertes y las debilidades de los diferentes planteamientos metodológicos. La finalidad no es establecer una jerarquía entre ellos de acuerdo con sus bondades; sino más bien poner de relieve cómo el discurso jurídico sobre el precedente alcanza resultados distintos según la perspectiva y el método aplicados y demostrar que los distintos enfoques son complementarios. Su consideración conjunta puede enriquecer las tareas de construcción de proposiciones jurídicas en este ámbito.

4. La segunda parte del estudio, menos extensa, aborda la función del precedente en la reforma e innovación del Derecho Administrativo. Si en la primera parte las construcciones en torno al precedente sirven de excusa para analizar distintas formas o métodos jurídicos en el Derecho Administrativo; la segunda determina la manera en que el precedente puede ayudar a construir ese Derecho. En concreto, se reflexiona sobre la posible vinculación de la técnica jurídica del precedente a un método jurídico específico (como podría ser, en principio, la tópica). Y se añaden unos breves

comentarios en torno a las consecuencias que tiene el reconocimiento de valor jurídico del precedente para el sistema jurídico-administrativo en su conjunto.

5. Para estudiar los aspectos señalados, el trabajo se estructura como sigue: en primer lugar, se realiza una breve caracterización del precedente indicando qué puede entenderse técnicamente por precedente y cuál es su forma básica de funcionamiento (II). A continuación se introduce el núcleo duro del estudio sobre las perspectivas y métodos para el análisis del precedente (III). En particular, se identifican cuatro sedes de estudio: la teoría de las fuentes del Derecho (1); la teoría del control de la Administración (2); la teoría de la tutela de los particulares (3); la teoría de la argumentación jurídica (4); y la ciencia de la Administración (5). Una vez cerrado este punto, se abordan las formas en que el precedente puede colaborar en la construcción del Derecho Administrativo (IV). Se realiza una breve reflexión sobre la relación entre el precedente y el método jurídico para el desarrollo del Derecho Administrativo (1). Por último, se explica la importancia del precedente como una técnica que exacerba la cultura de justificación de las decisiones jurídicas (2).

## 2. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL PRECEDENTE

6. El concepto de precedente admite múltiples definiciones que acentúan distintos elementos de su estructura o de su forma de funcionamiento. Esta pluralidad conceptual está ligada a las distintas aproximaciones metodológicas con las que se aborda su estudio. Por ello, antes de adentrarnos en un universo conceptual más complejo y técnico, puede ser útil poner un ejemplo de precedente e identificar los elementos esenciales que le dotan de valor en un contexto jurídico:

A solicita la renovación de su permiso de armas. La Administración deniega la instancia bajo el entendimiento de que el peticionario no cumple el requisito de la "necesidad" de la posesión del arma. Durante los cinco

años anteriores, A había obtenido la renovación del permiso de armas sin ningún tipo de objeción. En esa situación invoca los precedentes de la propia Administración al considerar que su necesidad del arma es la misma que en los casos anteriores; esto es, que no se ha producido un cambio en las circunstancias que pudiese justificar la denegación del permiso solicitado.

7. En el supuesto descrito, el precedente (que en este caso es reiterado y, por tanto, más persuasivo) podría definirse como un supuesto anterior similar al actual —se solicita la renovación de un permiso de armas, al igual que se había hecho en cinco ocasiones anteriores—, en el que el Derecho aplicable es el mismo —se ha producido un cambio, no de la normativa aplicable, sino, al parecer, de la valoración de esa normativa y, en particular, del concepto de “necesidad”—. Conforme a estos requisitos podría afirmarse comúnmente que se está ante un precedente cuando se presenta un caso anterior similar al actual al que se ha anudado una solución jurídica<sup>6</sup>. Un precedente pasa a ser tal, por tanto, cuando existe un supuesto actual que permite referirse a él. Ésta no es una definición enderezada a valorar las posibilidades del precedente de producir efectos jurídicos. O dicho de otra manera, con esta definición no se prejuzga de ninguna forma la capacidad del precedente para condicionar el sentido de la decisión actual. En el ejemplo descrito la respuesta a si debe renovarse o no el permiso no es algo que pueda saberse por el simple hecho de que el precedente invocado sea similar en cuanto a los hechos y el Derecho aplicable. Habría que añadir más consideraciones a esa constatación para extraer consecuencias jurídicas. Pero la utilidad de esta simple definición es que identifica el mínimo que debe cumplir un caso anterior para considerarse un precedente en términos jurídicos.

8. Sobre este simple supuesto fáctico —hay un caso similar anterior al que se le aplicó el mismo Derecho que ofrecía una solución distinta a la elegida en el caso actual— se proyectan una serie de construcciones dirigidas a explicar o a identificar si el decisor puede cambiar o no el sentido de sus soluciones en casos similares. En algunos supuestos, el or-

denamiento jurídico establece una regla de vinculación jerárquica al precedente de un decisor que ocupa un puesto superior en una estructura jerarquizada (es el caso del precedente vertical en los sistemas judiciales de corte anglosajón<sup>7</sup>). En otros, se dice que el apartamiento de un precedente puede encubrir una posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad. En consecuencia el decisor debe ofrecer una motivación de por qué ha elaborado soluciones divergentes en casos similares<sup>8</sup>. También se argumenta que un decisor debe tomar siempre la misma decisión ante casos similares como consecuencia de una regla de racionalidad<sup>9</sup>. En definitiva, existen múltiples teorías que proyectan sobre ese caso similar anterior una serie de principios, reglas y técnicas jurídicas con el fin de determinar su capacidad para condicionar la solución jurídica del caso similar presente. Estas teorías y la forma en que se construyen se explican más adelante [§§ 14-52].

9. Volviendo a la definición básica del precedente, lo que importa es registrar que su estructura es distinta a la de una regla escrita. En el ejemplo mencionado, una regla contenida en una norma escrita determina los casos en que puede o no otorgarse el permiso de armas. Esa regla se aplica en cada caso conforme a distintos criterios. En este caso, se está ante la aplicación de un concepto jurídico indeterminado: la “necesidad” del arma. Como se ve en el ejemplo, la interpretación de ese concepto conduce a soluciones distintas en casos similares, de ahí la utilidad de la invocación del precedente. Por el contrario, el precedente es un caso concreto al que se anuda una solución jurídica. En principio su eficacia jurídica se proyecta sobre el caso que resuelve, nada más. El problema está en que *de facto*, el precedente también puede condicionar de alguna manera una decisión en un caso similar posterior.

10. La diferencia con la regla escrita es clara. No hay una formulación canónica de la regla que resuelve el caso precedente (la denominada *ratio decidendi*). Y, aunque se identificara esa regla con nitidez, habría que ponerla siempre

en relación con los hechos a los que se refiere. El precedente constituye un binomio inseparable entre hechos y Derecho en un supuesto concreto de la realidad. Ahora bien, la comunidad jurídica ha destilado diferentes acepciones de la idea de precedente centrándose bien en el dato de hecho —el caso previo—; o en el dato jurídico —la decisión adoptada o incluso, en concreto, el principio o razón jurídica esencial que vertebra la decisión adoptada—.

11. Habitualmente se caracteriza al precedente como un instrumento de vinculación del sentido de decisiones jurídicas posteriores. En consecuencia, es frecuente que se considere que el precedente es exclusivamente la *ratio* de una decisión anterior. Desde este punto de vista, el precedente no es algo tan distinto de las reglas contenidas en las normas escritas. Su función es muy similar: ofrecer seguridad jurídica en la aplicación de ciertas reglas e igualdad en la resolución de supuestos análogos<sup>10</sup>. Pero esta formulación tiene el peligro de identificar el todo por la parte al asumir que el precedente es la parte de la solución jurídica anterior que es capaz de ejercer algún tipo de eficacia vinculante en una decisión posterior. Es más, esta visión puede obviar la diferencia aplicativa esencial entre precedentes y normas escritas. Los precedentes son mucho más flexibles en su aplicación que las normas, justamente porque están ligados a casos y exigen una mayor carga de argumentación. Centrarse en la *ratio* puede ser útil para descubrir una regla o un principio jurídico nuevo, que aparece por primera vez para resolver un caso concreto. Pero la referencia al caso concreto, en el que se creó el principio es fundamental para situar en contexto la solución jurídica elaborada, con el fin de determinar su alcance o su razón de ser en posibles casos futuros. Cuando se trata con precedentes no puede olvidarse que están indisolublemente ligados a los hechos que les dieron causa; a diferencia de una norma que surge de un pensamiento abstracto sobre cursos de hecho previsibles, pero hipotéticos.

12. Otra postura se centra en destacar el elemento fáctico del precedente. De esta

manera se subraya el diferente origen del precedente, ligado a un caso concreto. Esta perspectiva tiene la ventaja de impedir una simplificación del precedente y de su forma de aplicación. Para determinar si un precedente puede o no influir en un caso posterior similar es necesario argumentar la existencia o no de semejanza suficiente entre los hechos y los problemas jurídicos planteados. En realidad, los hechos son un elemento clave para constatar si los problemas jurídicos son equivalentes o no y si, por tanto, un caso es realmente un “precedente” (jurídicamente valioso) del caso actual o no.

13. Estas visiones no son antagónicas sino complementarias. Se opta por una u otra en función de la característica del precedente que quiera destacarse. Quizás en el contexto del *Common Law* donde el mecanismo de aplicación de los precedentes está muy depurado y asumido por la comunidad jurídica, tiene sentido preocuparse por la identificación de la *ratio decidendi*. En cambio, en un sistema continental como el español, donde se duda del valor jurídico del precedente y de su forma de aplicación no está de más destacar sus diferencias con las normas escritas. La vinculación del precedente con los hechos está en la base de flexibilidad a la hora de condicionar el sentido de decisiones futuras. Si se encuentra un dato de hecho que justifique un tratamiento jurídico distinto se desactiva el valor del precedente para ese caso (es la denominada técnica de las diferenciaciones o *distinguishing*). Aunque, en ningún caso la técnica del precedente tiene fuerza vinculante absoluta. Si se considera que es conveniente ofrecer otra solución, dentro del margen que tiene el decisor, es posible hacerlo si se justifica adecuadamente (*overruling*)<sup>11</sup>. Como se verá a lo largo de este trabajo, el precedente se nutre y, al mismo tiempo, representa una cultura jurídica de la justificación de las decisiones que le aparta de la vinculación aparentemente monolítica de las normas escritas, propia de los sistemas jurídicos continentales, cimentados a partir del principio de legalidad<sup>12</sup>.

### 3. PERSPECTIVAS Y MÉTODOS PARA EL ANÁLISIS DEL PRECEDENTE

14. Tras la fijación de un concepto básico de precedente, hay que analizar las perspectivas y métodos que la jurisprudencia y la doctrina han utilizado para determinar y explicar su valor jurídico. Las perspectivas se refieren al punto de partida para estudiar el precedente: la teoría de las fuentes del Derecho; la teoría del control de la actividad administrativa; la teoría de la tutela de los particulares; la teoría de la argumentación jurídica; y la ciencia de la Administración. Partiendo de esta variedad de enfoques los juzgadores y los autores han tratado de responder a problemas de funcionamiento del precedente que se han seleccionado previamente y que pueden reconducirse a dos tipos de cuestiones: qué consecuencias se derivan del apartamiento de un precedente y cuál es el papel del precedente en la toma de decisiones. Como se anticipó, este trabajo no representa una exposición completa de la caracterización, los fundamentos o los efectos jurídicos del precedente, judicial y administrativo, conforme a cada una de estas teorías. Se traerán a colación sólo algunos de ellos con el objetivo de ilustrar diferencias de método o planteamiento, cuya identificación constituye el objeto de este estudio.

15. Los métodos se refieren a las formas “ordenadas, disciplinadas y controlables de proceder para formular proposiciones jurídicas correctas a partir de las normas que integran el ordenamiento jurídico”<sup>13</sup>. La variedad de métodos jurídicos que se tomarán en consideración pueden reconducirse a los siguientes:

a) En primer lugar, la construcción de un sistema, entendido como una estructura ordenada, completa y coherente de proposiciones jurídicas. Esa estructura puede pivotar, fundamentalmente, en torno a conceptos (en el caso del sistema externo) o principios jurídicos (en el caso del sistema interno), conforme a la teorización clásica de Karl Larenz<sup>14</sup>; o interpretarse de forma más abierta como una tarea ordenadora en constante evolución que tiene

como objetivo la clarificación de los retos que plantea el Derecho en la actualidad, en los términos descritos más recientemente por el Profesor Eberhard Schmidt-Aßmann<sup>15</sup>.

b) En segundo lugar, la solución tópica de problemas jurídicos. En estos supuestos no se hace un esfuerzo por reconducir los argumentos o las soluciones a un contexto sistemático de referencia. Es más, se duda de la existencia misma de un sistema que permita encontrar de forma lógico-deductiva la solución de los problemas planteados. Así que se acude a una serie de tópicos —encerrados en principios, lugares comunes, evidencias sociales, precedentes o incluso normas jurídicas— que tienen la capacidad de persuadir o convencer de la adecuación de la decisión, conforme a las reglas de la retórica. Theodor Viehweg reivindicó la tópica como una forma de recuperar el contacto con los problemas jurídicos reales. Señaló que muchas veces estas cuestiones quedaban relegadas a un segundo plano por las construcciones sistemáticas tradicionales en las que las nuevas realidades se ocultan cuando no tienen un encaje claro en sus estructuras<sup>16</sup>. El problema es que la tópica no soluciona el problema de selección de qué decisión, entre todas las halladas, es la más racional. Sólo permite encontrar varias soluciones posibles. Por ello se ha criticado su propia caracterización como un método jurídico al nivel del sistema<sup>17</sup>.

c) Por último, hay que referirse a la teoría o las teorías de la argumentación jurídica, que se sitúa en un punto intermedio entre el sistema y la tópica. Su exponente más destacado es Chaim Perelman, el creador de la “Nueva Retórica”. La teoría de la argumentación jurídica se dirige a ordenar la toma de decisiones por parte de los jueces. Como punto de partida acepta que la aplicación del Derecho en sede judicial no siempre se realiza a partir de un sistema de forma lógico-deductivo. Pero, a diferencia de la tópica, no admite que el juez sea libre para seleccionar el tópico que considere más adecuado de forma subjetiva. La teoría de la argumentación jurídica subraya el encaje del pensamiento jurídico —el *legal reasoning*— en el marco del razonamiento práctico. En ese

contexto, lo determinante para considerar que una decisión es correcta son las razones que se expresan como justificación de la misma. Esa justificación no se apoya únicamente en reglas de racionalidad lógico-formal, sino en un nuevo concepto: la razonabilidad. Esto significa que una decisión será correcta cuando es racional y, además, razonable, esto es, aceptable por una comunidad jurídica dada en un momento concreto<sup>18</sup>. En este punto se añade un elemento más que pone distancia con la tópica. La decisión debe ser aceptable no sólo por el destinatario de la decisión, sino por todos los miembros del denominado “auditorio universal”. Lo que obliga al decisor a aplicar la regla de universalización kantiana y adoptar sus decisiones pensando que serían adecuadas para los futuros casos similares que pudiesen presentarse<sup>19</sup>.

## A) LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

16. La forma clásica de abordar el estudio del precedente gira en torno a la teoría de las fuentes del Derecho. Los estudios sobre la Parte General del Derecho Administrativo ubican habitualmente al precedente administrativo en la sección dedicada a las fuentes del Derecho. Lo mismo sucede con los estudios generales de Derecho Civil o de Derecho Constitucional que analizan el valor de la jurisprudencia y, por ende, del precedente judicial, en el catálogo de las fuentes del Derecho. La pregunta a la que se pretende responder con este planteamiento es si el precedente es capaz de vincular al decisor en un supuesto similar posterior, esto es, si tiene fuerza vinculante. En el caso de que la respuesta a esta pregunta fuera positiva, podría entenderse que el precedente es una fuente de Derecho. Ello conduciría a un problema subsiguiente: su forma de encaje en el sistema de prelación de fuentes jurídicas.

17. Las razones en las que se apoya esta perspectiva clásica de análisis del precedente son de tipo histórico. Tradicionalmente se entendía que el precedente era una variante de la costumbre. Antes del proceso codificador que

atribuyó a la Ley —al menos en teoría— el monopolio para la creación del Derecho, se aceptaba la fragmentación de las fuentes del Derecho. En ese contexto, la costumbre jugaba un papel fundamental. Agrupaba a las normas que, a lo largo del tiempo, se creaban en el seno de una comunidad para resolver problemas jurídicos. Esa idea de creación del Derecho *solvitur ambulando*, en conexión con los casos concretos, se trasladó al ámbito judicial y administrativo<sup>20</sup>. Se creía que los jueces y la Administración creaban sus propias costumbres al crear una serie de cadenas decisorias en supuestos similares. La idea de precedente estaba, así, embebida de un carácter consuetudinario<sup>21</sup>. De ahí la conexión con las fuentes del Derecho.

18. Éste es un ejemplo de intento de construcción sistemática conceptual del Derecho Administrativo. Se quiere encajar el precedente en el sistema conceptual de la Parte General del Derecho Administrativo que se apoya en la distinción entre actos creadores de Derecho y actos de aplicación de ese Derecho. El problema es que se nutre de postulados anticuados, que ya no explican la realidad del funcionamiento contemporáneo de la Administración y de los tribunales. La idea de precedente vinculado a la costumbre no se cohonestaba bien con el nuevo orden de creación de Derecho establecido tras la Codificación. Tampoco es fiel a la dinámica de la costumbre, que se liga precisamente a una creación de Derecho de forma espontánea por una comunidad determinada. Por un lado, la costumbre del pueblo ha quedado relegada a un segundo plano. Se ha convertido en un reducto histórico en algunas materias. Por otro lado, en la actualidad los jueces y la Administración están plenamente sometidos al principio de legalidad, lo que es lógicamente incompatible con la creación de Derecho consuetudinario mediante la libre resolución sucesiva de casos concretos.

19. Con independencia de esta inadecuada ubicación sistemática, el precedente se abrió paso en el propio ordenamiento jurídico. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 introdujo la obligación de la Administración

de motivar los actos en los que se cambia un criterio seguido con anterioridad [art. 43.1 c)]. Esto demuestra una clara conciencia de la importancia de la racionalidad en la toma de decisiones y del control de la discrecionalidad de la Administración en un sentido externo. No basta con que la decisión esté suficientemente motivada y estructurada en torno a razones jurídicas. Hay que comprobar si la decisión es coherente con otras soluciones anteriores referidas a casos similares, porque la Ley no siempre da una solución unívoca. Hay muchos supuestos en los que se abren márgenes de discrecionalidad, en los que varias soluciones son posibles y la Administración no es libre para optar por unas y otras indistintamente. Debe motivar su elección. Esta regulación referida a la actividad administrativa influyó en la jurisprudencia sobre el precedente judicial. Se entendió que los jueces también debían dar razones para cambiar su criterio en casos similares. Posteriormente, sobre esta construcción se proyectó la exigencia de igualdad en la aplicación de la Ley, que se depuró por el Tribunal Constitucional tras la aprobación de la Constitución en 1978.

20. Conforme a esta nueva configuración del precedente, parece que deberían haberse roto los lazos con las fuentes del Derecho. Parece más adecuado buscar un nuevo planteamiento metodológico centrado en esa caracterización del precedente. Sin embargo, lo cierto es que el reconocimiento de valor jurídico a los precedentes continúa anudándose por la comunidad jurídica, de forma intuitiva, a un posible valor vinculante similar al de las normas jurídicas. Ello se debe, en gran parte, a la conexión de la idea de precedente con las construcciones anglosajonas en torno a los *precedents*.

21. Los juristas continentales han creído tradicionalmente que los precedentes de los sistemas anglosajones “sustituyen” al Derecho legislado<sup>22</sup>. De modo que cumplen la misma función que las normas jurídicas. Este planteamiento justifica el mantenimiento de la perspectiva de estudio tradicional de los precedentes en el seno de la teoría de las fuentes

del Derecho. Según esta visión, los anglosajones invocan precedentes porque no tienen suficientes normas escritas y prefieren apoyarse en las cadenas decisorias creadas con anterioridad. En consecuencia, los jueces no son libres para tomar sus decisiones. Están sometidos a los precedentes conforme a un complejo sistema de vinculaciones jerárquicas. De acuerdo con esta descripción del precedente en los sistemas anglosajones, un tanto caricaturizada, se entiende que el precedente sólo puede funcionar como lo hace en esos modelos. La conclusión que sigue a esa constatación es que el precedente es un instrumento ajeno a la cultura jurídica continental que puede considerarse, incluso, contrario al respeto del principio de legalidad. Estas ideas justifican, por tanto, el estudio del precedente entre las fuentes del Derecho, con el fin de negar su posible importación a un sistema jurídico continental, como el español. De hecho, no es raro encontrar en la jurisprudencia pronunciamientos que niegan cualquier valor al precedente. Afirman que lo contrario supondría asumir premisas ajenas a nuestra tradición jurídica<sup>23</sup>.

22. Desde un punto de vista metodológico, parece que en esos supuestos también se busca ubicar al precedente en un contexto sistemático de tipo conceptual. Para ello, además, se acude al Derecho comparado. Se trata de averiguar cómo funciona el precedente en los sistemas en que ha gozado de mayor desarrollo para determinar si es posible asumir su caracterización teórica. Aparentemente el resultado es correcto —con independencia de las deficiencias del diagnóstico del funcionamiento del precedente en el *Common Law*—. Se afirma que el precedente es una forma de creación de Derecho en los sistemas anglosajones, donde los jueces tienen atribuido ese poder. Y que en esos sistemas hay un sistema de vinculación jerárquica a los precedentes que se considera uno de los principios fundamentales del *Common Law*. Por lo tanto, se concluye que esa caracterización del precedente es incompatible con la configuración de los poderes del juez en un sistema continental y con el principio de independencia judicial que impide, en principio, el

establecimiento de una vinculación jerárquica entre los distintos órganos judiciales.

23. El método utilizado parece adecuado: estudiar la tradición jurídica en la que más se ha desarrollado el precedente con el fin de entender mejor el funcionamiento del precedente en nuestro propio sistema. El problema está en su aplicación. En primer lugar, se realiza un estudio poco riguroso del *Common Law*. Parece que los precedentes siempre son vinculantes y que son el “sustituto” de las normas escritas continentales. Sin embargo, los precedentes anglosajones cumplen una función de justificación de las decisiones en un contexto donde lo importante no son los argumentos de autoridad rígidos, sino la posibilidad de argumentar de forma flexible<sup>24</sup>. En segundo lugar, falta un paso más en el encaje del precedente en el sistema jurídico. Aunque el precedente judicial anglosajón fuese incompatible con los postulados de los sistemas jurídicos continentales ello no lleva inmediatamente a la conclusión de que no tiene ningún valor jurídico conforme a las reglas y principios de esos modelos. Parece, por tanto, que la construcción se queda a medio camino. No se quiere asumir —a mi juicio, correctamente— la regla de *stare decisis*, que atribuye fuerza vinculante al precedente, pero no se da el siguiente paso: comprobar si el precedente puede tener otro encaje en el sistema jurídico propio.

## B) LA TEORÍA DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

24. Una perspectiva de análisis alternativa a la teoría de las fuentes del Derecho es la teoría del control de la actividad administrativa. Desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 la Administración está obligada a motivar las decisiones que cambian un criterio aplicado con anterioridad —en la actualidad este deber se prevé en el art. 54.1 c) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)—. Esta exigencia se interpreta como una consagración legal del valor del precedente adminis-

trativo. Posteriormente ha influido también en el desarrollo de los estudios sobre el precedente judicial. Como mínimo, se entiende que el precedente es un instrumento de control de la discrecionalidad de la Administración —o del juez— que no puede cambiar libremente sus decisiones en casos similares sin ofrecer una motivación suficiente. Esta constatación es muy relevante. Si se asume unánimemente que el precedente tiene valor jurídico —desconectándolo de las fuentes del Derecho— puede construirse una teoría que explique su funcionamiento y sus consecuencias jurídicas. El punto de partida es la teoría del control o de la revisión de los actos administrativos, en sentido objetivo.

25. La jurisprudencia contencioso-administrativa y también, aunque en menor medida, constitucional ha elaborado durante décadas esa construcción sobre el funcionamiento del precedente administrativo como mecanismo de control de la Administración<sup>25</sup>. A través de una serie continuada de casos se ha afirmado que el precedente sirve como presupuesto de aplicación de algunos principios generales del Derecho con el fin de controlar la actividad administrativa. Estos principios son, fundamentalmente: el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE); el principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE); el principio de buena fe (art. 3.1 LRJPAC); el principio de protección de la confianza (art. 3.1 LRJPAC); y también el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

26. El método empleado para construir esa “doctrina del precedente administrativo” ha sido la tónica. No se ha creado una doctrina ordenada y lo más completa posible sobre el funcionamiento de los precedentes en conexión con los principios mencionados. Tampoco se apuran las hipótesis teóricas de aplicación de esos principios cuando se invoca un precedente que ofrecía una solución distinta a la actual. Los jueces simplemente traen a colación alguno o varios de esos principios y examinan las características del precedente para concluir, en la mayoría de las ocasiones, que no es “idóneo” para el caso planteado. Para justificar esas

decisiones emplean “tópicos” referidos a las características que debe reunir un precedente para tener algún valor jurídico en conexión con alguno de los principios aludidos. Sirvan de ejemplo los siguientes:

a) “Si el precedente es ilegal no tiene ningún valor, porque la igualdad no cabe en la ilegalidad”<sup>26</sup>. Se parte de una identificación entre el precedente y el principio de igualdad, conforme a la cual un precedente ilegal no puede tener valor alguno. Se olvida, así, la posible conexión del precedente con otros principios mencionados por la propia jurisprudencia que puedan llegar a producir efectos jurídicos, aunque el caso anterior fuera ilegal —piénsese en el principio de protección de la confianza, que puede proteger confianzas fundadas, precisamente, en comportamientos ilegales de la Administración—.

b) “El precedente ofrece una solución distinta de la actual, que es la correcta, de modo que es ilegal”<sup>27</sup>. En ese caso, el juez impone su criterio sobre el de la Administración. Es posible que ambas decisiones, la anterior y la actual, sean legales y distintas. El precedente tiene valor justamente cuando la norma no da una solución unívoca y varias soluciones son posibles porque se abre algún margen de discrecionalidad. Pero con este razonamiento el valor del precedente también queda anulado.

c) “El precedente invocado no tiene eficacia jurídica porque no ha sido sancionado judicialmente”<sup>28</sup>. En ese caso el juez exige la alegación de un precedente administrativo confirmado en vía judicial. Dicho con otras palabras, exige que se invoque un precedente judicial, cuando, como se ha visto, la norma exige controlar los cambios de criterio de la Administración, sin añadir requisitos ulteriores.

d) “El precedente se refiere a la misma persona, luego no concurre la nota de alteridad que es necesaria para el funcionamiento del principio de igualdad”. En ese caso también se olvida que, por un lado, el art. 54.1 c) LR-JPAC exige que haya motivación del cambio de criterio con independencia de si hay dos personas involucradas o no; y que, además, es

posible que opere algún principio distinto del principio de igualdad.

27. Con base en estos y otros tópicos los tribunales niegan cualquier valor jurídico a los precedentes. De este modo crean una doctrina del precedente a su medida, que les permite prescindir del precedente para controlar la actividad administrativa. El resultado es que mantienen un gran margen de valoración o control de la Administración. No se usan los parámetros de la Ley, que son muy escasos cuando se atribuyen potestades discrecionales o márgenes de discrecionalidad, pero tampoco se utilizan los cánones de actuación que la propia Administración ha destilado en ejercicio de su discrecionalidad.

28. Esta perspectiva de análisis del precedente ofrece más razones de crítica que de elogio. Aunque parte de atribuir algún valor al precedente, la práctica demuestra algo bien distinto. En la mayoría de los casos el precedente se rechaza con algún tópico reiterado en la jurisprudencia. Ese método —o la posible ausencia de él— permite a los tribunales solucionar casos concretos con cierta facilidad, pero carece de toda sofisticación jurídica. No se dan soluciones coherentes, engarzadas adecuadamente con el material normativo que ofrece en estos casos el ordenamiento jurídico. Los principios jurídicos mencionados cumplen un papel prácticamente ornamental en las sentencias, puesto que en la mayoría de ellas no se deducen consecuencias jurídicas de su aplicación.

29. Esta construcción sobre el precedente presenta algunos problemas. Obvia el valor del precedente como argumento de justificación de decisiones. Además, analiza el valor del precedente desde la perspectiva del control de la Administración, sin prestar atención a la posición jurídica de los particulares. Lo determinante en la invocación del precedente no es exclusivamente llegar a constatar que la Administración actuó mal, como un fin en sí mismo. También hay que identificar la posición jurídica del particular que deriva de la existencia de un precedente que pone de manifiesto una decisión distinta de la obtenida de

la Administración —y, en su caso, del juez— y tutelarla con las herramientas adecuadas. Probablemente, la preponderancia de esta aproximación en el ámbito del Derecho Administrativo conecta con la concepción objetiva del proceso contencioso-administrativo. Esta concepción está superada en el terreno legislativo, pero aún existen múltiples manifestaciones de la misma en la práctica judicial. Al concebir el proceso como un instrumento de control orientado a la depuración del ordenamiento jurídico mediante la eliminación de las ilegalidades administrativas (y no como un vehículo de protección destinado a brindar tutela a los particulares), se aborda sólo la (eventual) virtualidad anulatoria del precedente. Se deja, así, de lado si del precedente se deriva o no el derecho a la obtención del beneficio anteriormente otorgado o la remoción del límite o restricción que antes no se imponía en circunstancias similares.

### C) LA TEORÍA DE LA TUTELA DE LOS PARTICULARES

30. La teoría de la tutela de los particulares ofrece una perspectiva de análisis muy cercana a la teoría del control. Pero el método empleado y el punto de partida son distintos. En este caso también se asume la relevancia jurídica del precedente, judicial y administrativo, como un mecanismo de limitación de la capacidad decisoria del juez y de la Administración, respectivamente. Sin embargo, no busca determinar si cabe anular o no una actuación por no seguir el precedente; sino proteger la posición jurídica del particular que ve cómo se abandona un precedente que le era más favorable. Dicho de otro modo, se quiere concretar la influencia que el precedente tiene sobre la posición jurídica subjetiva de un particular.

31. La primera hipótesis de análisis del precedente, referida a su posible condición de fuente del Derecho se rechaza. Se niega que el precedente atribuya por sí un derecho a la misma solución jurídica. Sin embargo, sí se acepta que algunos preceptos de Derecho positivo que atribuyen a los particulares derechos e intereses

protegibles pueden entrar en juego cuando se invoca un precedente. De este modo se aporta un cariz subjetivo a la teoría del control de la Administración. Además, se aplica un método sistemático, en lugar de un planteamiento tópicico. Aunque la construcción del sistema en estos casos no se apoya en un universo conceptual lógico-formal, sino en la ordenación de la aplicación de distintos principios jurídicos. El sujeto responsable de esta tarea ordenadora ha sido la doctrina científica<sup>29</sup>.

32. El primer nivel de esta construcción se centra en la determinación del ámbito de aplicación del precedente como técnica jurídica de aplicación de algunos principios generales del Derecho. En ese sentido, hay unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia. Sólo tiene sentido acudir a los precedentes cuando la Ley no ofrece una única solución correcta. De modo que los precedentes actúan en los márgenes de discrecionalidad de la Administración. En esos casos, cuando la Administración puede optar entre varias soluciones posibles se corre el riesgo de que cambie de solución arbitrariamente, siendo todas correctas. Esta perspectiva es muy útil cuando se está hablando de las nuevas formas de Administración, que cuentan con una programación jurídica sustantiva muy débil de su actividad. Es el caso de las administraciones independientes, en las que la norma programa fundamentalmente estructuras de organización y procedimiento. En esos supuestos, el precedente puede llegar a ser un instrumento clave para ordenar su actividad interna. Al mismo tiempo, se convierte en una herramienta de control en manos de los tribunales, que no tienen que realizar artificios interpretativos con el fin de establecer cuál es la posición jurídica del particular en esos casos.

33. El siguiente nivel se centra en el análisis del funcionamiento del precedente en conexión con determinados principios generales del Derecho. El más importante es el principio de igualdad, en su vertiente de aplicación de la Ley. Este principio necesita dos términos de comparación, es decir, dos supuestos de la realidad. Habitualmente uno siempre será anterior en el tiempo al otro. El precedente se

convierte así en el presupuesto básico de aplicación del principio de igualdad en su vertiente de aplicación de la Ley<sup>30</sup>. Cuando las soluciones que ofrecen esos casos, anterior y posterior, son distintas hay un indicio de vulneración de las reglas de trato igual. Ahora bien, en esos casos, hay que ver si se cumplen en la realidad las condiciones de aplicación del principio de igualdad.

34. En primer lugar, los casos tienen que ser semejantes, que es el mínimo exigible a un precedente para ser considerado como tal. En segundo lugar, el principio de igualdad exige que los términos de comparación sean legales, porque no cabe perpetuar ilegalidades con base en exigencias de igualdad (“no cabe la igualdad en la ilegalidad”). Además, el principio de igualdad requiere un precedente referido a una persona distinta de la afectada por el caso presente. Debe existir alteridad. El apartamiento de un precedente referido a la misma persona puede destapar una arbitrariedad. Sin embargo, la posible vulneración de la igualdad exige un vínculo relacional entre dos sujetos distintos, porque en última instancia se protege su igual dignidad y posición frente al Derecho<sup>31</sup>.

35. Estas exigencias se derivan directamente del principio de igualdad —mientras que otros posibles requisitos referidos al precedente deben justificarse en otras razones—. Cuando estos presupuestos concurren el particular está protegido por este principio. Esto no se traduce en una obligación absoluta de trato igual. La consecuencia es que deben darse razones suficientes que expliquen por qué el trato de situaciones similares es desigual. En realidad, se exige demostrar que las situaciones son distintas y que, por ello, también deben serlo las soluciones jurídicas. No hay, pues, un derecho subjetivo a un trato igual<sup>32</sup>. Cuando se confirma que no se ha motivado la diferencia de trato, la consecuencia jurídica es la retroacción de actuaciones para que la Administración motive adecuadamente. Sólo en un caso cabe pensar en la materialización de un derecho al trato igual: cuando se demuestra que el trato desigual se apoyaba en una discriminación que debe ser reparada inmediatamente ordenando

el trato igual del particular y estableciendo una indemnización por el daño intrínseco que va ligado al padecimiento de un trato discriminatorio.

36. Con esta construcción se han reconducido los efectos jurídicos que se derivan para el particular de algunos supuestos de precedente administrativo. Pero hay otros muchos que no se canalizan por esta vía. El siguiente paso encaminado a crear una estructura sistemática completa consistiría, por tanto, en analizar si el precedente en esos casos no tiene ningún valor jurídico o si se aplica algún otro principio jurídico. Cuando el precedente cumple el requisito básico de la similitud, pero es ilegal, porque otorgó una subvención aunque no se cumplían los requisitos, no es posible aplicar el principio de igualdad —como se ha señalado anteriormente—. Sin embargo, parece que el hecho de que la Administración concediese la subvención al particular ilegalmente puede llegar a tener alguna consecuencia jurídica. En concreto, la Administración pudo suscitar en el ciudadano la confianza razonable de que en el futuro obtendría una subvención similar. Posteriormente, esa confianza pudo conducir al particular a realizar actividades o actos de disposición que en otras circunstancias no habría llevado a cabo. En ese supuesto, podrían darse los presupuestos de aplicación del principio de protección de la confianza (art. 3.1 LRJPAC). Conforme a este principio, hay que proteger la confianza del particular que la Administración fundó erróneamente y que, por ello, debe frustrarse con posterioridad. Se refuerza, así, la posición jurídica del particular. Se atribuye valor jurídico a la confianza, como objeto de tutela por los tribunales. La forma habitual de proteger esa confianza será el resarcimiento de los daños a la confianza. Esto se traduce en los gastos que se realizaron creyendo que la Administración actuaría como hizo creer que lo haría (el denominado interés negativo). Lo determinante en estos casos sería probar la razonabilidad de la confianza suscitada y los daños ocasionados conforme a las reglas generales de aplicación del principio de protección de la confianza<sup>33</sup>.

37. Con base en estas dos construcciones apoyadas en el principio de igualdad y en el principio de protección de la confianza se conducen los supuestos de precedente jurídicamente relevantes. Se crea, así, una teoría en la que el precedente es un simple dato de hecho de la realidad que puede producir efectos jurídicos al servir de base para la aplicación de algunos principios jurídicos. Lo que no impide reconocer el papel del precedente como mecanismo de control de un mínimo de racionalidad en la actuación de la Administración, tal y como exige el art. 54.1 c) LRJPAC.

38. La bondad de esta construcción radica en su capacidad para explicar mejor que las anteriores el papel del precedente en un contexto jurídico sistemático. No hay enfrentamiento con el principio de legalidad. Tampoco se produce una importación de categorías jurídicas ajenas e incompatibles con las premisas del ordenamiento jurídico. Y no se recurre a soluciones tópicas, que carecen en muchos casos de un verdadero fundamento jurídico consistente. El problema está en que sólo analiza la posición jurídica del particular frente al abandono de un precedente. No se preocupa del valor del precedente en positivo, como guía para la toma de decisiones. Las siguientes perspectivas de análisis del precedente se ocupan de esta cuestión.

## D) LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

39. La teoría de la argumentación jurídica aporta uno de los enfoques de análisis del precedente más interesantes y novedosos. Su atención se centra en la tarea decisoria de los jueces así que sólo se refiere al precedente judicial. En concreto, se preocupa de analizar el valor argumentativo de los precedentes. Lo relevante es que el precedente puede justificar decisiones y ayuda a ordenar racionalmente la tarea decisoria del juez.

40. Los principales estudios sobre el papel del precedente conforme a las teorías de la argumentación jurídica se han realizado en el seno de la cultura jurídica anglosajona<sup>34</sup>. En

ese contexto el debate en torno a su condición de fuente del Derecho carece de sentido. Se admite generalizadamente que el precedente es una de las fuentes del Derecho conforme a la Ley y la costumbre. El problema que se plantea no es, por tanto, si el precedente vincula y, en su caso, con base a qué fundamentos. El marco de análisis es mucho más amplio: la forma de toma de decisiones de los jueces. Conforme a la teoría de la argumentación jurídica los jueces deben justificar sus pronunciamientos. En cada caso, deben dar razones que expliquen por qué la decisión es adecuada. Esas razones no tienen por qué apoyarse únicamente en los clásicos argumentos lógico-formales: el caso es subsumible en el supuesto de hecho de la norma X y por eso derivó la consecuencia jurídica que la norma prevé. Las decisiones deben ser racionales, pero también deben ser razonables, esto es, susceptibles de aceptación por la comunidad jurídica en un momento dado.

41. Según este planteamiento, el precedente es simplemente una forma de justificación de las decisiones. Puede funcionar como un argumento de autoridad, porque demuestra cómo un juez o un tribunal de prestigio resolvió un caso en un momento dado; como un argumento *ad exemplo*, que ilustra la forma en que se resolvió un caso similar en el pasado; como el resultado del principio de inercia, conforme al cual en casos similares se actúa de forma análoga; y como la manifestación de la regla de universalización kantiana, conforme a la cual debo de actuar hoy como creería conveniente actuar en el futuro<sup>35</sup>. Por supuesto, al mismo tiempo que el precedente puede justificar que se tome una decisión igual a la anterior, es posible que el decisor opte por apartarse del precedente. Para ello deberá ofrecer razones suficientes que justifiquen la decisión distinta. Es posible que el precedente no sea exactamente igual, porque hay algún hecho diferente o porque el Derecho aplicable ha cambiado. También es posible que las circunstancias se hayan modificado. O, directamente, el juez puede entender que la decisión tomada en el caso precedente es irracional o absurda para resolver el caso similar actual<sup>36</sup>.

42. El precedente es, así, un argumento y, al mismo tiempo, su forma de aplicación, su estructura interna de funcionamiento se apoya en un sólido ejercicio de argumentación jurídica. Hay que justificar que los casos son realmente semejantes en términos jurídicos y que, por ello, merecen la misma solución. Ello no impide el apartamiento del precedente, pero el cambio de sentido de la decisión exige un intenso ejercicio de argumentación. Como parte de esa argumentación debe justificarse la voluntad del decisor de aplicar el nuevo criterio a futuros casos análogos, para descartar la existencia de arbitrariedad. En este sentido, la profesora Marina Gascón Abellán afirma acertadamente, en mi opinión, que el precedente referido al mismo decisor (el autoprecedente) es una regla mínima de racionalidad, que exige que haya una única respuesta correcta por cada decisor. Es decir que, conforme a una regla de argumentación racional, el intérprete debe brindar siempre la misma respuesta cuando se presentan supuestos similares. Esto es una manifestación del principio de universalización kantiana. El precedente sería, así, un argumento clave para racionalizar la actividad de los tribunales. Pero no tendría la capacidad de garantizar la corrección material de las decisiones<sup>37</sup>.

43. La utilidad de esta perspectiva de análisis del precedente es fundamental. Destaca la función argumentativa de las soluciones pasadas y pone de relieve la importancia de la justificación material de las decisiones, con argumentos jurídicos no sólo racionales, sino razonables, aceptables por la comunidad jurídica en un momento dado. Además, crea una conciencia de trascendencia de las propias decisiones hacia el futuro. El juez debe tener en cuenta que sus decisiones podrán actuar como precedentes y, por ello, debe decidir cada caso como considera que sería deseable decidir todos los casos similares. Estos efectos son trasladables al funcionamiento del precedente administrativo que también tiene un alto valor argumentativo en la toma de decisiones por parte de la Administración. El precedente se convierte, así, en un elemento clave en una

cultura de argumentación y justificación de las decisiones.

44. Quizás la principal carencia de este planteamiento es dejar de lado el estudio de las consecuencias concretas que se derivan en el caso de un apartamiento del precedente, porque se obvia el análisis del Derecho positivo. Esto tiene sentido en los sistemas anglosajones. En ellos, la regla del precedente es parte de los fundamentos del *Common Law*, de forma que su valor es indiscutible. Esa discusión no existe. En cambio, en un sistema de tradición continental no es tan evidente que los precedentes tengan valor jurídico y atribuirles un mero valor argumentativo puede no ser suficientemente preciso de cara a resolver supuestos de la realidad. Si un particular acude ante un tribunal e invoca un precedente, lo más habitual es que el juez realice una argumentación encaminada —de forma consciente o no— a restarle valor a esa alegación y que resuelva el caso conforme a otras premisas de Derecho positivo, cuya aplicación le resulta más familiar y cómoda [como ejemplo, ver §§ 24 ss.]. Constatar que el precedente es una regla de racionalidad es de gran utilidad para explicar las exigencias de coherencia del sistema jurídico en la aplicación del Derecho. Pero no ayuda a determinar si, por ejemplo, un particular puede tener derecho a que se dé la misma solución que en el caso anterior o a que le indemnicen por tener que soportar una solución distinta. Este método deja, así, sin resolver esta trascendente cuestión de tipo práctico.

## E) LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN

45. Como se ha visto, la mayoría de las perspectivas de análisis del precedente se centran en el valor de las decisiones pasadas como límite a la toma de decisiones actuales. La pregunta de la que se parte es: ¿en qué medida impide el precedente adoptar una solución distinta en un caso similar? Esta perspectiva es, sin duda, la que más interés despierta en el foro, donde hay que dirimir precisamente la corrección de una decisión, administrativa o judicial, que se

ha apartado de los criterios empleados previamente. Sin embargo, este planteamiento deja de lado el valor de los precedentes en positivo, como guías para la toma de decisiones. Desde un punto de vista estadístico, aunque no se cuenten con datos exactos, cualquier jurista podría afirmar que los precedentes se siguen más veces de las que no se hace. Lo habitual es que la decisión actual se acomode al criterio empleado con anterioridad. Y es raro que se “rompa” la cadena de decisiones previa, porque eso exige un esfuerzo argumentativo que se hará únicamente cuando concurren circunstancias que lo hagan especialmente necesario.

46. La ciencia de la Administración aborda este papel del precedente como instrumento útil en la toma de decisiones en el seno de organizaciones complejas. En este caso no se está ante la creación de un sistema conceptual o principal. Se pretenden analizar los procedimientos de toma de decisiones en el seno de la Administración. Los métodos de análisis empleados no son, por tanto, de naturaleza jurídica, sino de Ciencia de la Administración, y se centran en cuestiones de tipo organizativo, psicológico e incluso sociológico. De este modo se enriquece la construcción del Derecho Administrativo, tradicionalmente preocupado por el control de la actividad administrativa<sup>38</sup>. Este estudio del precedente permite explicar mejor la realidad y adopta un enfoque mucho más amplio de los fenómenos jurídico-administrativos.

47. Los precedentes constituyen un patrimonio de valor incalculable para cualquier Administración. En la práctica, ayudan a agilizar la actividad administrativa de forma evidente. Si algo se ha hecho ya, puede emplearse como modelo y simplificar la toma de una decisión. Lo mismo sucede en el funcionamiento de los tribunales. Pero más allá de la importancia de los precedentes para la agilización y simplificación del funcionamiento de la Administración, hay que tener en cuenta sus efectos desde un punto de vista sustantivo. El precedente es un arma de doble filo. Es una garantía de racionalidad de la actividad administrativa —evitando actuaciones arbi-

trarias y garantizando un nivel de coherencia externa razonable—. Pero, al mismo tiempo, el mal uso de los precedentes pueda conducir a una actuación administrativa irracional y rutinaria, que renuncia a un mínimo de argumentación de sus decisiones. Seguir el precedente no garantiza por sí mismo la corrección material de una decisión.

48. Es bueno que se automaticen los procedimientos de toma de decisiones siempre que quede un mínimo de actividad racional que sea capaz de detectar diferencias relevantes entre distintos supuestos. En todo momento la Administración debe ser capaz de identificar datos de hecho o de Derecho diferentes que conduzcan a una decisión distinta de la adoptada en casos anteriores similares<sup>39</sup>. Sin embargo, esto no siempre sucede en la realidad. La consecuencia es la creación de rutinas, en las que la decisión adoptada ya no cohonesta bien con el supuesto de hecho planteado. El mayor problema en estos casos es la indefensión del particular frente a este tipo de actuaciones. Ya se ha visto anteriormente cómo el ordenamiento jurídico establece instrumentos para proteger a un particular frente al apartamiento de un precedente. Pero la situación es muy distinta cuando lo que perjudica al particular es precisamente el seguimiento de un precedente. Los indicios de arbitrariedad se vinculan a la ruptura de cadenas decisorias, no a su continuación. En principio, rige una presunción de corrección en el seguimiento del precedente. Y no existe un derecho al trato desigual o diferente, conforme a la interpretación que hace el Tribunal Constitucional del artículo 14 CE<sup>40</sup>.

49. Esta aproximación al estudio del precedente es muy útil y complementa la vertiente puramente forense de análisis de su valor jurídico. Permite adentrarse en la investigación de las formas de actuación y de toma de decisiones de la Administración en la realidad, como una organización compleja en la que no todas las dinámicas tienen una explicación en términos meramente jurídicos por su vinculación a la Ley y al Derecho.

## F) BALANCE CRÍTICO

50. El estudio de las diferentes perspectivas y métodos de análisis del precedente pone de manifiesto la relación de complementariedad que existe entre ellos. Las diversas conclusiones obtenidas son la base sobre la que se articulan construcciones distintas. No existe, por tanto, una relación de exclusión, sino de complementariedad. De cada planteamiento puede obtenerse información útil. Incluso la tónica, que no siempre se considera un método en sentido estricto, permite detectar problemas en la elaboración de proposiciones jurídicas dentro del sistema jurídico.

51. Esta aseveración no significa, sin embargo, que la selección de la perspectiva y del método de análisis de un problema jurídico sea una cuestión baladí. Se trata de una decisión crucial que debe adoptarse de forma plenamente consciente por cada operador jurídico. Tampoco puede caerse en una neutralidad axiológica en torno a los métodos jurídicos. Un método es más adecuado que otro para resolver un problema jurídico cuanto mejor explica su encaje con los elementos de un ordenamiento jurídico dado, ofreciendo mayor seguridad jurídica. Al mismo tiempo será más deseable un método jurídico que comprende —si no todos—, al menos, un número lo más alto posible de las manifestaciones de ese problema jurídico en la realidad. Dicho de otro, el método no esconde aquellos problemas que no consigue explicar o resolver. Conforme a estos criterios, la teoría de las fuentes del Derecho no es adecuada en un ordenamiento jurídico continental, porque no se acomoda a sus postulados. La teoría del control es menos adecuada que la teoría de la tutela de los particulares, porque el método utilizado (la tónica) no da una respuesta satisfactoria a un alto número de supuestos planteados. No llega a agotar las posibilidades de encaje del precedente en el ordenamiento jurídico. Por su parte, la teoría de la tutela de los particulares no abarca todas las perspectivas de análisis del precedente como argumento en la toma de decisiones que condiciona el funcionamiento de la Administración. Estas funcionalidades del precedente

se abordan mejor a partir de los postulados de la teoría de la argumentación jurídica y de la ciencia de la Administración.

## 4. EL PRECEDENTE EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

52. El precedente es un dato de la realidad jurídica que actúa como guía de la actuación administrativa. Al mismo tiempo, representa un instrumento de control de la actividad administrativa al servicio de determinados principios generales del Derecho. De este modo, evita abandonos injustificados de un criterio aplicado con anterioridad y palia los efectos que sufre el particular como consecuencia de la posible ruptura de una cadena decisoria. La cuestión que se plantea ahora es, ¿qué aporta el precedente o cómo condiciona el precedente a la construcción del Derecho administrativo? La respuesta a esta pregunta no es completa o sistemática. Simplemente se esbozan algunas reflexiones al respecto. En primer lugar, en torno al precedente y la selección del método jurídico. En segundo lugar, sobre el precedente y la cultura de la justificación de las decisiones.

### A) EL PRECEDENTE Y EL MÉTODO JURÍDICO

53. La atribución de valor jurídico al precedente no está asociada necesariamente a una forma concreta de atribución de la capacidad de creación de Derecho. Esto significa que el precedente no introduce en un ordenamiento jurídico determinado una regla de *stare decisis* al estilo anglosajón que presupone la creación de Derecho por parte de los jueces. El funcionamiento del precedente se modula en función de las coordenadas de cada sistema jurídico. Así que es posible que el precedente tenga algún valor, aunque se reconozca que tanto los jueces como la Administración se someten plenamente a la Ley y al Derecho. Del mismo modo el precedente no está ligado a un método jurídico.

54. En la medida en que el precedente se liga a un caso concreto parece estar más cerca de planteamientos tópicos, dirigidos a la solución de supuestos individuales, que de planteamientos sistemáticos, que abstraen soluciones jurídicas y las encajan de forma ordenada en una estructura jurídica determinada. Además, en un contexto de creación del Derecho mediante instrumentos tópicos y retóricos, los precedentes cumplen un papel fundamental. Constituyen un tópico recurrente<sup>41</sup>: algo debe hacerse por la mera razón de que siempre se ha hecho así. En ese sentido, el precedente es un formidable instrumento de búsqueda y ejemplificación de problemas y soluciones jurídicas pasadas. Una línea consolidada de precedentes permite adentrarse en la psicología de los decisores y detectar los puntos fuertes y débiles de su argumentación. Así, puede distinguir entre aquellos supuestos en los que la argumentación basada en precedentes tiene una aplicación consciente detrás, de aquellos otros en los que simplemente se repiten argumentos de forma automática, aunque no sean adecuados para el supuesto de hecho planteado. Los precedentes ponen, además, sobre la pista de nuevos conflictos necesitados de solución. Esto es así simplemente porque dan cuenta de casos conflictivos. Son un catálogo del pasado.

55. Ahora bien, esto no dice nada sobre su capacidad para determinar la forma en que el Derecho puede hacerse en el seno de una comunidad jurídica. El reconocimiento de valor a los precedentes no supone la renuncia a las construcciones sistemáticas, que deben ser el resultado de la actividad de la doctrina científica. Cómo se resuelven los problemas en cada caso, precedente o no, es una cuestión de cultura jurídica. En los sistemas anglosajones se prefiere la flexibilidad de la argumentación, apoyada en precedentes en algunos casos, a la rigidez de las técnicas de aplicación de las normas escritas. Por eso los jueces tienen un mayor margen para decidir y la técnica del precedente permite controlar el ejercicio de esa libertad decisoria. En cambio, en un sistema de corte continental, el peso de la construcción sistemática es mayor y con-

duce a una creación de decisiones racional y lógica basándose normalmente en un abanico muy amplio de normas y principios. Algunas de las teorías en torno al precedente son un ejemplo de ello.

## B) EL PRECEDENTE Y LA CULTURA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES

56. Aunque el precedente no predetermina un método jurídico concreto, introduce algunos cambios relevantes en la cultura jurídica. Con independencia de la perspectiva y del método que se adopte es innegable que el precedente tiene un fuerte valor argumentativo. De hecho, lo habitual es que los precedentes se sigan. Y, en los casos en que no se hace, hay que ofrecer un mínimo de argumentación, que exige una técnica de justificación de la decisión distinta de la referida a las normas escritas. Por ello, la toma de conciencia del valor jurídico de los precedentes se traduce, al menos, en dos consecuencias relevantes: en primer lugar, imprime o debería imprimir en el decisor la conciencia de la trascendencia de sus decisiones hacia el futuro. La cultura del precedente hace consciente al decisor de su cadena decisoria y de la importancia de la racionalidad y coherencia en su actividad. En segundo lugar, la flexibilidad en el seguimiento de los precedentes obliga a elaborar un razonamiento discursivo, rico, sobre las razones que, en un momento dado pueden llevar a justificar una solución distinta de la adoptada en el pasado. La exigencia de motivación en caso de apartamiento del precedente puede llevar a una aplicación más razonada y argumentada del Derecho, que conduciría a mejores decisiones y una mejor explicación de la forma en que nacen las soluciones jurídicas. De este modo se depura el debate jurídico y se hace más transparente. La correcta aplicación de la técnica del precedente introduce, así, una interesante cultura de la argumentación y la justificación de las decisiones que puede proyectarse sobre otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

## NOTAS

1. Abreviaturas utilizadas: CE: Constitución Española de 1978; cit.: citado; FJ: Fundamento Jurídico; LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común; núm.: número; p.: página; pp.: páginas; ss.: siguientes; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
2. Aleksander PECZENIK, “The binding force of precedent”, en Neil MacCormick y Robert Summers (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 461-479, p. 461.
3. Al respecto, la obra monográfica pionera en España de José ORTIZ DÍAZ, “El precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 24, 1957, pp. 75-115.
4. Sobre la idea de “autovinculación de la Administración” que sustituye al concepto de precedente administrativo en estos ordenamientos, ver, *ex multis*: Maximilian WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit und Gebundtheit durch den Gleichheitssatz*, Duncker & Humblot, Berlín, 1968 y Piera Maria VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione, l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
5. *Vide*: Luis María DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “La doctrina del precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 98, 1982, pp. 7-46; Silvia DíEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
6. Una definición similar del precedente judicial en Alejandro NIETO GARCÍA, “Visión doctrinal de la jurisprudencia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 109-128, p. 113.
7. Al respecto, en lengua castellana: Victoria ITURRALDE SESMA, *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 35 ss. (para el Reino Unido) y 139 ss. (para los Estados Unidos de América).
8. Sobre esta cuestión, Alejandro NIETO GARCÍA, “El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Trivium, Madrid, 1990, pp. 229-254.
9. Al respecto, de forma extremadamente persuasiva: Marina GASCÓN ABELLÁN, “Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente” (inédito).
10. Neil MACCORMICK, “The significance of precedent”, *Acta Juridica*, Juta & CO, LTD, Cape Town, 1998, pp. 174-187, p. 175.
11. Sobre las técnicas de apartamiento del precedente: Raimo SILTALA, *A theory of precedent*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2000, p. 73.
12. Sobre esta ventaja de la aplicación de los precedentes, Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. por Claudina Orunesu y Jorge Luis Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 238 ss.
13. Así lo define José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Sistema, tópica y argumentación en la metodología del Derecho administrativo actual”, en *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, MAP, INAP, BOE, Madrid, 2002, pp. 1281-1308, p. 1281.
14. En *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. por Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 437 ss. (para el sistema externo o abstracto-conceptual) y 465 ss. (para el sistema interno).
15. En *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, trad. por Mariano Bacigalupo Saggese, Javier Barnes, Javier García Luengo, Ricardo García Macho, Alejandro Huergo Lora, José María Rodríguez de Santiago, Blanca Rodríguez Ruiz, Germán Valencia y Francisco Velasco Caballero, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 2-3.
16. *Tópica y jurisprudencia*, trad. por Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2007.
17. En este sentido, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Sistema, tópica...”, cit., p. 1289; y Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 131-147, p. 138.

18. Chaim PERELMAN, *Justice, law and argument*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht: Holland, Boston: USA, London: England, 1980, p. 129.
19. Sobre las diferencias entre tónica y teoría de la argumentación jurídica, Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Retórica, argumentación...”, cit., pp. 139 ss.
20. En este sentido, José GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 12ª ed. Revisada, Editorial Reus, Madrid, 1952, p. 119.
21. Así lo señala de forma crítica Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL en relación con el precedente judicial: “Vindicación del precedente judicial en España”, en *La vinculación del juez a la Ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 267-278, p. 274.
22. Crítico con esta simplificación conceptual, Alejandro NIETO GARCÍA, “El precedente judicial”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Guadalajara, 1989, pp. 613-639, p. 614.
23. *Ex multis*: STC 125/1986, de 22 de octubre, FJ 2.
24. En este sentido, Neil MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 14.
25. Sobre esta evolución, Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente...*, cit., pp. 226-238.
26. *Ibidem*, pp. 340-343.
27. *Idem*.
28. *Ibidem*, p. 267.
29. Al respecto, ver: Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “La doctrina...”, cit., *passim*; y Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente...*, cit., p. 273 ss.
30. Sobre la estructura del principio de igualdad, Antonio TORRES DEL MORAL, “¿Qué igualdad?”, *Revista de Derecho Público*, núm. 44, 1998, pp. 77-102, p. 87.
31. Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente...*, cit., pp. 251-252.
32. José María BAÑO LEÓN, “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987, pp. 179-195, p. 183.
33. Sobre la estructura de este principio y sus consecuencias jurídicas, Luis MEDINA ALCOZ, “Confianza legítima y responsabilidad patrimonial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 2006, pp. 275-326, p. 299 ss.
34. Uno de los más relevantes es el trabajo de Neil MACCORMICK citado anteriormente: *Legal reasoning and legal theory*, *passim*.
35. Sobre estas funciones argumentativas del precedente, ver el completo trabajo de Leonor MORAL SORIANO: *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 125 ss., que se nutre de los postulados de las teorías de la argumentación jurídica.
36. Al respecto, Eduardo SODERO, “Sobre el cambio de precedentes”, *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 217-251, pp. 227 ss.
37. Marina GASCÓN ABELLÁN, “Racionalidad y...”, cit.
38. Al respecto, Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *La teoría...*, cit., pp. 27 ss.
39. Otto NASS, *Reforma administrativa y ciencia de la Administración*, trad. por C. Fernández de la Vega, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, Madrid, 1964, p. 240.
40. Por todas, la STC 181/2000, de 29 de junio.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, “La doctrina del precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 98, 1982, pp. 7-46.
- DÍEZ SASTRE, Silvia, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 131-147.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente”, en esta misma obra.
- GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 12ª ed. Revisada, Editorial Reus, Madrid, 1952.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, NIETO GARCÍA, “El precedente judicial”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Guadalajara, 1989, pp. 613-639; “El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Trivium, Madrid, 1990, pp. 229-254; Visión doctrinal de la jurisprudencia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 109-128.
- ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995.
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, “Vindicación del precedente judicial en España”, en *La vinculación del juez a la Ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1, 1997, pp. 267-278.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. por Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001.
- MACCORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978; “The significance of precedent”, *Acta Jurídica*, Juta & CO, LTD, Cape Town, 1998, pp. 174-187.
- MEDINA ALCOZ, Luis, “Confianza legítima y responsabilidad patrimonial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 2006, pp. 275-326.
- MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- NASS, Otto, *Reforma administrativa y ciencia de la Administración*, trad. por C. Fernández de la Vega, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, Madrid, 1964.
- ORTIZ DÍAZ, José, “El precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 24, 1957, pp. 75-115.
- PECZENIK, Aleksander, “The binding force of precedent”, en Neil MacCormick y Robert Summers (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 461-479.
- PERELMAN, Chaim, *Justice, law and argument*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht: Holland, Boston: USA, London: England, 1980.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Sistema, tópica y argumentación en la metodología del Derecho administrativo actual”, en *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, MAP, INAP, BOE, Madrid, 2002, pp. 1281-1308.
- SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. por Claudina Orunesu y Jorge Luis Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, trad. por Mariano Bagigalupo Saggese, Javier Barnes, Javier García Luengo, Ricardo García Macho, Alejandro Huergo Lora, José María Rodríguez de Santiago, Blanca Rodríguez Ruiz, Germán Valencia y Francisco Velasco Caballero, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SILTALA, Raimo, *A theory of precedent*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2000.
- SODERO, Eduardo, “Sobre el cambio de precedentes”, *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 217-251.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, “¿Qué igualdad?”, *Revista de Derecho Público*, núm. 44, 1998, pp. 77-102.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. por Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2007.
- VIPIANA, Piera Maria, *L'autolimita della pubblica amministrazione, l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- WALLERATH, Maximilian, *Die Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit und Gebundtheit durch den Gleichheitssatz*, Duncker & Humblot, Berlín, 1968.

Fecha de recepción: 16 de mayo de 2011

Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011