

SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO ARGUMENTO Y COMO NORMA*

Juan Antonio García Amado

Un vecino mío observa un día que estoy regando las plantas de mi jardín. Me pregunta por qué las riego precisamente ese día. Le respondo que cuando han pasado tres días seguidos de sol, sin lluvia y con una temperatura superior a veinte grados, riego las plantas del jardín. Ese mismo vecino poco tiempo más tarde cae en la cuenta de que han transcurrido tres o cuatro días desde la última vez que me vio regando las plantas y que esas jornadas han sido soleadas, sin lluvia y con altas temperaturas. Eso defrauda una expectativa que él tenía y que se basaba en dos elementos: la conducta que en una ocasión había observado en mí y la regla que como razón de esa conducta mía yo le había comunicado. Si, además, esa regularidad de mi conducta (regar cuando han pasado tres días de sol, sin lluvia y con más de veinte grados) la ha apreciado en varias ocasiones consecutivas antes de esta que ahora lo sorprende, su expectativa se hallaría aún más reforzada. Esa regla de mi conducta tendría su supuesto fáctico (tres días soleados, etc.) que actúa como desencadenante de la acción mía con la que cumplo la regla. No importa, a estos efectos, que sea una regla mía, una regla autónoma.

Ahora que aconteció la excepción y que el vecino me pregunta, yo puedo responderle –si es que quiero responderle- de varias maneras:

a) Puedo darle una respuesta impertinente, del tipo “yo me pongo las reglas y yo las incumplo y las cambio cuando me da la gana, pues para eso soy yo el señor de mis reglas y el dueño de mi conducta”.

b) Puedo explicarle que se trata de un incumplimiento involuntario de aquella regla mía, por causas tales como que me olvidé de regar o que algún suceso me lo impidió.

c) Puedo darle cuenta de que hay razones para introducir una excepción a la regla, como que la luna está en cuarto menguante y que en esa coyuntura sólo se debe regar cada cinco días, aunque concurren las otras circunstancias. En ese caso le estoy proporcionando una versión más completa de la regla, que integra en ella esta excepción y, a su vez, la reglamente, la convierte en parte de la propia regla: Riego cada tres días cuando se dan aquellas circunstancias anteriormente citadas (días soleados,

* Este trabajo se encuadra en el proyecto de investigación DER2010-19897-C02-01, financiado en España por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

sin lluvia, con más de veinte grados) y no se está en cuarto menguante, en cuyo caso riego cada cinco días. Su expectativa, basada en mi regla, será, a partir de ahí, más completa y más segura.

d) Puedo explicarle que he cambiado aquella regla por la que me orientaba y que ahora sigo otra. Si me pregunta cuál, cabe que le haga saber cuál es la nueva; por ejemplo, que, cuando se dan esas circunstancias referidas (sol, etc.) el riego lo hago cada cuatro días. Si me pregunta por qué he cambiado de regla, le puedo indicar las razones por las que esta nueva me parece más apropiada.

En situaciones como las que estamos glosando se aprecia que se dan dos elementos en mi comportamiento: una regularidad en el mismo y una pauta que gobierna dicha regularidad y permite explicarla. Si la razón de que yo riegue cada tres días fuera el puro azar, la mera casualidad o una conducta enteramente irreflexiva, tendríamos la regularidad -mientras dure-, pero no habría pauta rectora, no habría regla. En tal caso, a la pregunta de mi vecino a propósito de mi acción sólo podría responder que no sé por qué lo hago así.

El vecino puede interrogarme sobre mis razones cuando me ve regar la primera vez. En ese caso se interesa por razones de mi acción, no por las de una regularidad de la que no tiene ninguna constancia. Cuando, entonces, yo le respondo mencionándole la regla, le doy un fundamento de mi acción que engendrará en él la expectativa de una futura regularidad de mis conductas. Pero el vecino también se puede interesar cuando ha percibido la regularidad de mis acciones pero desconoce la clave explicativa de la misma. O puede preguntarme cuando se ha acostumbrado a esa regularidad cuya clave desconoce, pero la ha visto romperse. Quiere todo esto decir que él da por sentado que mi conducta o que la repetición de una conducta mía responden a alguna razón y que yo -si quiero- puedo explicitar esa razón que lo ayudará a comprender mi acción. Esa comprensión será plena cuando descubra que mi acción es regular y que tal regularidad viene de una regla. Y ello con total independencia de que esté de acuerdo con el contenido de la regla o que piense que debería regirme por otra más apropiada (por ejemplo, regar con más frecuencia, para que mis plantas crezcan o florezcan más lozanas).

Mi comportamiento le parecerá tanto más racional cuando se sumen estos elementos: a) la constatación de una regularidad; b) la constatación de que esa regularidad obedece a una pauta deliberada, a una regla consciente; c) el acuerdo con el contenido de esa regla.

La actitud de mi vecino ante esa regla que yo aplico también puede estar influida por otro dato. Si yo tengo en el vecindario una gran fama de jardinero muy experto, es más probable que mi vecino

dé por buenos mi modo de actuar y la pauta en que se basa, y hasta es de esperar que, si él no se considera tan avezado en asuntos de jardinería, la incorpore y la aplique en su propio jardín.

Ahora vayamos a una decisión judicial. Yo soy juez y he fallado de determinada manera un caso. Otro juez ve mi sentencia y se pregunta por qué he emitido precisamente ese fallo. En el caso concurren dos tipos de datos, fácticos y normativos. Los datos fácticos se refieren a las concretas circunstancias de los hechos del caso, que fueron las circunstancias C^1 , C^2 y C^3 . Los datos normativos se refieren a la norma (o normas) cuya consecuencia jurídica apliqué a ese caso, la norma N.

Las preguntas que ahí se me pueden plantear son varias, sucesivamente.

(i) La primera, la de por qué apliqué N. A esto puedo contestar que porque no me quedaba más remedio, si se dan dos datos: a) que, como juez, esté obligado a elegir las normas con las que resuelvo mis casos de entre un repertorio determinado y que me viene impuesto, y b) que para estos hechos de este caso sólo era aplicable N y no podía elegir ninguna otra.

Esa contestación mía puede ser cuestionada por relación a cualquiera de esos dos puntos. Se podrá decir, por un lado, que no es cierto que sea ese que yo menciono el repertorio de las normas que me vinculan, o que el repertorio es más amplio de lo que yo entiendo. Así suelen argumentar los iusmoralistas contra la concepción estricta de la vinculación del juez a la ley (a las normas del sistema jurídico-positivo) y del principio de legalidad de la decisión judicial. Alegan que ciertamente el juez está sometido a la ley (al sistema de normas jurídico-positivas), pero también al Derecho, y que el Derecho es un conjunto de normas más amplio o extenso que el sistema de legalidad, pues incluye normas morales que tienen incluso capacidad correctora o de enmienda de las normas del sistema de legalidad. Estamos ante una cuestión de selección normativa referida a la configuración del sistema jurídico.

Por otro lado, también se me puede contraargumentar que, aun dentro del repertorio normativo de referencia, y sin cuestionar dicho repertorio, yo sí disponía de una norma N' alternativa a N, bajo la cual los hechos del caso también podían encajar o, incluso, habrían encajado mejor. Nos hallamos aquí bajo un asunto de calificación de los hechos por referencia a las normas del sistema normativo.

(ii) Asumiendo, con o sin discusión, mi repertorio de normas y mi calificación de los hechos mediante la norma seleccionada, cabe aún que se suscite otra duda: la de por qué extraje de N precisamente ese resultado que se trasluce en el fallo, y no otro de los posibles. Otros resultados

habrían sido posibles si hubiera otorgado un significado distinto a los términos y expresiones con que N aparece enunciada en el sistema de referencia. Pongamos que las interpretaciones razonablemente posibles de N para el caso fueran dos, que representamos como N^{i1} y N^{i2} . Se me pide, pues, que dé razones de la preferencia de N^{i1} frente a N^{i2} . Esas razones también deberán aparecer en la motivación de la sentencia, si es una adecuada motivación.

Las razones que al juez se le demandan no se le piden, en lo que para el sistema jurídico importa, en una conversación informal y no sujeta a más reglas que las de la cortesía, como aquella entre mi vecino y yo. Al juez se le exige que dé esas razones de sus opciones, al menos en lo que éstas puedan resultar dudosas o discutibles, en la motivación de su sentencia.

Pero, por lo demás, están implícitos muchos de aquellos presupuestos del diálogo informal. Veamos:

a) Se presupone que la acción decisoria del juez se basa en reglas en todo lo que no esté determinada, en todo lo que tenga de opción entre alternativas posibles (posibles dentro de su cometido como juez, cometido reglamentado).

b) Se presupone que tales reglas se sientan y se aplican mediante una acción consciente y reflexiva. Por ejemplo, que el juez no dirime entre esas alternativas de las que dispone a base de lanzar una moneda al aire e inclinarse por una u otra alternativa según que salga cara o cruz.

c) Sentado lo anterior, se presupone que el juez es capaz de dar cuenta de las reglas que guiaron su decisión, en lo que tales reglas tengan de rectoras de sus elecciones posibles.

d) Se presupone que, puestas tales reglas, el juez: (i) considera que son las más adecuadas para fundar sus decisiones posibles en un caso como ese y (ii) asume que son las que han de aplicarse a los casos como ese.

e) Se presupone, en consecuencia, que las reglas deben engendrar regularidad decisoria del juez para casos como ese con ellas decidido y que, si no se aplican, si se rompe esa regularidad mediante la introducción de excepciones, se debe argumentar: o bien con las razones que hacen preferible la regla nueva sobre la antigua, o bien con las razones que justifican que había una variación relevante de las circunstancias que da lugar a una regla nueva que complete la anterior introduciendo en su enunciado completo una excepción; o que propiamente no es la regla anterior, sino otra, la que tiene que aplicarse a ese caso que, como consecuencia de esa peculiaridad diferenciadora, es un caso distinto a tales efectos.

Cuanto acaba de exponerse tendría que ver con la justificación del *autoprecedente* judicial y con el tipo de exigencias que es posible presentar a la ruptura del mismo. También se ha identificado, al menos en parte, el campo, en que, en sentido muy amplio, podemos ubicar decisiones de un juez que sienten alguna forma de autoprecedente. Tratemos ahora de delimitar ese autoprecedente en sentido amplio.

En tal sentido lato, podemos ver autoprecedente en toda decisión que, para la resolución de un caso, tome un juez, con estas características: a) tenía varias alternativas; b) la opción entre esas alternativas no era ni enteramente aleatoria ni ceñida nada más que al caso mismo y sus circunstancias, sino que presupone o puede reconducirse a reglas que se apliquen a decisiones del mismo tipo en otros casos a esos propósitos iguales o similares.

Siempre que estemos ante esas condiciones del autoprecedente en sentido lato, podemos asumir, al menos en un plano de racionalidad argumentativa ideal (ideal en sus propósitos explicativos o justificadores), dos requisitos normativos: que el juez debe dar de sus opciones razones capaces de expresar reglas tendencialmente generales y que ese mismo juez, cuando en casos futuros acontezcan circunstancias iguales relevantes para esa opción, debe inclinarse por la misma alternativa, la que aplica la regla anteriormente usada, o justificar el porqué del cambio de regla o de la introducción de una excepción en la regla. Su situación básica, en términos de racionalidad social y comunicativa, no es distinta de la mía en el ejemplo de inicio, cuando mi vecino observa cómo y por qué me conduzco de una forma u otra y trata de ver si soy perfectamente arbitrario o si me orienta alguna regla comprensible y mínimamente defendible.

¿De qué decisiones hablamos? No es fácil tasarlas. Pero, sin ánimo totalmente exhaustivo, enumeremos varias de las posibles:

(i) Decisiones atinentes a la admisión de pruebas propuestas por las partes o -cuando el juez tenga competencia para ello- a la solicitud de pruebas por el juez.

(ii) Decisiones relativas a la valoración de las pruebas practicadas

Aquí la cuestión versa sobre si se trata de decisiones puramente casuísticas, completamente determinadas por circunstancias peculiares del caso y no susceptibles de sometimiento a regla decisoria en términos universales, o si el razonamiento decisorio correspondiente puede verse como gobernado por una regla de ese tipo, en términos de: si se dan las circunstancias A, B, C, entonces se

debe hacer X (aceptar una prueba propuesta, solicitar una prueba, valorar de tal o cual manera una prueba...).

(iii) Decisiones relativas a la selección de la norma aplicable y, correlativamente, sobre la calificación normativa de los hechos.

(iv) Decisiones sobre la interpretación de la norma aplicable.

En nuestra vigente cultura jurídica los problemas del autoprecedente y del heteroprecedente (del que luego hablaremos) se suelen remitir a ese segundo tipo de cuestiones, las cuestiones que tratan sobre la norma y su aplicación. Posiblemente es así por causa de que rige una concepción de la prueba basada en una noción de la libre apreciación o valoración que se concibe como convicción enteramente subjetiva y circunstancial del juez, motivo por el que también sobre ese particular se aflojan las exigencias de motivación, de argumentación.

Hasta aquí hablamos del autoprecedente como sumisión, en lo que quepa, de esas decisiones del juez a una regla de su cosecha. Son esferas decisorias en las que opera la discrecionalidad judicial, pero la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad se pone precisamente en ese punto: en que el juez tome esas decisiones particulares para el caso guiado por una regla que, tendencialmente o en su propósito y su posible reconstrucción, vaya más allá del caso y aparezca como genuina regla dirigida a fundar decisiones idénticas para casos iguales en lo que importe. De ahí que la modificación del autoprecedente se vea como reemplazo de la regla anterior por una regla nueva, reemplazo que debe ser justificado para alejar la sospecha de arbitrariedad.

Problemas especiales relacionados con el autoprecedente se pueden suscitar cuando un mismo órgano judicial se halla dividido en varias salas compuestas por magistrados distintos o cuando un mismo tribunal o sala ha cambiado su composición, cuando han cambiado sus magistrados. Pero no vamos a entrar ahora en tal asunto.

Es posible enfocar el tema desde el punto de vista de los justiciables. Es el planteamiento que suele hacerse en la doctrina y la jurisprudencia, especialmente la constitucional, al ver en la ruptura del autoprecedente un atentado contra el derecho a la igualdad en la aplicación de las normas. Tampoco en este tema, bien conocido, nos vamos a parar aquí.

Tratemos seguidamente del *heteroprecedente*. Y comencemos retornando al ejemplo inicial de mis tratos con aquel vecino. Él constató mis decisiones sobre el riego de mis plantas de jardín y conoció la pauta o regla que las encauza. Cuestión diversa, ya lo vimos, es que esté de acuerdo con esa regla y la aplique para el riego de su jardín o que se guíe por otras bien distintas. ¿Qué motivo puede tener para asumir mi regla? Puede haberlo de dos tipos. Uno, que se convenza de que es mi pauta la acertada para esa finalidad de tener las plantas en las mejores condiciones. Otro, que algo lo obligue a atenerse a la misma regla que yo aplico.

Que siga por convicción mi regla puede deberse básicamente a dos motivos. Una, que me considere una autoridad en la materia y que se pliegue a mis superiores conocimientos de jardinería, reales o supuestos, pero para él efectivos. Entonces, si alguien le pregunta a él por qué riega de esa forma, responderá que porque así lo hago yo. Y si su interlocutor vuelve a la carga, hará ver que yo soy un especialista reputado. Estará empleando, como justificación de su elección de la regla, un argumento de autoridad. Más aún, puede ocurrir que él ni siquiera esté seguro de si esa regla será realmente la más conveniente o de que mi autoridad en la materia sea tanta, pero puede usar dicho argumento de la autoridad que su interlocutor me reconoce a mí.

También es concebible que él llegue, por sus propias reflexiones o su propia experiencia, a la convicción de que esa misma regla que yo aplico es la mejor de las posibles. En ese caso, no decidirá seguirla por homenaje a mi autoridad, sino por sus propias razones. Pero eso no quita para que la invocación de mi autoridad, si es reconocida por su interlocutor y supuesta en él, sirva como argumento de refuerzo de sus propios argumentos.

La otra situación mencionada es la de que mi vecino esté obligado a seguir la pauta mía. Para ello tendrá que haber una norma que así lo disponga. Esa norma convertirá el fundamento de mis decisiones en la materia, mi regla, en regla obligatoria para él. Si sobre el asunto de que se trate, en este caso el riego de las plantas de jardín, yo ya he tomado una decisión, él deberá averiguar o reconstruir la regla que a mí me orienta y aplicarla a sus propias decisiones sobre el asunto. Una vez que así haya procedido, si se le pide que justifique su hacer y la regla que hay detrás, no utilizará propiamente un argumento de autoridad al referirse a mi regla como la suya, sino un argumento directamente normativo. ¿Dónde está la diferencia? En que el argumento de autoridad sirve como argumento justificatorio de una opción decisoria de entre varias posibles: elijo esta opción, pudiendo inclinarme por otra, porque es la misma que escogió quien tiene autoridad en la materia, equivaliendo aquí la autoridad a la condición de experto de aquel al que se imita o con el que se coincide. En

cambio, un argumento directamente normativo es aquel que justifica una decisión indicando que en realidad no se tenía opción: se decide así porque se estaba obligado a decidir así, porque estaba preestablecida por la autoridad (en este caso autoridad normativa) la regla imperativa para esa decisión. Aquí la alusión a esa regla imperativa, como justificación, exonera de dar otras razones justificadoras. Si acaso, habrá nada más que acreditar que la regla resultaba aplicable porque el caso encajaba en el supuesto de hecho de la misma: se trataba de saber con qué frecuencia se regaban las plantas cuando se suceden días de sol y temperaturas de más de veinte grados y yo, autoridad normativa, ya había puesto, con mi propia decisión, la regla de que cada tres días.

Vayamos con los jueces y el heteroprecedente. La distinción correspondiente, que suele aparecer en la doctrina, es la que versa sobre el precedente (en adelante, cuando digamos precedente nos referiremos al heteroprecedente) persuasivo y el precedente imperativo.

Se llama precedente persuasivo aquel que un juez no está obligado a respetar, pero que sigue y cita por razón de la autoridad de quien lo emitió, en el sentido de su prestigio o reconocimiento. Ahí el argumento del precedente es una variante del argumento de autoridad. Comparte esa condición de argumento de autoridad con otros, como el argumento doctrinal o el argumento de derecho comparado. El argumento de autoridad se basa en el prestigio, fundado o presupuesto, de la fuente que se cita con ese propósito. Aquí prestigio equivale a la atribución de especial cualificación, capacidad o conocimiento a esa fuente, a ese sujeto u órgano cuyas decisiones se asumen como pauta de justificación de las propias.

El argumento de autoridad merece una consideración detenida que aquí no emprenderemos, por lo que nos conformaremos con unas pocas consideraciones incidentales. La clave se halla en los mecanismos de atribución de esa competencia o notable capacidad. En el trasfondo aparece una jerarquización social del prestigio y los saberes. Si nos fijamos en el argumento de derecho comparado, veremos que siempre se van a tomar como referencia sistemas jurídicos de países que se estiman como más desarrollados o poseedores de una cultura jurídica tan elevada como la del propio o más. Así, nunca veremos que en España se cite como dato relevante de derecho comparado una normativa africana, y sí se aludirá a derechos europeos o de América del Norte.

En cuanto al argumento doctrinal, aparecerá más o menos según cómo se estipule en cada lugar la correlación de prestigio y saber entre judicatura y doctrina de los tratadistas. En España este argumento aparece escasamente, y tanto menos cuanto más se asciende en la escala de los tribunales. ¿Por qué? Probablemente por la secular rivalidad entre jueces y profesores y por la tradicional

separación de ambas carreras. Sin embargo, en muchos países latinoamericanos es más común este argumento en las sentencias y tiene particular eficacia y se emplea con singular fruición cuando es doctrina europea la que se trae a colación.

Por las mismas, el precedente judicial no imperativo, persuasivo, acostumbra a darse de tribunales colegiados, y más de los de más alto nivel formal, viéndolos o presuponiéndolos como detentadores de mayor prestigio y capacidad. A fin de cuentas, la eficacia del argumento de autoridad depende no tanto de la excelencia o capacidad especial que a esa “autoridad” asigne el que trae el argumento, sino de la que le atribuya el interlocutor al que se quiere persuadir o convencer de lo razonable de la decisión.

¿Y el precedente *imperativo*? Ya se ha visto que requiere una norma de ese sistema normativo que eleve la pauta decisoria de un sujeto u órgano a pauta obligatoria para la decisión de otro. Esas normas tienen una estructura peculiar y podemos denominarlas normas de remisión. Su esquema podría ser así:

Cuando el órgano X decida un caso sometido a su competencia y un caso igual haya sido decidido previamente por el órgano Y, X deberá decidir su caso de la misma manera que Y decidió el suyo.

Decimos que es una norma de remisión puesto que remite a otra norma. ¿A cuál? No a una de contenido determinado, sino a cualquiera que para el caso igual haya creado y aplicado el órgano Y.

Reparemos en que Y ha debido crear por sí esa norma que será norma obligatoria de referencia para X, sometido X al precedente imperativo de Y. No hay precedente normativo imperativo sin ese elemento de creación de una norma. Por tanto, el asunto es qué norma es esa que Y, el órgano engendrador del precedente, crea y qué notas características tiene la misma.

En todo caso, Y ha de estar rellenando un espacio normativo vacío o incompleto. Esto es, tiene que estar completando una dimensión normativa necesaria para la resolución de los casos. Esto puede darse en algunas de las situaciones siguientes: laguna normativa, antinomia de segundo grado, selección de la norma aplicable o, sobre todo, interpretación de la norma aplicable (o seleccionada como aplicable). En cualquiera de esas situaciones el juez parte de un repertorio normativo previo y que lo vincula como base de sus fallos, pero a ese repertorio tiene que añadir una regla R, sin la que el caso no puede ser decidido o no puede ser decidido adecuadamente. Es R la que se constituye en norma precedente a la que queda vinculado X para los casos futuros iguales y a los efectos que

importen. Esto es, para X aquel repertorio normativo de partida queda integrado con una nueva norma, R. R se suma a ese repertorio, ya sea colmando una laguna, fijando un modo de resolver una antinomia o precisando el sentido de otra norma que se aplica a esos casos o estableciendo una prioridad entre las normas que pueden ser seleccionadas para resolver tales casos.

Pongamos un supuesto de interpretación. La norma preestablecida en el sistema y que viene al caso es N. N admite razonablemente dos interpretaciones posibles, I¹ e I². Y, en su sentencia que crea precedente obligatorio para X, ha decidido que debe prevalecer la interpretación I¹ y, si la motivación de su sentencia es adecuada, habrá argumentado esa preferencia con argumentos admisibles. Esa decisión interpretativa de Y, cuando engendra precedente, cobra valor normativo para X, pues hace nacer una norma R que se añade a N. Cuando X resuelva un caso igual en lo que importe, tendremos que se encuentra sometido a dos normas complementarias:

a) La norma N, preestablecida en el sistema tanto para Y como para X.

b) La norma R, establecida por Y e incorporada así al sistema, que rige desde entonces para X y que prescribe cómo debe interpretarse N, al menos para esos casos.

Lo que da su impronta al precedente imperativo y marca la diferencia esencial con el precedente persuasivo es lo siguiente: que la vulneración de R (norma del precedente) por X (órgano vinculado al precedente) se contempla por una norma del sistema -referida al modo cómo los órganos judiciales tienen que decidir, a la base normativa de sus decisiones a la que deben someterse- como causa de que pueda ser anulada la decisión de X que aplica la norma N pero no se atiene a la norma R -por ejemplo porque opta por una interpretación de N diferente de la que queda fijada en R-. Por tanto, propiamente no habrá precedente imperativo si el sistema jurídico no dispone vías procesales para reclamar la anulación de la decisión judicial que no respete el precedente. En ordenamientos como el español esa vía ha venido siendo el recurso por infracción de jurisprudencia, también llamado, según las épocas y las leyes procesales, recurso por infracción de doctrina.

En ese sentido se debe entender también la mención que el Código Civil hace de la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, atribuyéndole función complementaria. Naturalmente, cada sistema jurídico podrá regular de distinta manera las condiciones para que las decisiones de un órgano judicial determinado alumbren precedente obligatorio para otros órganos judiciales. Por ejemplo, unas veces se exigirá que haya dos o más sentencias coincidentes y otras veces bastará una sola sentencia para tal resultado. Lo primero viene ocurriendo tradicionalmente al exigirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea “reiterada” y se manifieste en dos o más sentencias

coincidentes. Lo segundo sucede respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional en las que se interpreten preceptos constitucionales. También tienen presencia en nuestro ordenamiento actual otros mecanismos de producción de precedente judicial vinculante, como es el caso de los recursos para la unificación de doctrina, tal como juegan en el orden laboral o administrativo.

Hasta aquí lo que podría llamarse el mecanismo externo del precedente y su modo de insertarse en el sistema jurídico. Pero nos queda tratar su problema interno, el problema del contenido de R.

Regresemos una vez más a la comparación con la jardinería y aquella relación entre vecinos. Hasta aquí, habíamos puesto que yo enunciaba, ante la pregunta de mi vecino, la regla que seguía en materia de periodicidad del riego de mis plantas, dadas determinadas circunstancias (días de sol, temperatura...). Modifiquemos ahora la situación. Imaginamos que, por la razón que sea, mi vecino no puede preguntarme por esa regla que fundamenta mi acción. Sólo le cabe contemplar mis decisiones, traducidas en acciones de riego, y tratar de extraer por sí mismo la regla que las rige, de la misma manera que el órgano judicial sometido al precedente puesto por otro no puede ir y pedirle que le enuncie con toda precisión R, sino que ha de conformarse con leer su sentencia o sentencias sobre los casos en cuestión y reconstruir por sí mismo aquella regla, R. El problema se halla en “los casos en cuestión”. Cada sentencia versa sobre un caso específico y los casos se contemplarán como iguales o diferentes según el punto de vista que se tome, según el término de comparación.

Mi vecino ve aquella frecuencia con que yo riego las plantas de mi jardín. Presupone que no lo hago aleatoriamente o a humo de pajas, sino que aplico un criterio, una pauta. Anota las circunstancias (número de días, sol, temperatura...) y (re)construye esa pauta, la regla, R. Puesto que, por alguna razón que aquí no importa, está obligado a guiarse por esa misma pauta por mí puesta, R, hace lo mismo en adelante en su jardín: cuando hay sol y temperaturas por encima de los veinte grados, riega cada tres días y, por tanto, aplica R. ¿Es adecuada esa (re)construcción suya de R y es correcta su consiguiente aplicación a su caso (el riego de su jardín)? Depende de si en el supuesto de R ha incluido todas las circunstancias que a mí me determinan cuando yo tácitamente he puesto R como criterio de esas decisiones propias.

En mi jardín tengo nada más que petunias. ¿Debería el vecino haber incluido ese dato en R? Él tiene en el suyo peonías y pensamientos. ¿Es ese detalle diferenciador suficientemente importante para alterar el sentido de la aplicación por R de mi vecino? La fórmula de riego contenida en R será válida o no dependiendo de la relevancia de tal diferencia. Si los pensamientos requieren un régimen de riego

más frecuente que las petunias, la diferencia resultará dirimente y R tendrá solamente sentido para los jardines con petunias.

De este modo, indicamos dos dificultades emparentadas y relacionadas con la reconstrucción de la regla que late bajo la decisión que crea precedente vinculante: por una parte, la reconstrucción de la propia regla a partir de la decisión del caso por el tribunal que produce el precedente, y, por otra parte, el establecimiento del supuesto de dicha regla, del que va a depender su aplicación a los casos futuros por los tribunales atados al precedente.

Todo caso presenta originariamente una lista prácticamente infinita de circunstancias que pueden especificarlo. Son los hechos brutos, que el juez somete a una selección basada en un juicio de relevancia y que los convierte en hechos del caso. Esa operación acontece de la mano de la selección e interpretación de la norma que se va a aplicar al caso y sirve para facilitar el encaje de los hechos bajo el supuesto de la norma en la que se va a basar el enjuiciamiento. Cuando se trata de una norma general y abstracta que precede al enjuiciamiento, se cuenta con ese elemento y los problemas son básicamente de interpretación y, correlativamente, de acomodo de los hechos brutos como hechos del caso que puedan subsumirse -o no- bajo tal norma. Pero en el precedente no hay enunciada de esa manera una norma general y abstracta, sino que generalmente hace falta reconstruirla. Reconstruirla quiere decir enunciarla en términos generales y abstractos para que bajo ella puedan ser subsumibles otros casos, aquellos que el juez subsiguiente y vinculado tiene que resolver con arreglo al precedente. Por tanto, una cosa es la decisión que cuenta como precedente y otra la extracción, a partir de esa decisión, de lo que propiamente va a servir como norma: la que subyace a esa decisión precedente.

Ya se dijo más atrás que la regla que con el precedente se crea puede referirse a diversos aspectos. Volvamos a quedarnos con el más habitual, que es la determinación de la interpretación de la norma aplicable al caso. La regla que con el precedente nace, a la que seguimos llamando R, se reconstruye conforme al siguiente esquema de razonamiento:

- (i) En el caso resuelto y que sienta precedente, se aplicó la norma N.
- (ii) De las circunstancias del caso, contaron como relevantes las circunstancias a, b y c.
- (iii) Para el caso con esas circunstancias a, b y c, el tribunal interpretó N en el sentido Nⁱ¹.
- (iv) Por tanto, la regla que como precedente vincula es la siguiente:

En todo caso en el que las circunstancias relevantes sean a, b y c y sea aplicable la norma N, N se deberá interpretar en el sentido Nⁱ.

Puesto que, tal como ya se ha expuesto, cuando hay precedente vinculante su invocación cuenta como argumento normativo, la regla puesta en el precedente vinculante exonera de ulteriores argumentos justificatorios de esa opción, aquí esa opción interpretativa. Esa opción no necesita justificarla el tribunal que aplica el precedente, porque lo obligatorio no necesita ser argumentativamente justificado. Como razones a favor de R, de esa regla interpretativa, contarán las que el tribunal que pone el precedente haya manejado. Sin embargo, R obliga no en función de los argumentos con que en origen fue respaldada, sino por razón de la autoridad atribuida por el sistema al tribunal emisor. En cuanto autoridad normativa productora de tal norma general y en lo que se relaciona con la justificación de su creación de R, ese tribunal emisor no necesita más fundamento que su autoridad, igual que sucede con el legislador. Sí que pudo, en su caso y en su momento, atacarse su decisión por deficiente fundamentación, pero, una vez firme la sentencia que provoca R, R cuenta como una norma más del sistema.

Puestas así las cosas, el tribunal llamado a aplicar el precedente se halla en la misma situación en la que se encuentra respecto de cualquier otra norma del sistema que pueda venir al caso: deberá determinar si se cumplen las condiciones del supuesto de hecho, esto es, si concurren en el caso todas las circunstancias presentes en el supuesto de hecho de R y si no se da ninguna otra que excluya la aplicabilidad de esa norma. Una diferencia reseñable se halla en que, respecto de las normas generales del sistema, la no aplicabilidad de una suele conducir a la aplicación de otra de las en principio concurrentes como candidatas para la subsunción del caso, mientras que la no aplicabilidad de las reglas del precedente, cuando no se dan todas las circunstancias de su supuesto o hay alguna circunstancia adicional relevante para excluir esa aplicación, se traduce en una vuelta a la discrecionalidad del juez en esa cuestión, por ejemplo en esa cuestión interpretativa.