

Marina GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, 107 páginas.

Este pequeño libro contiene una interesante exposición e interpretación de la doctrina del precedente desarrollada por el Tribunal Constitucional español, según la cual el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución exige que los órganos jurisdiccionales no se aparten arbitrariamente de los criterios de decisión seguidos en sus propias resoluciones anteriores. La autora pone especial cuidado en deslindar el significado, fundamento y alcance de esta exigencia respecto de otras aspiraciones constitucionales como la igualdad material o la unidad de jurisdicción. Y lo hace con tenacidad, en ocasiones en abierta confrontación con el sentido explícito de las sentencias del TC, las cuales evidencian a su vez un descuidado tratamiento del problema. El empeño de Marina Gascón es examinar la difusa doctrina del TC sobre la relevancia del precedente y rescatar de ella una línea argumentativa nítida a cuya luz interpretar la institución —y también, de paso, las manifestaciones del TC que no se ajustan a dicha línea.

Lo primero que hay que subrayar es que por *técnica del precedente* la autora no se refiere al sometimiento de los órganos jurisdiccionales a los criterios de decisión seguidos en el pasado por otros órganos de igual o superior jerarquía al resolver casos iguales; sino a los seguidos por el mismo órgano decisor. Más aun, y esto puede resultar paradójico, a su juicio la regla del precedente tiene sobre todo un sentido de futuro, en tanto que en virtud de dicha regla cuando un juez escoge un criterio por el que guiar su decisión está comprometiendo su actuación futura. La clave de la técnica del precedente para Gascón es que introduce el principio de universalización en la actuación judicial, obligando a resolver el caso presente del modo que el juzgador considera más correcto para dar respuesta a cualquier situación futura con las mismas características. El precedente no protege la tradición jurisprudencial; su razón de ser no es salvaguardar la unidad en las soluciones judiciales para mantener así la ficción de jurisdicción única y promover un aspecto de la seguridad jurídica. La regla del precedente no prohíbe alterar la línea jurisprudencial; sólo prohíbe hacerlo sin motivo y exclusivamente en lo que atañe a la jurisprudencia del propio órgano decisor. Lo que hace el precedente es imponer un mínimo de racionalidad en las decisiones: obliga al órgano decisor a seguir consistentemente la pauta que él mismo se marca, si no hay razones para abandonarla.

El libro comienza con una reflexión sobre el papel de los jueces como creadores de Derecho, en la que la autora se sitúa junto a quienes critican a Dworkin por sostener que el Derecho siempre dispone de una única respuesta correcta para los casos litigiosos, y que la tarea judicial es aplicar ese Derecho preexistente (más en concreto, garantizar los derechos preexistentes), reconstruyéndolo incluso con ayuda de los principios morales vigentes en la sociedad. Gascón lanza contra esa tesis diversos dardos: las expresiones jurídicas pueden ser genuinamente ambiguas; los principios morales no ayudan a la determinación del Derecho, en tanto que su formulación no es precisa; la sociedad no profesa valores homogéneos y los sistemas jurídicos incorporan a veces principios contradictorios; la posibilidad de no alcanzar un consenso sobre normas impide que exista siempre una única respuesta correcta para el conjunto de la comunidad lingüístico-jurídica, frente a lo que ocurre respecto a cada persona individual (cuyas creencias no pueden contradecirse), aunque aspirar a aquélla actúa como idea regulativa en la interpretación jurídica. Hacia el final de estas líneas expondré mi sospecha de que precisamente la referencia a las creencias de cada persona da una pista para matizar la negación de la respuesta correcta única.

Pero el libro de Marina Gascón no está dedicado al problema de la intervención de los jueces en la creación/identificación del Derecho. Su tema es el principio de universalización, tal como se plasma en la exigencia de que los órganos judiciales se atengan siempre a las soluciones que ellos mismos consideran correctas: «toma aquella decisión que en el futuro estuvieras dispuesto a respaldar ante unas mismas circunstancias» (p. 31). Para Gascón, ante el hecho de que a veces los criterios que sirven al juez para decidir no proporcionan una única respuesta, el criterio de universalización se presenta como la garantía mínima de racionalidad de esas decisiones

conflictivas. Se trata, como se comprende fácilmente, de una racionalidad meramente formal, que es compatible con soluciones abiertamente injustas. Por eso es necesario que la garantía formal impuesta por el autopercedente se complemente con una protección material de la justicia, que proscriba las resoluciones judiciales conformes con una línea jurisprudencial lesiva de derechos fundamentales. De ahí que se haya querido combinar la exigencia derivada del precedente con la protección de la igualdad material, llegándose a una confusión de garantías que Gascón se esfuerza por deslindar.

Como apunté, la depuración filosófica del sentido del autopercedente llevada a cabo por Marina Gascón en este libro se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Una jurisprudencia no siempre consistente, como la autora se encarga de poner de relieve, pero que sí ofrece una base en la que sostener una construcción doctrinal como la que este libro propone. Y, sobre todo, una jurisprudencia que emplaza el respeto del autopercedente como algo más que un requisito de rigor formal: es una exigencia jurídica fundamental, derivada del artículo 14 CE. En efecto, para el TC la regla del precedente es una expresión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, que forma parte del contenido del artículo 14 CE junto al derecho de igualdad en la ley. Gascón acepta la vía escogida por el TC para deducir de la Constitución la regla del precedente, aunque ella observa que la aplicación de la misma solución jurídica a los casos iguales no es un asunto de igualdad, sino más bien de certeza y seguridad jurídica (pp. 56 y ss.). No obstante después aclara que el objetivo de la regla del precedente no es la uniformidad jurisprudencial en los casos idénticos, frente a la cual el TC prima la independencia judicial, sino que su objetivo es la interdicción de la arbitrariedad que supone que un órgano jurisdiccional desoiga inmotivadamente su propia jurisprudencia (pp. 77 y ss.). Pero el principal reproche que Gascón dirige al TC es que en ocasiones parezca asimilar la vinculación al precedente con la interdicción de interpretar y aplicar el Derecho con criterios discriminatorios. Porque a su juicio —y éste es el hilo conductor del libro— una cosa es la igualdad material ante la ley impuesta por el artículo 14 CE, consistente en la proscripción de discriminaciones no autorizadas, tanto en la creación como en la aplicación del Derecho; y otra muy distinta es la exigencia de racionalidad en la actuación judicial, la cual se refleja en la obligación de regirse por el principio de universalización en la aplicación del Derecho, obligación que a su vez se plasma jurídicamente en la regla del precedente.

De todos modos, como digo, Gascón acaba aceptando, pese a sus matizaciones, la incardinación de la técnica del precedente en el artículo 14 CE, en cuanto igualdad en la aplicación de la ley. Para ello introduce en esta vertiente de la igualdad una distinción, que en el TC sólo es implícita, entre la obligación de interpretar el Derecho de forma no discriminatoria y la obligación de respetar el propio precedente. Gascón expone cómo la doctrina del TC sobre las exigencias de la igualdad evolucionó desde una garantía material contra las discriminaciones prohibidas por la Constitución hasta una defensa de la regla del precedente en cuanto mandato formal, el cual constriñe al juzgador a mantener el criterio de decisión adoptado por él previamente en supuestos iguales, salvo que motive el cambio. Si originalmente el control de igualdad desarrollado por el TC consistía en la revisión de los criterios interpretativos seguidos por el juzgador, ahora el TC adopta la técnica del precedente como mecanismo de control que no requiere examinar la corrección material de la resolución recurrida. Con esta solución el TC colabora a su propósito expreso —no siempre cumplido— de no convertirse en una instancia más de revisión judicial. La técnica del precedente dota al TC de un mecanismo de control formal de las decisiones judiciales que le evita tener que entrar en el contenido de la decisión.

Pero, por supuesto, un control formal como el que aporta la regla del precedente no satisface la protección constitucional. Por eso el TC ha mantenido, incluso después de desarrollar la doctrina del precedente, su entendimiento original del principio de igualdad como prohibición de discriminaciones al interpretar y aplicar la ley. Ante esta dualidad Gascón sugiere sensatamente que lo más adecuado es interpretar que el TC simultanea ambas interpretaciones de la igualdad en la aplicación de la ley, aunque esporádicamente se torne reduccionista (Gascón menciona la STC 144/1988 como una sentencia restrictiva, en cuanto que condiciona la aplica-

ción de la regla del precedente a que la resolución que cambia inmotivadamente de criterio tome en consideración indebidas circunstancias personales o sociales de las partes). La Constitución prohíbe en primer lugar la aplicación discriminatoria del Derecho; pero impide también apartarse arbitrariamente del propio precedente aunque la nueva decisión no atente contra la igualdad material. Esta segunda garantía, que el TC llama por antonomasia *igualdad en la aplicación de la ley*, es el contenido de la técnica del precedente.

El enfoque de Gascón para armonizar la jurisprudencia constitucional sobre el autoprecedente me parece acertado. La coexistencia de las diversas exigencias constitucionales de igualdad material y racionalidad formal aparece con cierta claridad en la STC 159/1989, de 6 de octubre de 1989, que reconoce el derecho de una mujer a que la atribución judicial del arrendamiento de un local de negocio tras su separación conyugal, y consiguiente disolución de la sociedad de gananciales, no sea considerada un traspaso con arreglo a la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU). El fundamento jurídico 2.º de esta STC recoge la doctrina del autoprecedente al resumir las condiciones para invocar la igualdad en la aplicación de la ley: «la aportación de un término válido de comparación que acredite la igualdad de supuestos y la verificación de la existencia de un cambio de criterio efectuado de forma inmotivada o irrazonable por un mismo órgano judicial en sus decisiones»; lo cual ha de ser «compatible con los principios de independencia judicial y no necesaria vinculación a los precedentes, de forma que el órgano judicial pueda, mediante el oportuno razonamiento y motivación, variar eventualmente de criterio en sus ulteriores decisiones respecto al mantenido inicialmente en alguna o varias de las dictadas con anterioridad». Esta mención se debe a que la demandante alegaba que la sentencia recurrida era contradictoria con otra anterior de la misma Audiencia Territorial y con otras del Tribunal Supremo sobre hechos similares. Pero el TC responde que ambas sentencias de la AT difieren tanto en los hechos como en la normativa aplicable. Y que el hecho de que la AT no comparta el criterio de la STS invocada no infringe el derecho a la igualdad, por varias razones (algo llamativo, pues la primera de ellas debería hacer a las demás irrelevantes): porque este derecho vincula sólo respecto al propio precedente, porque no basta una sentencia aislada sino que es precisa una línea jurisprudencial consolidada, y porque la STS no ventilaba el mismo problema ni tenía el mismo supuesto (versaba sobre un arrendamiento de vivienda). Esta última razón explica a su vez por qué no resulta aplicable al caso otra exigencia constitucional derivada del art. 24.1 CE: diversos órganos del Estado no pueden resolver contradictoriamente sobre la existencia e inexistencia de unos mismos hechos (cfr. STC 185/1985).

Junto al evocado enfoque de la igualdad constitucional en la aplicación de la ley, esta STC 159/1989 recoge también en su FJ 4.º el enfoque rival: el artículo 14 CE puede verse lesionado «mediante una interpretación o aplicación de la legalidad que resulte *per se* injustificadamente discriminatoria». Al TC no le compete corregir la interpretación y aplicación del Derecho practicada por los órganos judiciales, pero siempre que éstos respeten el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 CE. Atendiendo a esta nueva perspectiva de la exigencia constitucional, la STC otorga el amparo por considerar que la SAT incurre en una discriminación injustificada al interpretar que el artículo 31.1 de la LAU no incluye la atribución judicial por causa de separación matrimonial entre las excepciones del supuesto de traspaso, ya que —advierte el TC— la LAU ha de ser reinterpretada a la luz de la Constitución. Por último, la STC expone que el artículo 24.1 CE exige que la motivación requerida en los pronunciamientos judiciales sea razonable y razonada; y con base en este requisito halla una nueva razón para otorgar el amparo, puesto que la SAT recurrida contiene una argumentación intrínsecamente contradictoria e irrazonable que no respeta el derecho de tutela (en efecto, la SAT reconocía en un principio que los dos cónyuges eran coarrendadores pero después considera que la sentencia judicial dio lugar a un traspaso).

Como se ve, esta STS 159/1989 —que me he permitido exponer puesto que no la he visto citada en el documentado libro de Marina Gascón— contiene una informativa recopilación de varios modos de presencia del principio de igualdad en la tutela constitucional. De ellas nos interesaba sobre todo la recogida en primer

lugar, por cuanto que el objeto de estudio del libro que comento es el autoprecedente. Por cierto que es posible que el TC lo incumpla en esta sentencia, pues se ha dicho que en ella contradice el criterio que siguió en la STC 126/1989 —de la misma Sala 1.^a, si bien el TC no distingue entre Salas o Secciones de un mismo órgano a efectos de autoprecedente—. Aquella sentencia consideraba que la esposa a la que el juez atribuyó el uso de la vivienda tras la separación no ve lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva si otro juez considera que al no haber notificado la resolución al arrendador incurre en un supuesto de cesión inconstitucional a tenor de los artículos 24 y 25 de la LAU. En esa ocasión el TC estimó que se trataba de un problema de legalidad ordinaria en el que no podía inmiscuirse. Tal vez la diferencia entre los casos a los que se trataba de adaptar la separación conyugal —necesidad de la notificación de la subrogación de vivienda familiar en uno, y existencia de traspaso de local de negocio en otro— permitiría al TC justificar que considerase que en el segundo, pero no así en el primero, permitir el desahucio de la esposa supone una interpretación discriminatoria del Derecho, cuya inconstitucionalidad permite anular la resolución. Pero lo cierto es que en apariencia hay un cambio de criterio, y el TC no lo motiva.

La confrontación de las dos sentencias del TC mencionadas en el párrafo anterior pone de manifiesto un punto importante: la distinción entre la exigencia material de igualdad y el requisito formal de no apartarse arbitrariamente del propio precedente, teóricamente intachable, es en la práctica bastante difusa. Porque el aspecto esencial del escrutinio de la conformidad de unas decisiones con las precedentes es determinar si la *ratio decidendi* es la misma en ambas; y esta determinación, sin duda el momento más complejo de este escrutinio, está inevitablemente guiada por consideraciones sustantivas de valor. No es sorprendente que la afinidad entre unos supuestos de hecho y otros se aprecie en función de los resultados preferidos *en cada caso* desde el punto de vista axiológico: si los criterios de justicia material manejados por el juzgador le llevan a postular una solución divergente a dos casos en apariencia idénticos, la actitud natural será tratar de mostrar que ambos casos no son en absoluto idénticos, y que por tanto admiten perfectamente soluciones contrarias. Marina Gascón reconoce la intervención de componentes axiológicos en la identificación analógica de los precedentes (p. 45), pero pese a ello insiste en diferenciar ambos aspectos de la igualdad en la aplicación de la ley.

Es difícil encontrar dos litigios tan idénticos que sea imposible justificar, más o menos convincentemente, una diferencia de enfoque al resolverlos. Esta dificultad convierte a mi juicio la técnica del precedente en un mecanismo de control de las decisiones judiciales que no es tan formal como pudiera parecer en su descripción doctrinal, sino que obliga en la práctica a realizar una revisión del contenido del fallo para comprobar su justicia material. Por eso no resulta extraño que la STC 144/1988 mencionada antes prime la protección contra las discriminaciones sobre la garantía formal del precedente. La protección constitucional se realiza ante todo procurando que la interpretación y aplicación del Derecho no sea materialmente injusta, y a este propósito se subordina la utilización de la técnica del precedente; de modo que las condiciones para dicha utilización se evalúan en función del resultado que del empleo de la regla del precedente se deriva. Pocos casos habrá tan claros de contradicción entre dos sentencias del mismo órgano como la presente en las SSTS (Sala Primera) de 19 de enero de 1987 y de 16 de febrero de 1987, que juzgaban los mismos hechos (el Banco Zaragozano recurría el levantamiento de un embargo sobre un piso que era bien ganancial de la esposa del deudor), tal como fueron dilucidados en los dos procesos que se siguieron, juicio declarativo y tercera de dominio: la primera sentencia del TS confirma el resultado de aquél, y la segunda casa el resultado de éste, pese a que ambos eran coincidentes. Pero incluso en este flagrante supuesto de contradicción cabría hallar algún resquicio para dejar de aplicar la regla del precedente si ello fuera aconsejable en aras de la justicia material del resultado. [Esa búsqueda no fue necesaria para el TSJ de Navarra, Sala de lo Civil, que en su sentencia de 10 de febrero de 1993 resuelve la contradicción reseñada estimando que el principio de seguridad jurídica aconseja conceder valor preferente a la primera sentencia frente a la segunda. Por cierto que este Tribunal no menciona la regla del precedente como razón de su decisión, sino que invoca —de modo

ciertamente más práctico para el caso concreto— el valor de la cosa juzgada: «declarado en aquélla (sentencia), de forma irrevocable, el derecho, no cabe alterarlo por una nueva actuación de los Tribunales»].

En cualquier caso, hay indicios de que la doctrina constitucional del precedente comienza a declinar por efecto de la creciente reticencia del TC a inmiscuirse en los criterios interpretativos seguidos en las sentencias recurridas. El inhibicionismo del TC ante decisiones judiciales que malinterpretan el Derecho pero que pese a ello proporcionan una tutela judicial efectiva (como es sabido, ésta no equivale al acierto judicial) ha endurecido progresivamente las condiciones necesarias para invalidar una sentencia por violación de precedente. Los requisitos para invocar esta regla —«la identidad del órgano judicial y de supuestos resueltos de forma contradictoria, junto con la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio», en expresión de la STC 160/1993— se exigen ahora con un rigor formal que da idea de la escasa voluntad del TC por anular mediante dicha técnica sentencias que no infringen otros derechos fundamentales. La STC 375/1993 desestima un recurso de amparo contra una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid porque se aportaban como términos de comparación sentencias del Tribunal Central de Trabajo, aunque —según apuntó el Fiscal— también contradecía sin fundamento razonable una sentencia del día anterior del propio TSJ de Madrid, y aunque ese criterio original había sido confirmado con posterioridad por el Tribunal Supremo.

En fin, discúlpeame esta incursión en el tema que ocupa al libro que reseño, libro al que seguramente me debería haber ceñido puesto que su objeto aparece allí muy competentemente tratado. Es especialmente instructivo su párrafo final, que resume el contenido de la doctrina constitucional del precedente una vez depurada; pero resisto la tentación de reproducirlo para no sustraer al lector de la satisfacción de seguir la argumentación de la autora hasta el momento de la síntesis conclusiva. Creo que esta argumentación tiene un interés intrínseco, con independencia de la actitud que pueda tomar el TC en el futuro respecto a la obligación de atenerse al propio precedente. Es de esperar que el TC no deje de ser el control de racionalidad que en muchas ocasiones ha venido siendo al exigir a los juzgadores congruencia en su línea jurisprudencial, tal como se manifiesta en el libro de Gascón. Para ello ha de evitar que la garantía formal característica del requisito de la universalización deje de ser efectiva por causa del distinto formalismo de las formalidades.

Al margen ya del tema central del libro de Gascón, quisiera ahora hacer el comentario que había pospuesto en relación a sus críticas a la tesis de la respuesta correcta única. Por mi parte admito la posibilidad, en último término, de un genuino conflicto valorativo irresoluble incluso tras un diálogo en condiciones ideales; pero no obstante creo que es igualmente real la posibilidad de solventar tales conflictos en la comunidad empleando criterios semejantes a los que ordenan las creencias de cada individuo, básicamente el principio de no contradicción. En efecto, pienso que si una persona singular puede —y debe, se añade— coordinar sus postulados normativos para formular una única respuesta correcta a cada caso litigioso, en buena medida esta coordinación es trasladable al ámbito colectivo, puesto que los principios que colisionan en uno y otro ámbito vienen a ser los mismos. Supongamos que se trata de decidir sobre la legitimidad de asumir pasivamente el sometimiento a un ejército extranjero de ocupación poderoso y despiadado. Cuando el debate se plantea intersubjetivamente es probable que choquen dos posiciones: una que prima la libertad frente al ocupante y otra que prima la vida de los ocupados. Estas valoraciones divergentes pueden ser ciertamente irreconciliables, de modo que sea imposible alcanzar *la solución correcta* al dilema. Ahora bien, cuando el problema se plantea en el interior de un sujeto singular sucede que ambas valoraciones conflictivas están también presentes, pues no en vano las creencias de cada individuo se nutren de las creencias mantenidas en su medio social; y sin embargo se admite que en esta situación el conflicto valorativo ya no es irresoluble. Al individuo que no sabe si primar la vida o la libertad se le exige que resuelva de una vez por todas sus dudas, porque se entiende que si sus creencias son racionales han de ser coherentes entre sí. Lo que se afirma, según creo, no es tanto una tesis psicológica que niega que el sujeto pueda considerar valiosos dos principios aparentemente incom-

patibles, sino más bien una tesis epistemológica según la cual el sujeto ha de poder reducir esa aparente contradicción con arreglo a criterios arbitrarios que permitan resolver uniformemente los casos planteados. Pero entonces podemos esperar que esos mismos criterios arbitrarios hagan acto de presencia en los debates intersubjetivos, de modo que dilemas aparentemente irresolubles obtengan una solución uniforme.

En definitiva, creo que un proceso constructivista de descubrimiento y análisis de los principios implícitos en la práctica social del discurso moral, con ser dificultoso y polémico, permite acceder a importantes datos que se sustraen a las discrepancias valorativas y constituyen criterios arbitrarios efectivos. Todo esto es muy teórico, y no puede decirse que la investigación constructivista defendida arroje mucha luz sobre cuál pudiera ser la respuesta correcta al dilema planteado por la ocupación militar; pero en cualquier caso no hay razón para negar tajantemente la posibilidad de que exista en realidad dicha respuesta. La discrepancia valorativa intersubjetiva se refleja en el razonamiento individual, y de la misma manera que el sujeto puede superarla en lo que respecta a sus creencias, también cuenta con mecanismos para superarla si precisa armonizar las creencias sociales para definir la mejor solución moral en la comunidad de referencia. El juez, por tanto, puede en principio reconducir la aparente ambigüedad valorativa de la sociedad hacia una red coherente de principios. Obviamente esta posibilidad no es sino la idea regulativa que menciona Gascón —siguiendo a Alexy—, pero con el matiz de que no es simplemente una ilusión imposible (un noble sueño), sino una expectativa al alcance del investigador.

Como es de rigor termino esta nota recomendando el libro de Marina Gascón, cuyo estudiado tratamiento del significado, fundamento y alcance de la obligación de respetar el propio precedente aclara aspectos complejos de dicha obligación y a su vez suscita al lector la reflexión personal, lo cual es uno de los mejores efectos que cabe esperar de un libro de filosofía jurídica.

Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES