



**Estudio de Derecho
Comparado Internacional
del Precedente Jurisprudencial
Constitucional: Propuesta
Metodológica para Colombia**

Instituto de Estudios del Ministerio Público
Procuraduría General de la Nación

Carlos Arturo Moreno Orduz

Director

Natalia Ruiz Morato

Autora Principal

*Estudio de Derecho Comparado Internacional del Precedente Jurisprudencial
Constitucional: Propuesta Metodológica para Colombia*

© Procuraduría General de la Nación, 2018
© Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP) 2018

Fernando Carrillo Flórez

Procurador general de la nación

Director

Carlos Arturo Moreno Orduz

Autora principal

Natalia Ruiz Morato

Colaboradores

*David Ernesto Llinás Alfaro,
Jorge Ricardo Palomares García*

Cordinador editorial

Luis Enrique Martínez Ballen

Diseño y diagramación

Natalia del Pilar Cerón Franco

Impresión y corrección de estilo

Imprenta Nacional de Colombia

Edición

*Instituto de estudios del Ministerio Público – IEMP
IEMP Carrera 5 No. 15-80, piso 16
Bogotá D.C.; Colombia
PBX: 587 87 50 ext. 11621
<http://www.procuraduria.gov.co/iemp>*

ISBN: 978-958-734-236-9

Esta publicación fue editada y financiada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Las opiniones expresadas en el presente documento son responsabilidad del autor y no comprometen a la Procuraduría General de la Nación, ni al Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Abril, 2018.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Fernando Carrillo Flórez
Procurador general de la nación

Juan Carlos Cortés González
Viceprocurador general de la nación

Carlos Mario Molina Betancur
Director Instituto de Estudios del Ministerio Público



Tabla de contenido

I. La jurisprudencia constitucional, sus partes decisivas y su obligatoriedad. Carlos Arturo Moreno Orduz.....	9
II. Metodología del estudio de derecho comparado internacional del precedente jurisprudencial constitucional y propuesta metodológica para Colombia. Carlos Arturo Moreno Orduz, David Ernesto Llinas Alfaro, Jorge Ricardo Palomares García y Natalia Ruiz Morato	15
III. La jurisprudencia constitucional en el derecho alemán. Jorge Ricardo Palomares García y Natalia Ruiz Morato.....	18
1. El sistema de fuentes en el derecho alemán	19
2. La jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes alemán.....	20
2.1. Efectos procesales de las decisiones judiciales.....	22
3. El carácter vinculante- sentido material de las decisiones del BVERFG.....	26
4. Dimensión vertical y horizontal de los efectos vinculantes de las decisiones del BVERFG.....	18
5. Metodología del precedente judicial en Alemania. Natalia Ruiz Morato	30
IV. La jurisprudencia constitucional en el derecho colombiano. David Ernesto Llinas Alfaro, Carlos Arturo Moreno Orduz y Natalia Ruiz Morato	33
1. El sistema de fuentes en el derecho colombiano.....	34
1.1 El artículo 230 de la Constitución Política y el papel de la Jurisprudencia en Colombia	35
2. Ubicación del precedente judicial en el sistema de fuentes en el derecho colombiano	40
2.1 Evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el precedente judicial	42
2.2 Evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano sobre el precedente judicial	52
2.2.1 Aceptación indirecta de la obligatoriedad del precedente en el debate de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales	52
2.2.2 La doctrina del precedente en el Consejo de Estado desde las sentencias de unificación del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011	58
3. El carácter vinculante del precedente jurisprudencial constitucional.....	60
4. Dimensión vertical y horizontal del precedente jurisprudencial constitucional.....	61
5. Metodología del precedente jurisprudencial en Colombia. David Ernesto Llinas Alfaro.....	65
5.1. La metodología del precedente según el profesor Diego López Medina.....	66

5.1.1	El autovinculo al precedente en los altos tribunales de justicia en Colombia	66
5.1.2	Metodología de ubicación del precedente jurisprudencial	70
5.1.3	Técnica de indagación jurisprudencial retrospectiva	73
5.2	La metodología del precedente según Rodrigo Uprimny, Adriana Fuentes, Catalina Botero y Juan Fernando Jaramillo	76
5.2.1.	Introducción	76
5.2.2	Elaboración de conceptos normativos y fichas sintéticas con base en las decisiones de las altas cortes	79
5.2.3	Componente histórico en la metodología del precedente propuesta por los autores	84
5.2.4	Aspectos comunes en las metodologías.....	86
5.3.	Propuesta de metodología del precedente para la Corte Constitucional y Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia	87
5.3.1	Introducción	87
5.3.2	Los tres aspectos metodológicos.....	88
5.3.3	El uso de las fichas sintéticas de Rodrigo Uprimny et al. en comparación con la propuesta de Buitrago del precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia colombiana	90
V.	La jurisprudencia constitucional en el derecho chileno. David Ernesto Llinas Alfaro y Natalia Ruiz Morato	94
1.	Sistema de fuentes en el Derecho Chileno.....	95
2.	Ubicación del precedente jurisprudencial dentro del sistema jurídico	96
2.1.	Efectos procesales del precedente jurisprudencial	97
3.	El carácter vinculante del presente jurisprudencial constitucional.....	98
4.	Dimensión vertical y horizontal del precedente jurisprudencial.....	99
5.	Metodología del precedente en Chile. David Ernesto Llinas Alfaro	101
VI.	La jurisprudencia constitucional en el derecho español. David Ernesto Llinas Alfaro y Natalia Ruiz Morato.....	103
1.	Sistema de fuentes en el Derecho español	104
2.	Ubicación del precedente jurisprudencial dentro del sistema jurídico español.....	106
3.	El carácter vinculante del precedente jurisprudencial constitucional	110
4.	Dimensión vertical y horizontal del precedente jurisprudencial.....	113
5.	Metodología del precedente judicial en España. David Ernesto Llinas Alfaro	113
5.1.	El precedente judicial en las sentencias del Tribunal Supremo.....	117
5.2.	Apuntes metodológicos para el hallazgo de la ratio a partir de la defensa institucional de los derechos fundamentales	123
5.3.	Metodología del precedente en el marco del recurso de amparo contra las resoluciones judiciales	130
5.3.1	Justificación	130

5.3.2	Recurso de amparo contra Resoluciones Judiciales	130
5.4.	Metodología del precedente en el Tribunal Constitucional	133
5.4.1	Elementos para determinar cuando no hay respeto por el precedente	133
5.4.2	La carga de probar una línea jurisprudencial	139
5.4.3	La relativa facilidad para elaborar líneas jurisprudenciales en España	143
VII.	La jurisprudencia constitucional en el derecho norteamericano.	
	Jorge Ricardo Palomares García y Natalia Ruiz Morato	144
1.	Sistema de fuentes en el Derecho norteamericano	145
2.	La jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes norteamericano	146
3.	Efectos procesales del precedente jurisprudencial	148
4.	El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes norteamericano	148
5.	Dimensión vertical y horizontal de los efectos vinculantes de las decisiones constitucionales	152
6.	Metodología del precedente judicial en el derecho norteamericano. Natalia Ruiz Morato	154
6.1	Introducción	154
6.2.	La doctrina del stare decisis	155
6.2.1.	Diferencia de la doctrina del stare decisis y la res judicata	156
6.2.2.	Relación de la doctrina del stare decisis y teorías argumentativas	157
6.2.3.	Relación entre la doctrina del stare decisis y la Doctrina de la <i>Ratio Decidendi</i>	160
6.2.4.	Metodologías de la doctrina del Stare Decisis	161
6.3.	La Doctrina de la <i>Ratio Decidendi</i> y métodos y metodologías de su determinación y aplicación	169
VIII.	Similitudes en los casos de análisis en el estudio comparativo.	
	Carlos Arturo Moreno Orduz, David Ernesto Llinas Alfaro, Jorge Ricardo Palomares García y Natalia Ruiz Morato	176
IX.	Propuesta de metodología del análisis jurisprudencial para Colombia basada en el análisis de derecho comparado internacional. Natalia Ruiz Morato	186
1.	Identificación de la Sentencia	188
2.	Los Hechos de la Sentencia	188
3.	Ubicación de los problemas Jurídicos	190
4.	Ubicación de la ratio decidencia y decisión	191
5.	Ubicación del stare decisis por medio de la citación histórica de la Jurisprudencia	194
6.	Ubicación del Salvamento del Voto	200
X.	Conclusiones y consideraciones. Carlos Arturo Moreno Orduz, David Ernesto Llinas Alfaro, Jorge Ricardo Palomares García y Natalia Ruiz	204
IX.	Referencias Bibliográficas	214

AUTORES

Este libro es producto de la investigación “estudio de derecho comparado internacional del precedente jurisprudencial constitucional” de los años 2014 y 2015 y de la investigación “Propuesta metodológica para el análisis jurisprudencial “del año 2016 que realizó el Instituto de Estudios del Ministerio Público con el siguiente equipo de investigadores, quienes a su vez son los autores de los capítulos del libro.

Carlos Arturo Moreno Orduz. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia (1988), con estudios de posgrado en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de (1990), en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Autónoma de Colombia (1988) y en Derecho Procesal de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (2008), quien está vinculado a la Procuraduría General de la Nación desde 1991. Se ha desempeñado en diversos cargos de carrera administrativa y desde el año 2008 es investigador de la línea de investigación de estudios jurídicos del Instituto de Estudios del Ministerio Público. En esta obra fue el director de los proyectos de investigación que produjeron este libro del Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Natalia Ruiz Morato, Phd de la Universidad Nacional de Colombia (2015), Master in international studies de Korea University (2008) y abogada de la Universidad Nacional de Colombia (2004). Es docente universitaria en varias Universidades de Colombia a nivel de pregrado y posgrado. Ha sido profesora visitante de Beijing Foreign Studies University. Se ha desempeñado como consultora de instituciones públicas y privadas en temas de Derecho y Desarrollo. Es coordinadora de la línea de investigación Constitucionalización del sistema internacional y de las culturas no occidentales del grupo de investigación Constitucionalismo Comparado de la Universidad Nacional de Colombia. Fue la investigadora principal en los proyectos de investigación (2014-2016) y editora del libro.

David Ernesto Llinas Alfaro, Candidato a Doctor, Magister en derecho (2012), Especialista en derecho administrativo (2010) y Abogado (2007) de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado litigante y profesor de derecho constitucional y sistemas jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Coordinador la línea de investigación El estado moderno: teoría e historia del grupo de investigación Constitucionalismo Comparado de la Universidad Nacional de Colombia. Fue investigador en la segunda etapa (2015) del proyecto en los sistemas jurídicos de Chile, España y Colombia.

Jorge Ricardo Palomares García, Candidato a Doctor en Derecho, Universität Konstanz-Alemania. Magister en Derecho (Legum Magister), Universität Konstanz-Alemania y Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Universitario en varias Universidades en Colombia. Fue investigador en la primera etapa del proyecto (2014) en los sistemas jurídicos de Alemania y Estados Unidos.

VI. La Jurisprudencia Constitucional en el Derecho Español

*David Ernesto Llinás Alfaro
y Natalia Ruiz Morato*

La estructura del poder judicial en España se encuentra establecida en el título VI de la Constitución de 1978, entre sus artículos 117 y 127, pero deja el desarrollo de sus ámbitos de competencia, así como su organización, a la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual fue adoptada en julio de 1985²⁹⁸.

El artículo 123 de la Constitución determinó que en todo el territorio de España, el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes –penal, civil, contencioso administrativo y social o laboral–, salvo en lo relativo a las garantías constitucionales, cuyo máximo juez es el Tribunal Constitucional²⁹⁹. Dado que entre sus funciones se encuentra la de resolver los recursos extraordinarios de casación y revisión, es el responsable de la unidad y la interpretación de la jurisprudencia en España.

Un fenómeno interesante del sistema jurídico español es que el Tribunal Constitucional se ha erigido como la máxima instancia jurisdiccional a través del recurso de amparo. Esto ha sido posible al revisar las decisiones del Tribunal Supremo por considerar que vulneran derechos fundamentales. La importancia del Tribunal Constitucional dentro de la organización judicial española se ve claramente desde el momento en que la Constitución ordena, en su artículo 165, que su funcionamiento será determinado por una ley orgánica³⁰⁰.

Por otro lado, creada mediante Real Decreto Ley número 1 de 1977, está la Audiencia Nacional, que es un Tribunal especial, con sede en Madrid, centralizado y conoce de asuntos contenciosos administrativos, penales y sociales (o laborales), pero no es un Tribunal de casación. En materia penal, conoce de los delitos de mayor impacto social, como el terrorismo, el narcotráfico, los delitos contra la Corona o los delitos económicos; en materia social, es competente de las impugnaciones de las convenciones colectivas de trabajo de un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma³⁰¹; en lo administrativo, conoce solamente del denominado contencioso estatal, como juez de única instancia respecto de los recursos que procedan contra las dis-

298 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), publicada en BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985.

299 Cuyo desarrollo constitucional se encuentra en el título ix de la Constitución, entre los artículos 159 y 165.

300 Adoptada el 3 de octubre de 1979, en la Ley Orgánica publicada en BOE núm. 239 del 5 de octubre de ese año.

301 Real Decreto Ley núm. 1 de 1977, publicado en BOE núm. 5 de enero de 1977.

posiciones generales y los actos de los Ministros y Secretarios de Estado en general, o bien contra las decisiones que se refieran al nacimiento o extinción de las relaciones laborales de los funcionarios de carrera, etc. Las decisiones de la sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional son susceptibles del recurso de casación ante el Tribunal Supremo³⁰².

Cada Comunidad Autónoma tiene, además, un Tribunal Superior que culmina la organización judicial dentro de su territorio. Esto, sin perjuicio de las competencias que tiene el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional en lo referido a los derechos fundamentales. El artículo 152 de la Constitución dictamina que cada Comunidad Autónoma debe contar, además de una Asamblea Legislativa, con un Presidente y con un Tribunal Superior. Señala ese artículo lo siguiente:

“Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de este”³⁰³.

Finalmente, es importante destacar que la organización judicial española cuenta con cinco niveles competenciales, así: (i) juzgados de paz, que operan cuando no existen jueces de primera instancia en los niveles territoriales municipales; (ii) juzgados de primera instancia e instrucción de lo contencioso administrativo, de lo social, de menores y de vigilancia penitenciaria; (iii) audiencias provinciales, que hacen parte de un nivel intermedio y tienen su sede en las capitales de provincia; (iv) los mencionados Tribunales Superiores; y (v) los mencionados Tribunal Supremo y Audiencia Nacional, que tienen jurisdicción en todo el territorio de España frente a sus respectivas competencias³⁰⁴.

1. EL SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL

La regulación de las fuentes del ordenamiento jurídico español tradicionalmente ha estado recogida en el Código Civil, como son “ley, costumbre y prin-

302 Ver sobre este tema concreto, a García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, Civitas, 2006 (décima edición), págs. 585 y 586.

303 Como hay 17 Comunidades Autónomas, hay 17 Tribunales Superiores. Las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla -que están al norte del continente africano- están bajo el ámbito territorial de competencia del Tribunal Superior que opera en Andalucía. Información sobre las noticias jurídicas relativas a cada Tribunal se puede encontrar en la página Web del Consejo del Poder Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial (18.11.15).

304 Ver artículo 26 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial.

principios generales del Derecho contemplada en el Código Civil, no se corresponde, sin embargo, con la complejidad actual del sistema de fuentes, que deriva no solo del valor como norma jurídica de la Constitución, sino también de la existencia de nuevas fuentes, como dos nuevas clases de leyes desconocidas con anterioridad a la Constitución de 1978: una es la Ley estatal orgánica, que se aplica para regular determinadas materias cuya importancia así lo requiere, y otra la Ley autonómica, consecuencia de la atribución de capacidad legislativa a las Comunidades Autónomas. Además, la entrada de España en la Unión Europea³⁰⁵, con base a la previsión del artículo 93 de la Constitución, ha significado la aplicación de un nuevo ordenamiento que prevalece sobre el derecho interno en caso de contradicción³⁰⁶.

En la actualidad, en el sistema jurídico español “[L]a regulación legal de las fuentes del Derecho está[] subordinada[] a la Constitución,³⁰⁷ que, a[u]n de forma no metódica, regula el sistema de producción normativa. En efecto, la Constitución española es, y de manera simultánea, fuente del Derecho y *norma normarum*, esto es, la fuente de las fuentes del Derecho, definiendo el modo de creación de las normas jurídicas y el entramado de relaciones existentes entre ellas, incluida la posición del texto constitucional en este complejo sistema. La Constitución determina qué órganos y con qué procedimientos se crearán y modificarán las restantes normas del ordenamiento jurídico y su interrelación, esto es, las potestades normativas del ordenamiento³⁰⁷.

Cabe resaltar que en el sistema jurídico español operan dos fuentes de doctrina jurisprudencial que emanan de la integración europea. De un lado, está la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vincula en función del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1950, ratificado por España, en relación con lo dispuesto por el artículo 10.2 de la Constitución a cuyo tenor “[L]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. La otra fuente de derecho jurisprudencial que es vinculante en el derecho interno para los Tribunales y autoridades españolas son

305 Cabe mencionar que los tratados internacionales ratificados por el Estado Español prevalecen sobre el ordenamiento interno. Por lo tanto, estos se deben considerar como fuente de derecho. Como es el Derecho Comunitario Derivado: Reglamento, Directiva, Decisión y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

306 García Ruiz, José Luis; Girón Reguera, Emilia. “El sistema constitucional de fuentes del derecho”. En: Apuntes de Derecho Constitucional I. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, España. Disponible desde internet <http://derecho.isipedia.com/primeroderecho-constitucional-i>. Consultado el 08 de diciembre de 2014.

307 García Ruiz, José Luis; Girón Reguera, Emilia. *Ibíd.*, p. 5.

las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁰⁸.

2. UBICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

Según Garrido G³⁰⁹., en el caso español la Constitución española ha establecido en el artículo 9.3 que “[l]a Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, que en coherencia se complementa con el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ordena:

“1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. [] 2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan. [] 3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que llevan a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional”³¹⁰.

En el artículo 1.º del Código Civil español se determinan las fuentes del derecho, y se excluye de ellas la jurisprudencia, quedando solamente la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. No obstante, en el mencionado Código Civil también se hace una referencia a los precedentes jurisprudenciales (numeral 6 del artículo 1.º), en el que se determina que la “jurisprudencia es, con carácter exclusivo y excluyente, la doctrina que, de modo reiterado y uniforme, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, complementando así el ordenamiento jurídico, al resolver los asuntos de que conozca a través del correspondiente recurso de casación”³¹¹.

Esto ha tenido como consecuencia que en el sistema jurídico español “[l]os

308 García Ruiz, José Luis; Girón Reguera, Emilia, *Ibíd.*, p. 81

309 Garrido Gómez, M. Isabel. El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad, Universidad de Alcalá, 2011. p. 2

310 Garrido Gómez, M. Isabel. El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad, Universidad de Alcalá, 2011. p. 38

311 García-Berrío Hernández, Teresa. La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación. En: Foro, Nueva época, núm. 4/ 127-152, 2006, p. 139.

precedentes jurisprudenciales aportan una mayor fuerza fundamentadora, puesto que conllevan unos criterios de interpretación que han de estimarse por el juzgador, para asegurar la reflexividad de sus nuevos criterios discrepantes. Con este enfoque, se observa que, ya que siempre se precisa que haya una fundamentación adecuada, se permite, a veces, la remisión a fundamentaciones anteriores, y que, cuando se produce un cambio de las sentencias en relación con el precedente, la exigencia se circunscribe a una motivación suficientemente razonable³¹². Es decir, en el sistema español, exponente del modelo continental europeo de jurisprudencia constante, la fuerza jurídica de la sentencia no puede ir más allá del caso concreto planteado y ha de afectar únicamente a las partes procesales o a sus sucesores³¹³.

Esta tesis es la que hace pensar que, al menos en principio, lo que distingue de manera general al sistema jurídico español de los sistemas anglosajones es que los precedentes jurisprudenciales de los Tribunales ordinarios son apenas criterios interpretativos auxiliares; pero que no acontece lo mismo con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en las sentencias que dicta, que constituye fuente del Derecho Constitucional, puesto que al ser el intérprete supremo de la Constitución, la interpretación que realice de esta, precisando su contenido, se impone a los demás poderes públicos, incluidos los órganos judiciales ordinarios. El artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³¹⁴ ha sancionado esta supremacía, y también el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³¹⁵, que dispone que habrá de entenderse corregida la jurisprudencia ordinaria por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

Es decir, se ha definido que la jurisprudencia constitucional “es el conjunto de resoluciones dictadas por los tribunales interpretando y aplicando las normas del ordenamiento jurídico en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Es la plasmación viva del ordenamiento, al ser la forma en que este se aplica a los sujetos jurídicos en caso de conflicto”³¹⁶.

Ahora bien, como se verá en el indicador relativo a la metodología del precedente judicial en España, existen varios autores que enfatizan la capacidad que tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo (además de aquella de los demás órganos judiciales ordinarios) para constituirse en precedente de obligatoria observancia en casos futuros cualitativamente iguales.

312 Garrido Gómez, M. Isabel, *op. cit.*, p. 40.

313 García-Berrio Hernández, Teresa, *op. cit.*, p. 131.

314 Publicada en BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985.

315 Publicada en BOE núm. 239 de 5 de octubre de 1979.

316 García Ruiz, José Luis; Girón Reguera, Emilia, *op. cit.*, p. 15.

Frente a los efectos procesales de las resoluciones judiciales y su relación con la doctrina del precedente, es necesario mencionar que las decisiones del Tribunal Constitucional son obligatorias y vinculantes para el Poder Público español a través de, por un lado, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de normas jurídicas. Esto, por cuanto la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) establece que todas las sentencias que declaren la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes tienen pleno efecto y vincularán a todos los poderes públicos. Además, según el artículo 40.2 de la LOTC, “[l]a Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”.

Por otra parte, también son vinculantes las sentencias interpretativas y las manipulativas, que son aquellas que declaran que una norma jurídica no es contraria a la Constitución porque cabe una interpretación conforme a esta. Esto significa que la norma cuya adecuación a la Constitución se cuestiona ante el TC admite dos interpretaciones, una acorde y otra no acorde a la Constitución. Victoria Iturralde lo señala de la siguiente manera:

“[e]n este caso, la labor del TC es doble: de un lado, actúa como legislador positivo en cuanto que contribuye a concretar el significado de la norma examinada. De otro lado, como legislador negativo en la medida que señala que una de las interpretaciones no es constitucional y, por tanto, queda excluida del ordenamiento jurídico”³¹⁷.

Por su parte, las sentencias manipulativas llegan más lejos dado que incorporan una adición al propio enunciado normativo. Tales sentencias suponen la extensión del contenido normativo de un precepto a un supuesto de hecho no previsto en él, con lo que el Tribunal Constitucional introduce una norma en el ordenamiento que antes no existía. En este caso el Tribunal Constitucional asume la función de legislador positivo³¹⁸.

Por su parte, el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española también tiene importantes consecuencias en lo que se refiere a los efectos procesales de las decisiones judiciales. Según la precitada Victoria Iturralde, la consagración constitucional de la igualdad tiene dos lecturas:

317 Iturralde, Victoria, *Las decisiones judiciales como fuente del derecho en los sistemas de Civil Law: el caso español*, en *Anuario de Filosofía Del Derecho* No. XII, 1995, págs. 401 a 421.

318 Iturralde, Victoria. *Ibid.*, p. 412.

“[A]tendiendo al primero, el principio de igualdad del artículo 14 se constituye en un parámetro para el control de la constitucionalidad de las leyes, además de ser un principio de interpretación y aplicación del derecho fundamental consagrado en el artículo 14. En el segundo sentido (igualdad en la aplicación de la ley) un tribunal viola el principio de igualdad cuando se aparta sin motivo justificado de una decisión anterior de otro tribunal, esto es, de un precedente. Así las decisiones judiciales crean derecho puesto que los tribunales tienen que atenerse no solo a las leyes, sino a la interpretación dada a las mismas por otros tribunales en casos semejantes”³¹⁹.

Finalmente, para determinar cuál es su precedente jurisprudencial, el Tribunal Constitucional español aplica también el concepto de la *ratio decidendi* (“Tragende Gründe”, parte motiva o “considerandos resolutivos” en el sistema alemán), técnica del precedente que doctrinalmente se ha relacionado con el hecho de que el precedente jurisprudencial constitucional tiene, además de una eficacia persuasiva, una obligatoriedad dogmática para todo el Poder Judicial, que parte de la premisa según la cual es competencia del Tribunal Constitucional ser el intérprete supremo de la Constitución³²⁰.

El papel del Tribunal Constitucional ha conllevado la transformación del sistema jurídico español, porque tradicionalmente la jurisprudencia de los jueces ordinarios no se considera fuente del derecho y porque ha sido sacrosanto el principio del imperio de la ley y la independencia judicial. La vinculatoriedad y obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional para todo el poder público ha cambiado la cultura jurídica española.

Así, los académicos españoles han comenzado a hacer una doctrina sistemática del precedente del Tribunal Constitucional. Algunos han establecido que podrá “tener un impacto no ‘traumático’ o ‘conflictual’ en la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios y especiales que integran el Poder Judicial en la medida que se produzca un cambio en la ‘conciencia constitucional’ de los jueces del orden temporal, de suerte que la *ratio decidendi* permita ejercitar un modelo de argumentación y reglas de aplicación en que el valor normativo y eficacia normativa de la Constitución tengan un imperio efectivo, pero reconociendo la primariedad de la ley como fuente del derecho y la sumisión de este Poder del Estado al imperio de la ley”³²¹.

319 Iturralde, Victoria. *Ibíd.*, p. 413.

320 Zúñiga Urbina, Francisco, “Sentencias del Tribunal Constitucional y el poder judicial. El valor del precedente”, en *Estudios Constitucionales*, 2006., p. 161.

321 *Ibíd.*, pp. 168

Además, la comunidad jurídica española reconoce que con el papel del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, cuyas decisiones disponen de máxima autoridad orientadora de la actividad judicial y de otros intérpretes, como la Administración, el Parlamento y los jueces ordinarios, constituye un ejemplo vivo del auge de la doctrina del precedente y, sobre todo, del éxito de ese paradigma jurídico renovado³²². De igual forma, “[E]n la ciencia del Derecho se muestra un interés cada vez más grande por el valor de los precedentes, trayendo los jueces de los sistemas continentales decisiones anteriores a la argumentación jurídica y a la justificación de las que son nuevas. Su explicación se debe al acercamiento de los sistemas jurídicos continentales y de Common Law y a la evolución del modelo de razonamiento jurídico. Desde esta perspectiva, advertimos que la casación judicial ha sufrido una evolución, la cual ha pasado de ser un instrumento de control de la capacidad creadora de los jueces a serlo de la uniformidad de la aplicación judicial del Derecho, fundamentándose la jurisprudencia en los principios de predictibilidad de las decisiones y de seguridad jurídica. Tampoco se ha de olvidar el uso argumentativo de los precedentes, teniendo en cuenta que su ámbito es el de la interpretación y justificación de nuevas decisiones, y que esta relevancia práctica prescinde de un tratamiento jurídico que imponga su seguimiento”³²³.

3. EL CARÁCTER VINCULANTE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL

Por mandato del artículo 5.1 de la LOPJ, “[L]a Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. En este sentido, como lo expresa ITURRALDE, “[C]on este precepto, la LOPJ viene a equiparar la doctrina del Tribunal Constitucional con la Constitución misma en lo que se refiere a su valor normativo para la jurisdicción ordinaria, pues en cuanto exista jurisprudencia constitucional sobre un precepto de la Constitución, los Tribunales habrán de interpretar este según aquélla. Así, la ley a la que está vinculado el juez es la ley tal y como ha sido entendida en cada momento por el Tribunal Constitucional”³²⁴.

La obligatoriedad del precedente constitucional es la *decisum* en sus decisiones casacionales por la anulación de los actos del poder sometidos a control de constitucionalidad, que es fuente formal primaria del sistema jurídico español. Ahora bien, el uso de la *ratio decidendi* constitucional se considera

322 García-Berrio Hernández, Teresa, op. cit., p. 134.

323 Garrido Gómez, M. Isabel, op. cit., p. 41.

324 Iturralde, Victoria. Op.cit., p. 415

usualmente como una fuente indirecta del Derecho, “con efecto o valor vinculante interno y de eficacia persuasiva externa”³²⁵.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español “ha indicado en repetidas ocasiones (...) no puede exigirse de un órgano judicial el mantenimiento indefinido de sus propios precedentes. La posibilidad de modificar un criterio previamente adoptado es incluso exigencia de la propia función judicial, pues el Juez, en el sistema constitucional español, está sometido a la Constitución y al imperio de la ley (arts. 117.1 CE y 1 LOPJ) y no al precedente judicial, o, más rectamente, no está vinculado al precedente judicial (*stare decisis*) cuando el mismo ya no responda en el caso concreto a la Constitución y al imperio de la ley, y siempre que conste que (el juez, al apartarse del precedente) ha obrado con la obvia reflexión que, en garantía del derecho a la igualdad citado, exige la propia jurisprudencia del Alto Tribunal y que consiste en a) no modificar arbitraria o inadvertidamente el sentido de las decisiones en casos sustancialmente iguales, debiendo la variación en la interpretación de la ley ser fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el Juzgador, teniendo en cuenta sus propios precedentes, y b) que el órgano que considere necesario apartarse de sus precedentes ofrezca para ello una fundamentación suficiente y razonable”³²⁶.

Frente al caso de la jurisdicción ordinaria, y como se mencionó anteriormente, existen dos posturas relacionadas con la vinculatoriedad de sus decisiones: la primera sostiene que el precedente jurisprudencial no es fuente de Derecho y que no es vinculante para los jueces en casos futuros, pese a que sean sustancialmente iguales. Sin embargo –y es en lo siguiente que se explica la segunda postura–, en el caso del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, cuando resuelven los recursos de casación en el ámbito civil, en el ámbito administrativo y en el ámbito laboral o social, se ha determinado que su jurisprudencia (en algunas de las resoluciones que emiten estos tribunales) también tiene el valor de fuente de Derecho. Este asunto será desarrollado más adelante.

Estos dos fenómenos comentados sobre la vinculatoriedad y obligatoriedad de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción ordinaria han generado diversos debates doctrinales en España sobre la categoría de fuente primaria, directa o formal respecto de los fallos reiterados de los tribunales superiores de justicia, que resuelven los casos concretos, con miras a la unificación del Derecho. Así, como afirma la autora chilena Carolina Schiele Manzor refiriéndose a su país, “(...) en la medida que se reconozca obligatoriedad al actuar judicial, las sentencias vinculan en primer lugar al mismo tribunal que dictó la sentencia y sin duda a los tribunales inferiores de justicia en las decisiones

325 Zúñiga Urbina, Francisco, op. cit., p. 157.

326 Ibíd., p. 159.

futuras que deben tomar en los casos idénticos o similares que se les presenten. Ello trae como consecuencia un desarrollo judicial del derecho y una creación normativa que vincularía más allá del caso concreto, finalmente con carácter de generalidad y abstracción”³²⁷.

Otro aspecto para tomar en cuenta que se comparte con el caso colombiano es la relación entre el Tribunal Constitucional y los Jueces y Tribunales ordinarios: son independientes y actúan en jurisdicciones diferentes. De esta forma, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional ordinario superior en todos sus órdenes.

Un tema que genera conflicto entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales Superiores es cuando la jurisdicción ordinaria debe hacer un análisis legal relacionado con la vulneración de algún derecho fundamental o libertad pública, y a su vez, cuando el Tribunal Constitucional debe hacer un análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la ley para determinar si se ha vulnerado algún derecho fundamental o libertad pública. Sin embargo, en la práctica, dada la dificultad de separar el juicio de constitucionalidad del juicio de legalidad, el Tribunal Constitucional ha actuado en diversas ocasiones como una instancia jurisdiccional superior de los Tribunales ordinarios, en los procesos de tutela judicial a la legalidad ordinaria, no solo desde el punto de vista de la constitucionalidad, sino además desde su interpretación y aplicación³²⁸.

El proceso de tutela judicial del Tribunal Constitucional contra decisiones judiciales del Tribunal Supremo ha generado diversas tensiones. Como lo exponen García Ruiz y Girón Reguera, “estas han surgido por Juicios y pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la ‘legalidad ordinaria’, mediante la fiscalización de la interpretación judicial y la norma aplicada, sobre la valoración de la prueba, o visto de otra manera, sobre los hechos del proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria. Y los pronunciamientos del TC que, tras anular la resolución recurrida, declaran firme la anterior a la anulada, prescindiendo de la ulterior instancia o recurso que la ley prevea ante la jurisdicción ordinaria”³²⁹.

Esta praxis del Tribunal Constitucional ha generado debates sociojurídicos en España que están planteando una armonización del precedente judicial como fuente directa del Derecho, donde los jueces serían creadores de derecho. Sobre la relación existente entre el Tribunal Constitucional y los demás órganos judiciales en el marco del recurso de amparo, se desarrollará en los siguientes apartados.

327 Schiele Manzor, Carolina, *La jurisprudencia como fuente del Derecho: el papel de la jurisprudencia*, p. 184.

328 García Ruiz, José Luis; Girón Reguera, Emilia, *óp. cit.*, p. 30.

329 García Ruiz, José Luis; Girón Reguera, Emilia, *óp. cit.*, p. 34.

4. DIMENSIÓN VERTICAL Y HORIZONTAL DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

Como se explicó en el anterior acápite, por mandato constitucional y legal, en la LOPJ se establece la obligatoriedad del precedente jurisprudencial del Tribunal Constitucional para todo el poder público. Es decir, este tiene una dimensión vertical que irradia todas las decisiones jurídicas del sistema jurídico español.

También se explicó en el primer indicador que para la jurisdicción ordinaria, la observancia del precedente judicial dentro del mismo órgano judicial (es decir, la dimensión horizontal del precedente jurisprudencial) es una conducta jurídicamente exigible en virtud del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 C. E.) no solo para la jurisdicción constitucional, sino también para la ordinaria. Es decir, un mismo órgano judicial no podrá resolver supuestos de hecho sustancialmente iguales de forma injustificada-mente dispar, sin motivación alguna que justifique en términos generalizables el cambio de criterio. La variación del precedente jurisprudencial se debe también al principio de la independencia judicial.

No obstante, en la jurisdicción ordinaria, la existencia de una determinada línea jurisprudencial no implica que esta haya de ser seguida necesariamente por los Tribunales inferiores, es decir, no hay una dimensión vertical del precedente jurisprudencial en la jurisdicción ordinaria porque en uso de su autonomía e independencia judicial, pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, siempre y cuando lo motiven, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad, al tratarse de órganos judiciales diferentes.

5. METODOLOGÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN ESPAÑA. AUTOR DAVID ERNESTO LLINAS ALFARO

Como se pudo ver en las descripciones de los indicadores anteriormente desarrollados, en España se ha presentado un intenso debate alrededor de la figura del precedente judicial, en especial en cuanto a los alcances de las sentencias del Tribunal Supremo y de los demás jueces ordinarios (dado que parece decantado el mismo asunto en lo que toca al alcance de las sentencias del Tribunal Constitucional, inclusive aquellas en las que se resuelven recursos de amparo). Así pues, siguiendo la argumentación expuesta en tales indicadores, el propósito de este capítulo es mostrar una síntesis de las metodologías del precedente que se encuentran tanto a nivel doctrinal como en las decisiones de amparo en contra de resoluciones judiciales, proferidas por el Tribunal Constitucional.

Es importante advertir que, si se entiende por metodología del precedente los desarrollos teóricos que buscan establecer cuál fragmento de una sen-

tencia adquiere relevancia normativa y resulta de obligatorio seguimiento para los mismos jueces en decisiones futuras sobre casos iguales, la doctrina española ha sido muy prolija en su perfeccionamiento. No pasa lo mismo si se añade al estudio metodológico del precedente un análisis histórico, esto es, la ubicación del precedente en un contexto histórico determinado con el objeto de realizar una “línea jurisprudencial”. En este caso, ha sido el Tribunal Constitucional el que de forma casi exclusiva ha planteado una suerte de metodología, si se quiere práctica, porque se trata realmente de las exigencias que hace a los litigantes para probar que un precedente ha sido vulnerado por una autoridad judicial, cualquiera que sea esta. Como se verá, el requisito se resume en probar la evolución de una *ratio decidendi*, anexando las correspondientes sentencias, durante cierto tiempo.

En la doctrina el esfuerzo se ha orientado a definir y diferenciar las partes de una resolución judicial, especialmente entre la *ratio decidendi* y las *obiter dictum* en la parte motiva de una sentencia. Para cierto sector (el que defiende la obligatoriedad del precedente), para tener claras las diferencias entre los alcances jurídicos de una y otra expresión, resulta indispensable responder la siguiente pregunta: ¿las sentencias, proferidas como consecuencia de litigios en los que se resuelven casos concretos, contienen normas abstractas cuya validez sobrepase el ámbito particular de tales casos?, entendida la palabra “norma” como una orden o prescripción de carácter general y abstracto³³⁰.

Este es el tipo de preguntas cuya respuesta va a variar dependiendo de la postura que cada jurista tenga respecto del papel del poder jurisdiccional en las fuentes del Derecho dentro de un sistema jurídico, y por tanto puede ubicarse a los autores defendiendo una de dos posiciones extremas (las sentencias de los jueces *sí* contienen normas abstractas cuya validez sobrepase el ámbito concreto del caso que resuelven³³¹ o las sentencias de los jueces *no* contienen normas abstractas cuya validez sobrepase el ámbito concreto del caso que resuelven³³²) o bien planteando alguna solución intermedia (las resoluciones judiciales *sí* contienen normas abstractas válidas prospectivamente, pero no

330 Por ejemplo, Doménech Pascual Gabriel, Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Universidad de Valencia, 2013.

331 Por ejemplo, Doménech Pascual Gabriel, Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva, op. cit.; Alfonso Ruiz Miguel, “Modelo americano y modelo europeo de Justicia Constitucional”; Ferreres Comella Víctor, Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia, en Ferreres Víctor y Xiol Juan Antonio, El carácter vinculante de la jurisprudencia, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009; etc.

332 Sobre todo, en esta posición puede encontrarse al renombrado civilista-Picazo Luis Díez y Ponce de León, “Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el Derecho español”, en Bacigalupo Zapater Enrique, Murillo de la Cueva Pablo Lucas y Trillo Torres Ramón (coords.), El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional: jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, págs. 393 a 408.

por eso los jueces crean Derecho; más bien la interpretación judicial se incorpora a la del Derecho creado³³³, o ejercen cierta fuerza vinculante en virtud del tipo de argumentación que desarrollan³³⁴).

En realidad, la respuesta va a depender, por ejemplo, del tipo de proceso (si es ordinario, si es un recurso de casación en interés de la ley o si es constitucional), del operador jurídico que profiere la sentencia (si es el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional o los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas) o del tipo de sentencia (si deriva de un proceso ordinario, de uno de casación en interés de la Ley, de un recurso de amparo o de uno de inconstitucionalidad)³³⁵. Así mismo, y como se verá en su momento, frente a aquella pregunta la doctrina ha planteado la respuesta a partir de diversos caminos: uno de ellos consiste en hallar la *ratio* de una providencia (es decir, la norma general y con vocación de permanencia) y predicar su obligatoriedad futura a partir de una metodología que implica el respeto a los derechos fundamentales, en particular el derecho a la igualdad; otro camino válido para hallar la *norma general* en una decisión judicial podría derivar de la argumentación que se encuentra en los denominados “salvamentos” o “aclaraciones” de voto, en la medida que a través de estas técnicas, en las cuales se expresan las opiniones divergentes de la posición mayoritaria en determinada decisión, los jueces se apartan de su *ratio* o, dicho de otro modo, del fundamento lógico de las resoluciones judiciales. Se trataría pues de un *método inverso* para encontrar una *ratio decidendi*.

De otro lado, hay quienes argumentan en contra de la idea de la obligatoriedad del precedente, y sostienen que existe un impedimento lógico, además de legal, que imposibilita afirmar que el precedente judicial es obligatorio en España, en la medida que supone una indebida intromisión del poder judicial en las fuentes del Derecho español. Esta idea se predica usualmente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta posición se soporta usualmente en

333 Por ejemplo, Igartúa Salaverría Juan, “La fuerza vinculante del precedente judicial”, en Isegoría, revista de filosofía moral y política, No. 35, Madrid, Editorial CSIC, 2006. Por su parte, el colombiano Martínez Mauricio, sostiene que el TC defiende un sistema de jurisprudencia libre, pero limitado por el respeto al derecho de la igualdad del ciudadano ante la Ley, de manera que la jurisprudencia de “las instancias superiores en la jurisdicción ordinaria no es una fuente del Derecho, no tiene valor normativo”, no obstante lo cual sí cumple con una función casi que pedagógica, así como de facilitar una suerte de economía procesal, pues con el respeto al precedente se “simplifica el deber de argumentaciones exhaustivas y repetitivas”. Ver a Martínez Mauricio, Constitucionalización de la Justicia y la Autonomía Judicial. La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009, p. 93.

334 En general, ver a Moral Soriano Leonor, El precedente judicial, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, págs. 164 y ss.

335 Ruiz Miguel Alfonso, entre otros, sostiene que la respuesta a la pregunta de si los jueces crean o no normas abstractas no puede depender ni del tipo de proceso, ni del tipo de sentencia, ni tampoco del operador jurídico, sino del nivel de “subsuntividad entre el caso o casos y la norma legal que los incluye y entre esta misma norma legal y el principio o norma constitucional tenido por relevante (...)”. Ruiz Miguel Alfonso, “Modelo americano y modelo europeo de Justicia Constitucional”, op. cit., en ... p. 154 (ver págs. 151 a 155).

las siguientes objeciones³³⁶: (i) la independencia judicial, puesto que los jueces tienen garantizado el principio de autonomía, que proscribe cualquier tipo de intervención exógena a los litigios que conocen; (ii) la separación de poderes, porque reconocer una facultad normativa general a los jueces implicaría una distribución de poder no prevista por la Constitución española, que en su artículo 117.1 menciona que los jueces y magistrados están “sometidos únicamente al imperio de la Ley”³³⁷; (iii) el principio democrático, toda vez que reconocer un poder normativo en la jurisdicción supondría equiparar a los funcionarios judiciales con los órganos representativos de elección popular, lo cual supone un problema de legitimidad de las decisiones jurisdiccionales; (iv) el principio de progreso de la jurisprudencia, pues un sistema de jurisprudencia autónoma y libre (que no da lugar al precedente obligatorio) puede adaptarse con mayor facilidad a los cambios políticos y culturales de la sociedad; (v) la prohibición legal de que los jueces superiores den instrucciones a los inferiores por la vía de normas generales; y (vi) la desprotección a terceros no intervinientes en el proceso³³⁸.

Para efectos meramente expositivos, a continuación se hará un breve recuento de lo que se ha dicho respecto de la fuerza vinculante del precedente en las sentencias de casación en interés de la Ley y las sentencias de casación resultantes de procesos ordinarios (ambos, tipos de sentencias de procesos que conoce el Tribunal Supremo), para después enfatizar el papel del precedente en las sentencias del Tribunal Constitucional (en sede de amparo o del recurso de inconstitucionalidad) y, finalmente, encontrar allí una interesante metodología de análisis del precedente. Respecto de este plan expositivo, resulta imperioso indicar que la razón por la cual es importante un breve análisis de la vigencia y validez de la doctrina del precedente en lo que toca a las decisiones del Tribunal Supremo de España, radica en que cuando el Tribunal Constitucional analiza los recursos de amparo contra decisiones judiciales, ha planteado que el apartamiento de ese precedente sin el cumplimiento de la carga argumentativa suficiente constituye una vulneración a derechos fundamentales como la igualdad y la tutela judicial efectiva, y en ese contexto ha elaborado la mencionada metodología del precedente.

336 Ver, por ejemplo, a Picazo Luis Diez y Ponce de León, “Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el Derecho español”, op. cit., págs. 393 a 408; Juan Igarúa Salaverría, “La fuerza vinculante del precedente judicial”, op. cit.

337 Cortes Generales, Constitución Española de 1978, publicada en BOE No. 311 de 29 de diciembre de 1978.

338 Una respuesta concreta a cada objeción la plantea Domenech Pascual, op. cit. No obstante, se resalta que de todas las objeciones, es quizás la última, relativa a la desprotección de terceros no intervinientes en el proceso (es decir, la sociedad en su conjunto, salvo quienes litigan el caso), la única que no ha sido satisfactoriamente refutada a la luz de principios como el respeto a la buena fe o a la confianza legítima. Ver también a Ferreres Comella Víctor, Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia, op. cit., p. 56 y ss.

5.1. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Frente al tipo de proceso y al tipo de sentencia, es posible afirmar con cierto apoyo doctrinal que la *doctrina jurisprudencial*³³⁹ del Tribunal Supremo, sentada en virtud de procesos que culminan en sentencias de recursos de casación ordinarios (o sea, no de recursos de casación en protección de la ley), de hecho, tiene efectos vinculantes generales, pero mucho más *suaves* que los fijados en las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la Ley³⁴⁰. Este contraste de nivel en su obligatoriedad se evidencia, por ejemplo, en que, a diferencia de las sentencias de recursos de casación en interés de la Ley (como se enfatizará después), las sentencias de procesos ordinarios no son objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, circunstancia que da cuenta de su menor alcance normativo y que además dificulta mucho su búsqueda para efectos de elaboración de líneas jurisprudenciales³⁴¹.

Como se advirtió, la obligatoriedad *suave* del precedente compuesto por las resoluciones del Tribunal Supremo ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha enfatizado que para separarse del criterio jurisprudencial precedente, el juez debe razonar su discrepancia en fundamentos jurídicos adecuados y suficientes³⁴². Según Gabriel Domenech Pascual, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia, también se ha argumentado que principios jurídicos de estirpe constitucional como la seguridad, la igualdad en la aplicación de la Ley y la interdicción de la arbitrariedad, de hecho, han servido para justificar una cierta vinculación a los precedentes judiciales, específicamente a los emanados del Tribunal Supremo³⁴³, “pero al margen de eso, de hecho –y esto es, a fin de cuentas, lo que realmente importa– todos los órganos judiciales tienen muy en cuenta y siguen normalmente la jurisprudencia emanada del Alto Tribunal. Debe resaltarse, sin embargo, que dicha vinculación no es en la práctica tan intensa como la prevista por el artículo 100.7 LJCA (...)”³⁴⁴.

No obstante, en la doctrina también se encuentra documentada una postura diferente, es decir, aquella que reconoce que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen efectos generales y, en ese sentido, cuentan con un

339 Sobre las diferentes acepciones que tiene el precedente judicial en España, ver a Antonio Xiol Rios, Notas sobre la jurisprudencia, en Ferreres Víctor y Xiol Juan Antonio, El carácter vinculante de la jurisprudencia, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

340 Domenech Pascual, op. cit., p. 24.

341 Íd; op. cit., pág.

342 Domenech pascual, op. cit. Ver igualmente STC 37 de 19 de marzo de 2012, M. P. Aragón Reyes Manuel, publicada en BOE No. 88 de 12 de abril de 2012, también citada por el autor referido. Sobre este asunto se volverá después, cuando se de cuenta de la metodología del precedente explícita en la doctrina del Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo contra sentencias.

343 Domenech Pascual, op. cit., p. 24.

344 Domenech Pascual, op. cit., p. 24.

nivel de juridicidad casi legislativo, pero que es muy distinta la posición de las sentencias del Tribunal Supremo que surgen de procesos ordinarios, cuya fuerza normativa no tiene siquiera un nivel *suave* o blando de obligatoriedad futura, pues estas sirven únicamente de guía o de pauta interpretativa para los jueces en casos posteriores³⁴⁵.

Por otra parte, algunos autores españoles han planteado que las resoluciones del TC (tanto las que resuelven los recursos de inconstitucionalidad como las que desatan los recursos de amparo) y las sentencias del TS que anulan disposiciones reglamentarias tienen un carácter normativo, lo cual se apoya en la LOPJ y en la reformada Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de 1998³⁴⁶. El artículo 100.7 de esta última permitía que los tribunales establecieran normas jurídicas a través de sentencias de casación en interés de la Ley. Efectivamente, disponía tal norma lo siguiente:

“La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional”³⁴⁷.

Disposición similar se encuentra en el artículo 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que dispone lo siguiente:

“La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurispru-

345 Ver a MartínezMauricio , *Constitucionalización de la Justicia y la Autonomía Judicial. La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009. Este autor colombiano, que hizo su tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid sobre la tutela contra providencias judiciales en Colombia y España, menciona en el citado libro que “(A) pesar de la libertad de interpretación legal que tienen los jueces, defendida por el Tribunal Constitucional español, éste ha establecido igualmente que la autonomía judicial está condicionada por el respeto al principio de igualdad del ciudadano ante la ley: Desde (SIC) la Sentencia STC 49 de 1982 el Tribunal Constitucional estableció que un mismo juez o tribunal, en el respeto del principio constitucional a la igualdad de todos los ciudadanos, debe mantener una línea de precedentes, para lo cual se debe tratar del mismo juez y de los mismos magistrados que componen una Sala de decisión. En caso de que se cambie la jurisprudencia aplicada en forma de precedente, el órgano jurisdiccional correspondiente debe fundamentarlo en forma suficiente y razonable”, págs. 92 y 93. La argumentación planteada por el autor puede ser contraevidente si se tiene en cuenta que si el órgano jurisdiccional debe explicar por qué se aparta del precedente, es porque el precedente sí es obligatorio, pero flexible.

346 Esta norma fue suprimida por la Ley Orgánica No. 07 del 21 de julio de 2015, publicada en BOE-A-2015-8167, pero al mismo tiempo se dispuso que su derogatoria es operativa al año siguiente de su publicación. Por otro lado, ver a Doménech, op. cit., p. 4.

347 Ley 29 del 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en BOE No. 167 de 14 de julio de 1998.

dencial. En este caso, se publicará en el “Boletín Oficial del Estado” y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo”³⁴⁸.

Nótese que la inserción de la sentencia en el *Boletín Oficial del Estado* es ya bastante indicativa de la fuerza normativa que tienen las decisiones del Tribunal Supremo cuando resuelven recursos de casación en interés de la Ley³⁴⁹, pues a partir de su publicación la resolución vincula a todos los Jueces y Tribunales inferiores, y ese es quizás el argumento con sustento normativo que refuta de mejor manera la aparente contradicción que tendría la doctrina de la obligatoriedad del precedente con el principio de autonomía judicial³⁵⁰.

Ahora bien, es importante destacar que, como se evidencia con la lectura de las normas transcritas, el recurso de casación en interés de la Ley se caracteriza porque no afecta a las partes de un proceso que ha terminado, es decir, que no crea normas particulares y no se afecta el *decisum* de las providencias, que hacen tránsito a cosa juzgada. En cambio, su objeto es, simplemente, crear jurisprudencia, de manera que lo que pretende es crear pautas interpretativas abstractas y con vocación de permanencia, es decir, normas jurídicas de carác-

348 Ley 1 del 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, publicada en BOE No. 7, de 08.01.2000. Ver, en desarrollo de este tema, a Francisco Laporta, La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente, en Ferreres Víctor y Xiol Juan Antonio, El carácter vinculante de la jurisprudencia, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 17.

349 Sobre el recurso de casación en interés de la Ley en el marco de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en España (antes de la reforma de la Ley Orgánica 7 de 2015), ver a Santamaría Pastor, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario, Madrid, Lustel, 2010, págs. 1031 y ss.

350 En contra, ver a Juan Igartúa Salaverría, La fuerza vinculante del precedente judicial, op. cit. Este autor, citando a Díez Picazo y a Montero Aroca, menciona que “la propensión, de inconfundible pedigrí jacobino, a equiparar la organización judicial con la de las Administraciones públicas (en las que, merced al principio de “jerarquía”, la existencia de una pluralidad de órganos no empece (sic) a las manifestaciones de una voluntad unitaria hacia el exterior), olvida que el Poder Judicial es, por el contrario, “una organización policéntrica y descentralizada: todos y cada uno de los órganos judiciales encarna, por sí solo, el Poder Judicial. Esta es la razón por la que la función de juzgar es ‘personalizada’: los jueces, lejos de ser intercambiables han de estar predeterminados por la ley” (...). En otras palabras: “Mientras el funcionario actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE), el juez al aplicar la ley no tiene superiores; ejercitando la potestad jurisdiccional no hay ni superior ni inferior, no hay jerarquía; cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejercita la potestad sólo vinculado a la ley” (Montero Aroca: 103)”, ver págs. 200 y 201. En un sentido parecido al de Igartúa, ver a Francisco de P. Blasco y Gascó, “eficacia retroactiva y prospectiva del cambio de criterio jurisprudencial. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2009”, en Yzquierdo Tolsada Mariano (coord.), Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil) Vol. 3, Madrid, Dykinson, 2009, págs. 831 y ss, quien aduce que el valor normativo de la jurisprudencia está prohibido por la Constitución, o bien no hay norma legal que lo autorice (p. 835), pero que sí existe una obligatoriedad del precedente en virtud de la igualdad, lo que lleva a que la jurisprudencia sea algo así como la voz de la ley, y afirme que “la interpretación y aplicación reiterada de la norma jurídica realizada por el Tribunal Supremo puede decirse que se adhiere a la norma, de manera que cuando dicha norma se interpreta y se aplica a un caso nuevo, pero igual o similar, debe interpretarse en los mismo (sic) términos” (págs. 830 y 831). Ver también a Leonor Moral Soriano, El precedente judicial, op. cit., p. 164. Esta autora menciona que “las decisiones del TS no son fuentes del Derecho español, en el sentido del precedente anglosajón o stare decisis de vinculación absoluta. Tampoco son vinculantes en el sentido del art. 5.1 LOPJ que sólo atribuye fuerza vinculante a las decisiones del TC (...)”.

ter general³⁵¹.

Por ello, un sector de la doctrina y algunas sentencias del Tribunal Constitucional han reiterado que la obligatoriedad de las resoluciones del TS que estiman los recursos de casación en interés de la Ley no vulnera el principio de independencia judicial. Domenech Pascual sintetiza la idea así:

“Sea como fuere, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7o, M. P.: Manuel Aragón Reyes, ha tenido la oportunidad de declarar justamente que la eficacia vinculante general de las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley no vulnera el principio de independencia judicial. Para ello esgrime cuatro argumentos: el primero es que el legislador dispone de una cierta ‘libertad de configuración’ para establecer el régimen jurídico de los recursos; el segundo es que dicha vinculación persigue ‘preservar intereses constitucionalmente garantizados, como son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C. E.) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 C. E.)’; el tercero es que este recurso tiene un ‘carácter excepcional’, ‘tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman ‘gravemente dañosas y erróneas’ ’; el último es que dicha vinculación no es absoluta, pues todos los órganos jurisdiccionales tienen la posibilidad de elevar una cuestión de inconstitucionalidad contra la doctrina legal sentada al estimar uno de tales recursos o, dicho más exactamente, contra la correspondiente ley, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Supremo”³⁵².

Es importante destacar, de todas formas, que la Ley Orgánica 7 del 21 de julio de 2015 efectuó una serie de modificaciones sobre la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, citada previamente. La reforma recayó específicamente sobre la procedencia y trámite del recurso de casación, suprimiendo por ejemplo el artículo 100, que fue traído a colación anteriormente

351 Ver, sobre todo, a Domenech Pascual, op. cit.; Laporta, La fuerza vinculante de la jurisprudencia..., op. cit., págs. 14 a 18. En similar sentido, pero no hablando sobre el recurso de casación en interés de la Ley sino en el concepto de “interés casacional” en el Derecho español como medio de validación del recurso de casación, ver a Juan Antonio Xiol Rios, Notas sobre la jurisprudencia, en Ferreres Víctor y Xiol Juan Antonio, El carácter vinculante de la jurisprudencia, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 86, que menciona lo siguiente: “Cuando (la Ley) se refiere a la regulación del interés casacional como concepto para determinar la admisibilidad de recurso de casación hace una referencia explícita a la contradicción con la “doctrina jurisprudencial” del Tribunal Supremo (...)”.

352 Domenech Pascual, op. cit., p. 6.

porque regulaba el recurso de casación en interés de la Ley³⁵³. No obstante, la reforma establece al mismo tiempo en algunos aspectos que deben ser mencionados por ser importantes en la disquisición sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en España. Para empezar, si bien se suprime el recurso de casación en interés de la Ley, se refuerza al mismo tiempo el concepto de “interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”. El preámbulo de esta Ley Orgánica justifica el cambio de la siguiente manera:

“Entre las disposiciones finales, destacan la disposición final cuarta, que modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para adaptarla a las nuevas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la información sobre el estado de las actuaciones judiciales, la publicidad de las sentencias y la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la disposición final tercera, que modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en lo relativo al recurso de casación en este orden jurisdiccional.

En este ámbito, y con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Con la finalidad de que la casación no se convierta en un^{3a} tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de Casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo³⁵⁴.”

353 Ley Orgánica No. 7 del 21 de julio de 2015, publicada en BOE No. 174 de 22 de julio de 2015.

354 Ibíd.

Debe resaltarse la función nomofiláctica del recurso de casación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, por ende, del Tribunal Supremo, porque de entrada deja claro que las sentencias que se profieran como culminación de esos procesos tienden a “definir” el Derecho Objetivo más que a resolver un litigio entre partes³⁵⁵. Por eso no resulta extraño que el criterio que deba utilizarse por el Tribunal a la hora de admitir el recurso es si el caso cuenta con un interés casacional objetivo, y ello explica, también, que se hayan ampliado las causales de casación de cuatro³⁵⁶ a catorce³⁵⁷, y que se haya establecido, respecto de la obligatoriedad del precedente, que se presume que hay tal interés casacional cuando la resolución atacada por la vía de la casación “se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea”³⁵⁸.

Esta reforma también introdujo unas interesantes novedades sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando menciona que las resoluciones judiciales que interpreten y apliquen “el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...)” tienen un interés casacional objetivo y, por tanto, son susceptibles de impugnarse mediante el recurso de casación³⁵⁹.

355 El Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, define “nomofiláctico” así: “Se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso”, Madrid, Real Academia Española, 23.ª edición, 2014. Sobre la función nomofiláctica del Tribunal Supremo y sus implicaciones en términos del precedente, puede verse a Igartúa Salaverría Juan, La fuerza vinculante del precedente judicial, op. cit., págs. 201 y 202.

356 La LJCA originalmente establecía en su artículo 88 las siguientes causales de casación: a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción; b) incompetencia o inadecuación del procedimiento; c) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte; d) infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

357 El nuevo artículo 88 de la LJCA establece, entre otras cosas, lo siguiente: “1. El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. [] 2. El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna: [] a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido (...) 3. Se presumirá que existe interés casacional objetivo: (...) b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea (...)”.

358 *Ibíd.* Es importante mencionar que debido a que la reforma todavía es reciente, no se encuentran todavía análisis científicos sobre la misma.

359 *Ibíd.* Ver el literal f) del nuevo artículo 88 de la LJCA. En el mismo sentido, la reforma también añade disposiciones normativas en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (6 del 1 de julio de 1985), al disponer que “Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

5.2. APUNTES METODOLÓGICOS PARA EL HALLAZGO DE LA *RATIO* A PARTIR DE LA DEFENSA INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Quizás uno de los autores que ha analizado el asunto del precedente de forma más completa y sistemática es el profesor Francisco Javier Laporta San Miguel, catedrático de Derecho Público y de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid y miembro del prestigioso Grupo de Investigación *Comparative Legal Research Group* (conocido también como *Bielefelder Kreis*, por ser financiado por el Centro para Investigación Interdisciplinaria de la Universidad de Bielefeld). La mención de este grupo no es vana, pues los días 12 y 13 de julio de 1997 presentó en Bielefeld el resultado de un estudio sistemático y comparado sobre el funcionamiento del precedente judicial en Alemania, Finlandia, Francia, España, Estados Unidos, Italia, Noruega, Polonia, Reino Unido, Suecia y la Unión Europea. El estudio se encuentra recogido en un libro titulado *Interpreting Precedents*, entre los miembros del grupo que participaron en la investigación puede destacarse a Neil MacCormick (de Reino Unido, editor de la investigación), Robert Summers (Estados Unidos, editor de la investigación), Robert Alexy (Alemania), Michel Troper (Francia) Alfonso Ruiz Miguel y el mencionado Francisco Laporta (ambos de España)³⁶⁰.

Algunos aspectos del trabajo de RUIZ MIGUEL y de FRANCISCO LAPORTA sobre el tema del precedente en España son posteriormente publicados en solitario por el último de los autores aludidos en el Anuario No. 1 de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid bajo el sugestivo título *Vindicación del precedente judicial en España*³⁶¹. En este documento se encuentran varios indicios de una metodología del precedente, aunque no necesariamente dentro de un contexto histórico.

Un primer indicio metodológico consiste en el énfasis que el autor pone en el artículo 161.1.a) de la C. E., el cual dispone que “[L]a declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”. Según el autor, esa norma establece una suerte de escala normativa en la que el primer escalón lo ocupa la “Ley”, el segundo lo ocupa “la jurisprudencia que la interpreta” y el tercero lo ocupa “la norma jurídica particular que decide el caso”³⁶². Dado que la declaración de inconstitucio-

360 Neil MacCormick & Robert Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney, Ashgate Dartmouth, 1997. El estudio del precedente en España (Precedent in Spain) se encuentra entre las páginas 259 y 292, es de autoría de Laporta Francisco y Ruiz Miguel Alfonso.

361 Laporta San Miguel Francisco Javier, *Vindicación del precedente judicial en España*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid No. 1, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

362 Laporta, op. cit., p. 269.

alidad “afecta” la jurisprudencia, es viable concluir que la jurisprudencia es por sí misma una clase de norma general, que además de ser permanente se puede aplicar a casos diferentes y posteriores³⁶³. La consecuencia lógica de tal conclusión es, además, prevista expresamente por la citada norma constitucional: la jurisprudencia puede ser “corregida” por el TC, pero los casos particulares ya decididos no pierden por ello la fuerza de cosa juzgada³⁶⁴.

Este modo de ver la fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad del TC lleva a LAPORTA a adoptar la diferenciación entre el “precedente de solución” y “precedente de interpretación” que propone el teórico francés MICHEL TROPER en el contexto de la publicación del grupo *Comparative Legal Research Group* comentado. El precedente de interpretación es la norma jurídica inferida por el juez para solucionar el litigio, y pretende pertenecer a un ámbito de validez superior, siendo además más amplio en sus efectos que la simple resolución del caso particular (que sería el precedente de solución)³⁶⁵. En síntesis, para LAPORTA el precedente de interpretación es equivalente a la *ratio decidendi* de las providencias judiciales. En el contexto de la referida Ley Orgánica 7 del 21 de julio de 2015, la importancia de esta distinción radica en que permite explicar la operatividad del precedente judicial incluso cuando se trata de sentencias proferidas por el Tribunal Supremo en virtud del recurso de casación bajo el precitado concepto de interés casacional objetivo, pues si es posible casar una sentencia porque infringe determinada línea jurisprudencial, es porque ese precedente de interpretación (o *ratio*) tiene efectivamente fuerza normativa³⁶⁶.

Este autor afirma además que la organización jerárquica del poder judicial supone la aceptación de la obligatoriedad del precedente de interpretación, dado que las resoluciones de los máximos órganos jurisdiccionales son usualmente replicadas en sus efectos por los tribunales y jueces inferiores. Esa postura ha sido objeto de duras críticas, entre otras cosas, porque aparentemente plantea una equiparación inválida entre la organización judicial y la organización burocrática de la Administración. La invalidez de ese argumento radicaría en que mientras la organización del poder judicial admite la autonomía de cada juez frente a las decisiones de los máximos tribunales, en la organización burocrática

363 Laporta, op. cit., p. 269.

364 Laporta, op. cit., p. 270.

365 Laporta, op. cit., p. 270.

366 Ibíd. Ver también a Francisco Laporta, La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente, en Ferreres Víctor y Xiol Juan Antonio, El carácter vinculante de la jurisprudencia, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, págs. 15 y 16. Es importante mencionar que el autor no se refiere acá al interés casacional objetivo, sino a una causal específica de casación vigente en el momento en que publica su texto, consistente en “la infracción de la jurisprudencia”. Por su parte, Juan Antonio Xiol, en “Notas sobre la jurisprudencia”, hace referencia a un aspecto metodológico cuyo desarrollo no efectúa: dentro de la *ratio decidendi* hay razones operativas y razones accesorias, siendo las primeras las que tienen un valor jurisprudencial alto, ya que las segundas, por sí mismas, no pueden integrar un razonamiento concreto. En El carácter vinculante de la jurisprudencia, op. cit., p. 107.

de la administración es claro que el principio de autoridad, así como la tutela administrativa, presupone que las decisiones se transmiten verticalmente, por lo cual hay menos espacio para autonomías decisionales³⁶⁷.

Otro indicio metodológico con el cual contribuye LAPORTA es la explicación que este otorga de la exigencia legal de la reiteración de sentencias en un mismo sentido para ser consideradas jurisprudencia³⁶⁸. Según él, la verdadera razón de tal exigencia es que “sólo a través de la segunda sentencia podemos aislar e identificar con precisión la *ratio decidendi* del caso de entre las muchas razones y argumentaciones que confluyen para dar una determinada solución”³⁶⁹, es decir, de entre los *obiter dictum*; “mientras que cualquier decisión anterior podría operar como ‘precedente’ en sentido estricto, sólo cuando tenemos más de una decisión podemos definir cuál es realmente la norma creada por la jurisprudencia”³⁷⁰. Debe destacarse que el autor insiste en que la reiteración no es lo que define la *ratio decidendi* ni la fuerza normativa del precedente, sino que es un factor de identificación de este³⁷¹.

Este último punto va a ser importante cuando se explique la metodología del precedente desarrollada por el Tribunal Constitucional en el contexto del recurso de amparo contra resoluciones judiciales, porque ayuda a justificar la hipótesis según la cual ese Tribunal reconoce el carácter vinculante de las sentencias de instancia cuando estas conforman línea jurisprudencial, con cuya violación se vulnerarían derechos como la igualdad ante la aplicación de la Ley y la tutela judicial efectiva (en sus diferentes vertientes).

Ahora bien, y de cara a los derechos fundamentales, el precedente, esto es, la norma de carácter abstracta, general y vinculante (*ratio* o precedente de interpretación), es el efecto lógico de la aplicación de la igualdad en los razonamientos judiciales. Básicamente, la igualdad obliga a que los jueces se autovinculen con las decisiones tomadas no solo por lo definido por tribunales superiores, sino por ellos mismos frente a casos iguales (precedente horizontal o autoprecedente). De lo que se trata no es de siempre fallar igual, sino de fallar racionalmente y proscribiendo la arbitrariedad. Este es el centro del principio de *universalidad*³⁷², que consiste esencialmente en que los

367 Ver sobre todo a Igartúa Salaverría Juan, La fuerza vinculante del precedente judicial, op. cit., p. 199.

368 El numeral 6º del artículo 1º del Código Civil Español, norma que fue introducida por el Decreto No. 1836 del 31 de mayo de 1934 (publicado en el BOE No. 163 del 9 de junio de 1974), menciona que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

369 Laporta, op. cit., p. 274.

370 *Ibid.*

371 *Ibid.*

372 Gascón Abellán Marina, “Igualdad y respeto al precedente”, en Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas No. 1, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, 1993, págs. 214 y 215. Ver también a Victoria Iturralde, “Precedente judicial”, en

jueces tienen el deber jurídico de sustentar sus decisiones con base en algún principio general o en una regla universal que ya hayan utilizado en casos anteriores sustancialmente parecidos al que definen en el presente³⁷³.

Es por esta razón que un sector de la doctrina, acudiendo para el efecto a algunas sentencias del Tribunal Constitucional, ha propuesto algunos criterios de indagación técnica del precedente en un contexto histórico, haciendo depender su hallazgo de la reiteración continuada de pronunciamientos en un mismo sentido, de manera que sea relativamente fácil identificar cualquier decisión anómala porque sea aislada o porque corresponda a opiniones minoritarias y sin vocación de permanencia. La reiteración de una misma *ratio decidendi* en una línea jurisprudencial completa es importante, porque solamente así se puede predicar del precedente que tenga los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza³⁷⁴. Teresa García-Berrío Hernández lo menciona así:

“Para poder determinar cuándo nos encontramos ante un precedente correcto de obligado respeto, se han de tener en cuenta dos elementos fundamentales:

En primer lugar, ha de tratarse de una línea jurisprudencial mantenida a lo largo del tiempo, en un proceso de decantación histórica, conforme a una doctrina consolidada que descarta, por tanto, cualquier género de pronunciamientos aislados o doctrinas minoritarias.

En segundo lugar, el precedente ha de llegar a alcanzar una relevancia normativa general. Lo cual quiere decir que se habrá de tratar no de un caso aislado, sino de una completa doctrina jurisprudencial de la que sean predicables «los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza». En definitiva, se ha de dar cumplimiento a los cinco caracteres definidores del precedente que predica la doctrina científica del Derecho —en la figura particular de Jerzy Wróblewski—, sobre todo, en su correspondencia con los rasgos de a) generalidad, b) legitimidad y c) coercibilidad, que debe reunir cualquier disposición para poder ser considerada como norma jurídica en sentido propio³⁷⁵.

Eunomía No. 4, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2013, págs. 199 y 200.

373 Ver, sobre el particular, a Lara Chagoyán Roberto, “El Principio de Universalidad en el razonamiento jurídico”, En Revista de la Facultad de Derecho de México NO. 247, México, UNAM, 2007, págs. 225 y ss.

374 García-Berrío Hernández Teresa, “La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación”, en Foro (Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales), Nueva época No. 4, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006, p. 149.

375 *Ibíd.*

En este mismo orden de ideas, dado la fuerza del precedente en términos de generalidad, legitimidad y coercibilidad, los virajes jurisprudenciales no solo deben ser enunciados expresamente, sino que deben sustentar los cambios mediante argumentos que sean capaces de justificarlos, de tal forma que soporten un *control de razonabilidad*³⁷⁶. En otras palabras, los cambios de dirección en la jurisprudencia deben suponer una oposición entre *rationes decidendi* o, usando la metodología de LAPORTA, entre precedentes de interpretación.

Es decir, en el cambio de argumentación, si la nueva jurisprudencia no cumple con la carga argumentativa necesaria para desestimar el precedente, la consecuencia lógica vendría a ser que la nueva postura carece de motivación y, por tanto, podría implicar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que a su vez implica una vulneración al derecho a la defensa y a la proscripción de la arbitrariedad³⁷⁷. Marina Gascón Abellán, profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla- La Mancha, lo menciona así:

“(...) son varios los elementos que definen la que considero mejor doctrina constitucional sobre el respeto al propio precedente. Primero, existe una presunción favorable a la homogeneidad jurisprudencial, de manera que cuando un órgano jurisdiccional se aparta de la solución ofrecida con anterioridad a casos semejantes, debe justificarlo. Segundo, el cambio de línea jurisprudencial debe ser advertido o consciente, y esa advertencia o consciencia debe poder ser reconocida a través de la motivación, siendo, por tanto, pública, y no encubierta. Tercero, la sustitución de los viejos criterios por los nuevos no debe ser simplemente enunciada, sino explicada mediante argumentos capaces de justificarla y, por tanto, susceptibles de un control de razonabilidad. Cuarto, la nueva línea jurisprudencial debe presentarse con vocación de futuro; no es suficiente que sea la mejor en el caso concreto, sino que ha de poder ser querida como criterio general, por lo que debe aportar a su favor razones jurídicas objetivas”³⁷⁸.

Así, fallar racionalmente y evitando en ese sentido caer en la arbitrariedad quiere decir que la igualdad, como principio fundamental de una sociedad

376 Gascón Abellán Marina, Igualdad y respeto al precedente, p. 226.

377 Ver, sobre la motivación de las sentencias judiciales en el contexto español, a Vilata Menadas Salvador, “La motivación de la resolución judicial. La observancia del precedente”, en Revista General de Derecho No. 604-605, Valencia, Augusto Vicente y Almela (editor), 1995, p. 163; Pérez-Luño Antonio Enrique, “¿Qué significa juzgar?”, en DOX, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 32:168 y 169, 2009. Esta idea será objeto de desarrollo más adelante.

378 Gascón Abellán Marina, Igualdad y respeto al precedente, op. cit., p. 226. No obstante, la autora enfatiza que hay ocasiones en las que el mismo Tribunal Constitucional no justifica el cambio de su jurisprudencia. Ver p. 225, pie de página 47.

democrática, le impone al juez el deber de justificar cualquier cambio o apartamiento doctrinal respecto de las decisiones precedentes³⁷⁹, y eso es muy importante en términos de la garantía constitucional de la seguridad jurídica, previsto en el artículo 9.3 de la Constitución Española, que supone que las decisiones judiciales deben ser previsibles, es decir, que sean coherentes con el precedente³⁸⁰.

Otra propuesta para la búsqueda y hallazgo del precedente judicial puede desprenderse del trabajo de María Ángeles Ahumada Ruiz, *La regla de la mayoría y la formación de doctrina constitucional*³⁸¹. Es necesario destacar que la autora restringe su investigación a la fuerza del precedente en el marco del Tribunal Constitucional, y para la concreción de su apuesta metodológica acude al análisis de una resolución en particular: la STC 136 de 1999.

Para empezar, bajo lo dispuesto por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se explica cuál es el funcionamiento interno del Tribunal en lo que toca a la toma de decisiones:

“[c]omo órgano colegiado, el Tribunal adopta sus decisiones por mayoría previa deliberación y votación secretas. El Magistrado designado como Ponente es el encargado de expresar «el parecer del Tribunal» y la Sentencia (del Tribunal) viene firmada por todos los que hayan tomado parte en la votación, aunque después formulen voto particular (...) Los votos particulares, dice la ley del Tribunal, pueden ser discrepantes respecto del fallo o de la fundamentación, deben reflejar una posición previamente defendida durante la deliberación, y siguen a la Sentencia; se publican con ella, pero no forman parte de ella”³⁸².

Ahora, los votos particulares emitidos por los magistrados (i) bien pueden concurrir con el *decisum* de la sentencia, pero no con su argumentación; (ii) pueden apartarse tanto de la argumentación como de la parte resolutive; o (iii) pueden sostener que la argumentación de la sentencia, que consideran adecuada, no da lugar a la decisión adoptada. Así, pese a que los votos parti-

379 Ver a Vilata Menadas Salvador, “La motivación de la resolución judicial. La observancia del precedente”, op. cit., p. 166.

380 Garrido Gómez María Isabel, “El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad”, en Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, 2011, p. 32 y 36; ver también a Vilata Menadas Salvador, “Sobre el valor normativo de las decisiones judiciales”, en Pasajes No. 11, Valencia, Publicacions Universitat de Valencia, 2003, págs. 134 a 138.

381 Ahumada Ruiz María Ángeles, “La regla de la Mayoría y la formación de doctrina constitucional. Rationes decidendi en la STC 136 de 1999”, en Revista Española de Derecho Constitucional No. 58, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

382 Ahumada Ruiz María Ángeles, p. 171.

culares no tienen un efecto jurídico directo sobre el caso resuelto, es posible afirmar que la pretendida unidad de la resolución judicial, que deviene del principio de congruencia, funciona solamente cuando las decisiones se adoptan con la unanimidad de los magistrados³⁸³. El efecto lógico –según la autora– de esta situación es que a pesar de lo inofensivo de los votos particulares en términos jurídicos, cuando una decisión del Tribunal Constitucional se enfrenta a las circunstancias descritas, la motivación (*ratio*) y el fallo (*dictum*) se independizan y a ambas partes de la decisión se les debe reconocer una entidad diferente³⁸⁴. Eso no quiere decir que el fallo deba leerse desconectado de su argumentación, sino que la fuerza de la decisión allí adoptada no depende de la validez de sus argumentos, porque estos han sido objeto de disputa interna y es posible que el precedente así conformado no se logre consolidar³⁸⁵. Al plantear el asunto de esa manera, y en cualquiera de los tres eventos mencionados, se puede inferir la *ratio decidendi* de una sentencia por la vía inversa, es decir, a partir de la lectura de la argumentación que se le opone y que se encuentra en los votos particulares.

Finalmente, un interesante aporte respecto del análisis del precedente es el de LEONOR MORAL SORIANO, quien afirma que este no funciona en sintonía con la consagración que hacen el Código Civil o la Constitución española sobre las fuentes del Derecho y el imperio de la Ley, sino en virtud de las técnicas argumentativas y de las formas del razonamiento judicial, que en el discurso jurídico se manifiestan como argumentos *ab exemplo*, argumentos de *autoridad* y bajo el principio de *justicia formal*³⁸⁶. Verbigracia, para identificar una *ratio decidendi*, que es la esencia del precedente judicial, es necesario considerar que aquellos razonamientos esenciales en el cuerpo de una resolución son, de hecho, manifestación del argumento *ab ejemplo*, de manera que las decisiones judiciales precedentes “ofrecen ejemplos, guías o criterios de interpretación del Derecho. Estos ejemplos, guías y criterios están recogidos en la *ratio decidendi* de las decisiones anteriores. Así, cuando un juez hace referencia a un precedente está haciendo referencia a la *ratio decidendi*: la regla que determina el significado del Derecho”³⁸⁷.

383 Ibid., p. 173.

384 Incluso, dado que tienen distinta virtualidad, no es descabellado afirmar que para la adopción de la decisión se hayan conformado dos mayorías, una para la argumentación y otra para la resolución. Ibid., p. 173.

385 Ibid., págs. 173 y 174.

386 Soriano Leonor Moral, El precedente judicial, op. cit., págs. 130 y ss.

387 Ibid., p. 130.

5.3. METODOLOGÍA DEL PRECEDENTE EN EL MARCO DEL RECURSO DE AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES

5.3.1. JUSTIFICACIÓN

A continuación se hace una breve presentación del modo en que opera el recurso de amparo contra resoluciones judiciales en España. La importancia de este breve relato se justifica porque precisamente en ese contexto, cuando el Tribunal Constitucional resuelve solicitudes de amparo contra sentencias de jueces ordinarios, se ha desarrollado una metodología del precedente judicial. Como puede inferirse de la lectura del acápite anterior, esta metodología se fundamenta en la defensa de algunos derechos humanos, como la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 de la C. E.), y, como consecuencia de este, la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la C. E.), que comprende además derechos como la debida motivación de la sentencia (artículo 120.3 de la C. E.), la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la C. E.) y la prohibición de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la C. E.).

5.3.2. EL RECURSO DE AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES

Las características procesales del recurso de amparo en España suponen la facultad del juez constitucional de revisar cualquier actuación judicial presuntamente inconstitucional, de manera que el principio de cosa juzgada se relativiza en el momento en que una resolución jurisdiccional vulnere algún derecho fundamental³⁸⁸. Esta relativización se presenta esencialmente por disposición del artículo 55.1 de la LOTC³⁸⁹ al prescribir que “[l]a sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos”.

La doctrina ha enfatizado tres aspectos claves en cuanto al trámite del recurso y a sus efectos jurídicos: primero, que no puede entenderse que el amparo sea la continuación del proceso cuya sentencia se impugna, porque solamente se entra a revisar los aspectos del proceso o de la sentencia que sean nugatorios de algún derecho o libertad; segundo, que es excepcional, en la medida que puede suspender la firmeza de las sentencias contra las cuales se dirige³⁹⁰; y tercero, que es un recurso de grado superior, toda vez que su

388 Martínez Mauricio, *Constitucionalización de la Justicia y la Autonomía Judicial. La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009, p. 165.

389 Modificado por la Ley Orgánica 7 del 24 de mayo de 2007, “por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional”, publicada en el BOE No. 125 del 25 de mayo de 2007.

390 En realidad, el artículo 56.1 de la LOTC prohíbe expresamente que en virtud del recurso de amparo se

decisión no es susceptible de anulación por ningún otro órgano³⁹¹. Todo lo anterior implica, de otro lado, que en el marco del recurso de amparo, el TC actúa de forma muy parecida a un tribunal de casación porque su objeto es enjuiciar la actividad judicial, pero con dos diferencias: por un lado, que el criterio de comparación normativa que va a usar siempre el TC es el derecho fundamental; y en segundo lugar, que a diferencia de la casación –que si casa la sentencia de instancia le devuelve al juez el conocimiento del caso–, el TC resuelve en derecho la controversia³⁹².

Dicho lo anterior, el artículo 44.1 de la LOTC dispone lo siguiente:

- “1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:
 - a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.
 - b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.
 - c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.
2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial”³⁹³.

Así pues, en España el recurso de amparo es subsidiario³⁹⁴, y su trámite está sujeto a formalidades de tiempo (30 días de plazo para su interposición a par-

suspendan resoluciones judiciales (o actos administrativos), pero a renglón seguido señala la excepción: “(...) cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona”. *Ibíd.*

391 Martínez Mauricio, *Constitucionalización de la Justicia y la Autonomía Judicial. La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España*, op. cit., p. 166.

392 *Ibíd.*, p. 166. No obstante, se han presentado fallos del Tribunal Constitucional en los cuales ha actuado como tribunal de casación, es decir, declarando la nulidad del fallo de instancia y devolviendo el expediente al juez competente para que en su lugar dicte otra con apego a los argumentos jurídicos del Tribunal, esto es, a su ratio decidendi. Martínez Mauricio cita, al respecto, la STC 02 de 1983.

393 Esta norma fue luego modificada por el artículo único de la Ley Orgánica 6 del 24 de mayo de 2007, publicada en BOE No. 125 del 25 de mayo de 2007.

394 Es importante mencionar que, a diferencia de lo sucedido en Colombia, la Constitución española no establece la subsidiaridad del recurso de amparo, sino que tal característica procesal es impuesta desde la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

tir de la fecha de notificación) y modo (por ejemplo, que se haya denunciado en el proceso la vulneración del derecho constitucional una vez este se hubiera conocido), de manera que se exige para su presentación el agotamiento de la “vía judicial” previa. Otra limitación muy importante en el desarrollo del recurso es que el Tribunal Constitucional no puede conocer de los hechos que dieron lugar al proceso (literal b de la norma citada).

Esta última prescripción tiene la finalidad de evitar que el amparo sea utilizado para revivir procesos que han terminado y de impedir que ese recurso se enarbole como el acceso a una tercera instancia; pero también tiene por objeto orientar al Tribunal a que su análisis recaiga en el exclusivo ámbito de los derechos fundamentales que según el litigante hayan sido violentados. Teniendo en cuenta esta disposición, desde temprano el Tribunal ha sido muy cuidadoso al definir qué criterios deben ser cumplidos para que un recurso de amparo sea interpuesto contra decisiones judiciales, buscando la manera de no inmiscuirse en las resoluciones de los otros órganos jurisdiccionales³⁹⁵. Esto se debe a que el análisis que ha hecho el Tribunal Constitucional del precedente ha tratado de conciliar el derecho de la igualdad con el principio de la independencia o autonomía judicial, así como con la función que tiene la jurisprudencia de adaptarse a los cambios culturales de la sociedad³⁹⁶. En concreto, la aparente oposición entre estos dos postulados ha llevado a que el Tribunal asuma en sede de amparo un control muy formal de los derechos fundamentales, de manera que siempre ha evitado sustituir al juez ordinario en el momento de tomar sus decisiones y, por esa razón, ha establecido tres requisitos que deben concurrir para demostrarse la vulneración de un derecho fundamental con ocasión de un cambio abrupto de precedente: primero, debe haber completa coincidencia en el órgano judicial que cambió de posición jurisprudencial; segundo, debe probarse una identidad sustancial en los hechos que se enjuician; y tercero, debe evidenciarse una ausencia de justificación en el cambio de la postura jurisprudencial³⁹⁷.

No obstante, con el tiempo, y por vía interpretativa, el Tribunal Constitucional ha admitido de manera indirecta la posibilidad de entrar a analizar los hechos de un proceso cuya resolución se impugna mediante el amparo, pero sobre la base de que el análisis de los hechos que haya hecho el correspondiente funcionario judicial sea, por sí mismo, vulnerador de derechos constitucionales³⁹⁸.

395 Martínez Mauricio, *Constitucionalización de la Justicia y la Autonomía Judicial. La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España*, op. cit., p. 169.

396 Garrido Gómez, “El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad”, op. cit., p. 32.

397 Id., p. 32.

398 Martínez Mauricio, *Constitucionalización de la Justicia y la Autonomía Judicial. La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España*, op. cit., p. 169.

Por otro lado, la restricción que tiene el Tribunal en cuanto al estudio de los fundamentos fácticos de un proceso ha impulsado en España el desarrollo de la *doctrina del error judicial*, de manera que la única posibilidad que tiene ese organismo para entrar a indagar el aspecto fáctico de un proceso depende de si el juez cometió un error en la valoración de los hechos, que además haya puesto en situación de indefensión a quien acude en solicitud de amparo³⁹⁹ y así se viole el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), es decir, al debido proceso.

Finalmente, tanto la doctrina como el Tribunal han insistido en que ese error judicial (que tiene origen, por otra parte, en la doctrina del *error notorio* de origen alemán, o fórmula “Hersch”⁴⁰⁰) se puede presentar en los siguientes eventos hipotéticos, que son enunciados por el investigador colombiano Mauricio Martínez así: (i) error por incongruencia; (ii) error manifiesto o patente; (iii) error por valoración equivocada de los hechos cuando hay vulneración de derechos sustantivos; y (iv) error en la valoración probatoria –que se presenta, a su vez, por el desconocimiento de las reglas probatorias de cada tipo de proceso, como la presunción de inocencia en materia sancionatoria⁴⁰¹.

5.4. METODOLOGÍA DEL PRECEDENTE EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5.4.1. ELEMENTOS PARA DETERMINAR CUÁNDO NO HAY RESPETO POR EL PRECEDENTE

Cuando las resoluciones de los jueces en España se apartan sin justificación de lo dicho por ellos mismos para resolver casos sustancialmente iguales, se configura una ausencia de motivación en la sentencia, y ello conlleva un trato discriminatorio (es decir, vulnerador del derecho a la igualdad) y, al tiempo, un ataque contra el derecho a la tutela judicial efectiva. En suma, conlleva una arbitrariedad. Es decir, lo que defiende el Tribunal Constitucional es la obligatoriedad del autoprecedente, o del precedente horizontal. No se trata pues de una promoción del precedente vertical de tribunales o jueces diferentes al mismo Tribunal Constitucional⁴⁰².

399 Ibid., p. 171.

400 Ibid., p. 170.

401 Ibid., págs. 172 a 176.

402 Martínez Mauricio, *Constitucionalización de la Justicia y la Autonomía Judicial. La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España*, op. cit., p. 93. Ver también a Moral Soriano Leonor, *El precedente judicial*, op. cit., págs. 162 y 163. Por otro lado, en decisiones muy tempranas el Tribunal Constitucional sostuvo que sus decisiones judiciales son de obligatoria observancia para todos los jueces y tribunales de España, indistintamente del tipo de proceso que de lugar a sus resoluciones, pues “el art. 5.1 de la tantas veces citada LOPJ impone a todos los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar y aplicar «las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»” (ver STC 110 del 8 de junio de 1988, M. P. Rubio Llorente Francisco, f. j. 3, último párrafo BOE...). Esta postura del Tribunal parecía ser una respuesta anticipada a la tesis propuesta por el fallecido profesor Ignacio de Otto y Pardo, quien sostuvo que la obligatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional frente a las demás autoridades jurisdiccionales se daba únicamente cuando funge como intérprete supremo de

Al respecto, desde muy temprano el Tribunal Constitucional entendió el principio de la igualdad como el criterio esencial en la obligatoriedad del precedente judicial, incluso para el Tribunal Supremo. Por ejemplo, en la STC 142 del 23 de octubre de 1985⁴⁰³, que es paradigmática en ese sentido, menciona en su fundamento jurídico (f. j.) 1 lo siguiente:

“[L]a demanda de amparo cita como primer derecho fundamental infringido por la resolución judicial que impugna el de igualdad consagrado en el art. 14 C.E., siendo oportuno, a fin de dar una decuada (SIC) respuesta al tema planteado desde una perspectiva constitucional, comenzar por recordar la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el citado pasaje de la Constitución, además de proscribir tratamientos legales discriminatorios, veda a un mismo órgano judicial alterar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en situaciones sustancialmente iguales; sin embargo, y para adoptar un pronunciamiento de nulidad de resoluciones judiciales por violación del derecho de igualdad en la aplicación de la ley, no basta con verificar la identidad de los supuestos de hecho y comprobar la diferencia de trato entre los mismos; uno y otro extremo son elementos necesarios, bien que no suficientes, en el juicio de constitucionalidad, en el que han de tomarse en consideración e integrarse otros aspectos, señaladamente, y en lo que aquí interesa reparar, los dos siguientes: El apartamiento por un mismo órgano judicial de sus anteriores decisiones, recayendo sobre quien esgrima la desigualdad la carga de aportar los precedentes de los que la resolución atacada se haya separado, exigencia ésta que no queda cubierta citando cualquier precedente o uno aislado, sino una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza; el segundo, el carácter arbitrario y no fundamentado del cambio de criterio, debiendo destacarse, a estos efectos, que no toda ausencia de motivación expresa produce

la Constitución, es decir, cuando se reúne en pleno. Ver sobre este particular a Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2001 (1988), págs. 284 y ss. En la página 296 se menciona lo siguiente: “(...) La fuerza vinculante de esta doctrina del Tribunal Constitucional resulta de la propia posición del Tribunal, que su Ley Orgánica define como “intérprete supremo de la Constitución” (art. 1), calificación que no se encuentra expresamente en la Constitución misma, pero que resume en fórmula expresiva las funciones constitucionales del propio tribunal: si éste puede anular una ley por inconstitucionalidad ello quiere decir que su interpretación prima sobre la que haya hecho el legislador y sobre cualquier otra. Pero por ello mismo hay que decir que, en rigor, el único que crea jurisprudencia en este sentido es el Tribunal en Pleno, no sus Salas, pues la posición de intérprete supremo de la Constitución corresponde a aquél en cuanto puede imponer su interpretación a la del legislador, lo que únicamente es de la competencia del pleno. A ello obedece que la Ley Orgánica del Tribunal disponga en su art. 12 que “cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno””. Ver también a Jiménez Javier Campo, “Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes”, de Ignacio de Otto, (reseña), en *Revista Española de Derecho Constitucional* No. 23, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.

403

M. P. Escudero del Corral Ángel, publicada en el BOE No. 283 del 26 de noviembre de 1985

una desigualdad inconstitucional, por no razonada y arbitraria, sino tan sólo aquella en la que resulta patente que la diferencia de trato no obedece a una deliberada modificación de los criterios de interpretación de la legalidad hasta entonces mantenidos, apreciable mediante cualquier elemento de juicio externo”⁴⁰⁴.

Nótese acá la presentación precoz de tres aspectos que confluirán después en la conformación de una metodología *implícita* del precedente: el primero es la imposición de la carga de probar la vulneración del principio de igualdad en cabeza de quien acude en amparo, a través de la elaboración de una “concreta y definida orientación jurisprudencial”; el segundo aspecto deriva del anterior, siempre que se tenga en cuenta que la elaboración de la *línea jurisprudencial* por parte del litigante tiende a acreditar los rasgos de “generalidad, continuidad y firmeza”, es decir, el ámbito y alcance normativo del precedente que se considera vulnerado. Esto es interesante porque se acomoda bastante bien al indicio metodológico planteado tanto por Francisco Laporta⁴⁰⁵ como por Teresa García-Berrío Hernández⁴⁰⁶ en cuanto a la necesidad de la reiteración de sentencias en un mismo sentido para identificar la *ratio decidendi* –o precedente de interpretación, que es vinculante–, precisamente por su talante normativo. No sobra destacar, incurriendo en la obviedad, que si el Tribunal Constitucional exige la demostración del precedente a través de una línea jurisprudencial que acredite su generalidad, continuidad y firmeza, es porque reconoce que ese precedente es, de hecho, una norma que trasciende por su generalidad el litigio que resuelven los jueces y que tiene vocación de permanencia hacia el futuro. Sobre este asunto se volverá más adelante.

El tercer asunto que debe resaltarse es que no todo viraje jurisprudencial supone por sí mismo una vulneración del principio de igualdad, sino solo aquel que resulte arbitrario, lo cual sucede cuando la argumentación de la nueva resolución es insuficiente, esto es, cuando la *ratio decidendi* del precedente no encuentra oposición en una verdadera y novedosa *ratio* que le refute adecuadamente⁴⁰⁷. Es por ello que posteriormente, en el f. j. 2 de la misma resolución se hace una mención a lo que la doctrina ha denominado *autolimitación constitucional*⁴⁰⁸, consistente en que los razonamientos que hayan llevado al juez (por ejemplo, al Tribunal Supremo) a cambiar de criterio jurisprudencial –o sea, la nueva *ratio*– no son objeto de control por parte del

404 Laporta San Miguel Francisco Javier, Vindicación del precedente judicial en España, op. cit., p. 270.

405 García-Berrío Hernández Teresa, “La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación”, op. cit., p. 149.

406 Ver a Gascón Abellán Marina, Igualdad y respeto al precedente, op. cit., p. 226.

407 Ver, sobre este asunto, la muy formada opinión de Nieto Alejandro, “Motivación de las sentencias”, en Sosa Wagner Francisco (coord.), El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. Martín Mateo Ramón, Tomo II, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, págs. 2225 y 2226.

408 Ibíd, p. 226

Tribunal Constitucional, salvo que el giro argumental suponga por sí mismo una vulneración a los derechos fundamentales:

“(…) No cabe apreciar en la Sentencia impugnada una carencia de motivación, entendida ésta como falta de fundamentación y no como fundamentación errónea, pues el criterio que la resolución acoge se razona y argumenta en términos que no es dable calificar como insuficientes o inservibles para justificar un cambio, debiendo significarse, a fin de destacar la postura opuesta, que el Tribunal Supremo invoca en apoyo de las tesis que sostiene el fallo la doctrina establecida por una sentencia del Tribunal Constitucional de fecha posterior a la de los precedentes y que cumple la función de soporte de su propia *ratio decidendi*, aunque la errónea comprensión de tal doctrina o su incorrecta aplicación no priva al cambio de criterio de la obligada fundamentación, enjuiciada ésta desde la perspectiva del derecho a la igualdad, pues la causa justificadora de la modificación de los criterios jurisprudenciales no es controlable por este Tribunal, salvo que la misma vulnere otro derecho constitucional”.

La cuestión que surgía era pues en qué eventos son posibles que la motivación de una resolución jurisdiccional, que pretende inaugurar una nueva línea de precedente, vulnere los derechos fundamentales y, por tanto, legitime al Tribunal Constitucional para efectuar el correspondiente control⁴⁰⁹.

Así, al ritmo de una ingente cantidad de casos revisados, el Tribunal ha ido reiterando poco a poco la necesidad de identificar plenamente la *ratio decidendi* frente a los *obiter dictum* de cada sentencia, pues, como se ha insistido a lo largo de este documento, la *ratio* es el centro del deber objetivo de motivación. En otras palabras, el deber de motivar con suficiencia las resoluciones judiciales se cumple solamente cuando se puede identificar plenamente la *ratio decidendi*. Así lo ha planteado el Tribunal, por ejemplo, en la STC 102 del 23 de junio de 2014, f. j. 3⁴¹⁰:

“Corresponde por tanto a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar desde el plano de la motivación los razonamientos en que se funda la decisión judicial; motivación que ha de ser suficiente—en el sentido de expresiva *ad casum* de la *ratio decidendi*— y ajustada a aquellos límites de su fundamentación en

409 Sobre este asunto ver en especial a Nieto Alejandro, “Motivación de las sentencias”, op. cit., págs. 2226 a 2228.

410 M. P. González Rivas Juan José, publicada en el BOE No. 177, del 22 de julio de 2014.

Derecho –esto es, no arbitrariedad–, manifiesta irrazonabilidad o error patente en la interpretación de la causa legal aplicada”.

En este orden de ideas, el Tribunal ha expresado en numerosas ocasiones que desde el punto de vista constitucional las resoluciones judiciales deben venir apoyadas en “en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi*”⁴¹¹, estableciendo de esta manera, como criterio determinante de la “razonabilidad” y de la “suficiencia” de una sentencia, los argumentos esenciales sin los cuales no es posible comprender el sentido de la decisión. En consecuencia, si no es posible ubicar esos razonamientos esenciales dentro de la resolución judicial, esta carecería de razonabilidad, sería insuficiente, y se presentaría entonces una oportunidad para que el Tribunal Constitucional ejerza un control sobre tales aspectos en la correspondiente motivación, pues “se produce infracción constitucional cuando no hay motivación –por carencia total–, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado”⁴¹². La irrazonabilidad, obviamente, es la conclusión a la que se llega después de que el Tribunal evidencia, a la luz de lo argumentado por el litigante en sede de amparo, que la motivación de la sentencia no soporta un control o *test* de razonabilidad⁴¹³, el cual es descrito de la siguiente manera por el mismo Tribunal:

“(…) hemos afirmado que la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro, este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal,

411 STC 119 del 16 de junio de 2003, M. P. Conde Martín Vicente de Hijas, publicada en BOE No. 170 del 17 de julio de 2003, f. j. 3. En el mismo sentido, pueden verse, entre otras muchas, la STC 75 del 4 de abril de 2005, M. P. Delgado Barrio Javier, publicada en BOE No. 110 del 10 de mayo de 2005, f. j. 5; STC 60 del 26 de mayo de 2008, M. P. Pascual Sala Sánchez, publicada en BOE No. 154 del 26 de junio de 2008, f. j. 7; STC 101 del 25 de mayo de 2015, MP: González Rivas Juan José, publicada en BOE No. 159 del 4 de julio de 2015, f. j. 4. Esta última menciona en su f. j. 5 lo siguiente respecto de la *ratio decidendi* y su vínculo con la motivación de una sentencia (si no hay *ratio*, no hay motivación): “(...) De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, hemos de concluir que existe una insuficiencia en la motivación de la Sentencia de apelación en tanto que no permite identificar la *ratio decidendi*, esto es, los criterios esenciales sobre los que se funda la calificación del bien como ganancial, debiendo anularse este pronunciamiento recogido en el punto 1 del fallo”.

412 STC 102 del 23 de junio de 2014, f. j. 3.

413 Gascón Abellán Marina, Igualdad y respeto al precedente, op. cit., p. 226.

que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que a primera vista, y sin necesidad de un mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”⁴¹⁴.

Esta sentencia reitera una larga línea de pronunciamientos del mismo Tribunal acerca del contenido de una sentencia verdaderamente motivada, esto es, de aquella en que se evidencia una *ratio decidendi* que soporta la decisión adoptada en una resolución jurisdiccional. Por ejemplo, la STC 214 del 29 de noviembre de 1999 menciona lo siguiente en su f. j. 4⁴¹⁵:

“(…) Es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas. A partir de estas premisas debemos, pues, resolver el caso aquí enjuiciado”.

Ahora bien, sobre el tema específico de la irrazonabilidad, aparte de decisiones como las que se acaban de citar, y como lo pone de presente el maestro ALEJANDRO NIETO, el Tribunal Constitucional usualmente se limita a proponer algunas reglas de cautela y peticiones de principio para determinar cuándo es irracional la motivación de una sentencia particular; es decir, parte de la suposición (*prima facie*) de que las motivaciones de las sentencias son racionales y que, por tanto, el criterio de la razonabilidad ha de medirse caso por caso, o que la respuesta del órgano jurisdiccional debe ser motivada de forma razonable⁴¹⁶.

414 STC 215 del 3 de julio de 2006, M. P.: Conde Martín Vicente de Hijas, publicada en BOE No. 185 del 4 de agosto de 2006, f. j. 3.

415 M. P. Carles Viver Pi-Sunyer, publicada en BOE No. 310 del 28 de diciembre de 1999. Ver también, entre otras en el mismo sentido, la STC 223 del 5 de noviembre de 2001, M. P.: Pablo Cachón Villar, publicada en BOE No. 287 del 30 de noviembre de 2001, f. j. 5.

416 Nieto Alejandro, “Motivación de las sentencias”, op. cit., págs. 2227; ver también la Sentencia del 13 de noviembre de 1987, citada por Leonor Moral Soriano, El precedente judicial, op. cit., pág. 163.

De otro lado, la irrazonabilidad y la insuficiencia pueden implicar también la incoherencia interna de la motivación, porque los argumentos esgrimidos por el operador jurídico para tomar su decisión son contradictorios (falaces, irrazonables), o bien porque lo afirmado por el juez nada tiene que ver con los hechos o las pretensiones enunciadas por las partes procesales, que son el objeto del debate jurídico. De cualquier manera, lo que se vislumbra en la jurisprudencia reiterada del Tribunal es que si una sentencia no cumple con los requisitos de razonabilidad y suficiencia, es decir, no se evidencia una clara *ratio decidendi* y se compone únicamente de *obiter dictum* (o dichos de paso, secundarios), hay lugar a la vulneración de derechos fundamentales como la igualdad en la aplicación de la Ley o a la tutela judicial efectiva, y, en ambos casos, se manifiesta flagrante la arbitrariedad. Por ejemplo, la STC 215 del 3 de julio de 2006 señala en su f. j. 3 que “[E]l calificativo de arbitraria lo hemos reservado para las resoluciones judiciales carentes de razón o dictadas por puro capricho, esto es, huérfanas de razones formales y materiales, y que resultan, por tanto, una simple expresión de la voluntad”⁴¹⁷.

5.4.2. LA CARGA DE PROBAR UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

En cuanto a la labor jurídica que debe desarrollar la persona que acude al recurso de amparo para impugnar una decisión jurisdiccional, es necesario mencionar que la exigencia de la demostración del precedente a través de líneas jurisprudenciales es una constante en las decisiones del Tribunal Constitucional para poder validar el amparo del derecho a la igualdad, y que esta particular situación es parte importante dentro de la metodología del precedente analizada hasta ahora.

De lo que se trata es de probar la desviación en que habría incurrido el fallo judicial impugnado, y por eso al demandante le corresponde elaborar una línea jurisprudencial, es decir, debe demostrar la existencia de varias resoluciones judiciales sobre un mismo tema y en las cuales la *ratio decidendi* sea la misma respecto del caso que se litiga en la actualidad. Esta exigencia es razonable si se tiene en cuenta que el objeto de la prueba sería, precisamente, demostrar la existencia de una vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley y a la tutela judicial efectiva (lo que incluye el deber de motivación de las resoluciones judiciales). Ejemplos de esta exigencia se encuentran en las STC 48 de 22 de abril de 1987⁴¹⁸, 159 de 6 de octubre de 1989⁴¹⁹, 11 de 16 de enero de 1995⁴²⁰, 102 de 10 de abril de 2000⁴²¹, STC 37 de 12 de febrero

417 Op. cit., M. P. Conde Martín Vicente de Hijas, publicada en BOE No. 185 del 4 de agosto de 2006.

418 M. P. Antonio Truyol Serra, publicada en BOE No. 107 de 5 de mayo de 1987.

419 M. P. Gimeno Sendra Vicente, publicada en BOE No. 267 de 7 de noviembre de 1989.

420 M. P. González Campos Julio Diego, publicada en BOE No. 36 de 11 de febrero de 1995.

421 M. P. Jiménez Sánchez Guillermo, publicada en BOE No. 119 de 18 de mayo de 2000.

de 2001⁴²² y 57 de 26 de febrero de 2001⁴²³, entre otras. En consecuencia, la referencia a las resoluciones precedentes debe tener la vocación de acreditar que la sentencia impugnada haya vulnerado realmente esos derechos constitucionales, para lo cual deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Debe contener una relación histórica precisa y detallada de las sentencias precedentes que resolvieron casos sustancialmente iguales. Deben aportarse esas sentencias para que el Tribunal pueda verificar cuál era su *ratio decidendi*⁴²⁴.
2. A partir de la línea jurisprudencial, debe acreditarse un *terminus o tertium comparationis* que evidencie la desigualdad de trato al resolver supuestos sustancialmente iguales de manera diferente⁴²⁵. A esta exigencia, el Tribunal Constitucional lo denomina requisito de *alteridad*, toda vez que la violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley implica que el operador judicial haya dado al recurrente en amparo un trato desigual frente al que haya recibido otra u otras personas respecto de unas mismas razones de hecho⁴²⁶.
3. Las sentencias, para que soporten válidamente la pretensión de aplicación desigual de la Ley, deben haber sido proferidas por la misma autoridad, es decir, por el mismo Tribunal, Sala y Sección. Esto se debe a que la desigualdad en la aplicación de la Ley solo podría predicarse frente al mismo operador jurídico que emite las resoluciones diferenciales, pues aunque las diversas secciones y salas de un mismo Tribunal integran a un mismo órgano, lo cierto es que son independientes entre sí, y para estos efectos son entendidas como órganos judiciales diferentes⁴²⁷.

422 M. P.: Pi-Sunyer Carles Viver, publicada en BOE No. 65 de 16 de marzo de 2001.

423 M. P.: Pi-Sunyer Carles Viver, publicada en BOE No. 77 de 30 de marzo de 2001.

424 Ver STC 186 del 10 de julio de 2000, M. P. Garrido Falla Fernando, publicada en BOE No. 192 de 11 de agosto de 2000, f. j. 5.

425 Ver STC 46 del 3 de marzo de 2003, M. P. Gay Montalvo Eugeni, publicada en BOE No. 63 del 14 de marzo de 2003, f. j. 2; STC 55 del 24 de marzo de 1988, M. P. Luis López Guerra, publicada en BOE No. 89 de 13 de abril de 1988, f. j. 3; 200 de 10 de diciembre de 1990, M. P. Rodríguez-Piñero Miguel y Bravo-Ferrer, publicada en BOE No. 9 de 10 de enero de 1991, f. j. 2; 266 de 3 de octubre de 1994, M. P. Benayas Carlos de la Vega, publicada en BOE No. 267 de 8 de noviembre de 1994, f. j. 3; 285 de 27 de octubre de 1994, M. P. Vicente Gimeno, publicada en BOE No. 285 de 29 de noviembre de 1994, f. j. 2; 25 de 8 de marzo de 1999, M. P. S. Vives Antón Tomás, publicada en BOE No. 89 de 14 de abril de 1999, f. j. 5; 62 de 26 de abril de 1999, M. P. Rafael de Mandizábal Allende, publicada en BOE No. 130 de 1 de junio de 1999, f. j. 4.

426 Ver STC 46 del 3 de marzo de 2003, op. cit., f. j. 2; 1 de 13 de enero de 1997, M. P. Rafael de Mandizábal Allende, publicada en BOE No. 39 de 14 de febrero de 1997, f. j. 2; 150 de 29 de septiembre de 1997, MP, Vives Antón Tomás, publicada en BOE No. 260 de 30 de octubre de 1997, f. j. 2; 64 de 13 de marzo de 2000, M. P. Vicente Conde Martín de Hijas, publicada en BOE No. 90 de 14 de abril de 2000, f. j. 5; 111 de 7 de mayo de 2001, M. P. Jiménez de Parga Manuel y Cabrera, publicada en BOE No. 137 de 8 de junio de 2001, f. j. 4; y 162 de 5 de julio de 2001, M. P. Pedro Cruz Villalón, publicada en BOE No. 178 de 26 de julio de 2001, f. j. 2.

427 Ver STC 134 de 17 de junio de 1991, M. P. Gabaldón López José, publicada en BOE No. 162 de 8 de junio de 1991, f. j. 2; 183 de 30 de septiembre de 1991, M. P. de los Mozos José Luis y de los Mozos, publicada en BOE No. 265 de 5 de noviembre de 1991, f. j. 4; 86 de 8 de junio de 1992, M. P. Díaz Emil Eugenio, publicada en BOE No. 157 de 1 de julio de 1992, f. j. 1; 245 de 15 de septiembre de 1994, M. P. Pi-Sunyer Carles, publicada en BOE No. 252 de 21 de octubre de 1994, f. j. 3; 285 de 27 de octubre de 1994, M. P. Gimeno Sendra Vicente, publicada en BOE No. 285 de 29 de noviembre de 1994, f. j. 3; 104 de 11 de junio de 1996, M. P.

4. Debe acreditarse, a partir de la línea jurisprudencial, la ausencia de un fundamento suficiente y razonable que justifique el abandono del criterio judicial anterior. La STC 46 del 3 de marzo de 2003⁴²⁸ enuncia este requisito así: "(...) que no es preciso que resulte de modo expreso de la propia resolución, bastando con que existan elementos externos que revelen que el cambio de criterio no es fruto de la inadvertencia o de la mera arbitrariedad o una simple respuesta individualizada diferente de las seguidas anteriormente, sino manifestación del acogimiento de una nueva solución o criterio jurisprudencial general y aplicable a los casos futuros por el órgano judicial, evidenciable, por ejemplo, por la existencia de posteriores pronunciamientos coincidentes con la doctrina abierta por la Sentencia o resolución impugnada. (...) Lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo que equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam* o *ad casum*"⁴²⁹.

En ese sentido, no deja de llamar la atención que el Tribunal Constitucional insista en que la validez de separarse del propio precedente va a depender, siempre, de que el cambio de jurisprudencia no sea arbitrario. Por ello, como quedó claro con lo expuesto anteriormente, el requerimiento del Tribunal es que todo viraje doctrinal debe cumplir con una carga argumentativa suficiente, de manera que se pueda identificar la *ratio decidendi* del fallo, entendida esta como el componente esencial de la resolución, sin el cual la decisión sería diferente, y que se encuentra en un razonamiento abstracto y general. El Tribunal lo ha dicho de la siguiente manera: "[U]n mismo órgano jurisdiccional no puede cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación, que permita deducir que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no

Delgado Barrio Javier, publicada en BOE No. 168 de 12 de julio de 1996, f. j 2; 102 de 10 de abril de 2000, M. P. Jiménez Sánchez Guillermo, publicada en BOE No. 119 de 18 de mayo de 2000, f. j 2; 186 de 10 de julio de 2000, M. P. Garrido Falla Fernando, publicada en BOE No. 192 de 11 de agosto de 2000; entre otras.

428 Op. cit.

429 Ver también las STC 63 de 21 de mayo de 1984, M. P. Díez de Velasco Vallejo Manuel, publicada en BOE No. 146 de 19 de junio de 1984, f. j 4; 49 de 28 de marzo de 1985, M. P. Francisco Tomás y Valiente, publicada en BOE No. 94 de 19 de abril de 1985, f. j 2; 181 de 13 de noviembre de 1987, M. P. Luis López Guerra, publicada en el BOE No. 295 de 10 de diciembre de 1987, f. j 1; 55 de 24 de marzo de 1988, M. P. López Guerra Luis, publicada en BOE No. 89 de 13 de abril de 1988, f. j 3; 115 de 22 de junio de 1989, M. P. Gimeno Sendra Vicente, publicada en BOE No. 175 de 24 de julio de 1989, f. j 4; 200 de 10 de diciembre de 1990, M. P. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer Miguel, publicada en BOE No. 9 de 10 de enero de 1991, ff. jj 3 y 4; 25 de 8 de marzo de 1999, M. P. Tomás S. Vives Antón, publicada en BOE No. 89 de 14 de abril de 1999, f. j 5; 193 de 1 de octubre de 2001, M. P. Vicente Conde Martín de Hijas, publicada en BOE No. 266 de 6 de noviembre de 2001, f. j 3; 111 de 6 de mayo de 2002, M. P. Conde Martín Vicente de Hijas, publicada en BOE No. 134 de 5 de junio de 2002, f. j 4.

a una respuesta *ad personam*” (STC 105 del 4 de mayo de 2009⁴³⁰).

Así pues, la fuerza vinculante de las resoluciones jurisdiccionales, que se encuentra en la *ratio decidendi* de cada decisión, dista mucho de ser un sistema rígido de precedente judicial. Es posible que los tribunales se aparten de sus propias decisiones cuando se ofrezca un razonamiento válido para justificar el cambio de criterio, según se mencionó arriba (STC 104 del 11 de junio de 1996⁴³¹); o cuando sea evidente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un cambio de jurisprudencia que ha sido reiterado en pronunciamientos posteriores, es decir, que haya establecido una línea jurisprudencial novedosa (STC 105 del 4 de mayo de 2009⁴³², STC 25 del 8 de marzo de 1999⁴³³).

Es igualmente importante destacar que la validez del cambio jurisprudencial en virtud de la reiteración de los pronunciamientos posteriores obedece fundamentalmente a que los efectos de la *ratio decidendi* en cada sentencia, incluyendo aquellas que inauguran una nueva línea jurisprudencial, operan siempre hacia el futuro⁴³⁴. En palabras del TC:

“Finalmente, por lo que se refiere al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) y en lo que al presente caso importa, este Tribunal ha reiterado que está vedado a los órganos judiciales el cambio irreflexivo o arbitrario en la aplicación de una norma, lo cual equivale a mantener que, por el contrario, el cambio resulta legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad, con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam* o de ruptura ocasional en una línea que se venga manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúe con posterioridad (...).

De acuerdo con ello, el Auto del Tribunal Supremo impugnado—lejos de ser una decisión particularizada y adoptada *ad hoc* por el órgano judicial para resolver ese solo caso o para aplicarlo exclusivamente a la persona del recurrente—constituye la plasmación de un criterio jurisprudencial previamente adoptado con carácter general y con vocación de permanencia para resolver todos los supuestos de las mismas características”⁴³⁵.

430 M. P. Rodríguez-Zapata Pérez Jorge, publicada en BOE No. 137 de 6 de junio de 2009.

431 Op. cit.

432 Op. cit.

433 Op. cit.

434 Ver a Martínez Maruicio, La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial. La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009, pags. 94 y 95.

435 STC 75 del 27 de abril de 2015, M. P. Encarnación Roca Trias, publicada en BOE No. 136 de 8 de junio de

Esta característica “pro futuro” es clara en las sentencias del TC indistintamente del tipo de proceso en las cuales sean dictadas, pues como se ha referido con anterioridad, el artículo 5.1 de la LOPJ permite deducir que los fallos del Tribunal son de obligatorio cumplimiento general.

5.4.3. LA RELATIVA FACILIDAD PARA ELABORAR LÍNEAS JURISPRUDENCIALES EN ESPAÑA

Las sentencias del Tribunal Constitucional son fáciles de encontrar, básicamente porque son publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, situación que agiliza su búsqueda, de modo que son tan accesibles como los textos de orden legal. Adicionalmente, la página web del mismo Tribunal (<http://hj.tribunalconstitucional.es>) cuenta con un buscador con un completo y relativamente sencillo sistema de descriptores y restrictores informáticos que arrojan resultados eficientes frente a las búsquedas realizadas. Esto quiere decir que en Internet las resoluciones del Tribunal Constitucional pueden ser objeto de búsqueda a través del *Boletín Oficial del Estado* (<https://www.boe.es/buscar/>) y por medio de la página de la misma institución.

Ahora bien, en la página de Internet del Tribunal (o del *Boletín Oficial del Estado*) cada sentencia cuenta con una ficha técnica, unos extractos de los argumentos más relevantes y los índices de todas las fuentes normativas utilizadas en el fallo. La ficha técnica cuenta con una síntesis descriptiva, una síntesis analítica y un resumen, donde se pueden verificar los principales argumentos de los cuales derivaron las decisiones contenidas en la parte resolutive. Por esta razón, la ficha técnica suele ser útil, aunque muchas veces no es suficiente la identificación de la *ratio decidendi* de cada fallo.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo en sus diversas jurisdicciones (civil, penal, contencioso-administrativa, social o laboral, militar y especial) pueden ser consultadas en la página de Internet del Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>). El método de búsqueda en este caso es igualmente sencillo, pero se facilita enormemente el proceso de búsqueda si se cuenta con información específica de cada proceso.

2015, f. j 4; ver también la citada STC 105 del 4 de mayo de 2009, f. j. 5.