

STARE DECISIS Y CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO (CONSTITUCIONAL)

A propósito de *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, de Ana Laura Magaloni Kerpel (1)

MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUIZ

«Desde sus orígenes», dice la autora de este libro, «la *judicial review* presupuso la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales del Tribunal Supremo». No fue preciso que ningún precepto lo dispusiera así. La concepción americana de la Constitución como «derecho más alto» pero, al fin y al cabo, «derecho», derecho que los jueces aplican, tendría consecuencias extraordinarias —la más llamativa, desde luego, la aparición del control judicial de la constitucionalidad de las leyes— pero no fue responsable, al menos directamente, de la aparición de la figura del «precedente constitucional». En un sistema de *common law*, como era el norteamericano, aceptar que la Constitución debía ser considerada derecho aplicable por los jueces fue tanto como aceptar su inmersión en la corriente del *common law*.

Es discutido si este fue un desarrollo consciente. El *common law*, como observó Pound, es un modo de pensamiento jurídico, una manera de argumentar y una forma de tratamiento de problemas legales, antes que un cuerpo de reglas definidas y más o menos fijas; un método capaz de modelar normas, *cualquiera que sea su origen*, para adecuarlas a sus principios. Por tanto, la aparición de «precedentes constitucionales», como la aparición de un «*constitutional case law*», no es más que la consecuencia de la aplicación judicial de la Constitución de acuerdo con la técnica de la *common law adjudication*.

Visto de esta forma, tiene razón Magaloni al sostener que no se puede explorar el significado y fuerza normativa del precedente constitucional en el sistema norteamericano sin situarlo en su contexto, que no es otro que el del sig-

(1) McGraw Hill, Madrid (2001), con prólogo de Manuel Aragón.

nificación y fuerza normativa del derecho de creación judicial [*judge-made law*] en ese sistema. Los precedentes constitucionales son en su opinión, antes que nada, un tipo de «precedentes»: que «no tienen características formales (sólo materiales) que los diferencien de otros tipos de precedentes. Por consiguiente, el análisis de los elementos que conforman un precedente constitucional es el análisis de la estructura de cualquier precedente de un sistema de *case law*» y otro tanto sucede con los elementos determinantes de su fuerza normativa.

El planteamiento tiene fuerza y justifica que éste sea, sobre todo, un libro sobre la institución del precedente en los Estados Unidos y, en esa medida y no al revés, un libro sobre el precedente constitucional (2). Bien mirado, el planteamiento hubiera podido ir incluso más allá: no es sólo que la *judicial review* «presupusiera» el precedente, es que, en buena medida, la *judicial review* es producto del precedente. La *judicial review* no fue planeada, ni programada, ni, por supuesto, regulada. Fue una práctica judicial esporádica al principio, difundida poco a poco entre tribunales estatales, que llegaría a adquirir carta de naturaleza y general aceptación una vez que el Tribunal Supremo sancionó su uso, con una argumentación «constitucional» que, aunque mundialmente famosa, no resiste el análisis. El *stare decisis* es una razón del establecimiento y permanencia de la *judicial review* al margen de cualquier regulación y es también una fuente de legitimidad de las decisiones de los tribunales ejerciendo la *judicial review*. Siempre será causa de asombro el esfuerzo de algunos miembros del Tribunal Supremo por imponer interpretaciones textualistas u originalistas de la Constitución, denunciando como desviaciones y ocasiones para el voluntarismo judicial cualesquiera otras, mientras ejercen la *judicial review*, en sí misma una atribución ni textual, ni original. La *judicial review*, ya lo dijo Bickel, no es contraria a la Constitución, pero no se deduce de ella.

Establecida de ese modo la conexión entre *judicial review*, *common law adjudication* y precedentes constitucionales, creo que es natural preguntarse si, entonces, en un sistema que no sea de *common law*, el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y, en su caso, la introducción de la técnica del control de constitucionalidad, requieren de la figura del «precedente constitucional». Precedente, *case law* y jurisprudencia no son términos sinónimos. Pero sobre este asunto volveremos al final. Por ahora, se trata del precedente (y el precedente constitucional) en un sistema de *common law*.

* * *

(2) *Cfr.* con la advertencia de la autora de que «a pesar de que este estudio se centra en el precedente constitucional, nuestro análisis, en gran medida, puede hacerse extensivo a cualquier precedente del sistema de *case law* norteamericano», pág. 61.

Como advierte la autora, el contraste entre los sistemas de *civil law* y *common law* no resulta de contraposiciones tales como el papel preponderante del legislador en uno y de los jueces en otro, o la posición asignada en un ordenamiento al derecho legislado frente al de creación judicial. En cierto modo, estas diferencias visibles, a menudo exageradas para resaltar el contraste, no son más que la consecuencia de lo que realmente hace la diferencia, algo más esencial y menos visible: la actitud frente al derecho, o si se quiere, la forma de concebirlo. Cuando el derecho se concibe como un sistema de normas, cerrado y autorregulado, el papel del legislador en su edificación y de los teóricos del derecho en su racionalización es central. Por el contrario, concebido como una herramienta, un instrumento para resolver conflictos de intereses, tanto más perfecto cuanto mejor se adapta a esta finalidad práctica, el derecho no se entiende desconectado de la realidad sobre la que actúa, sobre la que pretende influir y que permanentemente lo pone a prueba. El laboratorio del derecho entonces está en los tribunales: el derecho se pone a prueba, se desarrolla y se transforma a impulso de concretos conflictos reales que reclaman solución. La obsesión por la certeza del derecho y el afán de sistematización, tan evidentes en la construcción del *civil law*, son perfectamente comparables a la obsesión por la eficacia y la permanente preocupación por adecuar el derecho a la cambiante realidad social [*bridging the gap between law and society*] característicos de los sistemas de *common law*.

Estas dos diferentes actitudes frente al derecho han condicionado el modo de enseñarlo en uno y otro sistema y explican que, en cuestiones básicas, juristas de *civil law* y *common law* piensen en términos de derecho de manera distinta. El problema al que se enfrenta aquí el comparatista, no es uno de traducción, sino de comprensión. Como observa Merryman (3), el abogado entrenado en el sistema de códigos tiende a sentir compasión por su colega anglosajón, condenado a vagar de por vida en el laberinto de las decisiones judiciales, en ese mundo del derecho a medio hacer; mientras que el jurista de *common law* viene a encontrar entre fascinante y divertido que personas adultas discutan en serio sobre la «autonomía» de las ramas del derecho —el derecho agrario, pone por caso— o se empleen con energía en debates sobre la «verdadera naturaleza» de determinada institución jurídica. Los modelos conceptuales son diferentes, dice Magaloni y, en consecuencia, también lo son las preguntas relevantes para el jurista.

El estudio de la doctrina del precedente, sostiene Ana Laura Magaloni, es para los juristas de *common law* básico y esencial como el estudio del sistema de fuentes para los de *civil law*. Tan notable discrepancia en la selección de los

(3) *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press (1985, 2).

fundamentos de la formación del jurista obedece, en su opinión, a la diferente óptica desde la que cada una de estas tradiciones jurídicas contempla y comprende el derecho. En los sistemas de derecho codificado el derecho es, ante todo, ordenamiento jurídico: una construcción racional que, atendiendo a distintos criterios de ordenación, asigna a cada norma una posición, un lugar dentro del sistema, y fija las reglas de conexión entre ellas. El jurista debe conocer el contenido de las normas pero, sobre todo, cómo se relacionan unas con otras en el marco del ordenamiento jurídico. La óptica desde la que se contempla el ordenamiento es estática; su dinámica interna está regida por pautas propias de la «lógica jurídica». En un sistema de *common law* como el norteamericano, el derecho se percibe como *work in progress*, un incesante proceso de desarrollo, producción y modificación de reglas jurídicas que debe ser comprendido en dimensión histórica. La óptica desde la que se contempla el derecho es dinámica: el derecho «se mueve» y lo que el jurista debe conocer es qué factores impulsan o frenan el dinamismo y mutabilidad de las reglas jurídicas. Las decisiones judiciales son el indicador del «estado» del derecho en cualquier sector sujeto a regulación: confirman que hay derecho consolidado (o que no lo hay), anuncian cambios, introducen nuevas reglas. La realidad social atraviesa el derecho, que no se puede determinar abstraído de ella: interesa el derecho tal y como se aplica, *law in action*, no como conjunto de disposiciones jurídicas en vigor, *law on the books*. Evidentemente, esto no significa que el derecho sea siempre inestable e incierto; las reglas jurídicas son reglas porque prescriben pautas de actuación —o, como preferían los pragmatistas, «crean hábitos»— y nadie obedecerá, al menos conscientemente, una regla que no conoce o, si eso le resulta costoso, una regla que no pretende durar (4). En la doctrina del precedente está presente la tensión entre los valores antagónicos de continuidad y cambio, rigidez y flexibilidad. El *case law* es derecho en movimiento, pero de acuerdo con ciertos patrones de orden: «descubrir tales patrones de orden es, a fin de cuentas, entender cabalmente qué significa y cómo opera el principio de *stare decisis* en la práctica judicial de los tribunales norteamericanos» (5).

(4) Es famoso, sin embargo, el *dictum* de Lord Denning afirmando que «la verdad es que el derecho es incierto... nadie puede decir qué es el derecho antes de que los tribunales lo decidan»; en vena similar, Holmes propuso una definición del derecho como «la profecía de lo que harán los jueces». Bentham, el gran apóstol de la codificación, consideraba simplemente perverso el derecho de creación judicial, un derecho que según él se hacía como se hacen las reglas para un perro: los jueces aguardan a que alguien haga algo que según ellos no debería haber hecho y, entonces, lo golpean. Magaloni considera que lo que sucede es que los juristas de *common law* centran su interés en las áreas de derecho incierto, lo que genera una visión del derecho distinta de la que tienen los ciudadanos.

(5) MAGALONI en pág. 27.

Consciente de la dificultad que entraña explicar de modo comprensible para quienes no estén familiarizados con el espíritu y la técnica del *common law* (6) un sistema que, valga la redundancia, se resiste a la sistematización y en muchos aspectos funciona de manera intuitiva, la autora de este libro ha recurrido a un interesante planteamiento metodológico. Reclama la colaboración del lector, que deberá dejar a un lado sus prejuicios de jurista de *civil law*, (pre)disponerse a «encontrar sentido» a este otro modo de contemplar y comprender el derecho, y contener su lógico impulso de comparar y contrastar el nuevo panorama que se le ofrece con el que conoce, al menos, hasta haber concluido el recorrido que la autora ha dispuesto. Como la sugestión es importante, debe aceptar «de entrada» una serie de postulados —los que Magaloni identifica como rasgos básicos del paradigma jurídico norteamericano (7)— que, como más adelante irá viendo, son en realidad conclusiones, el fruto de la observación. El planteamiento funciona, creo que muy eficazmente, aunque, luego diré por qué, en mi opinión no sin inconvenientes.

* * *

Que el derecho norteamericano sea poco entusiasta de las «grandes teorías», no significa que la teoría del derecho sea, en sus dominios, un sector desierto de interés. Todo lo contrario. El escenario académico norteamericano ha sido el lugar en el que han brotado algunas de las teorías y corrientes de pensamiento jurídico más innovadoras desde la segunda mitad del siglo XX: *Law and Economics*, *Critical Legal Studies*, *Law and Science*, *Law and Society*, *Law and Literature*, *Feminist Legal Theory*, son algunos ejemplos. Ninguna de ellas tiene pretensiones de construir «ciencia jurídica», un proyecto largamente abandonado; todas, en cambio, responden de alguna manera a la vieja demanda de Holmes, «en lugar de realizar investigación dogmática empleemos nuestra energía en estudiar los fines que el derecho debe atender y las razones para desarrollarlos» (8). En el primer Capítulo del libro que comentamos se puede encontrar una magnífica exposición del peculiar recorrido histórico de la teoría del derecho en los Estados Unidos, que tiene como fin proporcionar algunas claves para comprender el porqué del temprano protagonismo de los jueces en la vida pública de este país, el fracaso del formalismo jurídico y la atracción ejercida

(6) Me permito sugerir sobre este asunto dos libros excelentes, de G. RADBRUCH: *El espíritu del derecho inglés*, y de R. POUND: *The Spirit of the Common Law*.

(7) En págs. 24-27.

(8) O. W. HOLMES en «The Path of the Law», se cita en el libro en nota 51, pág.21.

por el pensamiento pragmático-instrumental, una fuente, por sí mismo, de permanente insatisfacción.

Hay dos cuestiones que se tratan en este Capítulo que tienen particular interés. Una, cómo se fue produciendo el progresivo distanciamiento del paradigma jurídico inglés mientras se conformaban los rasgos propios del *common law* americano. Otra, conectada con la anterior, cómo fue que la necesidad sentida de liberar a los jueces de las cadenas del pasado para que acometieran responsablemente la tarea de responder a las demandas del presente, no tuvo como consecuencia el abandono del principio del *stare decisis* que, más bien al contrario, resultó revitalizado. Muy en consecuencia con el planteamiento pragmático, el *stare decisis* se reconoce como *policy*, un criterio prudente que aconseja mantener lo establecido a falta de buenas razones para cambiar. Consideraciones de seguridad jurídica justifican la conservación de reglas que deberían ser modificadas atendiendo a criterios de justicia, de equidad, de eficacia. Pero no en todos los casos. El gran salto, a mi modo de ver, se produce con la aparición en los años sesenta de la técnica del *prospective overruling*, un arriesgado experimento jurisprudencial que abrió las puertas, directamente, a la legislación judicial, con consecuencias espectaculares en el ámbito de la litigación constitucional.

* * *

La dinámica que impone el *stare decisis* es fácil de describir. En virtud de este principio los jueces han de decidir los casos del presente atendiendo a cómo se decidieron casos iguales o semejantes en el pasado. En sentido horizontal, el *stare decisis* fuerza la vinculación del juez a sus decisiones anteriores. En sentido vertical, a las de los tribunales superiores que ejercen sobre ellos jurisdicción en apelación. En principio, los jueces no están obligados por precedentes establecidos por tribunales de su mismo rango, ni por los de tribunales de apelación sin jurisdicción sobre ellos. Por ello se suele distinguir entre precedentes vinculantes y precedentes persuasivos dependiendo de la relación que liga a unos tribunales con otros (un precedente obligatorio para unos tribunales será persuasivo para otros). Los únicos precedentes con fuerza obligatoria para todos los jueces son los que proceden del Tribunal Supremo (en el caso de los Estados Unidos, en materias de derecho federal). El control del funcionamiento efectivo del *stare decisis* vertical se consigue mediante el sistema de recursos. El control del *stare decisis* horizontal, que cede siempre frente al vertical, depende normalmente del propio tribunal. Existen de todas formas procedimientos que permiten resolver discrepancias en el seno de tribunales colegiados que actúan divididos en salas o *panels*, por la vía de atribuir al pleno (*full court*) o a una comisión *ad hoc* de sus jueces «*sitting en banc*», la determinación del precedente al que se autovincularán.

Simple, como puede apreciarse. La complicación procede de la eventual dificultad de determinar qué es «lo decidido» (el «*decisis*») y de la polémica fuerza del principio de *stare decisis* como criterio autónomo de decisión. El *stare decisis* manifiesta su real potencia cuando un juez, o un tribunal, decide un caso dejando ver que no está de acuerdo con el resultado y la doctrina que lo sustenta, pero que decide así por respeto al *stare decisis*. En el caso del *stare decisis* vertical una declaración de este tipo vale por una manifestación de «falta de independencia» (9); en el caso del *stare decisis* horizontal —todavía más si se trata del Tribunal Supremo, todavía más si se trata de un caso constitucional— lo que se plantea crudamente es la cuestión de la «razón de ser» del *stare decisis* (10). En principio, el derecho creado por el juez, por el juez puede ser destruido, y son bien conocidas las técnicas de *overruling*, revocación de precedentes. ¿Qué es lo que convierte a determinados precedentes en invulnerables? A esta cuestión dedica alguna reflexión Magaloni, quien está de acuerdo con Monaghan en la idea de que ciertos precedentes constitucionales dejan de estar bajo el dominio y control del Tribunal Supremo para pasar a formar parte de la «Constitución no escrita» —un curioso proceso de transformación de *constitutional common law* en *constitutional law*—, de modo que tocarlos sería tanto como alterar la Constitución. En este sentido, el *stare decisis*, en el nivel constitucional, posee la virtualidad de extraer ciertas cuestiones, en su momento contestadas, de la agenda judicial. Casos paradigmáticos, aunque no exclusivos, que han alcanzado este status serían los *Legal Tender Cases* o *Brown* (11); profundamente discutido es, en cambio, si *Roe* o *Miranda* deben recibir la misma consideración.

(9) Un ejemplo en una decisión de un juez de distrito: «aunque estoy profundamente de acuerdo con los disidentes del Tribunal Supremo en lugar de con la mayoría en la notable decisión *Gustafson*, es obvio que este caso estaría controlado en apelación por *Gustafson*. Por tanto, en deferencia a la superior fuerza y autoridad, aunque no a los principios, considero mi deber ahorrar al Estado una apelación innecesaria y revocar la orden anterior». Este y otros ejemplos en S. LEVINSON: «On Positivism and Potted Plants: “inferior” judges and the task of constitutional interpretation», *Connecticut Law Review* (1993). Muchas de las técnicas de manipulación de precedentes tienen que ver con la necesidad de cumplir formalmente con el *stare decisis* aunque, de hecho, se esté evadiendo el precedente.

(10) En los últimos tiempos el Tribunal Supremo ha sugerido que su respaldo a decisiones cardinales [*landmark decisions*] como *Roe v. Wade* (que reconoce el derecho de la mujer a decidir sobre la interrupción de su embarazo en los primeros tres meses de gestación) o *Miranda v. Arizona* (que reconoce el derecho del detenido a ser informado sobre sus derechos en el momento de su detención) descansa en el respeto al *stare decisis* y no implica que el Tribunal comparta su doctrina, que no considera «necesaria» de acuerdo con la Constitución.

(11) En los *Legal Tender* el Tribunal sancionó la constitucionalidad del uso del papel moneda como moneda de curso legal (en contra de la Constitución, que sólo reconoce como de curso

A propósito de la justificación y consecuencias del principio *stare decisis*, Magaloni se inclina decididamente —y lo argumenta con todo rigor— por la opción de considerarlo sobre todo un criterio «estructural» del sistema de impartición de justicia en los Estados Unidos (12). El *stare decisis* está en la base de la división de funciones entre tribunales de primera instancia (tribunales encargados de resolver disputas) y tribunales de apelación (encargados del mantenimiento y provisión de reglas y estándares vinculantes y sólo residualmente de la corrección de errores *in judicando* o, todavía más raramente, *in procedendo*). Reacciona de esta forma frente a un punto de vista muy extendido entre los juristas de *civil law* cuando se aproximan al sistema norteamericano: el *stare decisis* vertical no viene forzado por una estructura jerárquica de la jurisdicción. La relación entre tribunales de primera y ulteriores instancias no se explica tanto por razón de jerarquía como de competencia o, incluso, especialidad —por usar términos que nos son familiares. De hecho, los tribunales de primera instancia no son órganos productores de precedentes y, sin embargo, son casi soberanos en la crucial tarea de calificación de los hechos y construcción de la «narrativa» del caso (como *courts of facts*). Esto da lugar a que, en abierto contraste con lo que sucede en países como el nuestro, la apelación sea vista como un proceso diferente del de la primera instancia y, en la práctica, un suceso *extraordinario* (13). En la tarea de corrección de errores, los jueces de apelación no se sienten obligados a argumentar como lo hacen cuando ejercen su función institucional: utilizan mecanismos para disponer sumariamente —por ejemplo, *memorandum decision*, *per curiam*, *summary reversal*— sin opinión, y la decisión, normalmente, no se publica. El sistema de recursos para el acceso a la instancia superior responde a la política del *stare decisis*. La apelación no es una segunda oportunidad para la parte insatisfecha con el fallo, ni una instancia de comprobación de la corrección de la decisión (14). Llamativa-

legal la moneda de oro o plata). En *Brown* declaró como inherentemente discriminatoria la política de segregación racial.

(12) Esto no significa desconocer las otras *rationes* para el *stare decisis*: como criterio de prudencia, *policy*, el tribunal debe justificar su apartamiento del precedente y el *overruling* está justificado cuando el mismo tribunal que lo estableció o uno superior, llega a la conclusión de que el precedente es *bad law*; como proyección del principio de igualdad (*equal justice*), el *stare decisis* funciona como una barrera que previene contra comportamientos arbitrarios de los jueces. Por lo demás, es admitido que el origen de la práctica judicial inglesa del *stare decisis* obedeció a motivos poco sofisticados: despachar asuntos rutinariamente.

(13) Según Posner, al que la autora remite, en el noventa por ciento de los casos un juicio federal termina en la primera instancia, pág. 45.

(14) Existen, no obstante, como señala Magaloni procedimientos ante el propio tribunal de instancia para lograr la subsanación de errores en la conducción del proceso, incluso después de

mente, el *certiorari* permite al Tribunal Supremo confeccionar su agenda de cuestiones en las que desea —por una variedad de motivos— fijar doctrina (casos que serán decididos mediante *full opinion*) y dedicarse de modo casi exclusivo a la función institucional. Esto es posible porque los tribunales de apelación ya se encargan de mantener su doctrina anterior (a la que están vinculados en virtud del *stare decisis* vertical) y poseen además autoridad para proveer nueva doctrina en los casos que lo demanden; esta doctrina obliga en los términos del *stare decisis* mientras el Tribunal Supremo no la sustituya.

* * *

¿Cómo se determina «lo decidido» a los efectos del *stare decisis*?, ¿cómo se construye un «precedente»? ¿qué diferencia existe entre precedente y doctrina judicial vinculante y cómo se genera ésta? Los dos últimos Capítulos de este libro están dedicados a estas cuestiones. Con buen criterio, Magaloni ha desistido de contestar directamente estas preguntas y ha optado por una exposición ordenada del concurrido debate en torno a cada una de ellas. En estos Capítulos tenemos la oportunidad de «comprobar» que el sistema responde a aquellos postulados —características relevantes del paradigma jurídico norteamericano— que la autora nos proporcionó al principio.

En particular, debemos recordar que cuando el derecho se concibe como un cuerpo de reglas abierto y dinámico, ni el legislador se siente obligado a la regulación más detallada posible (sabe que, aunque lo pretenda, no podrá prever todas las vicisitudes que afectarán a la aplicación de la ley), ni los jueces consideran un defecto o una carencia de la regulación positiva que un caso plantee «preguntas jurídicas sin respuesta». Un caso es un caso aunque el legislador no lo haya previsto. El juez que decide casos deberá «buscar y construir» el derecho apropiado para resolverlos y, ocasionalmente, deberá «crearlo». En los sistemas de *common law* el juez no es simplemente un agente del legislador, es su *partner* [un *cooperative law-making body*] y el legislador cuenta con él.

Es la necesidad de decidir el caso —y hacerlo «correctamente» conforme a derecho— lo que justifica, en principio, el limitado poder del juez para crear derecho. Su sentencia contiene el derecho que rige para el caso y, en virtud del *stare decisis* y de acuerdo con su dinámica, se convierte en parámetro de deci-

dictada la sentencia (*motion of new trial, motion for notwithstanding the verdict*). De acuerdo con la doctrina del *harmless error* los errores que no afecten de forma significativa a los derechos de las partes no son revisables por un tribunal superior.

sión para casos futuros. Sin embargo, tratándose del efecto prospectivo del derecho del caso, Magaloni advierte que no es posible determinar *a priori* su alcance normativo. Influye el carácter más o menos excepcional del caso, la autoridad del tribunal que lo decide, el grado de consenso alcanzado en el seno del tribunal a la hora de decidir, la relevancia de la cuestión decidida, la aceptación social que consigue o la controversia que genera la solución alcanzada. Pero además, son los tribunales posteriores los que determinan, al aplicar la regla del precedente en litigios posteriores, su nivel de generalidad y abstracción; el tribunal que sienta el precedente ha establecido, todo lo más, el marco de posibilidades dentro del cual podrán moverse los jueces vinculados por su decisión. En cierto modo y, a esta escala, se reproduce la colaboración entre juez y legislador, ahora, sólo entre jueces. Las técnicas de manipulación de los precedentes como las premisas del «estudio de casos» son extremadamente complejas. Y cualquiera comprende por qué nunca se ha intentado en un sistema de *common law* «regular» el precedente.

El *case law* es un trama en la que ningún precedente queda aislado. Los ingleses ya decían que el derecho en el *common law* se teje como una red sin costuras [*seamless web*], no como un *patchwork*. El manejo de la técnica del *common law* exige aprender a agrupar precedentes e intentar organizar las decisiones judiciales en forma concatenada: pero no existe una sola manera de ordenar las cadenas de precedentes ni un único criterio para identificar el lugar que corresponde a una decisión judicial en la red del *case law*. La doctrina judicial surge cuando un conjunto de precedentes se puede entrelazar y ordenar de modo que se obtenga una visión global de las distintas perspectivas desde las que se puede afrontar una cuestión jurídica controvertida y su solución; a partir de ahí se puede deducir, en coherencia, el derecho que rige en el caso donde tal cuestión jurídica se vuelve a plantear. La práctica de identificar *leading cases* a los que se van adosando casos que complementan o desarrollan la doctrina seminal, facilita esta tarea.

* * *

Pero, ¿son realmente los precedentes constitucionales simplemente precedentes? Indiqué en otro momento que el planteamiento que emplea la autora es tan eficaz que puede tener inconvenientes. A mi modo de ver uno de ellos es que la visión «dinámica» del derecho es en su ensayo una visión también marcadamente «optimista»: el derecho «se mueve»... a mejor. En efecto, es más fácil aceptar, no ya que los jueces inevitablemente han de crear derecho, sino que es deseable que lo hagan, cuando su tarea tiene como fruto completar la obra inacabada del legislador (o perfeccionarla), dar adecuada solución a problemas

no previstos e impulsar el progreso del derecho en la dirección correcta (15). Sin embargo, ¿cómo saber, por ejemplo, cuál es la dirección correcta en cuestiones de derecho constitucional?

El dicho de Hughes, tan repetido, de que «la Constitución es lo que los jueces dicen que es», sólo resulta provocador si se toma como afirmación, no como paradoja. El dominio de la Constitución por los jueces siempre ha sido en los Estados Unidos motivo de preocupación, de lo que da prueba el inagotable debate a propósito de la legitimidad y los límites del poder de *judicial review*. Trascendiendo el nivel del debate centrado en los fines y métodos de la interpretación constitucional (originalismo, textualismo, interpretativismo, etc.), los trabajos más interesantes de los últimos tiempos sobre «el formidable problema», se han orientado a la búsqueda de una teoría explicativa de la función de la *judicial review* en una democracia, dando por descontado que la democracia exige una «lectura democrática» de la Constitución. En este sentido, cabe decir, el progreso del derecho constitucional en la dirección correcta es algo que debe medirse en términos de su contribución al mantenimiento y perfeccionamiento de la democracia. Ocasionalmente, este progreso se ha producido *a pesar* de la Constitución, que en el proceso ha resultado transformada. En su reciente y brillante ensayo, *How democratic is the American Constitution?* (16), Robert Dahl pone el acento sobre los elementos antidemocráticos de la Constitución americana original y el costoso proceso, todavía inconcluso, de su erradicación; en este proceso los jueces no siempre han jugado en el bando correcto (aunque normalmente el Tribunal Supremo ha sabido, llegado el momento, cuándo debía cambiar de bando).

El modo en que se justifique la *judicial review* influye inevitablemente en el modo de ejercerla. Thayer, que tomó en serio el problema de la «discrepancia razonable» a la hora de la interpretación de la Constitución, consideraba que el poder de inaplicar leyes por inconstitucionalidad sólo debía ser ejercido en los casos «claros» y que la Constitución no pudo ser pensada como un impedimento para el buen gobierno. En términos contemporáneos, el buen gobierno al que Thayer se refería se ha traducido en democracia representativa. Bickel retomó el discurso de Thayer e introdujo un nuevo argumento para la discusión, haciendo ver que el respeto a la democracia podía justificar bajo

(15) Otra forma de verlo es que el sistema «avanza» sobre la base de un método de *trial and error*. Para los ingleses, la ventaja del *common law*, su verdadera fuerza, está en poder corregirse y cambiar en cada caso conforme a la nueva situación. El derecho avanza a golpe de equivocaciones: «stumbling forward in our empirical fashion, blundering into wisdom» (seguir tropezando a nuestra manera empírica y, finalmente, equivocándonos, llegar a la sabiduría).

(16) Yale University Press (2001).

ciertas condiciones que los tribunales y, en concreto, el Tribunal Supremo, se abstuvieran de decidir cuestiones constitucionales. No se trataba sólo de reconocer la oportunidad de la doctrina de las cuestiones políticas, sino, más allá, de legitimar mecanismos que hicieran posible la abstención judicial (entre ellos, uno excelente: el *certiorari*) reconociendo el valor democrático de la «pasividad» judicial. Ely, desafiando el argumento de Bickel pero dando por bueno el planteamiento de partida, «la dificultad contramayoritaria» de la *judicial review*, pretendió una revisión en profundidad de los fundamentos de su legitimidad, proponiendo limitar las ocasiones de ejercicio de este poder a los casos en los que el proceso democrático no funciona o está amenazado y reduciendo la intervención de los tribunales a la corrección de las disfunciones de ese proceso. La Constitución, en clave de democracia, impone procedimientos no resultados. La tesis de Ely ha sido y es enormemente controvertida pero su influencia sobre el debate posterior difícilmente puede sobreestimarse. Incluso quienes asignan a los jueces un papel estelar para guiar la lectura *moral* —una moral democrática— de la Constitución (Dworkin) o suponen su idoneidad como instituciones deliberativas que proveen de *public reasons* que todos podemos aceptar (Rawls), reconocen la fuerza de la idea de que en una democracia corresponde a los ciudadanos y sus representantes adoptar las decisiones sobre cómo desean gobernarse de acuerdo con los valores que estiman máspreciados. Aceptar como nuevo punto de partida que la jurisdicción constitucional se justifica, como ha dicho Víctor Ferreres entre nosotros, «por la contribución que puede hacer el juez al mantenimiento de una cultura de deliberación pública» tiene consecuencias no sólo para la posición de los tribunales frente a los demás poderes cuando ejercen *constitutional adjudication*, sino también para determinar los límites internos de esta competencia y, como antes señalé, el modo en que debe ser ejercida.

¿Cómo incide esta discusión sobre la nuestra a propósito de la «técnica» del precedente constitucional? (o, ¿para qué la explosión de nombres de mi párrafo anterior?). En el marco de la doctrina del precedente, la discusión anterior cambia de nomenclatura y se reconduce a la polémica «maximalismo» *versus* «minimalismo»; de ella se ocupa Magaloni en detalle y tomando posición. Magaloni se adhiere a las tesis de Sunstein expuestas ahora en *One Case at a Time* (17), y avanzadas en «Leaving Things Undecided», trabajo que la autora toma como referencia. La posición de Sunstein, muy simplíficadamente, es que el Tribunal Supremo opta (debería optar) por decisiones maximalistas o

(17) Harvard University Press (1999). Vale la pena contrastar la tesis de este libro con la de RICHARD H. FALLON en *Implementing the Constitution*, Harvard University Press (1999).

minimalistas atendiendo a una variedad de circunstancias, entre ellas, la del consenso o polarización del debate político y social en torno a la cuestión constitucional que debe decidir. Una decisión maximalista tiene la virtud y el inconveniente de «cerrar» el debate —al menos esa sería la voluntad del Tribunal— mediante una solución que pretende resolver la cuestión constitucional de una vez por todas, de modo general y en abstracto, normalmente apelando a principios, sin limitar su alcance a las circunstancias fácticas del caso en presencia. Una decisión minimalista decide el mínimo indispensable para dar una solución al caso actual, dejando deliberadamente amplio espacio para la discusión en foros no judiciales, y abriendo la puerta a desarrollos jurisprudenciales alternativos ante supuestos fácticos diferentes. Este tipo de decisión puede considerarse *democracy-forcing* en la medida en que pone las bases para una discusión razonada y permite que ciertas decisiones importantes sean tomadas por actores políticamente responsables. ¿Debe ser el Tribunal Supremo el que determine si se puede prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo, si se debe reconocer el derecho al suicidio médicamente asistido? ¿Corresponde al Tribunal resolver de una vez por todas si los extranjeros legalmente residentes deben tener acceso a empleos en el sector público, si el aborto debe ser delito, si la pena de muerte debe ser proscrita? ¿Qué respuestas ofrece una «lectura democrática» de la Constitución? En la tesis de Sunstein, que Magaloni respalda, la respuesta adecuada es, a veces, esperar, no cerrar el debate antes de tiempo y decidir el mínimo (que a veces consiste en no pronunciarse). En ocasiones, de la vigencia del debate social y político da prueba la fragmentación interna del Tribunal a la hora de decidir. Magaloni considera que una *plurality decision* es un ejemplo de decisión minimalista, aunque en mi opinión, ese sería todo lo más, un caso de minimalismo involuntario; este tipo de decisiones, que en ningún caso son hábiles para crear precedentes, sólo evidencia que el Tribunal es incapaz de llegar a un acuerdo de mínimos en cuanto a la forma de razonar la decisión.

Es atractiva la idea de que el Tribunal camina sobre terreno más seguro cuando construye doctrina caso-por-caso, lo que en sí mismo es un argumento en favor del minimalismo como técnica de decisión. Sin embargo, esta práctica tiene el defecto de convertir en difícilmente predecible cómo juzgarán los tribunales en la próxima ocasión, cuando la misma cuestión constitucional se plantee en un caso diferente. Y, como dijo Brandeis, en muchas materias es más importante que la regla exista —saber a qué atenerse— a que sea correcta.

* * *

Quisiera finalizar regresando a nuestro mundo de *civil law*.

Por supuesto que en los sistemas de *civil law* hay un funcionamiento de

facto del stare decisis: los abogados saben que casos «*in point*» son un buen argumento y los jueces frecuentemente respaldan sus decisiones haciendo referencia a decisiones previas. Las razones por las que esto es así son variadas y no tan diferentes de las que funcionan en la práctica en el contexto del *common law*. Un juez se remite a un precedente porque está impresionado por la autoridad del tribunal anterior, porque está persuadido por el razonamiento, porque es demasiado perezoso para pensar en el problema por sí mismo, porque no quiere arriesgarse a una revocación en apelación. Pero los precedentes no obligan por sí mismos, no son una fuente de derecho.

Nuestro sistema, el español, lo ha dicho en varias ocasiones el Tribunal Constitucional, no es un sistema de precedentes (18). Sin embargo, el precedente constitucional pugna por ser reconocido. ¿Es posible una doctrina del precedente constitucional al margen del reconocimiento del precedente judicial? ¿Se puede solicitar de nuestros jueces que, cuando examinen cuestiones constitucionales, se comporten al modo de los jueces de *common law* vinculados por el precedente y recuperen su condición de jueces de *civil law* cuando resuelvan sobre cuestiones «legales»?

El argumento de que el precedente constitucional en España existe porque así lo dice el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, rigurosamente entraña que la fuerza de vincular de este precedente procede de la ley. O que tiene la fuerza que la ley le concede. Derivar su existencia directamente del status del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución es un argumento más poderoso, aunque tiene inconvenientes. La supremacía de la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Constitucional se afirma frente a «otros» intérpretes de la Constitución, no sólo frente a los jueces ordinarios. La ley del Tribunal Constitucional (de nuevo, es la ley) reconoce la «fuerza vinculante» de las sentencias constitucionales, aparentemente, un efecto distinto del de la cosa juzgada y de los «plenos efectos frente a todos». En qué se concreta esa fuerza vinculante respecto de los poderes públicos (legislador, jueces, administración) es algo que sigue estando poco claro. Si se quiere seguir con la comparación, este efecto parece asemejarse más a lo que los norteamericanos denominan «*acquiescence*», un efecto que se define por contraposición a las categorías de *estoppel* y *precedential force*.

En la medida en que el Tribunal Constitucional no se siente «profundamente» autovinculado a sus precedentes (después de todo, no son Constitución) y dado que el juez ordinario está obligado a decidir «conforme a derecho» y no «como lo hizo el tribunal (superior) anterior», no se me ocurre una

(18) Por ejemplo, en SSTC 49/1985 o 49/1999.

forma de forzar la vinculación de los jueces al precedente constitucional si no es a través de la ley o a través de recursos.

En la construcción del precedente, en la determinación de la regla del precedente y su alcance normativo, ha explicado muy bien Magaloni, intervienen decisivamente los jueces posteriores. La adherencia al precedente cobra sentido desde la creencia de que la creación judicial de derecho no es la obra de un juez, ni de un tribunal, sino un proceso colectivo en sentido profundo. Para describirlo, Dworkin ha propuesto compararlo con la elaboración de una novela *seriatim*: en este proyecto cada autor continúa la novela en el punto en que la dejó su colega anterior, todos los que participan en ella se comprometen a conseguir la mejor novela posible y el lector no deberá descubrir que fue escrita por muchas manos.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

