

Jurisprudencia deliberativa

Deliberative Precedential Reasoning

Lorena Ramírez-Ludeña

Universidad Pompeu Fabra, España

lorena.ramirez@upf.edu

Resumen: En este trabajo abordo la cuestión de la deliberación entre los tribunales constitucionales y la justicia ordinaria, es decir, la deliberación *entre* tribunales. Concretamente, me refiero a la incidencia que el establecimiento de un sistema de precedentes interpretativos verticales descendentes puede tener en la deliberación entre tribunales. Para ello, analizo primero los principales argumentos que suelen esgrimirse contra la existencia de genuinos precedentes en los sistemas de la tradición jurídica del *civil law*. Una vez discutidos esos argumentos, expongo qué elementos del sistema de precedentes pueden favorecer una adecuada deliberación entre tribunales, que suponga una mejora en la calidad de sus decisiones.

Palabras Clave: precedentes, deliberación, tribunal constitucional, tradición del *civil law*.

Abstract: In this paper I am concerned with deliberation between constitutional courts and ordinary courts, that is, deliberation between courts. Specifically, I am concerned with the impact that the establishment of a system of descending vertical interpretive precedents may have on deliberation between courts. To this end, I first analyze the main arguments that are usually advanced against the existence of genuine precedents in the systems of the civil law legal tradition. After discussing these arguments, I show which elements of the system of precedents can favor an adequate deliberation between courts, resulting in an improvement of the quality of their decisions.

Keywords: precedents, deliberation, constitutional court, civil law tradition.

I. Introducción

En países de la tradición jurídica continental, la existencia y el funcionamiento de las constituciones y los tribunales constitucionales siguen siendo controvertidos, a pesar de reconocerse su ingente e importante incidencia. Una de aquellas controversias actuales, la que interesa a este artículo, radica en las posibilidades y los límites de que nuestras democracias constitucionales desarrollen deliberaciones adecuadas, que den lugar a decisiones que protejan los derechos de manera justificada y legítima.

En este sentido, hay trabajos que se centran en el análisis de las posibilidades y los límites de la deliberación entre las instituciones, tales como el parlamento, el tribunal constitucional y el poder ejecutivo. Otros trabajos analizan la deliberación entre las instituciones y la sociedad. A su vez, hay trabajos que analizan la deliberación dentro del parlamento. También hay trabajos que exploran la deliberación entre los magistrados dentro de los tribunales constitucionales, haciendo referencia a aspectos tales como el rol del magistrado ponente, el carácter secreto de las deliberaciones y la posibilidad de emitir votos disidentes o particulares.

Sin perjuicio de la importancia de dichos tipos de deliberaciones, aquí me centraré en la deliberación entre los tribunales constitucionales y la justicia ordinaria, es decir, en la deliberación *entre* los diferentes tribunales. Concretamente, me referiré a la incidencia que el establecimiento de un sistema de precedentes interpretativos verticales descendentes puede tener en la deliberación. Para ello, analizaré primero los principales argumentos que suelen esgrimirse contra la existencia de genuinos precedentes en los sistemas de la tradición jurídica del *civil law*. Una vez discutidos esos argumentos, expondré qué elementos del sistema de precedentes pueden favorecer una adecuada deliberación entre tribunales, que suponga una mejora en la calidad de sus decisiones.

II. No hay precedentes

De acuerdo con lo que acabo de señalar en la introducción, con la finalidad de analizar la incidencia que la adopción de un sistema de precedentes puede tener con respecto a posibilidad de que se genere deliberación entre tribunales, voy a hacer primero referencia a los argumentos que suelen plantearse, en el contexto del *civil law*, para rechazar la propia existencia de precedentes.

Hoy en día resulta poco controvertido entender que las decisiones de los altos tribunales, también de los constitucionales, desempeñan un rol central en la interpretación

del derecho por parte de los tribunales inferiores. No obstante, dada la arraigada imagen de los jueces como meros aplicadores del derecho, esas interpretaciones se expresan y son a menudo percibidas como constituyendo el descubrimiento o la constatación del derecho preexistente (Orozco Muñoz, 2011). Por ello, la existencia de un sistema de precedentes en sistemas de la tradición continental como España sigue siendo cuestionada. A nivel de los tribunales constitucionales, si bien tiende a reconocerse la incidencia de sus interpretaciones de los preceptos de la constitución en cuestión, con frecuencia se entiende que los tribunales determinan el *verdadero* significado del texto constitucional, que es lo que se considera vinculante. En esta medida, las interpretaciones de los tribunales constitucionales no acostumbra a ser vistas como genuinas fuentes de derecho, sino como la identificación del contenido de la verdadera fuente (que sería la constitución), rechazándose por ello que haya precedentes vinculantes. Lo anterior apunta a tres cuestiones que serán diferenciadas en este trabajo: la existencia de genuinos precedentes que conllevan cierta actividad creativa, en qué medida puede sostenerse que tienen un carácter vinculante, y si son o no fuentes de derecho. Diferenciar los tres aspectos nos permitirá evaluar de un mejor modo el rol de los precedentes en los diversos sistemas jurídicos y, finalmente, clarificar su relación con la deliberación entre tribunales¹.

A. La actividad creativa de los tribunales constitucionales

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, creo que es importante advertir que, aunque se entienda que los tribunales constitucionales proporcionan una *interpretación* de la constitución, como algo diferente de la genuina creación de derecho, ello no impide reconocer que esa actividad interpretativa conlleva a su vez cierta actividad creativa. Por ello, tiene sentido reconocer que los tribunales constitucionales establecen genuinos precedentes, que suponen una innovación en el sistema, al tener un impacto en la determinación de las normas que lo integran.

Si, con independencia de la cuestión del precedente, se plantea el problema de la creación de derecho por parte de los jueces al resolver ciertas disputas, suelen diferenciarse varios sentidos de 'creación' de derecho². Por un lado, cuando los jueces resuelven una disputa particular, puede afirmarse que crean una norma individual que decide la cuestión, en relación con las personas involucradas en el procedimiento. Esa decisión supone la aplicación de una norma genérica, que es la premisa normativa del silogismo judicial. Además, como parte de la justificación externa de la premisa normativa, los jueces tienen en cuenta ciertos métodos e instrumentos relacionados con su determi-

nación³. Si se enfrentan a una laguna normativa, generalmente se asume que los jueces crean la norma general que están aplicando para tomar su decisión. Pero ¿crea el juez derecho cuando el caso que resuelve plantea *meramente* problemas interpretativos?

La pregunta anterior puede parecer extraña, ya que generalmente se contrastan la interpretación y la creación de derecho. De hecho, incluso aquellos realistas que enfatizan que siempre hay diversas interpretaciones posibles (un marco dentro del cual el juez interpreta) distinguen el conjunto de las interpretaciones posibles de la genuina creación de derecho (Guastini, 2005). A partir de algunas distinciones semánticas, aquí trataré de poner de manifiesto que, aunque se pueda seguir distinguiendo la interpretación de la creación de derecho, en muchos casos en que los jueces interpretan llevan a cabo una actividad que en un sentido relevante puede ser considerada creativa. Ello hace que sea posible hablar de genuinos precedentes en estos ámbitos, que no se limitan a reproducir el derecho aplicable, sino a seleccionar una norma de entre otras normas posibles⁴.

Salvo que se asuma alguna forma de descriptivismo ingenuo, y que los significados están fijados de una vez y para siempre, es difícil negar que muy a menudo surgen dudas con respecto a la premisa normativa de una decisión judicial.

La concepción según la cual, dentro y fuera del ámbito jurídico, contamos con ciertas descripciones que nos resultan transparentes a los hablantes competentes, y que determinan a qué referimos, constituye una imagen idealizada e implausible de nuestro lenguaje⁵. Esto ha llevado a algunos autores a entender que las descripciones relevantes son más sofisticadas, por ejemplo, recurriendo a la idea de que se trata de cúmulos de descripciones con un peso variable, que se determinan socialmente, lo que puede dar lugar a dudas y a errores (Searle, 1958). Y ha llevado a los partidarios de las nuevas teorías de la referencia a rechazar que las descripciones desempeñen un rol central a la hora de explicar cómo y a qué referimos⁶.

Siguiendo el conocido ejemplo de Putnam, asumamos que el término ‘agua’ se introdujo inicialmente señalando ciertas instancias específicas de la sustancia en un lago. Esas instancias iniciales son consideradas instancias paradigmáticas y a partir de entonces otras instancias son clasificadas de acuerdo con su similitud con los paradigmas. Qué hace que algo sea agua y determina la correcta aplicación del término ‘agua’ puede no ser accesible a los hablantes que, no obstante, son considerados competentes y capaces de hablar acerca del agua. De hecho, es la estructura molecular lo que determina si algo es agua o no, y determina asimismo el dominio de aplicación del término ‘agua’. Pero el descubrimiento de la naturaleza del agua ocurrió mucho después de que el término comenzara a usarse.

De un modo un tanto simplificado, puede decirse que si, conforme al descriptivismo, la dirección de ajuste va desde nosotros al mundo (el mundo tiene que ajustarse a nuestras descripciones), según las nuevas teorías de la referencia referimos directamente y después teorizamos acerca de los rasgos relevantes que determinan la corrección de nuestros usos lingüísticos (nosotros tenemos que ajustarnos, en un sentido importante, a cómo es el mundo). Parece claro que, con todos los problemas que puede conllevar trasladar estas concepciones al ámbito jurídico, asumir las nuevas teorías de la referencia permite dar cabida a la existencia de dudas y errores sobre cuál es la similitud relevante. A nivel constitucional, una visión como esta de entrada resulta plausible a efectos de reconstruir el modo en que operan ciertos términos. Por ejemplo, con respecto a la igualdad y la dignidad, suele considerarse que, como comunidad, hemos contado, y todavía podemos contar, con caracterizaciones equivocadas sobre su naturaleza subyacente, que determinan los usos correctos de los términos ‘igualdad’ y ‘dignidad’⁷. Y asumir lo anterior supone admitir que los jueces, al adoptar ciertas decisiones interpretativas, no se limitan a constatar el derecho, de modo que los precedentes en estos ámbitos adquieren pleno sentido. Y esto es así pese a que se entienda que el juez, al llevar a cabo esa actividad creativa de determinación de la similitud relevante, se limita a descubrir el *verdadero* significado del término, y no a llevar a cabo modificaciones en su dominio de aplicación (Martí y Ramírez-Ludeña, 2016).

Lo anterior es compatible con que coexistan en la comunidad diferentes usos, que dividan aproximadamente el mismo dominio de aplicación de distintos modos (uno, por ejemplo, operando como sostienen los descriptivistas, otro según lo que enfatizan las nuevas teorías de la referencia). En estos casos, nuestro uso de los términos es *tolerante*, y entonces pueden surgir dudas, dentro y fuera del ámbito jurídico, acerca de cuál es el uso relevante⁸. A este respecto, los jueces a menudo escogen uno de los usos de un término al decidir ciertos casos. Y parece difícil negar que esto conlleva una actividad creativa por parte del juez, incluso aunque se trate de usos preexistentes, entre los cuales opta. Esta actividad creativa, en que el juez selecciona una de las normas frente a otras alternativas, permite que hablemos de genuinos precedentes también en este ámbito, dado que los jueces no se limitan a describir el derecho preexistente.

Paso ahora a analizar la asunción de que los significados se fijan de una vez y para siempre. Parece difícil cuestionar que el significado de una palabra determina su dominio de aplicación, es decir, a lo que debería o no debería aplicarse. Pero lo anterior ha sido entendido con frecuencia de un modo muy robusto, asumiéndose que está determinado, para cualquier objeto pasado, presente o futuro, si forma parte o no de la extensión del término⁹. Esta lectura robusta puede ser puesta en cuestión a partir del

siguiente experimento mental: supongamos que Olympia es integrante de una comunidad que vive aislada, en que usan el término ‘ave’ para referirse a las aves, y tienen creencias como ‘solo las aves vuelan’ y ‘las aves son seres vivos’, que son ciertas de las aves de la isla. Un día Olympia ve aviones en el cielo por primera vez, y sin dificultades los clasifica como aves. Después, cuando ve un avión aterrizar, pasa a considerar que no todas las aves son seres vivos. Asumamos ahora que esa práctica de aplicar ‘ave’ a los aviones se consolidara en la comunidad. A pesar de la falta de claridad inicial, debido a que la comunidad tenía diferentes creencias relacionadas con las aves, todos consideran que siempre han usado ‘ave’ para referirse a las cosas que vuelan y advierten que algunas de las creencias que anteriormente tenían sobre las aves (por ejemplo, que eran seres vivos) estaban equivocadas. Supongamos, en cambio, que Olympia hubiera visto inicialmente aviones en tierra, sin saber que podían volar. Los podría entonces haber clasificado como no-aves. Y si después los hubiera visto despegar, habría concluido que no todas las cosas que vuelan son aves. Si asumimos que esa otra práctica se extiende en la comunidad, probablemente habrían considerado que con ‘ave’ siempre se habían referido a las aves, advirtiendo que algunas de sus creencias previas (por ejemplo, que solo las aves podían volar) estaban equivocadas. En ninguno de estos escenarios los miembros de la comunidad consideran que han cambiado el significado de ‘ave’, sino que entienden que su uso actual se desprende naturalmente de su uso previo. Esto muestra que no parece estar fijado desde el comienzo si los aviones están o no en la extensión de ‘ave’, lo que pone en cuestión la versión robusta del principio de que el significado determina la extensión. Ciertos eventos accidentales relativos a cómo los miembros de la comunidad se encontraron por primera vez con los aviones tuvieron una influencia decisiva en el ajuste de creencias por parte de la comunidad. Y parece erróneo hablar de un cambio en el significado, porque las dos opciones (incluir o excluir los aviones) son igualmente consistentes con el modo en que el término se estaba usando en la comunidad. Esto sugiere que la semántica de algunos términos es *flexible*, en el sentido de que, en un momento dado, cuando surge la cuestión de si clasificar un objeto, puede haber más de un curso de acción abierto que es igualmente compatible con el significado del término, y que es una continuación del uso previo¹⁰.

Que la semántica de un término sea flexible o no es algo que depende de muchos factores, incluyendo las intenciones e intereses de los hablantes, y lo que pueda estar en juego si se mantiene fija la extensión. Por otro lado, admitir la flexibilidad semántica conduce a la cuestión de qué hace que la historia del uso de un término flexible vaya en una u otra dirección. Diferentes factores pueden desempeñar un rol: consideraciones económicas, la presión social, cuestiones morales, entre otros. En el ámbito jurídico,

cuando surgen dudas con respecto a términos que se usan de un modo flexible, es importante advertir que no se trata de dos usos vigentes en la comunidad (lo que supondría que usamos el término de manera tolerante), sino de dos alternativas, compatibles con el uso preexistente, entre las cuales el juez escoge. Esos equilibrios alternativos, en términos de Jackman, implican diferentes dominios de aplicación del término, conllevando la elección de uno de ellos una actividad creativa, aunque ninguno suponga romper con el uso preexistente (Jackman, 1999).

Un caso en que el análisis anterior es relevante es el de la disputa sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Entre los partidarios del matrimonio entre personas del mismo sexo la discusión se ha movido a lo largo de dos líneas diferentes¹¹. Por un lado, encontramos a aquellos que, aceptando que el matrimonio tradicional involucra la unión de la mujer y el hombre, declaran que la institución tradicional del matrimonio debe pasar a mejor vida y ven la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo como el comienzo de una nueva institución, para la cual queremos continuar usando una vieja palabra con un nuevo significado. Por otro lado, Adèle Mercier, que actuó como experta ante los tribunales canadienses, defendiendo a parejas homosexuales que luchaban por su derecho a contraer matrimonio, considera un argumento semántico según el cual los rasgos característicos que definen un matrimonio (compromiso con una vida en común, respeto, confianza, etc.) están presentes tanto en las uniones heterosexuales como del mismo sexo, por lo que el matrimonio entre personas del mismo sexo siempre habría estado bajo la extensión del ‘matrimonio’. Ello supone comprometerse con las nuevas teorías de la referencia. En todo caso, los dos posicionamientos anteriores asumen una versión robusta del principio según el cual el significado determina la referencia o, en otras palabras, asumen que el término ‘matrimonio’ es inflexible. Otra forma de ver la cuestión es considerar en cambio que ‘matrimonio’ es un término con una semántica flexible, en cuyo caso, en el momento en se planteó la situación de las uniones entre personas del mismo sexo, había dos posibilidades que eran consistentes con el significado del término. Una de ellas acepta la aplicación de ‘matrimonio’ a las uniones del mismo sexo, y la otra la restringe a las uniones entre hombre y mujer. Consideraciones morales, la presión social y, en muchos países, las decisiones legislativas y de los jueces, han avanzado hacia la inclusión de las uniones del mismo sexo como matrimonios. Al mismo tiempo, parece claro que diferentes usos, uno que clasifica a una unión como matrimonio y otro que lo clasifica como no-matrimonio, no pueden coexistir oficialmente en una comunidad. Es por ello por lo que el uso de ‘matrimonio’ es además estricto, no tolerante. En todo caso, creo que tener en cuenta la distinción entre flexibilidad y tolerancia nos ayuda a entender el modo en que opera el término

‘matrimonio’, y a darnos cuenta de que su carácter estricto no debe llevarnos a pensar que su uso es inflexible¹².

Como puede advertirse, el hecho de que haya una actividad creativa en las situaciones que se acaban de describir no supone que esa actividad, que es interpretativa, no pueda distinguirse de la creación de derecho *stricto sensu*, pero sí nos permite identificar un espacio para que los precedentes tengan sentido. En el caso de palabras que se usan de acuerdo con la reconstrucción de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, puede haber desacuerdos sobre la similitud relevante, respecto de la cual los jueces pueden estar completamente equivocados. De hecho, puede haber errores no solo cuando se equivocan con respecto a la similitud relevante, sino también cuando se entiende que el término opera de un modo distinto de cómo en realidad lo hace (por ejemplo, si opera conforme a lo que señalan los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, pero el juez entiende que opera según las creencias transparentes de ciertos individuos). En el caso de términos usados de un modo tolerante, el juez puede equivocarse y crear derecho si asigna un significado al término diferente de aquellos que son considerados legítimos, o también si entiende que el término opera de manera tolerante cuando en realidad nuestro uso es estricto. Por lo que respecta a la flexibilidad, si el juez opta por un equilibrio no disponible, o si trata un término como flexible cuando no lo es, también estaría cometiendo un error y creando derecho.

El hecho de que haya reglas, en un determinado sistema jurídico, que se refieren a cómo tienen que tomarse en consideración las decisiones de los altos tribunales, no parece alterar en un sentido relevante la actividad creativa de los jueces en el ámbito de la interpretación, que ya ha sido puesta de manifiesto. Sin embargo, sí que permite que los altos tribunales desempeñen un rol importante en la evolución del significado de los términos en la comunidad jurídica y, en muchos casos, en la sociedad en general. En el caso del término ‘matrimonio’, por ejemplo, aunque la sociedad española estaba muy polarizada antes del cambio en el derecho y la decisión del Tribunal Constitucional, el derecho tuvo un gran impacto en la percepción del matrimonio en España¹³.

Entonces, aunque esas decisiones constituyan interpretaciones de ciertos términos y disposiciones en lugar de una genuina creación, esto no supone que sean meras descripciones del derecho, que no innoven nada. Implican una importante actividad creativa que añade algo nuevo al derecho, por lo que pueden constituir genuinos precedentes.

B. El carácter vinculante de los precedentes

Una cuestión diferente de la anterior es la del carácter vinculante o no de esas interpretaciones. Cuando se analiza el nivel de vinculatoriedad de los precedentes, varios factores son normalmente considerados¹⁴.

Primero, una cuestión relevante es si los precedentes tienen que ser siempre, o solo a veces, tenidos en cuenta, o si su mención está incluso prohibida por el sistema. Cuanto más frecuentemente tengan que ser tenidos en cuenta, más robusta parece su vinculatoriedad. Además, es importante prestar atención a qué implica tomarlos en consideración. Puede meramente implicar citarlos, echarles un vistazo, aunque no tengan que aparecer como premisas explícitas del razonamiento, incorporarlos en el razonamiento aunque no tengan que tener un rol crucial en la decisión, o adoptarlos como premisas normativas de decisiones subsiguientes. Esto último parece indicar que los precedentes tienen más fuerza, especialmente si lo que tiene que seguirse es la misma norma, en lugar de, por ejemplo, una que sea axiológicamente consistente con la norma adoptada por los altos tribunales.

Otro elemento relevante es si es necesario proporcionar otros argumentos en apoyo de la misma interpretación, o si deben proporcionarse argumentos adicionales para justificar la adopción de la interpretación de los tribunales constitucionales; si los precedentes pueden ser considerados de manera autónoma, y no se requiere de argumentos adicionales para adoptar la interpretación del tribunal constitucional en cuestión, su fuerza vinculante parece más robusta. Y, por lo que respecta a la interpretación y aplicación de los precedentes, su fuerza vinculante es mayor cuando hay menos discreción para determinar la *ratio decidendi* (y para distinguirla del *obiter dicta*) y cuando fenómenos como el *distinguishing* y el *overruling* no están permitidos¹⁵.

Todo esto depende del modo en que las normas de adjudicación, que prevén cómo se tienen que aplicar las decisiones interpretativas de los tribunales constitucionales, regulan el carácter vinculante de los precedentes. Estas normas, que varían de un sistema a otro, dependen de cómo se desarrolla contingentemente la práctica jurídica, y pueden incluso contradecir reglas explícitas¹⁶.

Si tenemos en cuenta los factores anteriores, puede advertirse el carácter robusto de las interpretaciones de los tribunales constitucionales, también en el contexto del *civil law*. Por ejemplo, en España las decisiones del Tribunal Constitucional son sistemáticamente tenidas en cuenta por el resto de los tribunales, por lo que sus elecciones interpretativas parecen tener la misma fuerza que el texto que interpreta, es decir, que

la Constitución¹⁷, y son consideradas siempre que ese texto de la Constitución sea relevante. Además, los jueces no proporcionan argumentos en favor de adoptar esa decisión del Tribunal Constitucional, y no se suele recurrir a otros métodos e instrumentos interpretativos para justificar esa misma interpretación. De este modo, la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional es seguida sin controversias sobre su contenido. Además, el resto de tribunales no parece tener grandes márgenes de discreción para determinar la *ratio*, ni para distinguirla del *obiter dicta*. Por tanto, no es solo que los precedentes interpretativos sean normalmente citados, sino que son incorporados sin cuestionamiento como parte de la premisa normativa cuando la disposición es relevante para resolver el caso. Y, precisamente porque se cuestiona en el sistema la propia existencia de precedentes, no se ha desarrollado una cultura sobre su aplicación, con fenómenos como el *distinguishing* y el *overruling*, por lo que raramente son alterados por el resto de tribunales¹⁸.

Podría enfatizarse que lo anterior responde a consideraciones de prudencia y conveniencia desvinculadas de la existencia de normas jurídicas y, por ello, que la vinculación de los precedentes es solo *de facto*. No estaríamos entonces ante precedentes jurídicamente vinculantes. Sin embargo, si para que sean jurídicamente vinculantes se requiere la existencia formal de sanciones ante las desviaciones de precedentes, como parece en ocasiones asumirse, entonces tampoco los sistemas del *common law*, en que la existencia y vinculatoriedad de los precedentes no se cuestiona, tendrían precedentes con fuerza vinculante¹⁹. En sistemas como el español, los jueces regularmente invocan los precedentes del Tribunal Constitucional cuando éstos son relevantes, con independencia de cuál es su motivación para hacerlo (justicia formal, economía decisional, etc.); y los operadores jurídicos creen que entonces las decisiones judiciales están justificadas y motivadas adecuadamente²⁰. Además, conforme a las reglas explícitas del sistema, apartarse del precedente puede llevar a invalidar la decisión, de modo que los tribunales adoptan sus interpretaciones de forma acrítica para evitar que sus decisiones sean impugnadas²¹. Por todo ello, parece justificado entender que esos precedentes son jurídicamente vinculantes para los jueces ordinarios.

En el apartado anterior ya he expuesto en qué medida la interpretación puede conllevar una actividad creativa, aunque ésta pueda ser distinguida de la genuina creación de derecho. Pero ¿qué ocurre cuando los tribunales constitucionales exceden los límites de la interpretación de modo que, por hipótesis, crean derecho en lugar de interpretarlo? De hecho, en sistemas como el español los tribunales inferiores tienden a adoptar las decisiones del Tribunal Constitucional sin reflexionar en profundidad acerca de la

distinción entre interpretación y creación. Parecen considerar que los precedentes tienen un carácter autoritativo con independencia de su contenido, teniéndolos en cuenta sin desafiarlos. Dado lo anterior, la fuerza vinculante de los precedentes no parece depender de si ofrecen una caracterización adecuada de otra fuente, esto es, si suponen la interpretación y no la creación en sentido estricto. Con frecuencia, copian literalmente fragmentos de las decisiones del Tribunal Constitucional o simplemente indican las decisiones relevantes (fecha y número) sin controvertir lo que dicen ni expresar dudas sobre la determinación de su contenido. Pero, entonces, parecería que los precedentes en sistemas como el español pueden ser completamente creativos, yendo más allá de la mera interpretación de la constitución. Esto, sin embargo, es contrario a la visión extendida de que tiene sentido diferenciar interpretación y creación, y que los más altos tribunales, incluidos los constitucionales, aunque toman decisiones definitivas pueden equivocarse. Esta tensión es, no obstante, solo aparente y se explica por el hecho de que la cuestión de la fuerza vinculante de los precedentes no se distingue de la cuestión de si los precedentes son fuentes del derecho, que discutiré a continuación.

C. ¿Son fuentes del derecho?

De acuerdo con la práctica jurídica de sistemas como el español, parece plausible sostener que las interpretaciones de los tribunales constitucionales constituyen fuentes del derecho, en el sentido de que constituyen la base para la determinación de qué norma jurídica específica expresa la constitución en cuestión. Pero ya hemos visto que a menudo se rechaza que tengan ese carácter, al entenderse que la fuente es la constitución, cuya interpretación el tribunal solo constata o descubre. He intentado mostrar anteriormente que, cuando se adopta una interpretación, ello involucra normalmente cierta actividad creativa, y esto es así incluso cuando pueda decirse que esa lectura de un artículo o término de la constitución, ese uso semántico, ya existía previamente²².

En la sección anterior he sostenido que los tribunales ordinarios parecen vinculados por los precedentes constitucionales, incluso cuando estamos frente a una genuina creación de derecho. Esto parece sugerir que las interpretaciones de los tribunales constitucionales no solo son fuentes de derecho, sino también que son infalibles. Sin embargo, al mismo tiempo he sostenido que los tribunales constitucionales pueden equivocarse. A este respecto, en España se reconoce con carácter general que el Tribunal Constitucional puede errar, y esto se pone de manifiesto, por ejemplo, en las expresiones doctrinales o mediante el recurso a instancias internacionales. Esta situación, en apariencia paradójica, se clarifica si hacemos ciertas distinciones relevantes.

En consonancia con lo que señalé con respecto a la justificación de las decisiones judiciales y a los distintos sentidos de ‘creación’ de derecho al comienzo del trabajo, los jueces establecen normas generales, y en esta medida sus decisiones pueden ser fuentes del derecho. Y así se reconoce si atendemos a nuestras prácticas jurídicas. Además, dadas las normas que rigen la aplicación de precedentes que he mencionado en la sección previa, de acuerdo con la práctica jurídica los precedentes de los tribunales constitucionales son considerados obligatorios por los tribunales ordinarios en países como España. Sin embargo, esto no impide que con posterioridad se determine que la decisión del tribunal constitucional en cuestión estaba equivocada, y que así lo reconozca la doctrina, otros tribunales internacionales, o el propio tribunal en un momento ulterior. Lo mismo ocurre con la legislación, que en general es considerada fuente de derecho incluso aunque una ley particular pueda ser posteriormente declarada inválida por contradecir la constitución. E, incluso, si nunca es declarada inválida (a pesar de que de hecho pueda serlo) y sigue siendo aplicable para los jueces.

Entonces, los precedentes interpretativos de los tribunales constitucionales son fuentes del derecho de un modo que depende de su tratamiento de la fuente subyacente, la constitución en cuestión. Si una interpretación de la constitución no se ajusta a los estándares interpretativos del sistema, entonces esa concreta decisión no se identifica como fuente en el sistema.

Nada impide, no obstante, que una norma particular, inválida conforme a las prácticas interpretativas del sistema jurídico, pueda ser aplicada durante un periodo de tiempo. Considero que esto puede conllevar un cambio en el derecho, pero no en los criterios generales de validez, en la medida en que, conforme al sistema, el Tribunal Constitucional pueda todavía equivocarse. Por otro lado, si la violación fuera sistemática, podrían surgir dos situaciones: primero, podría haber un cambio en la regla de reconocimiento, entendiéndose que las normas determinadas por el Tribunal Constitucional son derecho (se desvíe o no de los estándares interpretativos del sistema); segundo, podría asumirse que las intervenciones del Tribunal Constitucional ya no conllevan la aplicación de normas generales preestablecidas. Por supuesto, todo esto es contingente.

Si se reitera a estas alturas que los precedentes de los tribunales constitucionales no son fuentes del derecho porque son meramente interpretaciones de las fuentes, entonces no queda más que enfatizar de nuevo lo que ya se señaló anteriormente: su importante rol en la identificación de la norma expresada por el texto constitucional cuando hay diferentes alternativas. En ausencia del precedente, no diríamos que esa norma particular (y no otras) pertenece al sistema jurídico en cuestión. En sentido estricto, el

precedente es la fuente cuya interpretación nos permite identificar la *ratio decidendi*, que es la interpretación de otra fuente, la constitución. Sostener que los precedentes de los tribunales constitucionales no son una fuente porque son de hecho solo una consecuencia lógica de normas preexistentes supone ignorar la importante actividad creativa que ya he descrito²³.

III. Deliberación y precedentes

Lo señalado no solo nos permite advertir que los argumentos que frecuentemente se plantean contra la existencia de precedentes vinculantes en la tradición del *civil law* no están justificados, sino que también nos permite reflexionar de un modo más claro acerca de la relación que existe entre las normas relativas a los precedentes y la deliberación entre los distintos tribunales que integran un sistema jurídico. Aquí entenderé la deliberación, a diferencia la negociación o el voto, como el intercambio de argumentos en favor y en contra de una determinada lectura del texto constitucional, con la finalidad de convencer racionalmente a los demás²⁴.

Por un lado, y atendiendo al primer punto señalado en el apartado anterior, advertir la existencia de una actividad creativa en el marco de la interpretación nos permite dejar constancia de los ámbitos en que la deliberación acerca de qué establece el derecho parece tener sentido. Así, ésta puede relacionarse al menos con la identificación de: (1) la relación de similitud relevante en aquellos casos en que el término opera conforme a lo señalado por los partidarios de las nuevas teorías de la referencia; (2) qué uso es el determinante en un determinado contexto, en aquellos casos en que el término opera de manera tolerante; o (3) qué equilibrio alternativo resulta más adecuado con respecto a términos que son flexibles. Entonces, poner de manifiesto que los jueces no se limitan a constatar el derecho preexistente permite a su vez dejar constancia de que, en el ámbito de la actividad creativa dentro del marco de la interpretación jurídica, hay un gran espacio para la deliberación en el sentido señalado en el apartado anterior.

Sin embargo, la distinción entre interpretación (que suele conllevar una actividad creativa) y la genuina creación dista de ser clara, ya que no es solo la semántica lo que importa a efectos de la distinción en cuestión: la concepción que uno asume o sostiene sobre qué teorías de la interpretación y el derecho son correctas constituye algo crucial. Por ejemplo, dworkinianos y hartianos ofrecen caracterizaciones diversas acerca de cuándo un juez crea o interpreta el derecho, y de qué tipo de consideraciones son relevantes para entender si se está interpretando o creando derecho. En esta medida,

supuestos que para un hartiano constituirían casos difíciles en que el juez tiene discreción por surgir dudas respecto de qué curso de acción adoptar, para un dworkiniano tendrían una única respuesta correcta con base en consideraciones de tipo normativo. En todo caso, la incidencia de la teoría de la interpretación y de la teoría del derecho no excluye la posibilidad de que interpretación y creación puedan seguir siendo diferenciadas si se adopta una concreta teoría, o si las diversas teorías convergen en el modo en que reconstruyen ciertos casos (Martí y Ramírez-Ludeña, 2020).

Entonces, la visión que se sostenga o asuma acerca del derecho resulta crucial, no solo a efectos de reconstruir lo que ocurre como un acto de interpretación o de creación, sino también a efectos de determinar qué tipo de consideraciones (descriptivas, conceptuales o normativas) van a ser relevantes en la deliberación. Pese a las discrepancias que puedan surgir en estos diferentes ámbitos, identificar adecuadamente aquellas situaciones en que puede producirse la deliberación, y los elementos que pueden devenir relevantes en el intercambio de argumentos, contribuye a que esta pueda desarrollarse de un mejor modo, poniendo de manifiesto lo que constituiría una justificación y una motivación adecuada de la decisión judicial en este ámbito.

En segundo lugar, y por lo que respecta a la fuerza vinculante, el análisis del apartado anterior evidencia que ciertas normas relativas a la vinculatoriedad de los precedentes contribuyen a que pueda generarse cierta deliberación entre tribunales. Este es un punto crucial, puesto que, por un lado, en el contexto del *civil law* suele asumirse una visión excesivamente radical sobre lo que implica contar con precedentes vinculantes, rechazándose incluso su propia existencia; por otro lado, advertir que la cuestión es mucho más compleja nos permite constatar que el carácter vinculante de los precedentes no conlleva la mera adopción acrítica de la decisión previa, y que hay elementos que contribuyen indudablemente a que se produzca un intercambio de argumentos entre los diversos tribunales implicados, lo que a su vez contribuye a la mejora de las decisiones y de su motivación. De este modo, si las decisiones de los tribunales constitucionales tienen que ser tenidas normalmente en cuenta, incorporándose en el razonamiento del resto de los jueces cuando interpretan una determinada disposición ya interpretada por los tribunales constitucionales, entonces estos últimos se hacen más conscientes de la incidencia de sus interpretaciones, no solo respecto del caso concreto, sino con carácter general. Y ello genera una tendencia a una mayor responsabilidad en la toma de decisiones interpretativas y en su fundamentación por parte de los altos tribunales (Duxbury, 2008: 96). Además, si se adopta un sistema conforme al cual deben ofrecerse argumen-

tos en favor y en contra de la adopción del precedente interpretativo, al mismo tiempo que se desarrollan prácticas como el *distinguishing* y el *overruling*, es fácil que se lleve a cabo una actividad deliberativa que contribuya a la mejora de las decisiones y de su motivación. Como puede apreciarse, esto es así no solo por lo que respecta al resto de tribunales del sistema jurídico, sino también a los propios tribunales constitucionales: la reflexión y cuestionamiento de las interpretaciones de los tribunales constitucionales contribuye a que sus decisiones expliciten mejores argumentos, creando una tendencia hacia la unificación cuando los tribunales ordinarios y el propio tribunal constitucional no puedan encontrar mejores argumentos. Es importante añadir que el hecho de que se generen esas oportunidades para discutir la mejor interpretación de las disposiciones constitucionales favorece no solo la deliberación entre tribunales en sentido estricto, sino una participación más activa de los ciudadanos en el procedimiento interpretativo. De este modo, los individuos involucrados en los procedimientos tienen oportunidad de presentar argumentos (por medio de sus abogados en sus planteamientos), que pueden ser razonablemente aceptados a efectos de promover una determinada lectura de la normativa²⁵. Esto supone que los distintos individuos, incluso aunque sostengan posiciones minoritarias, pueden tener ocasiones para hacer una contribución en la determinación del contenido del derecho, lo que favorece no solo soluciones mejores en términos sustantivos, sino también una igual oportunidad de participación en la identificación del derecho y una mayor capacidad de control de la actuación de los tribunales²⁶.

En tercer lugar, deviene también fundamental a efectos de reconocer y promover una adecuada deliberación entre tribunales advertir la distinción entre los elementos que configuran la vinculatoriedad de los precedentes y la cuestión de si son o no fuentes de derecho en un determinado sistema jurídico. Como vimos, aunque de acuerdo con las normas de adjudicación del sistema los jueces tengan que adoptar las interpretaciones de los tribunales constitucionales, sigue existiendo la posibilidad de diferenciar la actividad creativa en el marco de la interpretación de la genuina creación. Si esto es así, cabe reconocer que los más altos tribunales pueden estar equivocados, y que sus concretas decisiones no devienen fuentes de derecho si no constituyen una interpretación admisible de las disposiciones constitucionales, pese a que los precedentes sean fuentes de derecho en ese sistema jurídico con carácter general. Entonces, y pese al carácter vinculante de los precedentes, la búsqueda de buenos argumentos y, en última instancia, la deliberación como intercambio de argumentos entre los diferentes agentes

involucrados sigue teniendo sentido. Y ello es así incluso aunque se haya consolidado una determinada lectura de la constitución, puesto que, como se ha señalado, esta puede ser desafiada en la medida en que se la considere equivocada. De este modo, puede advertirse que con un diseño de precedentes adecuado promueve que la cuestión que se plantea sea no meramente individual, sino una cuestión pública, que en principio está abierta a todas las personas, acerca del mejor modo de entender la constitución. Y ello no supone imponer una visión de las cosas sobre las demás, obteniendo una ventaja injusta, sino ofrece posibilidades de abrir y reabrir debates, esgrimiendo argumentos sin deferir ciegamente al juicio de ciertos individuos o instituciones²⁷.

Podría plantearse frente a lo anterior que, si los tribunales toman decisiones que, por ser vinculantes, se imponen a otros pese a estar equivocados, no hay entonces deliberación, sino una relación de autoridad. Considero, no obstante, que este no es un argumento concluyente, ya que el hecho de que ciertos individuos tengan la última palabra no impide que hablemos de deliberación en otros ámbitos como el parlamentario. Además, en el esquema que he presentado hay distintas oportunidades para plantear argumentos, que deben ser tenidos en cuenta, por lo que se favorece la sensibilidad y consideración de todas las consideraciones relevantes, y no la adopción acrítica de decisiones.

A modo de cierre, las consideraciones anteriores (fundamentalmente conceptuales) evidencian la conexión entre la adopción de un sistema de precedentes y el desempeño deliberativo de los tribunales de un sistema constitucional. En otras palabras, el sistema de precedentes repercute sobre las posibilidades y los límites de la deliberación entre los tribunales constitucionales y la justicia ordinaria. Este desempeño deliberativo, a su vez, repercute sobre el resto del sistema constitucional, pues no solo atañe a los tribunales, sino también a las personas involucradas en los procedimientos que se tramitan ante dichos tribunales²⁸. Este tipo de deliberación contribuye, en definitiva, a mejorar la calidad, la justificación y la legitimidad de las decisiones.

Referencias bibliográficas

- Aguiló, Josep, 2000: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona, Ariel.
- Bulygin, Eugenio, 1991: "Sentencia judicial y creación de derecho", en *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 355-369.

- Cueto Rúa, Julio, 1961: *Fuentes del derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Donnellan Keith, 1970: “Proper Names and Identifying Descriptions”, *Synthese*, 21, pp. 335-358.
- Duxbury, Neil, 2008: *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Ferreres, Víctor, 2010. “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, pp. 51-56.
- Gargarella, Roberto, 2021: *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran – por fin – al dialogo ciudadano*. Siglo XXI Editores Argentina.
- Giuffré, Ignacio, 2023: “Deliberative Constitutionalism ‘Without Shortcuts’: On the Deliberative Potential of Cristina Lafont’s Judicial Review Theory”, *Global Constitutionalism*, 12, 2, pp. 215-233.
- Guastini, Riccardo, 2016: *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Lima, Raguel Ediciones.
- _____, 2011: “Rule-Scepticism Restated”, en Green, Leslie y Leiter, Brian (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1. Oxford, Oxford University Press, pp. 138-161.
- _____, 2005: “A Sceptical View on Legal Interpretation”, *Analisi e diritto*, pp. 139-144.
- Jackman, Henry, 1999: “We Live Forwards but Understand Backwards: Linguistic Practices and Future Behavior”, *Pacific Philosophical Quarterly*, 80, pp. 157-177.
- Kripke Saul, 1980: *Naming and Necessity*. Cambridge, Harvard University Press.
- Lafont, Cristina, 2021: *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa*. Madrid, Trotta.
- MacCormick, Neil, y Summers, Robert, (eds.), 1997: *Interpreting Precedents*. Surrey, Ashgate.
- Martí, Genoveva y Ramírez-Ludeña, Lorena, 2021: “Tolerance, Flexibility and the Application of Kind Terms”, *Synthese*, 198, pp. 2973-2986.

- _____, 2020: "On Whales and Fish. Two Models of Interpretation" *Jurisprudence*, 11, pp. 73-75.
- _____, 2016: "Legal Disagreements and New Theories of Reference", en Capone, Alessandro y Poggi, Francesca (eds.) *Pragmatics and Law*. Holanda, Springer, pp. 121-137.
- Martí, Josep Lluís, 2006: *La república deliberativa*. Barcelona, Marcial Pons.
- Núñez Vaquero, Álvaro, 2022: "Constitutive Rules of Precedent. A Non-Prescriptivist Account of Stare Decisis", *Revus*, 46 (DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.8560>).
- _____, 2020: "¿Violan los precedents la IJI? Desencuentros desde la comprensión", *Revista de la Facultad de Derecho de PUPC*, 84, pp. 303-336.
- Núñez Vaquero, Álvaro, Arriagada Cáceres, Beatriz y Ampuero Hunter, Iván (eds.), 2021: *Teoría y práctica del precedente*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Orozco Muñoz, Martín, 2011: *La Creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Madrid, Aranzadi.
- Peczenick, Aleksander, 1997: "The Binding Force of Precedent", en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.): *Interpreting Precedents*. Surrey, Ashgate, pp. 461-479.
- Putnam, Hilary, 1975: *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*. Vol. 2. Cambridge, Cambridge University Press.
- Ramírez-Ludeña, Lorena, 2018: "Interpretación evolutiva y flexibilidad. Un análisis crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre matrimonio entre personas del mismo sexo", *Discusiones*, 22, 2, pp. 153-188.
- _____, 2015. *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*. Barcelona, Marcial Pons.
- _____, 2014. "Las teorías del derecho en la formación de los jueces", *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho*, 30, pp. 37-59.
- Ruiz Miguel, Alfonso y Laporta, Francisco, 1997: "Precedent in Spain", en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.): *Interpreting Precedents*. Surrey, Ashgate, pp. 259-291.
- Searle, John, 1958: "Proper Names", *Mind*, 67, pp. 166-173.

Valentini, Chiara, 2024: “Constitucionalismo deliberativo y control judicial. Un enfoque sistémico”, *Isonomía*, 61, fall.

Vilajosana, Josep Maria, 2019: “Social Facts and Law: Why the Rule of Recognition is a Convention”, en Ramírez-Ludeña, Lorena y Vilajosana, Josep Maria (eds.): *Legal Conventionalism*. Holanda, Springer, pp. 89-107.

Notas

- 1 Es importante advertir que, si bien la regulación y la práctica jurídica pueden conferir una especial significación a la existencia de decisiones reiteradas, dejaré de lado este elemento, aunque pueda aumentar la complejidad de la extracción de la *ratio*. Me referiré a decisiones individuales, asumiendo que mi análisis puede extenderse a situaciones en las que se consideren relevantes dos o más decisiones previas. Precisamente por lo anterior, no advertiré que existan diferencias sustanciales entre los precedentes y la llamada “jurisprudencia” en los países de tradición continental. Además, en este trabajo dejaré en buena medida de lado los problemas de identificación de la *ratio decidendi*, es decir, los problemas relacionados con la interpretación de la interpretación adoptada por el tribunal superior, en este caso el tribunal constitucional. Por lo que respecta a los precedentes relacionados con la interpretación de la ley escrita, estos problemas pueden parecer menos severos que los de los sistemas del *common law*, pero es posible que surjan dudas y de hecho surgen con frecuencia. Sin embargo, estos problemas no ocuparán una parte central en mi análisis.
- 2 Sobre la distinción entre creación y aplicación del derecho, véanse, entre otros, Bulygin, 1991 y Guastini, 2011.
- 3 Aquí dejaré de lado los problemas relacionados con la justificación interna y externa de la premisa fáctica del silogismo judicial.
- 4 Por el momento, quiero mantenerme neutral con respecto a si esa selección lo es en un sentido fuerte (siendo las otras opciones erróneas), o en un sentido débil (seleccionando una interpretación que es considerada preferible, sin ser las demás erróneas). Como intentaré poner de manifiesto más adelante en este trabajo, esto puede depender no solo de la clase de problema interpretativo involucrado, sino también de la teoría de la interpretación y de la teoría del derecho que se considere correcta.
- 5 Esta es una concepción intuitiva si tenemos en cuenta cómo aprendemos y enseñamos a usar algunos términos, y dado que nos da una explicación clara de por qué los términos

refieren a ciertos objetos y no a otros. En el ámbito jurídico, resulta plausible entender que nosotros decidimos cómo regular ciertas cosas de un determinado modo, lo que supone que decidimos que ciertas situaciones con ciertas características conllevan ciertas consecuencias jurídicas. En países como España, la oposición memorística de acceso a la judicatura favorece que los jueces asuman una visión descriptivista ingenua acerca del lenguaje, como parece evidente en muchas de sus apelaciones al tenor literal y al significado propio de las palabras. Véase Ramírez-Ludeña, 2014. Puede discutirse que mi análisis comience tomando en consideración cuestiones semánticas, ignorando las peculiaridades características del dominio jurídico. Sin embargo, creo que las consideraciones semánticas arrojan luz a nuestra comprensión del problema, aunque su impacto dependa de cuestiones jurídicas, como trataré de mostrar más adelante.

- 6 Como precursores de estas teorías, suele incluirse a Donellan, Kripke y Putnam. Véase, centralmente, Donnellan, 1970, Kripke, 1980 y Putnam, 1975.
- 7 Sobre los problemas que puede comportar la consideración de las nuevas teorías de la referencia con respecto a este tipo de términos, véase Ramírez-Ludeña, 2015.
- 8 La ‘tolerancia semántica’ supone la aceptación de usos parcialmente superpuestos en la comunidad de hablantes; y, cuando esa coexistencia no es aceptada, la semántica del término es *estricta*. Véase Martí y Ramírez-Ludeña, 2021.
- 9 Esto no supone ignorar que hay casos que suscitan dudas, pero generalmente se entiende que, cuando se da una respuesta en casos de vaguedad, ocurre un cambio en el significado, lo que será aquí cuestionado.
- 10 Es importante tener en cuenta que diferentes términos pueden tener equilibrios más o menos accesibles. Algunos términos pueden tener muy pocos, o quizá ningún equilibrio alternativo, y para esos términos el dominio de aplicación está fijado de una vez por todas: cuando el término adquiere un significado, solo hay una posible historia de aplicación correcta. Además, como pone de manifiesto el ejemplo de ‘ave’, la selección de uno de los equilibrios no siempre es consciente. Véase Martí y Ramírez-Ludeña, 2021.
- 11 Sobre el término ‘matrimonio’, véase Ramírez-Ludeña, 2018.
- 12 Con carácter general, es importante advertir que flexibilidad y tolerancia son conceptos independientes entre sí: nuestro uso de algunos términos es tolerante (‘fruit’), lo que no excluye que en algunos casos haya a la vez inflexibilidad (uso científico de ‘fruit’) o flexibilidad (uso culinario de ‘fruit’). También hay términos inflexibles como ‘muerte’ que son

estrictos, y términos estrictos como ‘matrimonio’ que parecen ser flexibles. Véase Martí y Ramírez-Ludeña, 2020.

- 13 Sin embargo, la distinción entre interpretación y creación dista de ser sencilla, ya que no es solo la semántica lo que importa a efectos de establecer la distinción. Véase, a este respecto, Martí y Ramírez-Ludeña, 2020. En este sentido, como se desarrollará más adelante en este trabajo, la visión que se tiene sobre qué teoría de la interpretación jurídica y qué teoría del derecho son correctas deviene crucial.
- 14 A menudo, se asume que la fuerza de los precedentes es gradual, en el sentido de que no es una cuestión de todo o nada, sino que puede ser más o menos robusta dependiendo de varios elementos que analizaré brevemente en el texto. Por otro lado, soy consciente de que la fuerza vinculante de los precedentes en un determinado sistema jurídico puede variar, dependiendo de los grupos o individuos que se analicen. En este trabajo me centro especialmente en los jueces, en particular, en los jueces ordinarios cuando tienen en cuenta artículos y términos de la constitución que han sido ya interpretados por los tribunales constitucionales. La gente en general, y el propio tribunal constitucional, pueden sentirse menos vinculados por los precedentes, lo que puede suponer que el tribunal constitucional cambie sus decisiones a menudo y que los abogados desafíen las decisiones de los tribunales ordinarios a pesar de que se haya respetado el precedente. En cualquier caso, el hecho de que los altos tribunales cambien con frecuencia de posición puede dificultar, e incluso imposibilitar, que los tribunales inferiores determinen y apliquen *un* precedente.
- 15 Véanse la cuarta y quinta sección de Núñez Vaquero, Arriagada Cáceres, y Ampuero Hunter, 2021, y Peczenick, 1997.
- 16 No quiero negar que las normas de adjudicación pueden estar explícitamente reconocidas, pero sí enfatizar que el carácter vinculante de los precedentes depende de cómo se las practica. Tampoco quiero negar que las decisiones interpretativas puedan ser fuentes de derecho, y puedan ser parte de la regla de reconocimiento. En todo caso, creo que las reglas de reconocimiento se relacionan con la identificación del derecho y las normas de adjudicación con su aplicación. Véase Vilajosana, 2019.
- 17 En sentido estricto, no puede decirse que tengan la misma fuerza si la relevancia de esos precedentes podría ser eliminada con la introducción de una modificación en la constitución, o si tenemos en cuenta que tienen que constituir la interpretación, y no la creación del texto constitucional.

- 18 Para una explicación del sistema jurídico español, véase Ruiz Miguel y Laporta, 1997.
- 19 Véanse, por ejemplo, ‘Precedent in the United Kingdom’; y ‘Precedent in the United States (New York State)’, ambos en MacCormick, y Summers, 1997. Otros aspectos, como la necesidad de que los invoquen las partes o la existencia de precedentes en contradicción tampoco parecen afectar el carácter vinculante de los precedentes en el contexto del *common law*.
- 20 En este sentido, a efectos de evaluar su carácter jurídicamente vinculante, es importante considerar no solo lo que ocurre cuando no se siguen los precedentes, sino también qué ocurre cuando se los invoca y considera. Véase Núñez Vaquero, 2022.
- 21 En todo caso, lo importante es cómo esas reglas son tenidas en cuenta en la práctica, y no su reconocimiento formal.
- 22 Sobre la noción de ‘fuente’, véanse Aguiló, 2000 y Cueto Rúa, 1961.
- 23 Siguiendo las distinciones de Guastini, puede decirse que los precedentes de los tribunales constitucionales son fuentes del derecho tanto en sentido formal, que se refiere a las normas generales de producción jurídica del sistema, como en el sentido material, que pretende identificar ciertos actos o hechos como fuentes por su contenido o resultado normativo, cuando dan lugar a normas generales y abstractas. Y, dados los efectos *erga omnes* de la *ratio decidendi*, serían también fuentes en un tercer sentido enfatizado por Guastini. Véase Guastini, 2016. En España a veces se niega que los precedentes sean fuente de derecho porque se piensa que ello comprometería la independencia judicial, y para proteger esa independencia se prohíbe a los jueces dar instrucciones a sus subordinados. Sin embargo, este argumento parece asumir lo que pretende mostrar: si los precedentes determinan el contenido del derecho, esto no parece afectar la independencia de los jueces inferiores que, después de todo, aplican las propias normas del sistema a la luz de los precedentes. Y, en todo caso, el hecho de que los precedentes puedan afectar la independencia judicial no puede menoscabar su carácter de fuente, sino que sólo haría deseable que no fueran considerados fuentes. Sobre el rechazo de que los precedentes impliquen dar instrucciones, Ferreres, 2010: 60. Sobre la cuestión de la independencia judicial y los precedentes, véase Núñez Vaquero, 2020.
- 24 Sobre la deliberación y sus diferencias con el voto y la negociación, véase Martí, 2006, centralmente capítulos 2 y 3.
- 25 Véase el capítulo de Arriagada Cáceres en Núñez Vaquero, Arriagada Cáceres, y Ampuero Hunter, 2021.

- 26 Véase, en relación con el control de constitucionalidad y la deliberación, Lafont, 2021: capítulo 8. De este modo, frente a los que sostienen que los tribunales constitucionales son instituciones contra-mayoritarias o que limitan la deliberación democrática, aquí sostengo que su existencia evita la ‘deferencia ciega’ a las decisiones del parlamento, en el sentido de que permite la deliberación, la igual participación y el control social de las instituciones públicas. Sobre la relación entre *judicial review*, los controles mutuos y la deliberación, véase Gargarella, 2021.
- 27 Sobre algunas de las ventajas y los problemas de la participación ciudadana en el *judicial review*, véase Giuffré, 2023.
- 28 Sobre un análisis sistémico de la deliberación, puede verse la contribución a este número especial por parte de Valentini, 2024.

Recepción: 27 marzo 2023

Revisión: 30 julio 2024

Aceptación: 3 octubre 2024