

Prontuario de teoría del precedente para sistemas jurídicos de *civil law* con un ordenamiento constitucionalizado*.

Josep Aguiló Regla**

I. El precedente judicial en los sistemas de *civil law*. De dónde venimos.

1. Las normas de origen judicial: un “tema de nuestro tiempo”.

1.1. Todo sistema jurídico desarrollado tiene mecanismos institucionales para la **conservación** y **unificación** de los criterios de decisión judicial. Por conservación hay que entender una continuidad que impide que cada decisión judicial empiece de cero; y por unificación, una igualdad que evite que casos iguales se resuelvan de manera diferente. Estos mecanismos pueden estar más o menos formalizados, pero es un hecho que, como consecuencia de su presencia, todos los sistemas jurídicos desarrollados cuentan con **normas generales de origen judicial**.

1.2. Este hecho, además, tiene que ser valorado positivamente por todos aquellos que aceptan la normatividad del Derecho. En efecto, todo aquel que considera que el Derecho genera deberes genuinos tiene que considerar valioso que se produzca una alta coherencia entre normas jurídicas y decisiones judiciales; o, dicho en otras palabras, que las decisiones judiciales respondan a las expectativas generadas por las normas jurídicas generales. Ahora bien, para que se produzca esta alta coherencia entre sistema jurídico y

* Por “prontuario” puede entenderse tanto “una breve anotación de varias cosas a fin de tenerlas presentes cuando se necesiten”, como “un resumen breve, conciso y sustancial de una materia que ya ha sido ampliamente expuesta en un tratado”. Este trabajo encaja claramente en el primer sentido de “prontuario”: con mejor o peor fortuna, ha sido escrito con la intención de recopilar lo esencial del precedente y resultar útil. Respecto del segundo sentido, las cosas no están tan claras. Si bien no he escrito ningún tratado sobre el precedente (ni he tomado ninguno como referencia para redactar este “prontuario”) es cierto que de manera dispersa he trabajado en extenso la práctica totalidad de los conceptos y tópicos aquí recogidos. ¿Puede haber “prontuario” sin “tratado” previo? No sé. En cualquier caso, el propósito central de este texto, sea o no un prontuario, es contribuir a extender la cultura del precedente judicial (y del precedente constitucional) en los sistemas jurídicos de *civil law* y a simplificar de manera drástica la teoría del Derecho que trata de dar cuenta del mismo.

** Orcid 0000-0002-8560-8802. Agradezco la atenta lectura y las múltiples propuestas de mejora de este texto que han hecho Juan Antonio Pérez Lledó, Isabel Lifante, Alí Lozada y Danny Cevallos.

decisiones judiciales, es condición necesaria que se produzca también una alta coherencia entre las diferentes decisiones judiciales. Si las decisiones judiciales no se unifican (se mantienen diversas) y no se conservan (cada decisión empieza de cero) es ilusorio esperar que se produzca una alta coherencia entre sistema jurídico y decisiones judiciales. En este sentido, puede afirmarse que la tarea de unificación y conservación de las decisiones judiciales que generalmente realizan las altas cortes está en la base de la existencia de normas de origen judicial y que es una condición necesaria (aunque tal vez no suficiente) para la efectividad de un sistema jurídico.

1.3. Si lo anterior es acertado, entonces la existencia de normas de origen judicial (de mecanismos de incorporación de las normas de origen judicial al sistema jurídico) es un factor esencial para la realización de todos los valores y principios institucionales vinculados al “Estado de Derecho”: principio de legalidad, principio de seguridad jurídica, principio de autonomía personal (capacidad de prever las consecuencias jurídicas de las propias conductas), principio de igualdad ante la ley (casos iguales se resuelven de la misma manera), prohibición de la arbitrariedad, etc. Sin la unificación y la conservación de las decisiones jurisdiccionales todos estos principios resultan vacíos y/o meramente ideológicos.

1.4. Si las cosas son así de claras, ¿cómo es posible que los juristas que operan en sistemas jurídicos de tradición legalista hayan tenido tantas dificultades para explicar (y aceptar) la **jurisprudencia** y el **precedente** como **fuentes del Derecho**? En mi opinión, la cultura jurídica dominante se ha topado con dos tipos de dificultades para la aceptación/explicación de la jurisprudencia y del precedente como fuentes del Derecho: unas son de naturaleza ideológica y otras, de naturaleza teórica.

1.5. Las **dificultades ideológicas** para la aceptación/explicación de las normas de origen judicial tienen que ver sobre todo con el hecho de que la discusión sobre estas normas se ha visto permanentemente interferida por la discusión sobre el modelo ideal de juez; es decir, por la cuestión relativa al grado de sumisión que el juez debería mostrar a la letra de la ley. Esta discusión -la del modelo ideal de juez- es muy relevante, pero en realidad es independiente de la de la existencia de las normas de origen judicial. Se trata de dos cuestiones diferentes que deben recibir respuestas diferentes. La defensa del literalismo no excluye en absoluto la existencia de normas de origen judicial; es más, como cualquier otro ideal jurídico, pide la conservación y la unificación de las decisiones judiciales consideradas “correctas”.

1.5.1. En efecto, en la cultura jurídica dominante ha habido un **uso ideológico** (no teórico) **de la división de poderes**, cuyo corolario más importante ha sido la oposición radical entre las operaciones de “creación de normas” (mera cuestión de voluntad) y las de “aplicación de normas” (mera cuestión de conocimiento). Esta separación radical ha dado lugar a diferentes versiones supuestamente teóricas; pero ha cumplido siempre la misma función ideológica: tratar de separar (expulsar) las operaciones de aplicación del Derecho (especialmente las judiciales) del ámbito de la razón práctica.

1.5.2. Una parte importante de la cultura jurídica interna (la de los juristas profesionales, teóricos y prácticos) ha aceptado un “formalismo vulgar” al asumir que la división de poderes implicaba necesariamente la separación radical de las operaciones de creación de normas de las de aplicación de normas. Este formalismo, en realidad, no ha negado la existencia de normas de origen judicial, sino que las ha presentado como una simple extensión (aplicación) de la ley: las normas de origen judicial no eran otra cosa que ley: mera doctrina legal, simple reiteración jurisprudencial. Según esta forma de pensar, el Derecho tenía su momento político (el dictado de las leyes) tras el cual los “científicos del Derecho” procedían a su sistematización y descripción (la sistematización y elaboración dogmática de las leyes) y finalmente los jueces se limitaban a aplicar un Derecho preexistente a la decisión. Naturalmente, entendidas así, las normas de origen judicial no requerían especial explicación porque no eran siquiera presentadas como tales y, por supuesto, permanecían completamente separadas de las razones judiciales que pudieran justificar su formulación. La “doctrina legal” (es decir, las reglas de origen jurisprudencial) se autonomizaba completamente respecto de las razones judiciales.

1.5.3. Ocurre, sin embargo, que esta forma de entender el Derecho y sus operaciones básicas ha devenido teóricamente imposible. En efecto, como consecuencia de “giro lingüístico” operado en el pensamiento jurídico, hoy en día no es posible afirmar seriamente que la ley es siempre cerrada, completa y que su interpretación es meramente declarativa y no controvertida. En este sentido, el **positivismo normativista**, que probablemente es todavía la concepción del Derecho dominante en los sistemas jurídicos que vienen de la tradición legalista, ha operado el referido giro lingüístico y, en cierto modo, ha supuesto un *aggiornamento* del arriba mencionado “formalismo vulgar”.

1.5.4. En efecto, este positivismo ha sido muy consciente de la imposibilidad de concebir la interpretación de la ley en términos meramente cognitivos y/o descriptivos y, en consecuencia, ha asumido que, en ocasiones, los jueces tienen que decidir casos que no son resolubles aplicando reglas jurídicas preexistentes a la decisión. Es decir, ha asumido que hay casos no resueltos por las reglas del sistema jurídico: casos que admiten más de una respuesta “válida”.

1.5.5. En este punto, los matices supuestamente “teóricos” son infinitos y no voy a detenerme en ellos. Pero hay tres corolarios que recorren prácticamente todo el positivismo normativista: uno, el modelo de las reglas (el Derecho solo se hace objetivo a través de las reglas jurídicas); dos, la oposición radical entre las operaciones de creación de reglas (cuestión de voluntad) y las de aplicación de

reglas (cuestión de conocimiento)¹; y tres, la tesis de la discrecionalidad judicial (los casos no resueltos por las reglas se deciden discrecionalmente dentro del ámbito permitido, la conocida “rosquilla” de Dworkin).

1.5.6. Nótese que la tesis central del positivismo jurídico, la de la separación conceptual entre Derecho y moral², junto con la interpretación radical de la división de poderes, ha llevado a asimilar el papel “creativo” del juez al papel creativo del legislador. El instrumento supuestamente “teórico” al que ha recurrido este positivismo es la “tesis de la discrecionalidad judicial” en los casos no resueltos por las reglas. Esta manera de presentar las cosas acaba configurando las relaciones de poder entre legisladores y jueces en términos estrictamente competitivos: o se obedece de manera estricta a la letra de la ley (y, en consecuencia, se aplican reglas preexistentes a la decisión) o se juega a ser legislador (y, en consecuencia, salvo que haya sido intencionalmente buscado por el propio legislador delegando su poder, se acaba compitiendo con él). Mirando las cosas de esta manera, queda ideológicamente excluida la posibilidad de cooperación normativa entre legisladores y jueces: solo caben la mera sumisión y la discrecionalidad, por un lado, o el conflicto y el escapismo judicial, por otro³.

¹ Es común sostener que Kelsen (autor fundamental dentro del positivismo normativista) no aceptaba la tesis de la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas porque, conforme a su concepción del orden jurídico, todos los actos normativos eran simultáneamente aplicativos y creativos; únicamente los actos situados en la cúspide de la pirámide podían ser considerados como meramente creativos y los situados en la base (los de pura ejecución), meramente aplicativos. Todos los demás actos normativos, los situados en medio de los anteriores, eran simultáneamente aplicativos y creativos. En eso consiste precisamente la tesis de la construcción en gradas del orden jurídico. Pero, bien mirado, Kelsen participaba plenamente de la tesis de la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas. Lo que ocurre es que en cada grada oponía de manera radical el momento meramente aplicativo (cognitivo), es decir, el de la determinación de las alternativas normativas permitidas, por un lado, y el momento meramente creativo (voluntarista), es decir, el de la elección de una opción entre las alternativas permitidas, por otro. En definitiva, Kelsen participaba plenamente de la tesis de la separación radical entre aplicación y creación de normas; y, lejos de rechazarla, le dio espacio y la extendió a casi todas las gradas del orden jurídico.

² La tesis de la separación entre Derecho y moral cumple la función de arrancar la aplicación del Derecho del ámbito de la razón práctica; y ello solo puede responder a dos fundamentos: uno, la razón práctica no es razón, es imposible y/o meramente subjetiva (Kelsen); otro, la razón jurídica aplicativa no es práctica, sigue el modelo de las reglas y la legitimidad de la jurisdicción es meramente cognitiva (Ferrajoli). Frente a estos dos modelos, Hart distingue entre el punto de vista interno en la consideración de las reglas (fuente de decisiones correctas) y el punto de vista externo (hecho convencionalmente aceptado). En este sentido, el planteamiento de Hart es claro: el Derecho alcanza hasta donde alcanza la convención vigente; lo que supone aceptar que donde no hay convención, hay decisión discrecional no determinada por el Derecho y su método.

³ En otro lugar he sostenido que polémica ‘formalismo judicial vs. activismo judicial’ es un caso de discusión mal planteada: “a) Si se trata de dos casos de conducta desviada, entonces no tiene sentido elegir: lo que habrá que hacer es denunciar a ambos como «males» de nuestra práctica judicial. Podrán discutirse cuestiones tales como cuál de los dos vicios es más grave o si ‘nuestros jueces’ incurren de hecho más en uno u otro de los vicios, pero poco más. b) Si se trata de una discusión entre dos modelos ideales de juez, estaremos entonces ante una genuina discusión de ‘ética judicial’ relativa a la excelencia judicial: ¿Cuánto pesan la ‘conciencia jurídica formal’ y la ‘conciencia jurídica material’ en los ideales de excelencia judicial? Esta discusión naturalmente no puede versar sobre un juez ‘demediado’: quedan fuera de la misma tanto el juez ritualista por formalista como el juez innovador por activista. c) El efecto combinado de las dos discusiones anteriores conlleva que los discursos más comunes sean contra un «hombre de paja»: se enfrenta un modelo de excelencia judicial con un prototipo de conducta desviada. Se contraponen, por ejemplo, el juez ideal que representa la preponderancia de la ‘conciencia jurídica formal’ a un caso de conducta judicial desviada por ‘activismo judicial’; o a la inversa, se contraponen el ideal de ‘juez

1.5.7. Estos planteamientos “ideológicos” dificultan la explicación de las normas de origen judicial porque, en realidad, nada tienen que ver con la observación de nuestros sistemas jurídicos.

1.5.8. El punto de partida debería ser la observación del hecho incontestable de que todos los sistemas jurídicos desarrollados cuentan con normas de origen judicial; y, a partir de ahí, mostrar que, lejos de constituir una patología, se trata de una necesidad “práctica” orientada, por un lado, a hacer efectivo el propio Derecho y, por otro, a evitar errores prácticos. Como es obvio, esto no es óbice para poder afirmar que puede haber casos de **desviación judicial** (de uso indebido de su poder jurisdiccional como puro medio de oposición a las reformas legislativas). En este sentido, cualquier explicación de las normas de origen judicial debe independizarse de las lecturas ideológicas que presentan la actividad judicial creadora de normas en términos estrictamente competitivos con el poder del legislador.

1.6. Las **dificultades teóricas** para dar cuenta de las normas de origen judicial tienen que ver con el peso de los planteamientos meramente sistemáticos en la explicación positivista de las fuentes del Derecho. En efecto, si por fuentes del Derecho se entiende exclusivamente hechos y actos jurídicos creadores de normas jurídicas generales⁴, entonces las normas de origen judicial tienen que encajar necesariamente o bien en el modelo de las fuentes-acto (actos jurídicos creadores de normas jurídicas, es decir, en el modelo de la legislación, de las normas provenientes de autoridades políticas, del Derecho prescrito); o bien en el de las fuentes-hecho (hechos jurídicos creadores de normas jurídicas, es decir, en el modelo de la costumbre jurídica, del Derecho no prescrito y recibido)⁵.

sustantivista’ a un demediado (y desviado) juez ritualista. Estas discusiones entre un modelo ideal y un hombre de paja carecen por completo de interés, en Aguiló Regla, J: “En defensa del Estado constitucional de Derecho”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº 42, 2019, pág. 99.

⁴ Por todos, véase la definición de Bobbio: “Fuentes del Derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento hace depender la producción de normas jurídicas”, en Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, p. 158. En este sentido, había escrito Kelsen: “Fuente de derecho es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho arriba mencionados [legislación (acto creador) y costumbre (hecho creador)], sino toda norma superior, en relación con la norma inferior cuya producción regula. [Se denomina ‘fuente’ pues también al] fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción ...Se recomienda emplear, en lugar de esa metáfora fácilmente equívoca, una expresión que designe unívocamente el fenómeno jurídico que se tiene en mira”; en Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto Vernengo), UNAM, Mexico, 1982, p. 243.

⁵ Para una exposición general de las diferencias entre precedente y jurisprudencia, véase el texto ya clásico TARUFFO, Michele, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007. En cualquier caso, es común pensar que el sistema del precedente anglosajón (la doctrina del *stare decisis*) encaja mejor en el modelo de las fuentes-acto (las normas de creación deliberada), mientras que la jurisprudencia (propia de los sistemas del *civil law*) lo hace en el modelo de las fuentes-hecho (el Derecho espontáneo y recibido). La razón es clara: mientras que en el primer caso (el del precedente) el juez que dicta sentencia tiene

1.6.1. La explicación teórica de las normas de origen judicial tiene necesariamente que compartir algunos elementos del modelo de las fuentes-acto (no en vano la sentencia es un acto jurídico), pero no puede quedar reducida a este modelo. Habrá que recurrir a él para responder a cuestiones tales como quién puede sentar precedentes y cómo puede hacerlo. Ello supondrá recurrir a esquemas conceptuales propios de las fuentes-acto: poder normativo, acto/procedimiento, regla que confiere poderes, distinción entre validez constitutiva y regulativa del resultado institucional, etc. Pero con estos elementos solo se explica una parte de las cuestiones relevantes; en realidad, se deja fuera de la explicación los componentes propiamente jurisdiccionales. En este sentido, el empeño mostrado por muchos teóricos del Derecho por explicar las normas de origen judicial con las mismas herramientas conceptuales que se utilizan para explicar las normas que provienen de autoridades políticas, en general, y legislativas, en particular, constituye una “fuente” inagotable de enredos conceptuales. Para dar una explicación satisfactoria y mostrar las especificidades de las normas de origen judicial habrá que asumir una perspectiva funcional y centrarse sobre todo en los componentes justificativos de la decisión judicial. Repito, cualquier explicación satisfactoria del precedente y de las normas de origen judicial pasa por considerar mucho más los componentes justificativos de las decisiones judiciales que los componentes meramente voluntaristas y, en este sentido, tiene que distanciarse del modelo de las normas que provienen de autoridades políticas. Un error propio de quienes siguen este modelo es recurrir al lenguaje típicamente legislativo para referirse a las normas de origen judicial y hablar, por ejemplo, de derogación de precedentes para aludir a la operación que consiste en cancelar precedentes. La derogación es una institución típicamente legislativa y/o una operación propia de autoridades políticas⁶.

1.6.2. Algo muy parecido ocurre con el modelo de las fuentes-hecho (el propio de las costumbres jurídicas). Las ideas de jurisprudencia y de precedente remiten, sin duda, a la noción de reiteración de conducta judicial; y, en este sentido, puede decirse que las normas de origen judicial tienen que ver con la reiteración de conducta propia de las costumbres jurídicas: ambas presuponen la noción de práctica normativa. Pero entre ellas hay diferencias notables que no pueden obviarse. El problema que la teoría de las fuentes tiene que resolver en relación con la costumbre jurídica es explicar cómo se produce la incorporación al sistema jurídico de reglas sociales que se generan fuera del sistema jurídico mismo. Esta explicación tiene que ser, por tanto, diferente a la de las normas de origen judicial, puesto que aquí se trata de conducta interna al sistema jurídico y orientada a hacerlo efectivo. Un error propio de quienes explícita o implícitamente toman sin

completamente bajo su control la creación de una nueva norma jurídica (el precedente), en el segundo (el de la reiteración jurisprudencial) el juez que decide solo puede contribuir a la “reiteración de sentencias”, pero la creación de la nueva norma jurídica nunca está completamente bajo su control. Pero, en mi opinión, ninguno de los dos modelos (fuentes-acto/fuentes-hecho) ofrece una explicación mínimamente satisfactoria de las normas de origen judicial. De todas estas cuestiones me he ocupado en los capítulos III y VI del libro Aguiló Regla, J: *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, 2000.

⁶ En este sentido, véase por ejemplo el epígrafe “La competencia para crear y derogar precedentes” del exhaustivo y bien elaborado libro de Álvaro Núñez Valero [*Precedentes: una aproximación analítica*, Marcial Pons, Madrid, 2022] porque, en realidad, sigue la lógica del par promulgación/derogación propio de las fuentes-acto. Me he ocupado en extenso de la derogación en Aguiló Regla, J.: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1995.

más el modelo de explicación de las fuentes-hecho es sostener que el juez que crea el precedente no es, en realidad, el juez que dicta la sentencia (el primero), sino el que invoca la sentencia como precedente (el segundo): al igual que ocurre con la costumbre jurídica, el precedente -vendrían a sostener estos autores- no existe “jurídicamente” en tanto no se invoca.

1.6.3. En conclusión, la explicación de las normas de origen judicial pasa por incorporar componentes explicativos del modelo de las fuentes-acto (quién y cómo) y del modelo de las fuentes-hecho (reiteración de conducta judicial); pero tiene que ir más allá de ambos modelos. Las reducciones a uno u otro de esos modelos acaban generando imágenes deformadas de las normas de origen judicial. Las “declaraciones de voluntad” y las “reiteraciones de conducta” juegan su papel explicativo en la generación de normas de origen judicial; pero una explicación solvente de las mismas debe girar en torno a los componentes justificativos de las decisiones judiciales.

1.7. En los sistemas jurídicos que vienen de la tradición legalista del *civil law*, la necesidad de formalizar (institucionalizar) un sistema para la incorporación de normas de origen judicial (es decir, de unificar y conservar las decisiones judiciales) se ha radicalizado como consecuencia de la constitucionalización de los respectivos ordenamientos jurídicos.

1.7.1. En efecto, en dichos Estados constitucionales este proceso de constitucionalización ha supuesto una progresiva aceptación de que los derechos constitucionalmente reconocidos deben jugar un papel de fundamentación del resto de normas jurídicas; y ello ha supuesto la aparición y desarrollo de instituciones como el amparo de los derechos o la tutela judicial efectiva que han hecho mucho más radical la necesidad de estandarizar la incorporación de las normas de origen judicial. No hay que olvidar que entre los derechos fundamentales reconocidos y garantizados están también los derechos (y los valores) vinculados al imperio de la ley y al debido proceso (véase el punto. 1.3.)

1.7.2. En este sentido, en los Estados de Derecho que vienen de la tradición del *civil law*, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos ha conllevado dos cambios muy importantes en relación con las normas de origen judicial: por un lado, el fin de la concepción que las veía como “mera doctrina legal” o “jurisprudencia reiterada” independizadas por completo de las razones que las justificaban; y, por otro, la irrupción del precedente en los casos vinculados con derechos fundamentales. Estos dos cambios han alterado de manera radical la percepción de las normas de origen judicial en los sistemas jurídicos que vienen de la tradición legalista.

1.8. Es un hecho incontestable que se ha extendido la conciencia de la necesidad de que los Estados constitucionales que vienen de la tradición legalista institucionalicen y den forma a esta irrupción del precedente judicial. En este sentido, el constitucionalismo jurídico, que es el movimiento jurídico que trata de adaptar la teoría del Derecho a la

nueva realidad, tiene que asumir el precedente judicial como un fragmento esencial del “tema de nuestro tiempo”.

2. El concepto de precedente judicial y su implantación en los sistemas de *civil law*.

2.1. Por precedente judicial puede entenderse “una regla jurídica justificada en la fundamentación de una sentencia judicial, que resuelve un problema jurídico, que en alguna medida innova el Derecho preexistente a la decisión y que, en consecuencia, puede constituir una autoridad para decisiones judiciales futuras”⁷.

2.2. El concepto de precedente consta, pues, de cuatro propiedades: regla jurídica contenida en una decisión judicial, resuelve un problema jurídico, innova el Derecho preexistente a la decisión y constituye una autoridad para decisiones futuras.

2.3. El estudio del desigual (y diferente) desarrollo de cada una de estas propiedades en los diferentes países probablemente permitiría mostrar las diferencias idiosincrásicas que en materia de precedentes exhiben los distintos sistemas jurídicos. No hay que olvidar que estamos en una situación de cambio y transición. En cualquier caso, detengámonos a explicar brevemente cada una de estas propiedades del concepto de precedente.

2.4. *Regla jurídica contenida en una decisión judicial*⁸ (*sentencia*).

2.4.1. La descripción de cualquier sistema de precedentes tiene que poder responder a las preguntas de qué jueces y qué decisiones jurisdiccionales pueden sentar precedentes. En torno a estas cuestiones pueden diferenciarse unos sistemas

⁷ En su formato tradicional, el *brief* de una sentencia consta de los siguientes apartados: a) encabezamiento (referencia de la sentencia); b) hechos (*facts*, que a veces incluye una *procedural history*); c) cuestiones jurídicas generales (*issues*, problemas jurídicos discutidos); d) regla general que resuelve la cuestión jurídica (*holding, ruling*); e) argumentación que apoya la regla (*rationale*); y f) fallo (*judgement*). A partir de estos elementos podría decirse que un caso (un precedente) es una regla jurídica general (*holding*), enunciada en un contexto fáctico específico (*facts*) y justificada mediante una argumentación (*rationale*). En Hegland, Kenney: *Introduction to the Study and Practice of Law*, 3ª ed.; West, St Paul, Minn, 2000 pág. 429. En Aguiló Regla, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico*, Ariel, 2000 págs.106 y ss. me refería al *holding* en términos de “premisa normativa de un razonamiento jurídico acabado”.

⁸ En el contexto del discurso que estamos construyendo, la expresión “decisión judicial” es notoriamente ambigua y es fácil que se produzcan deslizamientos de significado que acaben enredando bastante. Como mínimo, es necesario distinguir tres sentidos diferentes de “decisión judicial”: Primero, “decisión judicial” en el sentido de sentencia: la sentencia es un documento normativo (resultado institucional) generado por un acto normativo de decidir (dictar sentencia). Segundo, por “decisión judicial” puede entenderse también el fallo contenido en la sentencia judicial; es decir, la decisión del caso particular. Y tercero, por “decisión judicial” puede entenderse la determinación de la regla general que el juez decide aplicar para resolver la cuestión jurídica controvertida; es decir, el *holding*.

de otros. Por ejemplo, hay sistemas en los que esta competencia está atribuida exclusivamente a las altas cortes; en otros, está distribuida a más jueces y en otros solo se considera “obligatorio” el llamado “autoprecedente”.

2.4.2. Los diferentes sistemas jurídicos pueden contar o no con una forma predeterminada de constituir precedentes. Es evidente que en todos los sistemas las sentencias judiciales sí tienen forma; pero los precedentes pueden tenerla o no. Ejemplos de forma en el establecimiento de precedentes constitucionales pueden ser, por ejemplo, las sùmulas (Brasil), las tesis de jurisprudencia (México), la enumeración en la sentencia de los fundamentos jurídicos que constituyen precedentes vinculantes (Perú), las formulaciones del propio precedente (Colombia), etc. También puede ocurrir que el sistema jurídico no haya incorporado una forma predeterminada para el establecimiento de los precedentes y de las normas de origen judicial (España). En estos casos, el precedente (la regla jurídica) depende (es el resultado) de la interpretación jurídica que se haga de la fundamentación de la sentencia⁹.

2.4.3. Estas dos cuestiones recién mencionadas (quién tiene poder normativo para establecer precedentes judiciales y cuál es la forma de ejercer ese poder) han sido ampliamente tratadas por la literatura jurídica relativa al precedente. En el mundo latino, hay un auténtico *boom* de artículos y libros destinados a explicar cómo funciona el precedente en los distintos sistemas jurídicos (en el sentido del quién y del cómo). Estas investigaciones suministran una información básica y esencial sin la cual no es posible avanzar. Ahora bien, en muchas ocasiones este tipo de estudios acaban resultando una verdadera operación de distracción respecto de lo fundamental. El énfasis puesto en los componentes idiosincrásicos de cada país acaba por ocultar las necesidades compartidas por todos ellos y la racionalidad que les subyace. El constitucionalismo jurídico necesita trascender las diferencias idiosincrásicas de cada sistema y hacer patente en qué consiste la racionalidad del sistema de precedentes.

2.5. *Resuelve un problema jurídico (de Derecho).*

2.5.1. El precedente tiene que ver únicamente con problemas jurídicos, con problemas vinculados con el Derecho aplicable, nunca con problemas de determinación de los hechos, con “no tener claro qué ocurrió”. Naturalmente, no hace falta decir que la interpretación y aplicación de las reglas de la prueba son una cuestión jurídica, no de hechos.

2.5.2. La noción de precedente judicial está muy vinculada a la de **caso difícil** (caso que plantea un problema jurídico)¹⁰. Distingamos entre **conflicto jurídico** y

⁹ Aquí se hace notoria la ambigüedad recién mencionada de la expresión “decisión judicial”. Las sentencias judiciales son “decisiones judiciales” que siempre tienen una forma jurídica; los fallos de las sentencias son también “decisiones judiciales” y cuentan con rasgos formales que permiten individualizarlos. Los precedentes son igualmente “decisiones judiciales” pero muchos sistemas jurídicos no han establecido una forma jurídica diferenciada para ellos.

¹⁰ Si consideramos la famosísima tipología de casos difíciles de MacCormick [MacCormick, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978] que distinguía entre problemas de relevancia (¿hay norma aplicable?), problemas de interpretación (¿qué significa esta disposición?), problemas de calificación (¿cómo se califican jurídicamente estos hechos) y problemas de prueba (¿qué ocurrió?), veremos que solo los de prueba quedaría fuera del ámbito del precedente.

problema jurídico. Aceptemos que todas las decisiones jurisdiccionales tratan de resolver un conflicto jurídico; sin conflicto entre partes con pretensiones jurídicas incompatibles relativas a la determinación de los hechos y a la aplicación de las normas jurídicas no hay jurisdicción posible. La jurisdicción es, no conviene olvidarlo, un método de resolución de conflictos. Ahora bien, no todo conflicto jurídico ni controversia jurídica supone la presencia de un **problema jurídico**. En el Derecho y en la jurisdicción hay también casos jurídicamente fáciles; es decir, conflictos jurídicos cuya resolución consiste en la aplicación sin más de reglas jurídicas preexistentes a la decisión judicial. La mera aplicación de reglas preexistentes a la decisión cuya aplicación no haya sido problematizada no puede constituir jamás un precedente judicial. Sin caso difícil, sin problema jurídico, no puede haber precedente judicial. En conclusión, para que una decisión judicial pueda constituir un precedente tiene que resolver un **problema jurídico**¹¹.

2.5.2. El problema jurídico puede ser de lo más variado (de interpretación, de validez, de calificación, de legitimación procesal, de reglas de la prueba, etc.)¹² y un mismo caso puede presentar más de un problema jurídico (piénsese por ejemplo en una cuestión de legitimación procesal de una de las partes y un problema sustantivo de calificación jurídica de unos hechos). La clave está en que el “caso” tiene que presentar alguna propiedad que hace que el sistema jurídico (el conjunto de reglas que el juez tiene el deber de aplicar) no resulte aplicable o que su aplicación tal cual no resulte justificada. Es decir, el sistema de reglas presenta alguna forma de laguna en sentido amplio¹³. Por ejemplo, una sentencia que se limita a reconocer sin más que el deudor moroso debe satisfacer la deuda pendiente no puede aspirar a constituir un precedente, pues no hace otra cosa que aplicar las reglas que preexisten a la decisión.

2.5.3. De los puntos anteriores se sigue una conclusión muy importante: sin problema jurídico (sin caso difícil) no hay precedente judicial posible. La distinción entre casos judiciales fáciles y difíciles ha dado lugar a una vastísima literatura jurídica en torno a problemas del método jurídico. Piénsese, por ejemplo, en la que probablemente ha sido la discusión más importante dentro de la teoría del Derecho en las últimas décadas: la discusión que ha enfrentado la tesis

¹¹ La teoría de las fuentes del Derecho aborda dos grandes problemas de la práctica jurídica: el de la identificación del Derecho (cómo distinguimos lo que es Derecho de lo que no lo es; es decir, cómo separamos el Derecho de su ambiente) y el de la unidad del Derecho (cómo hacemos hablar al Derecho con una sola voz). Las mejores respuestas al problema de la identificación/separación han venido de la mano de las teorías del sistema jurídico (pensamiento sistemático); mientras que las mejores respuestas al problema de la unidad han venido desde lo que podríamos llamar las teorías de la respuesta correcta (pensamiento problemático). Ello parece sugerir que hubiera que elegir entre un modelo u otro de pensamiento jurídico. En Aguiló Regla, J: “Fuentes del Derecho”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 1019-1066 he tratado de mostrar que, en realidad, no hay que elegir, sino ordenar secuencialmente: el pensamiento jurídico empieza siendo sistemático y en ocasiones (en los casos difíciles) deviene problemático. La distinción entre pensamiento sistemático y problemático la tomaba de Viehweg, Theodor: *Tópica y jurisprudencia* (trad. de L. Díez Picazo), Taurus, Madrid, 1964, pp. 49 y ss.

¹² En este punto, en mi opinión, resultan fundamentales los caps. IV (“La concepción material: premisas y razones”) y el VI (“Cómo analizar las argumentaciones”) del libro Atienza M: *Curso de argumentación jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

¹³ Sobre el concepto de “laguna jurídica”, véase la primera parte del Aguiló Regla, J.: “Lagunas constitucionales”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, nº37, 2021, págs. 15-38.

positivista de la discrecionalidad judicial frente a la tesis postpositivista de la respuesta correcta (paradigmáticamente, Hart vs. Dworkin). Pues bien, lo que me interesa resaltar en este punto es lo siguiente. La tradición positivista ha tendido o bien a negar la existencia de normas de origen judicial (solo el legislador crea Derecho) o bien a enfatizar en exceso los componentes voluntaristas en su explicación aproximándolas demasiado -y de manera incorrecta- a la legislación. Quien afirma la tesis de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles se ve abocado a explicar las normas de origen judicial recurriendo al modelo voluntarista de las fuentes-acto¹⁴.

2.5.4. El desarrollo del constitucionalismo ha hecho entrar en crisis al positivismo jurídico, pues ha desafiado muchas de las restricciones metodológicas que venía imponiendo¹⁵. Esta crisis se manifiesta en múltiples facetas y entre ellas está, sin duda, la incapacidad mostrada para explicar satisfactoriamente las normas de origen judicial en los Estados constitucionales que vienen de la tradición legalista. En este sentido, el postpositivismo ha abierto una nueva agenda explicativa.

2.6. *Innova el Derecho preexistente a la decisión.*

2.6.1. El precedente es la *ratio decidendi*; es decir, la regla general que el juez aplica para resolver el problema jurídico general (de Derecho) que la sentencia enfrenta. En este sentido, el precedente “*innova el Derecho preexistente a la decisión*”; y lo hace precisamente porque las reglas preexistentes no resuelven (o no lo hacen de manera satisfactoria) el problema jurídico que la sentencia judicial enfrenta. El precedente, pues, interpreta, concreta, precisa, determina, aclara, etc. el Derecho que preexiste a la decisión: es decir, lo modifica en algún sentido.

2.6.2. El dictado de esta regla que modifica el Derecho preexistente a la decisión no es en absoluto legislación. Su explicación está íntimamente ligada a tres exigencias de justificación que vinculan a las decisiones judiciales: sin regla no hay justificación, la regla hace efectivo el Derecho preexistente a la decisión y la regla tiene que universalizarse. Repasémoslas brevemente.

2.6.2.1. Sin regla que aplicar no hay justificación posible. Por tanto, lo primero que el juez tiene que mostrar es la existencia de un **problema jurídico** que hace necesario reformular el Derecho preexistente; es decir, tiene que mostrar que el caso en cuestión es una laguna (en sentido amplio) del sistema jurídico. En consecuencia, sin el dictado de la regla que constituye el precedente no habría respuesta correcta para el caso que se trata de resolver.

¹⁴ Como he venido insistiendo desde hace mucho, la oposición caso fácil/caso difícil presupone la tesis de que existe una respuesta correcta (la mejor respuesta es la correcta). Un problema sin respuesta correcta (o con varias respuestas todas ellas igualmente correctas) no puede ser difícil: será en todo caso irresoluble, pero no difícil. Por ello, para la tradición positivista, y para todos aquellos que sostienen la tesis de la discrecionalidad judicial, la clasificación relevante de casos jurídicos es la que distingue entre casos regulados (resueltos por las reglas del sistema) y casos no regulados (no resueltos por las reglas). Estos casos, los no resueltos, tienen que decidirse discrecionalmente porque, según los positivistas, no tienen respuesta correcta o, lo que es lo mismo, tienen diferentes respuestas igualmente “correctas”: hay que elegir entre las diferentes alternativas “no prohibidas” por el sistema jurídico. Para una crítica de esta posición puede verse: Aguiló Regla, J: “El tribunal se retira a deliberar. Un desafío teórico para juristas prácticos”, en RJIB, 2021.

¹⁵ Manolo: muerte del positivismo en la cruz de la constitución

2.6.2.2. La finalidad del dictado de esta nueva regla no es cambiar el Derecho preexistente, sino contribuir a hacerlo efectivo. En este sentido, aunque tanto el precedente como la legislación consisten en el dictado de nuevas reglas generales, hay una diferencia radical entre ellas. La regla del precedente adquiere su sentido por la coherencia valorativa con el Derecho que el juez está obligado a aplicar, es decir, el que preexiste a la decisión: se dicta la regla que permite resolver el problema jurídico detectado. Frente a ello, el sentido de la legislación es completamente diferente: la legislación es el principal instrumento de la dinámica jurídica y presenta una orientación inequívoca hacia el futuro: su sentido no está tanto en hacer efectivo el Derecho preexistente, cuanto en modificarlo. Bien mirado, lo dicho es perfectamente coherente con los deberes específicos que legitiman el ejercicio de sus respectivos poderes en el Estado de Derecho: para los legisladores el deber de “representación de intereses sociales” y para los jueces el deber de “independencia”¹⁶.

2.6.2.3. Justificar una decisión judicial implica la idea de universalizarla (no hay justificación sin universalización). Ello está íntimamente ligado con el dictado del precedente: el dictado de la regla hace que la solución no se vea como meramente *ad hoc*. Pero, además, la universalización supone también el **compromiso** con la aplicación de esa misma regla hacia

¹⁶ En relación con estos deberes de jueces (“independencia”) y legisladores (“representación de intereses sociales”), he escrito en otro lugar: “En el marco de un Estado de Derecho, todos los actores que ejercen un poder público, una competencia (sea de la naturaleza que sea), tienen el deber de someterse al Derecho. Ello quiere decir que entre los criterios de legitimidad de sus decisiones está siempre la idea de cumplir o aplicar el Derecho. La aplicación del Derecho es, pues, un requisito de legitimidad de la actuación de todos los poderes públicos. En consecuencia, el deber de independencia de los jueces tiene que ser algo más y algo distinto que el mero deber de aplicar el Derecho; porque este deber es compartido por todos los actores (órganos) públicos. Entender bien la independencia judicial es oponerla a otros dos grandes criterios de legitimación que operan también en el Estado de Derecho y que están más allá de la mera aplicación del Derecho: la representación y la sujeción. Todos los órganos representativos (políticos) tienen un deber de representación de intereses sociales. Para ellos, la legitimidad de su actuación es una combinación, entre otras cosas, de juicios de legalidad (de aplicación del Derecho) y de representación de intereses sociales legítimos, no espurios. En este sentido, la corrupción, entendida como la promoción de intereses bastardos o inconfesables, es vista como una traición a los portadores de intereses legítimos y, en consecuencia, es una de las principales fuentes de deslegitimación de los órganos representativos. Otros órganos públicos incorporan entre los criterios de legitimidad de su actuación un deber especial de sujeción. Piénsese, por ejemplo, en el grueso de los órganos administrativos. La Administración pública es una estructura jerárquica en la que unos órganos están «sujetos» a las instrucciones de otros órganos superiores. En consecuencia, su legitimidad se construye asimismo en torno a la legalidad de su actuación (aplicación del Derecho), pero también en torno a la sujeción respecto de las instrucciones de los superiores (la «obediencia debida» con todos los límites y matices que quieran hacerse). Pues bien, si tenemos claro lo anterior, estamos en condiciones de entender que el «deber de independencia» de los jueces en un Estado de Derecho se construye (y se entiende) tanto *ad extra* como *ad intra*, en oposición respectivamente a estos otros dos criterios de legitimación recién mencionados. Cuando un juez realiza actos jurisdiccionales tiene prohibido tanto representar «intereses sociales», como someterse a personas (entablar relaciones de sujeción). La independencia judicial supone, en esencia, la negación de la representación y de la sujeción. En este sentido, un juez independiente nunca debe ejercer de político (de representante de intereses sociales) ni de «funcionario» subordinado a sus superiores. El ideal de un juez independiente denota a un juez que decide conforme a Derecho (aplica el Derecho) y que lo hace solo por las razones que el Derecho le suministra», en Aguiló Regla, J: “Prólogo” a Rondini, P.: *Organización de la jurisdicción en Chile. Análisis y bases de discusión para un nuevo diseño institucional*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021.

el futuro. Sin este compromiso, es decir, sin pretensión de corrección, no hay universalización en absoluto¹⁷.

2.6.2.4. Si se es consciente de ello es fácil de entender que una vez que un tribunal ha sentado un precedente, solo tiene tres salidas racionales ante un caso semejante: a) aplicar el precedente al nuevo caso; b) distinguir el nuevo caso (el nuevo caso se parece al precedente, pero presenta una propiedad relevante que lo hace diferente y, en consecuencia, hay que exceptuar el precedente); y c) cancelar (*overrule*) el precedente (el precedente es incorrecto y, en consecuencia, hay que proceder a eliminarlo como norma jurídica). Estas tres alternativas no son, sin embargo, argumentativamente homogéneas: los **principios de conservación y de unificación** de las decisiones judiciales imponen una diferencia radical entre ellas: los casos b) y c) exigen justificar la existencia de un problema jurídico que hay que resolver exceptuando o cancelando un precedente (véase el epígrafe 2.5). Si bien se considera, ello no significa otra cosa que el precedente es una regla jurídica que los jueces tienen el deber de aplicar.

2.6.3. Si se entiende lo anterior, es fácil comprender que lo que llamamos una **línea jurisprudencial** es la continuidad de un precedente. Su origen está en una decisión que resuelve un problema jurídico (un caso difícil) y la línea jurisprudencial es una secuencia de casos que han pasado a ser fáciles en la medida en que aplican (y/o enriquecen) el precedente en cuestión. La excepción justificada al precedente no niega la normatividad del precedente (“la excepción confirma la regla”). En este sentido, estudiar una línea jurisprudencial es estudiar la regla reiteradamente aplicada junto con las excepciones (que constituyen a su vez nuevos precedentes) que se han ido incorporando a la referida línea. Si bien se considera, la formulación de una excepción a la regla jurisprudencial presupone de nuevo la idea de caso difícil: caso no resuelto (o resuelto de manera insatisfactoria) por el conjunto de reglas que el juez tiene el deber de aplicar. Esta forma de entender la línea jurisprudencial permite concebir las excepciones justificadas a la misma en términos no competitivos entre jurisdicciones, ni de conflictos y/o desafíos de poder.

2.6.4. La función esencial que cumplen las normas de origen judicial, en general, y el precedente, en particular, es la de transformar los casos difíciles actuales (casos que presentan un problema jurídico, casos no resueltos por las reglas del sistema jurídico) en futuros casos fáciles (entonces ya, ahora sí, resueltos por las reglas del sistema jurídico).

2.7. *Constituye una autoridad para decisiones jurisdiccionales futuras.*

2.7.1. Para que un sistema de precedentes pueda cumplir la referida función de transformación de los casos difíciles en futuros casos fáciles (resueltos por el

¹⁷ Muchos teóricos del Derecho han sostenido que el requisito de la universalidad en la justificación de las decisiones judiciales se satisface simplemente usando una premisa formulable con un cuantificador universal del tipo de “para todo x, tal que x reúne las propiedades a, b y c”. Naturalmente ello puede ser condición necesaria de la justificación, pero no suficiente. La justificación no es una mera cuestión formal de usar ciertas palabras: se puede decidir de manera completamente arbitraria usando cuantificadores universales. Por ello, en la base de la racionalidad de la jurisdicción, de la práctica de la jurisdicción, está la pretensión de corrección y sus dos corolarios institucionales: las necesidades de unificación y de conservación de las decisiones judiciales (véanse epígrafes 1.2. y 1.3.).

sistema jurídico), es necesario atribuir a los precedentes alguna forma de autoridad.

2.7.2. Un sistema de precedentes tiene que prever sus garantías; es decir, los deberes que implica y las consecuencias jurídicas que se siguen de la violación, el incumplimiento o la ignorancia de los mismos. La tradición jurídica ha introducido múltiples distinciones para referirse a cómo los distintos sistemas jurídicos han establecido la “autoridad del precedente”. Por ejemplo, atendiendo a los destinatarios de la norma establecida por el precedente se distingue entre precedentes verticales y precedentes horizontales; atendiendo a su fuerza vinculante, entre obligatorios y persuasivos, etc.

2.7.3. El grado de vinculatoriedad del precedente puede variar de unos sistemas jurídicos a otros.

2.7.3.1. El grado mínimo de vinculatoriedad es una garantía informal que depende del nivel de desarrollo de la cultura jurídica de un país y tiene que ver con una exigencia de racionalidad de la práctica de la jurisdicción: conforme a los principios de conservación y de unificación de las decisiones judiciales, el juez que se aparta de un precedente establecido “**debe**” justificar por qué lo hace. Tanto la decisión de exceptuar un precedente (el *distinguishing*), como la de cancelarlo (el *overruling*) deben justificarse. Como ya ha quedado establecido, si el apartamiento del precedente no se justifica, entonces se genera, por un lado, incoherencia entre las decisiones jurisdiccionales y, por otro, entre el sistema jurídico y las decisiones jurisdiccionales (véanse los epígrafes 1.3. y 1.4.).

2.7.3.2. El grado máximo de vinculatoriedad del precedente consiste en garantizar su obligatoriedad a través del delito de prevaricación judicial: violación del deber judicial de impartir justicia aplicando el Derecho.

2.8. Es cierto que en los sistemas de *civil law* se ha avanzado muchísimo en relación con las normas de origen judicial, en general, y el precedente, en particular. Ahora bien, una vez superadas las dificultades ideológicas y teóricas van apareciendo los nuevos y **verdaderos problemas jurídicos**. Entre vencer las resistencias que hacían difícil la aceptación de las normas de origen judicial (véanse los epígrafes 1.4. a 1.7.) e implementar un sistema de precedentes media un larguísimo trecho. En este sentido, queda muchísimo trabajo por hacer.

2.9. En cualquier caso, una vez aceptada la necesidad (inevitabilidad) de la institución del precedente judicial, las intervenciones para implementarla deben estar orientadas a dotarla de seguridad jurídica. Un error que hay que evitar en este proceso de dar certeza al precedente es el de desvirtuarlo aproximándolo demasiado a la legislación. En efecto, hay una cierta tendencia a pensar que “promulgando” reglas judiciales al modo de la legislación se las va a dotar de un mayor grado de certeza jurídica. Pero ello suele

conllevar la desvinculación de dichas reglas judiciales de los casos que las generaron y, en consecuencia, a desnaturalizar su función. La jurisdicción exige la presencia de un caso específico que resolver: reglas judiciales sin caso que resolver suena a sinsentido. El reto que hay que afrontar es el de dotar de certeza al precedente sin desvirtuarlo, sin convertirlo en legislación judicial (Manuel Atienza ha hablado en alguna ocasión de “precedente codificado”).

2.10. La seguridad jurídica en torno al precedente judicial exige una estandarización que no lo desvirtúe. Ello supone que las intervenciones deben producirse respetando las cuatro propiedades arriba destacadas. Esta estandarización debería alcanzar como mínimo a la identificación de los precedentes, a su forma de cita, a su difusión e información y, finalmente, a su garantía.

2.10.1. Estandarizar la identificación de los precedentes implica el desarrollo de una metodología de interpretación de las sentencias en esa clave; pero, sobre todo y más importante, una metodología sobre cómo redactar las sentencias.

2.10.2. Hay que estandarizar la forma de cita de los precedentes. Ello abarca tanto a quienes se dirigen a los tribunales cuanto a cómo los tribunales se refieren a los precedentes que ellos mismos aplican, distinguen o cancelan.

2.10.3. Al pasar a cumplir las funciones *erga omnes* que se predicán de los precedentes, las sentencias deben darse a conocer y resultar fácilmente accesibles: hay que estandarizar la difusión y las formas de recuperación de las sentencias.

2.10.4. Finalmente, una vez que se acepta la relevancia de los precedentes judiciales hay que establecer las garantías de los mismos; como mínimo las consecuencias jurídicas que se siguen de su ignorancia, es decir, de su no aplicación, su no distinción o su no cancelación.

2.11. Naturalmente, todo lo anterior desborda con mucho el objetivo de este trabajo, que -conviene recordarlo- no es otro que el de contribuir a extender la cultura del precedente judicial en sistemas jurídicos de *civil law* con un ordenamiento jurídico constitucionalizado.

II. La constitucionalización del ordenamiento jurídico y el precedente constitucional.

3. El “Estado constitucional de Derecho”.

3.1. El **Estado constitucional de Derecho** no puede definirse tomando en cuenta exclusivamente los tres rasgos formales más sobresalientes de su constitución: a) ser

formal, es decir, la forma jurídica de la “constitución” es diferente de la forma jurídica “ley”: lo que supone que las normas fundamentales (constitucionales) están codificadas en una forma diferente a la de la ley; b) ser rígida, es decir, de difícil o imposible modificación; y c) ser normativa: sus normas no son meramente programáticas, sino que imponen deberes directamente aplicables por los juristas en sus operaciones jurídicas ordinarias. Estos tres rasgos formales de la constitución del Estado constitucional conllevan en términos jurídicos otras dos propiedades más: d) la superioridad jerárquica de la constitución respecto de la ley y e) alguna forma de garantía jurisdiccional de dicha superioridad de la constitución. Este conjunto de propiedades hace que en el Estado constitucional de Derecho la *lex superior* de la constitución opere como mínimo como un inhibidor de ciertos contenidos de la *lex posterior* de la legislación. Pero esta estructura y función, que es fundamental para comprender la dinámica jurídica del Estado constitucional de Derecho, no es suficiente para caracterizarlo. La razón es clara: puede haber Estados que cuenten con una constitución que reúne todas esas propiedades y que, sin embargo, no **merezcan** ser calificados como tales. En el “Estado constitucional de Derecho” la forma, la rigidez y la normatividad de la constitución operan como mecanismos para la garantía de los derechos del constitucionalismo¹⁸.

3.2. Los valores y los derechos del constitucionalismo son los que dotan de sentido a la práctica política y jurídica consistente en atribuir a la forma constitucional las propiedades de la rigidez y de la normatividad. Los Estados constitucionales de Derecho pueden presentar una gran variedad de estructuras políticas y jurídicas: unos son repúblicas y otros, monarquías; unos, presidencialistas y otros, parlamentarios; unos, federales y otros, unitarios; unos tienen tribunal constitucional (control concentrado de constitucionalidad) y otros, corte suprema (control difuso); unos tienen un régimen electoral mayoritario y otros proporcional y/o ponderado, etc. Ninguna de estas formas es definitoria del Estado constitucional de Derecho. Lo que sí es esencial es el reconocimiento de los derechos y

¹⁸ En otro lugar he sostenido que el “constitucionalismo” asume el combate de cuatro males potenciales de toda dominación política y que, para ello, “arma” de manera permanente a los ciudadanos con los derechos. ¿Cuáles son esos males y esos derechos? a) Frente al mal de la arbitrariedad, los derechos vinculados al imperio de la ley y/o al debido proceso. b) Frente al mal del autoritarismo, los derechos de libertad. c) Frente al mal del despotismo, los llamados derechos democráticos y/o de participación política. Y d) frente al mal de la exclusión social, los derechos sociales (y/o de igualdad real o de oportunidades). Aguiló Regla, J.: “En defensa del Estado constitucional de Derecho”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 42, 2019, pág. 87. En una versión anterior y menos “pulida” puede verse Aguiló Regla, J.: “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 24, 2001, págs. 429 y ss.

la atribución a los mismos de un papel de fundamentación de las relaciones jurídico-políticas. Los derechos fundamentan tanto las formas de la **autoridad legítima** (derechos vinculados al debido proceso y derechos democráticos de participación política) como algunos contenidos esenciales de **justicia** (derechos de libertad y derechos sociales)

3.3. Pero, como es sabido, la aceptación de una estructura jurídico-política como la referida enfrenta un problema de racionalidad que la teoría jurídica de la constitución no puede eludir y que la práctica constitucional tiene que saber gestionar. Se trata del problema conocido como “la tiranía de las generaciones pasadas”¹⁹. Las constituciones rígidas y normativas son fuentes-acto promulgadas en un momento determinado que, al resultar prácticamente inmodificables, pueden convertir la acción jurídica y política en irracional, en la medida en que el sentido de esa acción provenga solo de la mera obediencia a una normativa sustantiva e inmodificable (acción meramente orientada por el pasado)²⁰. El planteamiento aquí asumido es que el valor (y la aceptación) de la rigidez y de la normatividad solo puede provenir del valor otorgado a los derechos y a su papel de fundamentación de las relaciones jurídicas y políticas²¹.

3.4. En mi opinión, este problema de racionalidad está en la base de todas las **diferencias** que pueden establecerse entre las operaciones normativas relacionadas con la legislación y con la constitución. Y ello conlleva que lo que es virtud en la redacción, interpretación y aplicación de la ley puede ser vicio en la redacción, interpretación y aplicación de la

¹⁹ En Aguiló Regla, J.: “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución”, en *Jurídicas*, Vol. 5, n.1, 2008, me ocupé del aparente dilema al que está sometido el constitucionalismo: si la constitución no se hace rígida, entonces los derechos no están protegidos (atrincherados); y si la constitución se hace rígida, entonces se somete a las generaciones vivas a la “tiranía las generaciones pasadas”.

²⁰ La acción racional no puede estar simplemente anclada en el pasado, tiene que o bien estar orientada hacia el futuro o bien obtener su sentido por ‘la creencia consciente en el valor’ de la acción. Weber, Max: *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 10ª reim., 1993, pág. 20.

²¹ Todo lo aquí asumido sobre el constitucionalismo y la práctica constitucional es deudor de las contribuciones de C.S. Nino; en particular de sus análisis sobre la tríada del constitucionalismo: “[...] el constitucionalismo estaría constituido por una tríada de elementos que debe poner en equilibrio: la exigencia de respeto a derechos individuales básicos; un procedimiento democrático de toma de decisiones [...] y una práctica o convención institucional de la sociedad”, en Nino, C.S.: *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 36 y ss.

constitución; y a la inversa, que lo que es vicio para la ley, puede ser virtud para la constitución²².

3.5. Para mostrarlo basta con reparar en algunas cuestiones que recorren la aceptación de toda la normativa creada deliberadamente (la que proviene de las fuentes-acto). En efecto, esta normativa pretende ser aceptada, considerada obligatoria, y, en consecuencia, pretende también generar el compromiso de cumplimiento hacia el futuro. Pues bien, la práctica inderogabilidad de las constituciones frente a la natural derogabilidad de las leyes hace que estos dos problemas (el del consenso y el del compromiso) se planteen de manera completamente diferente en unas y otras.

3.5.1. El **problema del consenso**. Una función esencial de las constituciones es generar una práctica jurídica y política que una a las poblaciones en torno a un texto constitucional. Para que ello ocurra es necesario que ese texto (esa normativa) sea, por un lado, significativo (tenga contenido, proteja los derechos) y, por otro, ampliamente aceptado (no genere rechazo). En este sentido, a diferencia de la legislación, una constitución rígida no es meramente una cuestión de mayorías; su funcionalidad pende por completo de la aceptación (consenso) que genere²³.

3.5.2. El **problema del compromiso**. La aceptación de una normativa creada deliberadamente implica el compromiso de cumplimiento hacia el futuro. La

²² Ferrajoli se ha opuesto de manera drástica a planteamientos como el aquí asumido; en este sentido ha escrito: “En todos los casos, sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos [...] promoviese el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible” en Ferrajoli, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” (trad. N. Guzmán), en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 34, 2010, pág. 51. En mi opinión, Ferrajoli se equivoca al trasladar directamente lo que pueden ser virtudes del lenguaje de las leyes y de los reglamentos al lenguaje de las constituciones. Aguiló Regla, J., “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 34, 2011, págs. 56 ss. En este sentido, he venido sosteniendo que la teoría jurídica necesita distinguir tres perspectivas o momentos diferentes: darse, tener y practicar una constitución, Aguiló Regla, J.: “‘Tener una constitución’, ‘darse una constitución’ y ‘vivir en constitución’”, en *Isonomía*, .28, abril 2008, págs..67-86.

²³ España ofrece dos buenos ejemplos de cómo la estabilidad constitucional pende directamente sobre la aceptación. El primer ejemplo nos lo suministra lo que se convino en llamar “el ruido de sables” y que se produjo entre los años 1978 (año de aprobación de la constitución española) y 1981 (año del intento de golpe de Estado del “23 de febrero”). La inestabilidad constitucional fue el resultado de que algunos de los generales que venían del franquismo no situaban la fuente última de sus deberes como generales en la Constitución del 78, sino en cosas tales como “la lealtad al caudillo”, “la unidad de la patria”, “el anticomunismo” o “la catolicidad de España”. El otro momento de grave inestabilidad constitucional se produjo como consecuencia del “procés” en Cataluña. En realidad, ocurrió algo muy parecido: una parte muy importante de las autoridades catalanas dejaron de situar en la Constitución la fuente última de sus deberes jurídicos (es decir, abandonaron la legitimidad legal propia del Estado de Derecho), para situarla en “fantasmagorías” tales como “la nación”, “la movilización popular”, “el derecho a la autodeterminación”, etc. Ambos ejemplos ilustran bien el hecho de que la estabilidad constitucional no es una mera cuestión de cumplimiento o de mayorías, sino de aceptación y de estabilización de expectativas en torno a un texto.

aceptación de una constitución prácticamente inmodificable supone el compromiso de la defensa y la protección de ciertos contenidos (los derechos). Pero ocurre que los aceptantes de esa constitución pueden tener dudas (no estar seguros) respecto de qué contenidos normativos tienen que consolidarse de manera definitiva (inderogable) hacia el futuro. Este problema de compromiso no se plantea en relación con la legislación, pues la ley es “naturalmente” derogable.

3.6. La conciencia de todo lo anterior hace que, en mi opinión, pueda afirmarse que la racionalidad práctica convierte en “virtuosa” la apertura regulativa de las constituciones. En este sentido, los actores conscientes de estos problemas de racionalidad deberían moverse dentro de una función que relacionara el grado de rigidez de la constitución (dificultad del cambio del texto) con el grado de apertura regulativa de sus contenidos constitucionales. Conforme con ello, la racionalidad práctica establecería una cierta relación de dependencia (una función) entre ellas: si hay problemas de consenso y/o de inseguridad práctica, a medida que se incrementa la rigidez constitucional tiene que aumentarse su apertura regulativa. Naturalmente, ello conlleva un corolario fundamental para la teoría jurídica de la constitución: la clave de la continuidad constitucional está más vinculada con la continuidad de los valores y de los derechos constitucionales, que con la continuidad de cada uno de sus contenidos concretos²⁴.

3.7. A partir de ahí, es fácil de entender también una de las discusiones teóricas más importantes de las últimas décadas: la discusión generada por la apertura constitucional y la presencia de conceptos valorativos y/o “esencialmente controvertidos” en las constituciones: ¿deben entenderse como conceptos sin contenido por falta de acuerdo (al modo en que lo hacen las concepciones procedimentalistas que se limitan a canalizar el conflicto político), como “conceptos interpretativos” a la busca de su mejor versión (tal como hacen las concepciones sustantivistas) o como conceptos anclados a su sentido originario (al modo del originalismo)? ¿Hay que hacer lecturas meramente políticas (procedimentales) de las constituciones o tiene sentido leerlas en términos jurídicos (es decir, sustantivos)?²⁵.

²⁴ Esta tesis está directamente inspirada por el texto de Francisco Tomás y Valiente: “La resistencia constitucional y los valores”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 15-16, vol. II, 1994, pág. 639. Un intento de desarrollar teóricamente la noción de “resistencia constitucional” puede verse en Aguiló Regla, J.: “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, 2003, págs. 289-317.

²⁵ En el texto “Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución” me he ocupado de esta cuestión; en él oponía la concepción “mecánica” a la “normativa”, la “procedimentalista” a la “sustantivista”, la de “fuente de las fuentes del Derecho” a la de “fuente del Derecho” y la “concepción política” a la “jurídica”. Los primeros términos de cada par enfatizan la lectura meramente política de las constituciones; los

4. Del Estado de Derecho como “imperio de la ley” al Estado de Derecho como Estado constitucional

4.1. Ocurre, sin embargo, que en los países que vienen de la tradición del *civil law*, el Estado de Derecho no fue concebido como Estado constitucional, sino esencialmente como “**imperio de la ley**”. Ello significaba -por decirlo en palabras de Bobbio- que el soberano (la política) gobernaba *per leges* (la ley era el instrumento de la política) y que todos los juristas operaban *sub lege* (la ley era el ámbito del Derecho)²⁶. Los dos principios jurídicos fundamentales del Estado de Derecho así entendido eran el de legalidad y el de división (separación) de poderes²⁷.

4.2. Este modelo jurídico del “imperio de la ley” -que, sin duda, fue la teoría del Derecho dominante- tenía como correlato un “**constitucionalismo político**” (meramente político). Conforme con él, el tema de las constituciones era esencialmente la organización del poder político y, en consecuencia, su relevancia jurídica quedaba limitada a lo que siempre se llamó el “Derecho político” de un país: las partes orgánicas de las constituciones contenían, pues, genuinas normas jurídicas. Por el contrario, las partes dogmáticas de las constituciones (las que establecían los derechos de los ciudadanos y fijaban los fines que el Estado y la política debían perseguir) se consideraban irrelevantes en términos jurídicos: sus normas eran meramente “programáticas”, no jurídicas: resultaban completamente ineficaces en términos jurídicos, pues no eran invocables ante los tribunales. Conforme a este modelo, los jueces operaban estrictamente *sub lege*.

4.3. Si se acepta lo anterior, es fácil de entender en qué ha consistido el **proceso de constitucionalización** de los ordenamientos jurídicos que han experimentado los países que vienen de la tradición legalista. Este proceso, que ha tenido diferentes grados e intensidades según los países, es naturalmente gradual; no es una cuestión de todo o nada.

segundos, la lectura jurídica de las mismas. En Aguiló Regla, J.: “Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución”, en Aguiló Regla, J.; Atienza, M. y Ruiz Manero, J.: *Fragments para una teoría de la constitución*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 18-62.

²⁶ Bobbio, N: “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes”, en Bobbio, N.: *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, 197 y ss.

²⁷ Siempre he pensado que la declaración francesa de “derechos del hombre y del ciudadano” de 1789 es uno de los documentos en el que más claramente se muestra la idea de la ley como medida y garantía de los derechos.

En términos descriptivos se trata de un hecho fácilmente observable, aunque gradual: a medida que los juristas (y especialmente los jueces) van introduciendo argumentos constitucionales sustantivos en la resolución de los casos ordinarios, se va produciendo el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico²⁸.

4.4. Más allá de la referida gradualidad del proceso, en términos teóricos la constitucionalización presenta un modelo de origen, el del “Estado de Derecho como imperio de la ley”, y un modelo de llegada (aunque todavía en construcción), el del “Estado constitucional de Derecho”. El *dictum* “de la interpretación de la constitución conforme a la ley a la interpretación de ley conforme a la constitución” expresa de manera contundente y sintética las implicaciones y el alcance del referido cambio de modelo. Un porcentaje altísimo de las discusiones teóricas que han tenido lugar en los países latinos en los últimos tiempos han versado sobre diferentes aspectos de esta transición.

4.5. Si se entiende lo anterior, es fácil de explicar por qué, junto al constitucionalismo político tradicional, ha emergido en estos países el **constitucionalismo jurídico**, el modelo teórico que trata de dar cuenta del método y de la racionalidad jurídicas en el Estado constitucional de Derecho. Este nuevo modelo está llamado a desplazar el modelo teórico del “imperio de la ley”²⁹.

4.6. Dos factores histórico-políticos ocurridos en algunos países latinos distorsionan la nitidez (que no la validez) del anterior esquema teórico y conceptual. Me refiero, por un

²⁸ Guastini, R.: *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*: G. Giappichelli editore, Turín, 2006 pp. 239 y ss. “En un orden jurídico no constitucionalizado -escribe Guastini- el Derecho constitucional [...] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial [...]); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas ...” (p. 240).

²⁹ En alguna ocasión se me ha reprochado que hable del modelo teórico del “constitucionalismo jurídico” como una alternativa al modelo del “imperio de la ley”, afirmando que, en realidad, lo que debería proponer es una reinterpretación del “imperio de la ley” en lugar de una sustitución del mismo. Naturalmente, el “imperio de la ley” (junto con sus dos principios inherentes, el de legalidad y el de división de poderes) es una exigencia normativa que, junto con otras muchas, el “constitucionalismo jurídico” tiene que incorporar y asumir. Ahora bien, en mi opinión, la clave de continuidad no está tanto en el imperio de la ley, cuanto en la idea de “Estado de Derecho”: no tiene sentido seguir hablando del “imperio de la ley” como modelo teórico adecuado para el Estado constitucional de Derecho porque -como se verá inmediatamente- habrá que dar cuenta de una jurisdicción, la constitucional, que en puridad no está tanto sometida (sujeta) a la “ley”, cuanto a la “constitución”.

lado, a aquellos países que han salido de regímenes políticos autoritarios que contaban con un Estado de Derecho (un “imperio de la ley”) inexistente o muy deficitario; y, por otro, a aquellos países que se han dado “nuevas constituciones” que “van mucho más allá” de las pretensiones de lo que podríamos convenir en llamar el constitucionalismo político posterior a la segunda guerra mundial.

4.6.1. España es un ejemplo claro de lo que he llamado primer factor de distorsión. Se trata de un país en el que la salida de un régimen político autoritario y dictatorial (el franquismo) coincidió con la promulgación de la Constitución de 1978. Es decir, la transición política y el inicio de la transición jurídica vinieron prácticamente de la mano, coincidieron en el tiempo³⁰. Naturalmente, fenómenos semejantes han ocurrido también en otros países. Lo interesante es darse cuenta de que en estos países hay una cierta resistencia a distinguir entre constitucionalismo político y jurídico porque en algún sentido ambos han llegado simultáneamente. Por el contrario, en los países que tienen una consolidada tradición de respeto a las exigencias del constitucionalismo político, por un lado, y del “imperio de la ley”, por otro, no tienen estas dificultades para aceptar la transición jurídica de un “Estado de Derecho como imperio de la ley” a un “Estado de Derecho como Estado constitucional”; es decir, para aceptar la conceptualización teórica del “constitucionalismo jurídico”.

4.6.2. El otro gran factor de distorsión del esquema conceptual propuesto ha sido la promulgación en algunos países latinoamericanos de “nuevas” constituciones que podríamos calificar de “revolucionarias” en relación con los parámetros centrales del constitucionalismo político. Estas constituciones han creado nuevos sujetos de derechos, nuevos principios constitucionales, nuevas formas de representación y participación políticas, nuevos poderes, etc. Naturalmente, no es este el lugar para evaluar los méritos de este constitucionalismo, pero el problema de fondo que se plantea para nuestro esquema conceptual es el siguiente: No hay duda de que estas constituciones han producido una revisión de las exigencias del constitucionalismo político, la duda (el riesgo) es en qué medida afectan a la idea misma de Estado de Derecho en cualquiera de sus versiones, “imperio de la ley” o “Estado constitucional”.

4.6.3. Quien sea consciente de estos dos factores de distorsión y acepte el esquema conceptual aquí asumido se dará cuenta de hasta qué punto ha enredado la expresión “neoconstitucionalismo”. Por un lado, el “constitucionalismo jurídico” nunca puede ser “neo”, pues en los países de tradición legalista nunca hubo nada que hoy pudiera calificarse con sentido como “paleoconstitucionalismo jurídico”. Y, por otro, las nuevas constituciones y el “constitucionalismo” destinado a justificarlas tal vez pudieran calificarse como “neo”, pero se trataría de un “neoconstitucionalismo político” que nada tiene que ver con los temas que aborda

³⁰ En este sentido, es de justicia resaltar la importancia del papel jugado en España por el texto de García de Enterría, E.: “La constitución como norma jurídica” [en *Anuario de Derecho civil*, 1979, págs. 291-342], pues supuso un punto de inflexión en favor de la lectura jurídica de la Constitución de 1978. Para una visión rápida y general del papel desempeñado por el Tribunal Constitucional español, puede verse Lifante Vidal, Isabel: “40 años de justicia constitucional en España”, en *Revista del Centro de estudios Constitucionales*, n. 9 jul/dic 2019, págs. 177-209

el “constitucionalismo jurídico” (el método y la racionalidad jurídicas en el Estado constitucional de Derecho).

4.7. Sea como fuere, el proceso de constitucionalización experimentado por muchos países que vienen de la tradición del *civil law* es un hecho incontestado, nadie lo niega. Otra cosa es la valoración del mismo, que sí resulta controvertida. Más allá de ello, para nuestro discurso, lo importante es darse cuenta de que este proceso de constitucionalización resulta jurídicamente inexplicable sin hacer referencia al “precedente constitucional”. Los grados de constitucionalización de un ordenamiento jurídico tienen que ver, entre otras cosas, con la diferente respuesta dada por la justicia constitucional a los problemas recibidos. Si, en sus respuestas, la justicia constitucional se hubiera mostrado siempre deferente al legislador, no hubiera procedido a revisar sentencias dictadas por la jurisdicción ordinaria y se hubiera limitado a resolver los conflictos de competencias entre los diferentes poderes del Estado, nadie hubiera hablado de proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, de constitucionalismo jurídico, ni de transición en la concepción del Estado de Derecho: se hubiera seguido usando el marco teórico generado en torno al “constitucionalismo político” (la constitución como documento político que incluye el Derecho político de un país) y el “imperio de la ley” (la constitución como fuente de las fuentes del Derecho y la ley como fuente del Derecho) .

4.8. Bien mirado, la tesis de los grados de constitucionalización de los diferentes ordenamientos jurídicos, que es universalmente aceptada, exige detenerse en la noción de “precedente constitucional”: sin su concurrencia el proceso de constitucionalización resulta jurídicamente inexplicable. Además, el “precedente constitucional” no está solo en la base de cualquier explicación del origen jurídico del “proceso de constitucionalización”, sino que tiene que ser una pieza necesaria de la culminación de dicho proceso: no es concebible un Estado constitucional de Derecho sin una estandarización del precedente constitucional.

4.9. Por “precedente constitucional” hay que entender aquel precedente generado por la justicia constitucional.

4.10. Sobre esta noción podrían proyectarse ahora las propiedades establecidas para el precedente judicial en general (ap. 2.1. y ss.) y, a partir, de ahí fijar proximidades y diferencias entre uno y otro. Pero, en realidad, supondría mucho más que eso porque, aunque nos restringiéramos a las decisiones de las altas cortes constitucionales habría que distinguir entre los precedentes establecidos en los recursos de inconstitucionalidad de las leyes, en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por jueces ordinarios, en los conflictos de competencias entre diferentes poderes del Estado y en los recursos de amparo. Todo ello excede con mucho mis capacidades y las posibilidades de este trabajo.

4.11. De ahora en adelante, me voy a detener exclusivamente en una precondition del precedente constitucional en materia de amparo. Me ocuparé de los criterios que permiten transitar de la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción constitucional en los recursos de amparo.

5. De la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción constitucional: entre la presunción de constitucionalidad y la relevancia constitucional.

5.1. El desarrollo de este epígrafe presupone la distinción entre justicia constitucional y justicia ordinaria. Esta distinción es mucho más clara en Europa que en muchos lugares de Latinoamérica. El modelo latinoamericano de amparo (tutela, acción de protección, etc.) al involucrar a jueces ordinarios en la resolución de “acciones constitucionales”, hace muy problemática la frontera entre una y otra jurisdicción³¹. En cualquier caso, y para los fines de este trabajo lo relevante será el acceso a los tribunales constitucionales o a las altas cortes justicia en materia de amparo

5.2. Como ya ha quedado fijado, el precedente constitucional va jugando su papel en el proceso de progresiva constitucionalización del ordenamiento jurídico; es decir, en el proceso de adaptación de la legislación y de la práctica de la jurisdicción ordinaria al reconocimiento de la normatividad jurídica de los derechos fundamentales y de las exigencias constitucionales.

5.3. Si este proceso resulta exitoso (si de hecho se procede a dicha adaptación), ocurre que la justicia constitucional va mutando progresivamente su papel. La evolución “normal” debería llevar de unos primeros momentos de gran protagonismo de la justicia

³¹ Sobre ello véase Cevallos Cedeño, Danny: “El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo” (tesis doctoral leída en Alicante en octubre de 2022, en prensa) y Cevallos, Danny: “El concepto de *relevancia constitucional* y su función argumentativa” (ponencia presentada...)

constitucional a una progresiva “normalización” (asunción de los parámetros constitucionales) por parte de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la jurisdicción constitucional va aminorando su papel de vigilancia y reparación por la violación de los derechos fundamentales de los justiciables. A medida que la jurisdicción ordinaria va incorporando a su práctica la garantía de los derechos constitucionales, la justicia constitucional va perdiendo progresivamente su papel originario de “guardián” y de “garante” de los derechos constitucionales de los ciudadanos: su rol pasa a ser mucho más el de “intérprete” de los derechos, del alcance de los derechos³².

5.4. Esta pérdida de protagonismo de la jurisdicción constitucional en la garantía de los derechos se canaliza metodológicamente a través de lo que podríamos llamar la “**presunción de constitucionalidad**” de las decisiones de la jurisdicción ordinaria. En un orden jurídico correctamente constitucionalizado tiene que presumirse la constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales.

5.4.1. La presunción de constitucionalidad constituye el punto de partida de cualquier razonamiento justificativo de la intervención de la jurisdicción constitucional frente a una resolución definitiva de la jurisdicción ordinaria³³.

5.4.2. La presunción justifica también el principio de subsidiariedad de la jurisdicción constitucional respecto de la ordinaria. Ahí donde la presunción no funciona en absoluto, no rige el principio de subsidiariedad: se accede directamente a la justicia constitucional.

5.4.3. La presunción de constitucionalidad está también en la base de todas las restricciones para el acceso a la justicia constitucional por vía de recurso. Donde opera la presunción hay un juicio para la admisión o no del recurso contra la decisión de la jurisdicción ordinaria. Esta decisión puede adoptar la forma discrecional del *certiorari* o no³⁴.

³² Véase: Cevallos Cedeño, Danny: “El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo” (tesis doctoral leída en Alicante en octubre de 2022, en prensa).

³³ He estudiado las presunciones en diversos textos. Por todos, véase Aguiló Regla, J.: “Las presunciones en el Derecho”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, 2018. No voy a detenerme ahora a explicarlo, pero a la luz de lo concluido en aquellos trabajos podrían hacerse las siguientes afirmaciones respecto de esta “presunción de constitucionalidad”: a) se trata de una norma de presunción (“debe presumirse”), no de una presunción *hominis* (“es presumible”); b) impone un punto de partida y un punto de llegada en el proceso decisorio de la admisión del recurso (una verdad procesal); c) en consecuencia, impone también la carga de la argumentación a quien trata de enervar la presunción; d) es una presunción principio (no está sometida a condición) y e) en consecuencia, no puede ser bloqueada (mostrar la falsedad del hecho base de la presunción), sino solo vencida.

³⁴ En efecto, si opera la presunción de constitucionalidad de las decisiones de la jurisdicción ordinaria, entonces tienen que operar también algunos criterios de admisión y/o selección de casos considerados relevantes. Del mismo modo que la presunción de inocencia exige la presencia de indicios (“principio de prueba”) para poder acusar (no para condenar), la presunción de constitucionalidad de las decisiones de la jurisdicción ordinaria presupone criterios y/o facultades de admisión del recurso, del caso.

5.5. Más allá de la normativa de cada país que regula el acceso a la jurisdicción constitucional frente a decisiones de la jurisdicción ordinaria, me parece que pueden destacarse tres grandes criterios de admisión: el **criterio subjetivo**, el **criterio objetivo** y el **criterio de la relevancia constitucional**. Estos tres criterios de admisión, que no son necesariamente excluyentes entre sí y, en cierto modo, son progresivamente acumulables, constituyen también las líneas argumentativas que tiene que recorrer quien asume la carga de la argumentación a propósito de la apertura de la vía de la jurisdicción constitucional.

5.6. El **criterio subjetivo** de acceso a la jurisdicción constitucional en materia de amparo.

5.6.1. Se recurre a la jurisdicción constitucional porque la jurisdicción ordinaria no ha protegido o ha violado un derecho constitucional. Esta figura puede ser más o menos residual, pero está inserta en el rol tradicional de la justicia constitucional.

5.6.2. Bien miradas las cosas, en un ordenamiento correctamente constitucionalizado, las violaciones claras (centrales) de los derechos fundamentales no puede plantearse como un problema de constitucionalidad: se trata siempre de una cuestión de legalidad. Todas las violaciones flagrantes, centrales y manifiestas de los derechos constitucionales en un ordenamiento constitucionalizado tienen que ser cuestiones de legalidad. Si no fuera así, no estaríamos siquiera ante un Estado de Derecho.

5.6.3. Naturalmente, todos los fenómenos vinculados con la ineficacia de las leyes y de las garantías jurisdiccionales hacen -en cierto sentido- ineliminable este criterio subjetivo. La razón es clara: las garantías de los derechos penden siempre sobre el cumplimiento de deberes (en este caso de los jueces ordinarios) y son siempre susceptibles de ser incumplidos.

5.6.4. Nótese que este criterio de admisión recibe su sentido del pasado: los derechos de una persona fueron violados y se trata de que la jurisdicción constitucional reconozca y resarza esa violación de derechos acaecida en el pasado. Su proyección hacia el futuro en forma de precedente es completamente contingente.

5.7. El **criterio objetivo** de acceso a la jurisdicción constitucional.

5.7.1. Se recurre a la jurisdicción constitucional porque la jurisdicción ordinaria ha incumplido algún precedente constitucional o alguna regla perteneciente a la doctrina constitucional asentada.

5.7.2. Aquí el núcleo argumentativo gira en torno a la defensa de la doctrina constitucional asentada y establecida por la propia justicia constitucional en materia de amparo.

5.7.3. Nótese que este criterio objetivo puede solaparse con el anterior: se han violado los derechos de una persona (criterio subjetivo) porque la justicia ordinaria ha incumplido una regla establecida, por ejemplo, en un precedente constitucional.

5.7.4. Es importante darse cuenta de que este criterio de admisión -al igual que ocurría con el anterior- recibe su sentido del pasado. La jurisdicción ordinaria ha incumplido una regla establecida por la jurisdicción constitucional y se trata de restablecer la doctrina constitucional, el orden alterado por la decisión de la justicia ordinaria.

5.8. Algunos **corolarios** relativos al criterio subjetivo y al criterio objetivo de acceso a la jurisdicción constitucional.

5.8.1. Si conectamos estos dos criterios con lo dicho anteriormente sobre la evolución “natural” de la jurisdicción constitucional en el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, vemos claramente que están vinculados con el papel de la jurisdicción constitucional como garante y guardián de los derechos constitucionales frente a la jurisdicción ordinaria: se trata de vigilar que la jurisdicción ordinaria ha respetado los derechos de los ciudadanos y la doctrina constitucional.

5.8.2. En efecto, conformamos una imagen de la jurisdicción constitucional cuya función esencial es la de asumir un papel de “control” de la jurisdicción ordinaria: se configura como una “tercera” instancia de control de las decisiones tomadas en el pasado por la jurisdicción ordinaria.

5.8.3. Considerados aisladamente y así entendidos, estos dos criterios implican que la presunción de constitucionalidad de las decisiones de la jurisdicción ordinaria es realmente débil: implica simplemente que el recurso de amparo tiene que tener una motivación vinculada con la idea de incumplimiento en el pasado. En este sentido, estos dos criterios operan como una **regla de acceso al amparo**: si el ciudadano muestra que hay razones para pensar que se han violado sus derechos o se han incumplido las reglas de la doctrina constitucional, entonces tiene acceso al amparo.

5.9. El **criterio de la relevancia constitucional**.

5.9.1. La regulación jurídica del tránsito de la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción constitucional recurre a expresiones muy semejantes a la aquí asumida: en Alemania se habla de “relevancia constitucional fundamental”; en España, de “especial transcendencia constitucional”; en Colombia, de “relevancia constitucional fundamental”; y, finalmente, en Ecuador, de “relevancia constitucional”³⁵.

5.9.2. Este criterio no es incompatible con los otros dos, podría decirse que los incorpora y los adapta a una correcta constitucionalización del ordenamiento jurídico. El criterio de la “relevancia constitucional” implica la asunción fuerte de la “presunción de constitucionalidad” de las decisiones de la jurisdicción ordinaria. Y ello significa que el papel de la jurisdicción constitucional deja de ser (o se aminora mucho) el de un órgano de control cuyo sentido es la revisión del pasado.

³⁵ Cfr. Cevallos Cedeño, Danny: “El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo” (tesis doctoral leída en Alicante en octubre de 2022, en prensa).

5.9.3. El criterio de la “relevancia constitucional” apela en realidad a lo mismo (el criterio subjetivo y el objetivo) pero con un sentido diferente: frente al papel de mero controlador, atribuye a la justicia constitucional un papel mucho más orientado hacia el futuro; el de generador de doctrina constitucional.

5.9.4. Para que esto pueda ocurrir, para que la justicia constitucional se vaya emancipando del papel de órgano de control frente a la desviación de la justicia ordinaria, tiene que ir adquiriendo peso la presunción de constitucionalidad de las resoluciones de la jurisdicción ordinaria.

5.9.5. El criterio de la relevancia constitucional en materia de amparo es inseparable de las nociones de precedente constitucional y de doctrina constitucional. Un caso será “relevante” cuando para su resolución haya que dictar, distinguir o cancelar un precedente constitucional.

5.9.6. Un caso tendrá, pues, una “especial relevancia constitucional” cuando para su resolución parezca que haya que sentar un precedente constitucional; es decir, que haya que dictar una regla, que resuelva un problema jurídico-constitucional, que en alguna medida innove el Derecho anterior a la decisión y que, en consecuencia, puede constituir una autoridad para decisiones judiciales futuras (véase los epígrafes 2.1 y ss.).

5.9.7. El criterio de la especial relevancia constitucional opera, frente a los otros dos anteriores, como una **regla de exclusión** de la justicia constitucional.

5.10. Los criterios subjetivo y objetivo operan como **reglas de acceso** a la jurisdicción constitucional de las altas cortes. Su sentido es que las altas cortes puedan controlar las decisiones pasadas de la justicia ordinaria. Frente a ello, el criterio de la especial relevancia constitucional opera como una **regla para denegar (excluir)** el acceso a la jurisdicción constitucional. Esta decisión de exclusión puede adoptar la forma discrecional del *certiorari* o no; pero, el criterio de la especial relevancia constitucional está orientado hacia el futuro de la doctrina constitucional. Un caso tendrá “especial relevancia constitucional” cuando para su resolución parezca que haya necesidad de dictar, distinguir o cancelar algún precedente.

5.11. El proceso de constitucionalización (de normalización constitucional) está en la base de la explicación jurídica de la transición de la operatividad de una regla de acceso a la jurisdicción constitucional a una regla de exclusión de la misma. En términos metodológicos, esta transición se canaliza a través del peso progresivo que va adquiriendo la presunción de constitucionalidad de las decisiones de la justicia ordinaria.