

El precedente judicial en el sistema jurídico alemán*

LEONOR MORAL SORIANO

Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS DECISIONES JUDICIALES PRECEDENTES. 2.1. *Decisiones precedentes y precedentes judiciales*. 2.2. *Las decisiones del BVerfG*. 2.3. *Las decisiones del BGH*; III. EL TRATAMIENTO TEÓRICO DE LOS PRECEDENTES. 3.1. *El Derecho judicial y su justificación*. 3.2. *El análisis teórico de los precedentes judiciales*. 3.3. *La vinculación jurídica de los precedentes*. 3.4. *La vinculación metodológica de los precedentes*. IV. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS PRECEDENTES. 4.1. *El reconocimiento de su relevancia práctica*. 4.2. *La valoración de su seguimiento*. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el sistema jurídico alemán el término precedente (*Präjudizien*) hace referencia a cualquier decisión judicial anterior que puede ser relevante para el caso presente. Su uso supone cierta vinculación pero aún no se ha establecido algo definitivo sobre la naturaleza o la fuerza de la misma. Este estudio quiere reflejar la discusión que al respecto se ha mantenido en el sistema jurídico alemán. Para ello se distinguirá entre el tratamiento que los precedentes reciben en el ámbito legislativo, en el teórico y finalmente en el judicial. En primer lugar, se sostendrá que el tratamiento jurídico que reciben los precedentes no llega a explicar claramente ni su fundamento ni su uso en el razonamiento jurídico. En segundo lugar, se propondrá un cambio de perspectiva que consiste básicamente en abrazar una discusión teórica a propósito del fundamento y uso de los precedentes. Por último, el análisis de la jurisprudencia alemana respecto al valor concedido a sus propios precedentes revelará una evolución de su uso desde posiciones interpretativas (los precedentes como criterios interpretativos) hacia posiciones argumentativas (los precedentes como mandatos de justificación).

Se analizará con especial atención el tratamiento que reciben los precedentes en la jurisdicción ordinaria (civil y penal) y en especial por el *Bundesgerichtshof*, máximo órgano jurisdiccional de la jurisdicción civil en el Estado Federal.

* Agradecemos a la autora por autorizar la publicación de este trabajo.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS DECISIONES JUDICIALES PRECEDENTES

2.1. *Decisiones precedentes y precedentes judiciales*

El Derecho alemán sólo ha reconocido vinculación jurídica de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) de acuerdo con lo establecido en el § 30 II BVerfGG. El grado de vinculación de las demás decisiones, o está regulado a través de los procesos jurisdiccionales que garantizan la unidad y la coherencia de la jurisprudencia (la revisión y el procedimiento de divergencia), o bien carecen de tratamiento jurídico alguno.

El presente apartado tiene por objeto la regulación de las que se han denominado *decisiones reguladas*: las del BVerfG y los Tribunales Superiores tanto federales como en el nivel del *Land*¹. El enfoque utilizado, que se ha denominado dogmático, analiza el fundamento y uso de las decisiones judiciales desde la perspectiva de su *valor jurídico*, es decir, está centrado en la concreta medida de efectos jurídicos que el ordenamiento atribuye a los precedentes.

Hay que distinguir este grupo, el de las decisiones reguladas, de aquel otro formado por las decisiones judiciales a las cuales el Derecho alemán no ha atribuido fuerza vinculante pero que son relevantes para la solución de casos futuros. La doctrina alemana las denomina *precedentes* (*Präjudizien*). Estas serán objeto de estudio más adelante, cuando se haga referencia al *enfoque teórico* de los precedentes según el cual el fundamento del valor y uso de los mismos está en su contenido, en la mayor o menor relevancia para la práctica judicial (véase el apartado 3.2).

El criterio utilizado en la distinción *decisiones reguladas y precedentes* es la perspectiva adoptada para establecer el fundamento de su valor y su uso en el razonamiento jurídico. La finalidad de esta distinción es determinar la idoneidad o no de hacer depender de la regulación jurídica el fundamento del uso de las decisiones precedentes.

2.2. *Las decisiones del BVerfG*

El § 31 II BVerfGG atribuye fuerza de ley (*Gesetzkraft*) a las decisiones del BVerfG que declaran la (in)constitucionalidad de las normas jurídicas. De otro lado, el § 31 I BVerfGG establece que todas las decisiones de la Corte Constitucional tienen valor vinculante (*Bindungswirkung*) para los órganos constitucionales (tanto del Estado Federal como de los *Länder*) al igual que a todos los órganos judiciales y

1 Se trata de decisiones reguladas directamente (las del BVerfG) o indirectamente (las de los Tribunales Superiores federales y a nivel de *Land*).

demás autoridades. Los efectos jurídicos atribuidos a las decisiones del BVerfG es el único caso, en el Derecho alemán, de vinculación estricta de decisiones judiciales.

La fuerza de ley del § 31 II BVerfGG significa que las “decisiones judiciales del Tribunal Constitucional Federal tienen el mismo valor que una ley y que por tanto deben ser tratadas como tales”². Tal tratamiento de ley significa, de un lado que las decisiones a las que se refiere el § 31 II BVerfGG tienen efectos *erga omnes*, y de otro lado que su no observación es motivo de control de la decisión (legislativa, ejecutiva o judicial) mediante el recurso correspondiente. La fuerza de ley alcanza sólo al *Tenor* de la decisión, es decir, a su *ratio decidendi* y no a la argumentación en sí³.

Mientras que la categoría *fuerza de ley* ha sido tratada con claridad por el legislador alemán, éste se ha limitado a declarar que el resto de decisiones (las que no resuelven los recursos de inconstitucionalidad de las norma jurídicas) tiene un *valor vinculante* (§ 31 I BVerfGG) sin llegar a dar algún indicio que explique el significado de tal valor o efecto jurídico.

Para aclarar el sentido del § 31 I BVerfGG, Schlüchter propone interpretarlo en relación al apartado II del mismo párrafo⁴. Así sostiene que en principio el valor jurídico atribuido en uno y otro apartado del § 31 BVerfGG no difiere en su carácter o naturaleza sino sólo en los sujetos a los que vincula. Es decir, los efectos vinculantes de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas son atribuidos *erga omnes* y no sólo a los destinatarios mencionados en el apartado I del § 31 BVerfGG (órganos constitucionales, judiciales y demás autoridades).

Efectivamente el criterio subjetivo propuesto por Schlüchter ayuda a distinguir la *fuerza de ley* del *valor vinculante*, pero es insuficiente para resolver el problema acerca del alcance *objetivo* de ambas categorías.

Aunque los analizados criterios permitan clarificar la distinción entre las dos categorías *fuerza de ley* del § 31 II BVerfGG y *valor vinculante* del § 31 I BVerfGG, aún no hay una respuesta satisfactoria acerca del contenido exacto de la última. En otras palabras, el § 31 I BVerfGG deja abierta la cuestión acerca del alcance objetivo del *valor vinculante*.

La controversia que el § 31 BVerfGG plantea es, en palabras de Kriele, la duda sobre si se debe reconocer una vinculación propia de precedente (*präjudizielle Bindung*) a la interpretación de la Norma Fundamental, o

2 SWIBERT, M.-J. “Wirkungen der Entscheidungen des BVerfG”, en *Juristische Schulung*, 1988, p. 51.

3 *Ibidem*.

4 Cfr. SCHLÜCHTER, E. *Mittlerfunktion der Präjudizien*, de Gruyter, Berlín, 1986, p. 26.

bien un valor similar a fuerza de ley al *Tenor* de las decisiones⁵. Para Kriele, “las decisiones del BVerfG vinculan a los órganos constitucionales, a los tribunales y a las autoridades como *precedentes*”⁶.

Kriele propone un cambio en el fundamento de las decisiones precedentes que abandona la perspectiva de la regulación jurídica y abraza aquella de su contenido y su relevancia para el razonamiento jurídico. Éste será el análisis que se desarrollará cuando se hable de los precedentes judiciales en el sistema jurídico alemán. Con la propuesta de Kriele se crean dos categorías distintas para referirse a los efectos de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional alemana: de un lado la *fuerza de ley* del § 31 II BVerfGG y de otro, su *vinculación como precedentes* o su carácter como precedente según el § 31 I BVerfGG.

2.3. Las decisiones del BGH

El Derecho alemán no atribuye fuerza vinculante a las decisiones de los tribunales federales; sin embargo, ello no impide que del análisis de las normas jurídicas que regulan la práctica judicial se pueda determinar un grado de vinculación de las decisiones precedentes⁷. En concreto, existen dos instituciones en el Derecho alemán cuya regulación determina los efectos jurídicos de las decisiones de los cinco Tribunales Federales (BGH, BVerfG, BFH, BAH, BSG): la casación (*Revision*) y el procedimiento de divergencia (*Divergenzprozess*). El propósito es, siguiendo el denominado enfoque dogmático, analizar hasta qué punto el tratamiento jurídico de estas dos instituciones justifica el valor vinculante de las decisiones judiciales precedentes de estos altos tribunales⁸, o bien si el análisis más oportuno es el de su contenido, el de su vinculación como precedentes.

El desarrollo del Derecho mediante la interpretación de los jueces y tribunales corre el riesgo de la multiplicidad de criterios interpretativos lo que afecta la seguridad jurídica. Este problema se resuelve mediante una institución jurisdiccional centralizada⁹. La unidad de la práctica judicial y

5 Cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1976, p. 290.

6 *Ibidem*, p. 299.

7 Cfr. ALEXY, R. y R. DREIER. *Precedent in the Federal Republic of Germany*, en *Interpreting Precedents. A comparative Study*, McCormick and Summers (Eds.), Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 28.

8 La tesis de la vinculación a las decisiones dictadas en casación y en el procedimiento de divergencia ha sido sostenida entre otros por Lüke, en LÜKE, W. “Die Bedeutung von Präjudizien im deutsche Zivilprozess”, en *Recht und Verfahren*, editado por K. Kroeschell, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, pp. 76 y ss.

9 Cfr. BRUNS, R. *Zivilprozessrecht*, F. Vahlen, Múnich, 1979, p. 415.

la seguridad jurídica son los fundamentos tanto de la casación como del procedimiento de divergencia.

En el sistema judicial alemán los cinco Tribunales Federales (BGH, BVerwG, BFH, BAH, BSG) tienen atribuida competencia en el sustanciamiento del recurso de casación. Se trata, en definitiva, de un instrumento de control de la aplicación e interpretación del Derecho realizada por los órganos judiciales inferiores. Este control sólo alcanza al Derecho y no a los hechos de las sentencias recurridas.

Salvo en lo penal (que pertenece a la jurisdicción ordinaria) y la jurisdicción fiscal donde el recurso de casación es admitido directamente a partir de una determinada cuantía, en el resto será el juez el que evalúe si acepta o no el recurso. Los motivos de admisión (basta mencionar lo referente a la jurisdicción civil ya que son similares para el resto de las jurisdicciones) es quizás lo más peculiar de la casación alemana. Según el § 565 ZPO el recurso de casación está fundado alternativamente:

- en el significado principalista del caso (*Grundsätzliche Bedeutung*);
- en la separación de una decisión precedente del respectivo Tribunal Federal (*Abweichung einer Vorentscheidung*).

La importancia del segundo motivo de casación con relación al tratamiento jurídico de las decisiones del BGH es evidente, pero no se puede despreciar tampoco el primer motivo, especialmente en lo que se refiere al contenido o carácter de precedente de estas decisiones. Una decisión que resuelva una cuestión de significado principalista es absolutamente relevante para la evolución del Derecho y para sostener la tesis del carácter de precedentes de las decisiones en casación.

El procedimiento de divergencia, también ideado para la unidad de la jurisprudencia, tiene lugar cuando una sala de un tribunal se separa de las decisiones precedentes de otra sala del mismo órgano o de un órgano judicial distinto. En el primer caso se trata de una divergencia interna (*Innerdivergenz*) y el segundo de una divergencia externa (*Ausserdivergenz*). Cada órgano judicial (tanto Tribunales Federales, como a los Tribunales Regionales Superiores) tiene constituidas Grandes Salas para resolver las divergencias internas. Sólo en el caso de la jurisdicción ordinaria (que reúne la competencia en materia civil y penal) existe un procedimiento de divergencia externa, para el caso de que una de las salas de lo civil del BGH se separe de la decisión precedente de una de las salas de lo penal del BGH (o viceversa)¹⁰. También el BVerfG cuenta con una Gran Sala para los procedimientos de divergencia.

¹⁰ En este caso, la Gran Sala Conjunta decide al respecto. La divergencia externa a nivel de Tribunal Regional Superior no existe ya que en este caso es la casación (ante el Tribunal

En poco, o en nada, se diferencia la casación (al menos por separación de una decisión precedente) del procedimiento de divergencia (tanto interno como externo). Más aún, ambas instituciones son el resultado de combinar otras dos instituciones del Derecho alemán: la prohibición de separación (*Abweichungsverbot* establecida en el § 132 Gerichtsverfassungsgesetz o GVG) y la obligación de establecer un criterio (*Vorlagenpflicht*)¹¹.

En general los órganos judiciales no pueden abandonar los criterios (de interpretación) establecidos en decisiones precedentes (del mismo órgano o de otro superior). Esta prohibición basada claramente en la unidad de la jurisprudencia y en la seguridad jurídica, no significa tanto el inmovilismo de la interpretación cuanto la creación de una obligación para el órgano que la incumpla: declarar el abandono del criterio precedente (*Vorlagenpflicht*). En el procedimiento de divergencia la sala que deba resolver el abandono de una decisión precedente debe, además, resolver el asunto planteado. Por este motivo, la omisión de obligación de declarar la divergencia significa la violación del artículo 101 I.2 GG según el cual nadie puede ser substraído de su juez legal¹².

El Derecho alemán regula los efectos jurídicos de las decisiones alcanzadas en casación y en el procedimiento de divergencia. En el primer caso, el § 565.2 ZPO establece que el órgano judicial casado está vinculado a la decisión del órgano de casación (el BGH); en el caso del procedimiento de divergencia, el § 136.1 y 138.1 GVG establecen los mismos efectos jurídicos para las decisiones de las Grandes Salas y la Gran Sala Conjunta. Los criterios de interpretación (*Vorlagen*) elaborados en el sustanciamento de ambos recursos vinculan a los tribunales inferiores.

El alcance subjetivo de los efectos vinculantes atribuidos a las decisiones del BGH no es equiparable al reconocido a las decisiones del BVerfG del § 31 I BVerfGG (todas las decisiones dictadas por esta corte constitucional salvo las que resuelven los recursos de inconstitucionalidad de las normas jurídicas). En otras palabras, cuando en casación o en divergencia el BGH elabora un criterio interpretativo (*Vorlage*), éste no vincula ni a los órganos constitucionales ni a *todos* los tribunales sino

Federal correspondiente) la institución ideada para la unidad de la jurisprudencia (cfr. SCHLÜCHTER, E. *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 38).

11 En el supuesto que se plantee una cuestión de significado principalista, la declaración del criterio no es obligatoria sino optativa. Sobre la distinción entre el criterio (*Vorlage*) obligatorio y el optativo véase KOTHE, P. "Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter", en *Die öffentliche Verwaltung*, n. 41, 1988, p. 285.

12 Cfr. SCHLÜCHTER, E. *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 40.

sólo a los órganos judiciales inferiores jerárquicamente¹³. En opinión de Schlüchter, la regla contenida en el § 31 I BVerfGG no se deja extrapolar, al menos, a instituciones jurídicas fundadas en el control de la unidad de la jurisprudencia¹⁴.

Precisamente este control de la unidad de la jurisprudencia permite explicar el contenido y el alcance objetivo de la vinculación de las decisiones del BGH. La casación y el procedimiento de divergencia son instrumentos de control de la actividad judicial de los órganos judiciales. Por este motivo, la regulación de ambas instituciones jurídicas, y con ella el tratamiento jurídico de las decisiones del BGH, se ha centrado no tanto en la regulación de su seguimiento (el alcance y contenido de los efectos vinculantes) como en su separación¹⁵. El control de la actividad judicial y la sanción (procesal) en caso de separación explica, además, que los jueces y tribunales alemanes sigan las decisiones del BGH por una razón pragmática: la *economía procesal*¹⁶. Según Olzen, el tribunal que decide apartarse de una decisión precedente del BGH deberá realizar un intensivo estudio de la literatura y jurisprudencia sobre el asunto que conoce, a fin de argumentar el cambio de criterio. Esta argumentación “extra” no impedirá que la decisión sea objeto de recurso (bien de casación o de divergencia) abriendo así una nueva instancia procesal¹⁷.

La regulación de los efectos vinculantes de las decisiones del BGH, dentro del ámbito del control de la unidad de la jurisprudencia, permiten rechazar la tesis según la cual los § 136.1 y 138.1 GVG atribuyen a las decisiones del BGH un efecto inferior al de fuerza de ley. Con ambas disposiciones jurídicas, el legislador alemán ha querido atribuir a las decisiones del BGH efectos jurídicos fuera del caso concreto, sin que éste llegue a determinar cuales son ni cual sea su alcance.

III. EL TRATAMIENTO TEÓRICO DE LOS PRECEDENTES

La conclusión que arroja el analizado tratamiento jurídico de las decisiones del BVerfG y del BGH es que el Derecho alemán no reconoce una

13 *Ibidem*, p. 45.

14 *Ibidem*.

15 La prohibición de separación y el mandato de establecer un criterio interpretativo son el fundamento común de la casación y el procedimiento de divergencia.

16 Cfr. OLZEN, D. “Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Zivilsachen”, en *Juristen Zeitung*, 1985, p. 157.

17 También la carrera profesional de los magistrados debe considerarse seriamente como un factor que disuade a los magistrados en la separación de una decisión precedente (*Ibidem*; en el mismo sentido véase WRÓBLEWSKI, J. “Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory Law*”, citado).

vinculación estricta a los precedentes, salvo en el caso de las decisiones que declaren la (in)constitucionalidad de las normas jurídicas (§ 31 II BVerfGG) a las que se les reconoce fuerza de ley. Respecto a las demás decisiones de los altos órganos judiciales alemanes, las del § 31 I BVerfGG y de las del BGH dictadas en casación y en divergencia, a lo largo del anterior apartado se ha argumentando que el tratamiento jurídico que reciben no permite elaborar el fundamento de su valor vinculante. Más bien, este fundamento hay que encontrarlo fuera del ordenamiento jurídico.

Para esta nueva perspectiva, que se ha denominado teórica, el fundamento de los precedentes judiciales no se encuentra tanto en su regulación jurídica cuanto en la interpretación y aplicación de la ley. En otras palabras, su origen es indirecto, porque aunque formalmente la ley sea vinculante, ésta se aplicará según la interpretación elaborada en decisiones precedentes. Por este motivo, antes de abordar la denominada perspectiva teórica de los precedentes y defender su idoneidad, conviene realizar un breve análisis del *Derecho judicial*, del Derecho interpretado y aplicado.

Se sostendrá la tesis según la cual, la discusión del valor vinculante de las decisiones judiciales mantenida en el ámbito del *Derecho judicial* alemán (*Richterrecht*) y por lo tanto, de la práctica judicial, ha tenido como resultados primero, la creación del concepto de *precedente* (*Präjudizien*) y segundo, la elaboración de distintos modelos de seguimiento y separación de los precedentes basados en la *relevancia práctica* de éstos en el razonamiento jurídico. En otras palabras, se ha producido un tránsito del Derecho judicial a los precedentes.

Para defender esta tesis se distinguirán dos cuestiones: la primera relativa al *Derecho judicial* y su *necesidad*, tema íntimamente relacionado con las lagunas jurídicas; y la segunda relativa a la *vinculación de las decisiones judiciales*, que es una cuestión relacionada con el fundamento del valor vinculante del Derecho judicial y con los precedentes¹⁸.

3.1. El Derecho judicial y su justificación

La necesidad del Derecho judicial es, en términos generales, una cuestión equivalente a la necesidad de la superación de las *lagunas* del Derecho por los jueces¹⁹. El Derecho judicial, que es algo más que la suma de las decisiones judiciales, encuentra así su fundamento en la existencia de vacíos jurídicos que el juez debe superar con el único instrumento que le ha sido atribuido de manera exclusiva: la interpretación de la ley.

18 Véase GUSY, CH. "Richterrecht und Grundgesetz", en *Die öffentliche Verwaltung*, N.º 11, 1992, pp. 461 y ss.

19 *Ibidem*, p. 462.

Las lagunas jurídicas pueden estar causadas tanto por la falta de regulación como por una regulación oscura; también los conceptos jurídicos indeterminados y las normas jurídicas en blanco dan lugar estos vacíos y justifican la necesidad del Derecho judicial. Se exige entonces que el juez lleve a cabo una actividad creativa al interpretar el Derecho.

La *Rechtsfortbildung* o formación del Derecho hace referencia a esta aplicación creativa. Los dos problemas que aparecen involucrados en el análisis de la formación del Derecho son el conocimiento del Derecho y la competencia de los jueces para crear Derecho y superar así las lagunas jurídicas. Wank se refiere a ambos problemas como el aspecto *hermenéutico* y *constitucional* de la formación judicial del Derecho²⁰.

Según el aspecto hermenéutico del Derecho judicial, la actividad de los órganos judiciales se denomina *concretización* de una norma general y abstracta. En efecto, las decisiones judiciales no son sino la síntesis de la norma jurídica y los hechos del caso concreto. El resultado de tal concretización es *la creación de una norma jurídica*²¹. Ésta es la norma concreta del caso, la decisión judicial, cuyo ámbito debe distinguirse del correspondiente a una norma jurídica general.

Concretizar las normas jurídicas al caso particular no es sólo un ejercicio de subsumción lógica. Consiste también en la creación de enunciados normativos concretos o con un grado de abstracción menor que el de la norma que se aplica²². Claramente, la superación de lagunas mediante la creación de Derecho judicial plantea el problema de su justificación. En concreto, el aspecto constitucional del Derecho trata de armonizar la capacidad creativa de jueces y magistrados con los principios constitucionales de separación de poderes y sujeción del juez a la ley. El aspecto constitucional de la formación judicial del Derecho quiere armonizar la vertiente hermenéutica del Derecho judicial con aquellos principios constitucionales que resultan afectados, en concreto con el principio de división de poderes y con el de vinculación del juez a la ley²³.

20 Véase WANK, R. "Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht", en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaft*, N.º 3, 1988, p. 319.

21 MÜLLER, F. *Richterrecht-rechtstheoretisch formuliert*, en *Richterliche Rechtsfortbildung. Festschrift der Juristischen Fakultät für 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1986, p. 70.

22 Cfr. KOTHE, P. "Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter", citado, p. 287.

23 Es un problema trasladable a cualquier sistema jurídico continental que trata de hacer compatible la función de aplicación del Derecho de jueces y tribunales con su capacidad creativa de normas y criterios interpretativos.

El artículo 97 I GG es tajante: los jueces son independientes y están sujetos únicamente a la ley. Sin embargo, aplicar la ley no implica sólo el “conocimiento del Derecho sino también su actualización, integración y concretización al caso”²⁴. Esto significa que el mandato del artículo 97 I GG debe interpretarse en relación al mandato del artículo 20 III GG según el cual el poder judicial está sometido a la ley y al Derecho. Para Koch y Rüssmann los artículos 20 III y 97 I GG significan, de un lado, el rechazo a las tesis positivistas en su versión más radical y de otro lado, son el reconocimiento de una capacidad creadora de los jueces en la función de aplicación de la ley²⁵. La creación de la jurisprudencia de los tribunales alemanes encuentra su fundamento y su límite en el principio de seguridad jurídica, el principio de legalidad, de igualdad (artículo 3 I GG) y de confianza legítima²⁶.

Otro argumento a tener en cuenta a la hora de interpretar el mandato del artículo 97 I GG es la vinculación del juez al caso concreto. La independencia del juez del resto de los órganos constitucionales significa que el juez está vinculado sólo al caso concreto²⁷. Incluso se puede añadir que mientras que el Derecho del legislador está fundado en la seguridad jurídica, el Derecho judicial lo está en el principio de justicia del caso concreto²⁸.

3.2. *El análisis teórico de los precedentes judiciales*

Si el análisis de los fundamentos del Derecho judicial conduce a la combinación de los aspectos interpretativos y constitucionales, el análisis del fundamento de su valor vinculante desemboca en la justificación del uso de los precedentes. Como ya se ha indicado, la aplicación de una norma jurídica abstracta requiere la formación del Derecho, la formulación de una norma concreta. Ésta no es de por sí vinculante, pero es evidente que en la práctica judicial el juez acudirá a los enunciados jurídicos concretos elaborados con anterioridad para casos semejantes. Explicar la relevancia práctica de los precedentes en el razonamiento jurídico equivale a justificar el valor vinculante del Derecho judicial y comenzar el análisis teórico de los *precedentes judiciales*.

24 Cfr. KOTHE, P. “Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter”, citado, p. 286.

25 Cfr. KOCH, H-J., H. RÜSSMANN. *Juristische Begründungslehre*, C.H. Beck, Múnich, 1982, p. 164.

26 Cfr. ALEX, R., R. DREIER. *Precedent in the Federal Republic of Germany*, citado, p. 47.

27 Cfr. SCHLÜTER, W. *Das Obiter dictum*, C. H. Beck, Múnich, 1973, p. 48.

28 Cfr. KOTHE, P. “Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter”, citado, p. 287.

El análisis teórico de los precedentes, elaborado por la teoría alemana, no está falto de relevancia práctica puesto que se discute el valor vinculante de las decisiones precedentes, es decir, si los tribunales deben o no considerar las decisiones de otros órganos judiciales y en qué medida su contenido es determinante para alcanzar una decisión. Entre las propuestas elaboradas por la dogmática alemana se distinguirá, siguiendo a Gusy²⁹, dos perspectivas: aquellas centradas en la vinculación jurídica de los precedentes y que refutan o defienden su carácter como fuentes del Derecho; y aquellas otras que hacen del concepto de vinculación metodológica el criterio que determina el valor vinculante del Derecho judicial (*Richterrecht*) y el uso de los precedentes en el razonamiento jurídico³⁰.

3.3. La vinculación jurídica de los precedentes

Una postura estricta es la defendida por Larenz, contraria al reconocimiento de tal valor salvo que el Derecho judicial se consolide como Derecho consuetudinario. Dentro de la perspectiva de la vinculación jurídica también cabe destacar la propuesta de Bydlinski que propone la vinculación subsidiaria a los precedentes judiciales en casos *non liquet*.

La propuesta de Larenz a propósito del carácter no fonticio de los precedentes comienza con la distinción entre *vinculación normativa* y *valor de hecho*. Por vinculación normativa, cuyo ejemplo paradigmático es la ley, se refiere a la existencia de una obligación jurídica de seguir o de observar una determinada disposición normativa: aquella a la que el ordenamiento jurídico le ha atribuido un valor vinculante y que se denomina *fuerza del Derecho*. Por valor de hecho se refiere a la relevancia práctica de ciertos elementos o recursos jurídicos en la actividad judicial, en la aplicación e interpretación de las fuentes del Derecho. Un ejemplo de esta categoría son los precedentes judiciales.

Se trata, por lo tanto, de dos categorías (vinculación normativa o jurídico-normativa y valor de hecho) que tienen fundamentos distintos. En el primer caso, es el ordenamiento jurídico el que atribuye la vinculación normativa a ciertos elementos jurídicos (como la ley); en el caso del valor de hecho su fundamento es la práctica judicial. Además los efectos de una y otra categoría también son distintos: los denominados “sí o no” (*Entweder–Oder*) es decir, o son vinculantes o no lo son, en el caso de la vinculación normativa (o jurídica); y los efectos “más o menos” (*Mehr*

29 Cfr. GUSY, CH. “Richterrecht und Grundgesetz”, citado, p. 461.

30 Un resumen de las posturas adoptadas por la dogmática alemana puede encontrarse en ALEXY, R., R. DREIER. *Precedent in the Federal Republic of Germany*, citado, pp. 43 y ss.

oder Weniger) es decir, más o menos relevantes pero en ningún caso vinculantes, en el caso del valor de hecho.

Para Larenz, si hay que atribuir un valor determinado a los precedentes judiciales, éste no será el de vinculación jurídica sino el de valor de hecho. Los precedentes son, según este autor, decisiones judiciales en las que se ha resuelto una cuestión jurídica. Contienen criterios de decisión o de interpretación que serán utilizados para decidir posteriores casos similares. De ahí su indudable valor de hecho en la fundamentación de las decisiones judiciales³¹.

No se cuestiona, por lo tanto, la relevancia de los precedentes en la práctica judicial de los tribunales continentales (de los tribunales alemanes en este caso). Sin embargo, aunque este valor práctico sea aceptado, es más discutible si llega a justificar o a fundamentar su valor vinculante y por lo tanto su carácter como fuente del Derecho. Es decir, ¿se puede reconocer un *valor vinculante normativo* o jurídico-positivo a los precedentes a partir de su *incuestionable valor de hecho*?³² ¿Puede ser la relevancia práctica el fundamento de la vinculación normativa?

Estos interrogantes tienen para Larenz una respuesta negativa ya que las categorías a las que hace referencia, la vinculación normativa y valor de hecho, son distintas y autónomas entre sí, de manera que no es posible hacer derivar una de la otra ni fundamentar una en la otra. Se debe concluir, o por lo menos así lo hace Larenz, que el Derecho alemán sólo atribuye una vinculación jurídica a la ley, a la costumbre³³ y a las decisiones del BVerfG sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas. Estas son las fuentes del Derecho alemán con fuerza de ley y de obligada observancia.

Las demás decisiones, es decir los precedentes o decisiones anteriores en la que una cuestión jurídica ya ha sido tratada y resuelta, no son para el Derecho alemán “vinculantes como lo es la ley”³⁴ por lo que hay que concluir que tampoco son fuentes del Derecho. Ahora bien, Larenz no se detiene en el rechazo del carácter fonticio de los precedentes judiciales sino que apunta su significado a partir del indiscutible valor de hecho que se les reconoce en la práctica jurídica.

31 Cfr. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (5.ª edición) Springer, Berlín, 1983, p. 413.

32 Cfr. LARENZ, K. *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, en *Festschrift für H. Schima*, editado por H. Walter Fasching y W. Králik, Manz, Viena, 1969 p. 249.

33 *Ibidem*, pp. 249-250. Sólo aquellas decisiones judiciales precedentes que a través de la práctica reiterada se han consolidado como Derecho consuetudinario se consideran vinculantes normativamente y por lo tanto fuentes del Derecho.

34 LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, citado, p. 413.

El uso de los precedentes, según este autor, no puede ser el propio de una fuente del Derecho sino de lo que él llama *fuerza de conocimiento del Derecho* (*Rechtserkenntnisquelle*)³⁵. Por tal hay que entender los instrumentos de los cuales jueces y tribunales se valen en la aplicación e interpretación del Derecho vigente a casos concretos y en la superación de las lagunas jurídicas mediante la interpretación del Derecho válido³⁶.

Cada decisión judicial es el resultado de la concretización de la norma vinculante al caso concreto, cada decisión contiene, por lo tanto, una máxima o criterio interpretativo que sirve de modelo a los jueces en la decisión de casos similares. Los precedentes serán usados por los tribunales (inferiores) como un recurso para el correcto conocimiento de la norma jurídica. Este uso instrumental garantiza, además, la igualdad jurídica (igual tratamiento para casos semejantes) y la seguridad jurídica³⁷.

Si bien la igualdad y la seguridad jurídica son argumentos a favor del seguimiento (no vinculante sino como fuente de conocimiento del Derecho) de los precedentes, estos no pueden servir para justificar lo injustificable: el uso de los precedentes incorrectos. El resultado de combinar de un lado la seguridad jurídica (el seguimiento de los precedentes) y de otro lado la corrección de los precedentes es lo que Larenz ha denominado *presunción de corrección*³⁸ que permite al juez que conoce un caso concreto no considerar los precedentes si duda sobre la corrección de los mismos, y elaborar así su propia decisión³⁹.

La propuesta de Larenz ha sido criticada por Lüke porque no desarrolla hasta qué punto el juez tiene la obligación de controlar el contenido de los precedentes⁴⁰. Falta principalmente un análisis metodológico acerca de la vinculación práctica o de hecho a la que se refiere Larenz, un estudio de los criterios y pautas que deben determinar el uso de los precedentes como fuente de conocimiento del Derecho.

35 *Ibidem*, p. 415. Del mismo autor, *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, in *Festschrift für H. Schima*, citado, p. 262.

36 Cfr. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, citado, p. 412.

37 *Ibidem*, p. 414.

38 *Ibidem*. Larenz discute también la *presunta vinculación* de los precedentes judiciales a la que se refiere Kriele, y la tilda de superficial y peligrosa. El peligro, argumenta Larenz, radica en el uso de los precedentes sin que estos sean sometidos a ningún examen de su corrección. La presunción de corrección permite el control del contenido de los precedentes por el juez.

39 Parece así distinguir entre la razón del seguimiento de los precedentes: igualdad y seguridad jurídica; y el fundamento o razón de su uso como fuente de conocimiento: la presunción de corrección.

40 Véase LÜKE, W. *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen Zivilprozess*, citado, p. 84.

Por otro lado, Bydlinski ha tratado de explicar la vinculación de los precedentes atendiendo a la vinculación tanto *jurídica* cuanto *metodológicamente*. El resultado de esta combinación es lo que él denomina *vinculación subsidiaria* de los precedentes en casos *non liquet* o casos de lagunas jurídicas.

Este teórico austríaco rechaza, como lo hace Larenz, que las decisiones judiciales formen parte del Derecho positivo, al que sí pertenece la ley y la costumbre. Sin embargo, y aunque el Derecho alemán no atribuya fuerza de ley (*gesetzesgleiche rechtliche Kraft*)⁴¹ a las reglas jurídicas contenidas en las decisiones precedentes, Bydlinski no abandona una perspectiva jurídico-positiva.

El *análisis normativo* adoptado por Bydlinski sirve para explicar, primero, la relación entre el Derecho positivo y los precedentes y segundo, para justificar la denominada vinculación subsidiaria de los últimos.

La relación de dependencia de los precedentes al Derecho positivo sólo se puede explicar normativamente: el ordenamiento jurídico atribuye a la ley (y a la costumbre) tal fuerza que es vinculante por sí sola, mientras que los precedentes tienen que derivarse de la ley, o dicho de otra forma, la existencia de los primeros depende del Derecho positivo. Esta dependencia permite explicar que el Derecho atribuya un valor vinculante normativo a las decisiones judiciales (correctamente derivadas del Derecho positivo).

Además el análisis jurídico-positivo de los precedentes explica su consideración como *fuentes subsidiarias del Derecho*. El juez está vinculado primero al Derecho positivo (la ley y la costumbre) y sólo en los casos en los que no aporte una solución clara, los denominados casos *non liquet*, el juez estará vinculado a los precedentes⁴². Más aún, principios como el de igualdad o de seguridad jurídica tienen para Bydlinski sólo un significado subsidiario.

La vinculación jurídica de los precedentes en los casos *non liquet* mantiene una perfecta sintonía con el principio de separación de poderes. Aún en los casos de lagunas del Derecho (casos *non liquet*) los jueces no pueden rehusar a dar una solución, de manera que la vinculación subsidiaria a los precedentes evita la posible usurpación de las competencias legislativas por los órganos judiciales que deberán decidir según una fuente subsidiaria (pero siempre de Derecho).

A este análisis normativo, Bydlinski suma una perspectiva metodológica que le permite determinar el valor de los precedentes en la práctica

41 Cfr. BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer, Viena, 1982, p. 502.

42 *Ibidem*, p. 509.

judicial. La tarea de todo práctico del Derecho, sostiene este autor, es la de buscar aquellos precedentes que se ajusten a un caso determinado. Considera que la constitución de los precedentes como institución jurídica se deba a la labor de la jurisprudencia junto a la de la doctrina y que por lo tanto, sea la práctica judicial el ámbito adecuado en el que se debe desarrollar la discusión a propósito de su valor.

Esta relevancia de hecho de los precedentes ha carecido de un adecuado tratamiento metodológico lo que ha provocado que su uso se encuentre “en un ámbito apenas legitimado y a medias tintas”⁴³. Bydlinski pretende superar esta carencia y justificar metodológicamente el valor y uso de los precedentes a partir de la anterior explicación jurídico–positiva de su vinculación:

Los precedentes no son vinculantes por su propia fuerza sino sólo cuando *derivan de forma metodológicamente correcta* de las normas jurídicas vinculantes. El valor de las decisiones precedentes resulta sólo de la corrección de los argumentos que contienen. El Derecho judicial, como Derecho científico, tiene valor no en virtud de su autoridad jurídica sino en virtud de su interpretación del Derecho⁴⁴.

Por último, la tesis de Bydlinski no se puede entender como un caso de vinculación estricta de los precedentes sino limitada. De un lado porque se trata de una vinculación subsidiaria y de otro lado, porque su utilización depende de la corrección del contenido de los precedentes: el abandono está metodológicamente justificado cuando el precedente que se aplica sea falso⁴⁵.

Aunque se puede criticar la mayor o menor oportunidad de justificar el valor de los precedentes *en* el razonamiento jurídico y *desde* una perspectiva jurídica, lo cierto es que la obra de Bydlinski es un riguroso estudio que trata de conciliar dos perspectivas, la jurídico–positiva y la metodológica, que han sido abordadas siempre por separado en la teoría del Derecho, al menos cuando se trata de explicar el fundamento y uso de los precedentes.

3.4. La vinculación metodológica de los precedentes

Dentro del análisis teórico de los precedentes, la vinculación metodológica no se concentra en la fuerza de ley atribuida a las decisiones precedentes, ni en su vinculación jurídica (criterio éste adoptado por las

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 503. El énfasis es añadido.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 511.

fuentes del Derecho), sino que considera su valor de hecho en el razonamiento jurídico⁴⁶. Se expondrán dos propuestas. La primera subraya la relevancia práctica de los precedentes en el ámbito de la interpretación del Derecho; y la segunda destaca esta misma relevancia práctica en el ámbito de la justificación de las decisiones judiciales.

La propuesta de Fikentscher le debe algunos de sus elementos esenciales a las de Larenz y de Bydlinski. De un lado, comparte con el primero el reconocimiento de la relevancia práctica de los precedentes en la aplicación del Derecho; de otro lado recoge y desarrolla el mayor mérito de la obra de Bydlinski, la explicación metodológica de la vinculación de los precedentes judiciales. Sin embargo, él mismo se declara⁴⁷ más cercano a Larenz que a Bydlinski porque su punto de partida es la relevancia práctica del Derecho judicial. Un principio que le sirve, sin embargo, para sostener la vinculación de los precedentes judiciales, una tesis radicalmente distinta a la de Larenz.

A diferencia de otras teorías, la de Fikentscher, la denominada *Fallnormtheorie*, sigue muy de cerca el problema de la relevancia práctica y la vinculación del Derecho judicial y de los precedentes⁴⁸. Esta vinculación de hecho (de la que también hablaba Larenz) tiene un ámbito muy concreto: el límite del significado de la ley (*Wortsinn–Grenze des Gesetzes*). La vaguedad del lenguaje jurídico o la pluralidad de significados atribuibles a la ley explican que en la aplicación del Derecho se reconozca del juez una cierta actividad creativa o de formación del Derecho⁴⁹. En concreto se trata de la elaboración de *Fallnormen*.

Fallnormen se han definido como “enunciados generales en forma de norma a través de los cuales una determinada cuestión jurídica será decidida. Lo que se utiliza en la subsunción es la norma del caso, *Fallnorm*, y no la ley”⁵⁰. Dos hipótesis pueden extraerse de la anterior cita. La primera es la afirmación de la vinculación de los precedentes en tanto que contienen la *Fallnorm* que resuelve un caso. La segunda es que el Derecho no está formado por normas jurídicas abstractas sino por *Fallnormen*.

Ambas hipótesis coinciden en la tesis principal de Fikentscher: la *vinculación metodológica* de los precedentes judiciales. La *Fallnormtheorie* no atribuye más capacidad creativa a los jueces y tribunales en la formación

46 Véase SCHLÜCHTER, E. *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 118.

47 Véase FIKENTSCHER, W. “Präjudizienbindung”, en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, n. 26, 1985, p. 167.

48 *Ibidem*, p. 175.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

judicial del Derecho, sino que impone a estos una obligación metodológica de usar los precedentes, lo que significa que deben ser interpretados y el caso decidido incorporado a una cadena de casos (similares)⁵¹.

En el Derecho alemán la vinculación metodológica de los precedentes que propone Fikentscher, la *Fallnormtheorie*, encuentra en el artículo 20.3 GG un reconocimiento constitucional: “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al Derecho”.

Fikentscher entiende que el legislador constitucional ha querido, en primer lugar, reconocer el Derecho como algo separado de la ley; y en segundo lugar reconocer una vinculación al Derecho⁵². Esta no puede calificarse de normativa por el simple hecho de que una disposición jurídica así lo establezca. El gran mérito de la tesis de Fikentscher es reivindicar la vinculación metodológica: el juez está vinculado a los precedentes porque está obligado a interpretar el Derecho. La justificación de esta vinculación es hermenéutica, basada en el límite del significado de la ley (*Wortsinn–Grenze des Gesetzes*)⁵³. El valor vinculante que sostiene Fikentscher no debe entenderse como una vinculación estricta (una posibilidad contradictoria con el reconocimiento de la capacidad creativa de los jueces). El juez tiene la obligación de interpretar los precedentes para decidir un caso concreto. Tiene que seguir los precedentes siempre que no exista una razón evidente para separarse de ellos⁵⁴.

Lo más destacable de la propuesta de Fikentscher es la fundamentación del valor vinculante de los precedentes a partir del reconocimiento de su mera relevancia práctica⁵⁵. Lo logra gracias a la justificación metodológica de esta vinculación y al ámbito hermenéutico o interpretativo en el que adscribe el uso de los precedentes.

Sin embargo, este logro lo es sólo a medias puesto que Fikentscher deja al descubierto cuestiones como el abandono de los precedentes (cuando exista una razón evidente para hacerlo) en la que recae práctica-

51 *Ibidem*, p. 176.

52 Cfr. FIKENTSCHER, W. *Methoden des Rechts*, Mohr, Tübingen, 1977, p. 325.

53 Fikentscher discrepa de Bydlinski y sostiene que “el Derecho no es subsidiario de la ley” (*Ibidem*, pp. 329–330). Más aún, la relación entre el Derecho (suma de normas de los casos) y la ley es de corrección, es decir, el Derecho corrige la ley. Esta tesis sólo es posible dentro del ámbito del significado de la ley de manera que nada obstaculiza el principio de separación de poderes.

54 *Ibidem*, p. 348. Por lo tanto el Derecho judicial sirve, de un lado, para corregir la ley, y de otro para mejorar el Derecho ya que no vincula la norma del caso falsa.

55 Esta es la tesis considerada como insostenible por Larenz para quien no es posible hacer derivar una vinculación jurídica de la relevancia práctica de los precedentes.

mente el peso de la evolución del Derecho (judicial). Precisamente será este aspecto, el abandono de los precedentes judiciales, el núcleo de la tesis de Kriele.

Kriele destaca la relevancia práctica de los precedentes en el ámbito de la justificación de las decisiones judiciales. La teoría de Kriele en relación a los precedentes judiciales gira entorno al concepto de *vinculación presunta* o *presunción (a favor) de los precedentes*⁵⁶. Es éste un concepto que le servirá no tanto para sostener el carácter fonticio de los precedentes cuanto para proponer un cambio en la obligación de fundamentación jurídica (*Begründungspflicht*).

En primer lugar, la presunción de los precedentes se refiere a una evidencia de la práctica jurídica, a la consideración de los precedentes en la aplicación del Derecho. En el ámbito práctico del Derecho alemán hay numerosos ejemplos que sostienen esta afirmación: cuando un tribunal no haya tenido en cuenta el precedente de un tribunal superior a la hora de decidir un caso, se puede recurrir la sentencia por revisión; si un abogado o un notario omiten un precedente su cliente puede demandarlos por negligencia (BGH NJW 1983, 1665); si una sala de un tribunal quiere separarse del precedente establecido por otra sala del mismo órgano judicial se podrá iniciar un procedimiento de divergencia⁵⁷.

En segundo lugar, la presunción a favor de los precedentes es además un principio del Derecho positivo alemán ya que tal práctica ha tenido una acogida en la regulación jurídica⁵⁸. Instituciones como el proceso de divergencia y de revisión, valores como la unidad y coordinación de la jurisprudencia (artículo 95 GG) y el valor que tiene las decisiones judiciales para los órganos inferiores no son sino muestras de la necesaria consideración de los precedentes en la práctica judicial, de la denominada presunción a favor de los precedentes⁵⁹.

De esta regulación jurídica o mejor de la presunción a favor de los precedentes como principio jurídico, parece deducirse que su fundamento es el principio de unidad y coordinación de la práctica judicial. Sin embargo, Kriele señala no sólo uno, sino un conjunto de principios en los que descansa su teoría⁶⁰. El argumento más recurrido por ser quizás el más

56 Cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 243.

57 Cfr. KRIELE, M. *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis*, en *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, CEDAM, Padova, 1988, p. 66.

58 Cfr. LARENZ, K. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, pp. 248 ss.

59 KRIELE no sostiene la vinculación estricta de los precedentes ni tampoco su carácter vinculante o fonticio.

60 Cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, pp. 259 y ss.

importante, es el de previsibilidad de las decisiones judiciales y el de seguridad jurídica. A éste se le suma el de economía procesal, el de igualdad en la aplicación del Derecho, el valor de los precedentes para casos futuros y el compromiso entre la ruptura y la continuidad de la práctica judicial. Es precisamente este último fundamento el más relevante para la teoría de la presunción a favor de los precedentes⁶¹ por estar conectado con la continua evolución del Derecho, y ser además el principio que articula un modelo de uso de los precedentes en la práctica judicial.

Según Kriele, cuando el juez aplica principios constitucionales como la libertad, la igualdad o el Estado de Derecho, así como cuando aplica instituciones jurídicas como la responsabilidad por daños o interpreta las cláusulas generales, no se guía (únicamente) por la ley sino también por la interpretación de ésta contenida en decisiones precedentes. Esta consideración de los precedentes, la denominada presunción a favor de los precedentes, es objeto de un tratamiento metodológico por Kriele.

La pregunta central para aplicar un precedente es la de su adecuación al caso que se resuelve⁶². Para ello el primer paso es determinar si y hasta qué punto el precedente es distinto o no del caso concreto, para luego decidir si la diferencia (si existiera) es relevante⁶³. En el caso de que el precedente fuera pertinente (es decir, no existen diferencias relevantes) éste se aplicaría; en el caso de que no lo fuera restaría por determinar si se debe abandonar o modificar⁶⁴.

El método de aplicación de los precedentes no es, para Kriele, una imposición de la teoría a la práctica, sino la sustracción de un método que ya es aplicado en la práctica para hacerlo explícito teóricamente⁶⁵. Su contenido queda resumido en los siguientes pasos⁶⁶:

- La primera labor del juez es el hallazgo del precedente adecuado. Esta cuestión se refiere a la *determinación* de la *ratio decidendi*. Este

61 *Ibidem*, p. 262.

62 *Ibidem*, p. 269.

63 Cfr. KRIELE, M. *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen rechtskreis*, citado, p. 67. Parece evidente que un método de aplicación de los precedentes debe aportar los criterios que sirvan a la identificación de las similitudes o diferencias relevantes.

64 Es aquí donde el método de aplicación de precedentes refleja claramente su compromiso con la continua formación del Derecho, es decir es un punto medio entre la continuidad y la ruptura del Derecho.

65 Cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 287.

66 Cfr. KRIELE, M. *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen rechtskreis*, citado, pp. 71 y ss.

requisito crea un dilema en la aplicación del precedente⁶⁷ porque aplicar un precedente idóneo no es sino aplicar la norma que contiene. Paradójicamente sólo se puede determinar la idoneidad del precedente al conocer la norma que contiene. Kriele intenta resolver este paradoja mediante la elaboración de una hipótesis de la norma (*Normhypothese*) para descubrir la *ratio decidendi* del precedente. La idea es someter esta hipótesis a una prueba continua en su elaboración. No importa que su formulación sea, al inicio, más amplia o reducida del contenido de la *ratio decidendi*. Lo importante es, sin embargo, que su formulación sea siempre provisional y sometida a una constante adaptación con la norma que pretende descubrir.

- El paso anterior conduce a la elaboración de la *ratio* del precedente y por lo tanto de la norma que se aplicará al caso.
- La aplicación de la norma significa su interpretación. Se puede considerar una interpretación amplia o restringida del precedente; o incluso el reconocimiento de la norma del precedente sólo en casos con determinadas circunstancias (*distinguishing*). Gracias a la interpretación de la *ratio* “la interpretación de la ley se clarifica, se perfecciona y se mejora”⁶⁸.
- Existe también la posibilidad de que el precedente aunque adecuado sea incorrecto. En este caso no conviene su modificación (descrita en el paso anterior) sino su rechazo (*overruling*).

La presunción a favor de los precedentes, es decir su consideración en la aplicación de la ley siguiendo el método ya descrito, es, en palabras de Kriele, “el correcto punto medio entre la continuidad y la flexibilidad, entre la seguridad jurídica y la justicia”⁶⁹.

En conclusión, la perspectiva de la vinculación metodológica atribuye a los precedentes un fuerte valor práctico o de hecho que va más allá de la mera ilustración. Además, la propuesta de la vinculación metodológica, y particularmente la elaborada por Kriele, permite explicar el fundamento de tal valor *desde* el mismo razonamiento jurídico, así como elaborar una metodología adecuada que facilite el uso de los precedentes.

Que los precedentes tengan un importante valor (no sólo ilustrativo) en el razonamiento jurídico es algo de lo que da buena cuenta la práctica judicial alemana: se orienta claramente hacia sus precedentes, especial-

67 Cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 271.

68 KRIELE, M. *Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis*, citado, p. 72.

69 KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 287.

mente si provienen de órganos judiciales superiores. Esta “orientación a los precedentes”, usando la terminología de Koch y Rüssmann⁷⁰, tiene sus más determinantes manifestaciones en dos instituciones jurídicas ya analizadas: la prohibición de separación de los precedentes (*Abweichungsverbot*) y la obligación de establecer un criterio de interpretación (*Vorlagenpflicht*)⁷¹.

Aceptada la relevancia práctica de los precedentes queda por explicar el fundamento de su valor así como su uso en el razonamiento de los jueces. El punto de partida es la consideración de la actividad judicial como una actividad eminentemente argumentativa o si se quiere justificativa, de manera que la elección de una solución entre todas las posibles debe justificarse (*Begründungspflicht*). La obligación de justificación no es extraña al Derecho alemán sino que está en perfecta sintonía con el principio de igualdad del artículo 3 I GG, que se debe interpretar como un *mandato de fundamentación de la diferencia*, según el cual un tratamiento desigual de casos semejantes debe siempre justificarse⁷². Resumiendo, para una práctica judicial como la alemana orientada a sus precedentes (prohibición de separación y obligación de establecer un nuevo criterio) y para un razonamiento jurídico de carácter argumentativo, el uso de los precedentes consiste en una *obligación de justificar*. En otras palabras, citar los precedentes no significa tanto mencionar su contenido, sus argumentos, cuanto obligarse a dar razones que justifiquen dicha referencia, especialmente en el caso de abandono o modificación de los mismos.

La metodología del uso de los precedentes como mandatos de justificación de la diferencia ha sido desarrollada por Gusy para quien este mandato se concretiza en:

- la obligación de establecer criterios interpretativos que sirvan a la fundamentación de la decisión judicial (*Pflicht der Dogmatik*);
- la obligación de considerar las decisiones precedentes para argumentar otras futuras (*Pflicht zur Konsistenz der Dogmatik*);

70 KOCH, H-J., H. RÜSSMANN. *Juristische Begründungslehre*, citado, p. 187.

71 Aunque ambas instituciones tengan como fundamento la unidad de la jurisprudencia no creo que sea éste el mismo principio que justifique el uso de los precedentes.

72 Esta interpretación del principio de igualdad como mandato de fundamentación de la diferencia ha sido propuesta por CH. Gusy en su obra “*Richterrecht und Grundgesetz*”, citado, pp. 461 y ss. En relación al discurso jurídico y de manera similar, Alexy considera los precedentes judiciales como reglas de la carga de la argumentación, es decir, reglas que determinan quien debe justificar (véase ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 262 y ss.).

- la obligación, por último, de separarse de los criterios establecidos en decisiones precedentes fundamentando tal separación (*Fortentwicklung der Dogmatik*)⁷³.

El destinatario del mandato del artículo 3 I GG entendido como mandato de justificación de la separación de las decisiones, es el poder judicial de manera exclusiva. En este caso se puede decir que la vinculación de los precedentes es una autovinculación que sólo afecta a los jueces y tribunales del poder judicial.

En definitiva, el contenido de la vinculación de los precedentes fundada en el principio de igualdad del artículo 3 I GG significa que, “las decisiones futuras están vinculadas a las decisiones precedentes hasta el punto de no permitir su separación. Un derecho tal a la separación de las decisiones precedentes sólo se puede considerar cuando pueda invocarse una razón”⁷⁴. La separación justificada de los precedentes significa de un lado la imposibilidad de ser iguales en la injusticia y de otro la obligación de la evolución del Derecho judicial⁷⁵.

IV. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS PRECEDENTES

Si el adecuado análisis teórico de los precedentes judiciales es aquel que destaca su valor o relevancia práctica, y en concreto su uso como mandato de justificación, a continuación se analizará la práctica judicial alemana para comprobar hasta qué punto sus propuestas coinciden con las ya analizadas.

4.1. El reconocimiento de su relevancia práctica

Sólo en contadas ocasiones la jurisprudencia alemana ha abordado explícitamente la cuestión de la naturaleza y el grado de vinculación de los precedentes. Sin embargo, y aunque falta un debate más amplio al respecto, el que hasta ahora ha tenido lugar en la práctica judicial alemana se ha caracterizado por la ausencia de referencias a la vinculación jurídica y el carácter fonticio de los precedentes judiciales. En otras palabras, la jurisprudencia alemana no ha acogido una discusión ni a propósito del tra-

73 Cfr. GUSY, CH. “Richterrecht und Grundgesetz”, citado, p. 468. Kriele también enumera tres pasos para una correcta metodología de los precedentes judiciales cuyo contenido coincide con las tres obligaciones mencionadas por Gusy. En primer lugar se refiere Kriele a la orientación por máximas, es decir la necesidad de establecer la *ratio decidendi* del precedente; en segundo lugar menciona la consideración de esta máxima o *ratio*; y concluye con la imparcialidad del abandono de la misma lo que significa un abandono justificado (cfr. KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, pp. 326 y ss.).

74 GUSY, CH. “Richterrecht und Grundgesetz”, citado, p. 468.

75 *Ibidem*.

tamiento que reciben las decisiones por el Derecho alemán (lo que significa un abandono del análisis que en su momento se denominó “dogmático”) ni tampoco a propósito de su carácter fonticio (con lo que se rechaza también el denominado análisis “teórico” de las fuentes del Derecho). Por el contrario, lo que sí ha destacado en sus esporádicas referencias expresas a los precedentes judiciales es su importancia en la práctica judicial y en el razonamiento jurídico, o si se quiere, ha justificado su valor y uso mediante el Derecho judicial, la función interpretativa de los órganos judiciales, la superación de las lagunas jurídicas y la formación del Derecho.

En este sentido, un ejemplo de la importancia de las decisiones judiciales en la formación del Derecho lo ofrece la decisión del BGH 121, 116, de 13 enero 1993. En este caso, el BGH reconoció al superviviente de una pareja de hecho el Derecho a heredar un contrato alquiler mediante la aplicación del § 569 II 1 BGB (Código Civil alemán), disposición ésta por la que sólo se reconocía un Derecho tal a las parejas unidas por matrimonio. El BGH estimó las pretensiones del recurrente e interpretó analógicamente el § 569 II BGB.

Hay dos argumentos en la mencionada sentencia que explican el valor de las decisiones judiciales en la formación del Derecho, o al menos el valor que el BGH les reconoce. En primer lugar, el Tribunal Federal justificó la interpretación analógica, y por lo tanto la creación de un nuevo criterio interpretativo (el reconocimiento de un Derecho también a las parejas no unidas por vínculos matrimoniales), mediante la existencia de una *laguna jurídica*. Ésta consistía no tanto en la falta de regulación al respecto, cuanto en una regulación poco clara. El legislador, según el BGH, había hecho depender el tratamiento jurídico de una relación de alquiler al *status* de familia. Precisamente este último concepto necesitaba clarificarse a la luz del incremento y aceptación social de las parejas de hecho. En segundo lugar, en la elaboración del nuevo criterio interpretativo (equiparación de las parejas de hecho y las que hayan contraído matrimonio en lo que se refiere a la regulación del § 569 II BGB) pesó la relevancia que tal criterio pudiera tener para la solución de casos futuros, previendo un incremento de las parejas de hecho y de los problemas jurídicos que puedan plantear en el ámbito del Derecho privado.

Los dos argumentos mencionados de la decisión del BGH 121, 116 (superación de lagunas jurídicas y elaboración de criterios para la solución de casos futuros) coinciden con lo ya dicho a propósito de la justificación y formación del Derecho judicial. Ya se explicó que el Derecho judicial se ha justificado en la existencia de lagunas jurídicas y en su necesaria superación mediante la interpretación y aplicación del Derecho. También se señaló que esta actividad permitía la creación de reglas o criterios inter-

pretativos que serán considerados (ya sea para seguirlos, modificarlos o anularlos) en la solución de casos posteriores. Estas coincidencias refuerzan la tesis inicial según la cual la jurisprudencia alemana ha abordado el tema del valor y función de los precedentes en conexión al razonamiento jurídico y ha reconocido su importancia en la práctica judicial.

4.2. La valoración de su seguimiento

El mencionado reconocimiento judicial de la importancia práctica de los precedentes no puede entenderse, a pesar de la intuición de algunos juristas alemanes, como defensa de un sistema de seguimiento esclavista⁷⁶. Buena prueba de ello la ofrece la decisión del BVerfG 19, 38(47) según la cual el principio de igualdad del artículo 3 I GG justifica un seguimiento de los precedentes si los casos (el anterior y el que se decide) son semejantes, al mismo tiempo que sanciona una separación que pueda conducir a decisiones incorrectas. Además aclara que el principio de igualdad no puede interpretarse como una prohibición de separación (prohibición que obligaría a reconocer un sistema “esclavista” de precedentes) porque de esta forma se obstaculizaría la correcta (y necesaria) evolución y formación del Derecho.

En la misma línea de rechazo al sistema de vinculación “esclavista” de los precedentes, se encuentra la decisión del BVerfG 18, 224(237) en la que el Tribunal Constitucional alemán entiende como propio de la naturaleza de los altos tribunales, que en sus decisiones establezcan claramente los principios o los criterios de interpretación (*Vorlagen*), con el fin de facilitar de un lado su seguimiento en casos similares (y por lo tanto garantizar los principios de unidad y seguridad jurídica) y de otro lado su abandono (sirviendo así a la evolución del Derecho). De nuevo hay que insistir que es precisamente en el ámbito de la evolución y formación del Derecho donde más éxito ha tenido la discusión acerca de los precedentes judiciales alemanes.

En el análisis de la práctica judicial realizado por Wagner-Döbler y Philipps, utilizando la base de datos *Juris* se muestra que de las tres formas principales de citar los precedentes: seguimiento, distinción y abandono, es precisamente la segunda, la distinción o la modificación, la más común. Concretamente el análisis de las decisiones de los Tribunales Federales durante el año 1988 muestra que en el 90% de las referencias a decisiones precedentes se distinguió su contenido, mientras que su seguimiento y su abandono ocurrieron en un 6% y en un 4% respectivamente⁷⁷. Sin

⁷⁶ Esta tesis la sostiene SCHLÜCHTER en su obra *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 50.

⁷⁷ Cfr. WAGNER-DÖBLER, R., L. PHILIPPS. “Präjudizien in der Rechtsprechung: statistische Untersuchungen anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte”, en *Rechtstheorie*, N.º 23, 1992, pp. 237-8.

embargo, los tribunales alemanes no han desarrollado una práctica de modificación de los precedentes⁷⁸. El abandono de precedentes suele ser explícito (BGHZ 56, 97(100)) aunque también es posible el abandono implícito de una línea de jurisprudencia (BHH NJW 1994, 1278).

Este argumento cierra la discusión a propósito de un seguimiento esclavista de los precedentes. Queda ahora por abordar la tarea más difícil: determinar el grado de seguimiento o de vinculación que la práctica judicial alemana haya atribuido a sus precedentes. Debido a la falta de reglas explícitas elaboradas por los jueces, el análisis del grado de vinculación de los precedentes judiciales exige una reconstrucción de aquellas reglas implícitas en las que los jueces parecen basar su práctica.

En el caso de la jurisprudencia constitucional, el BVerfG no atribuye un alto grado de vinculación a sus precedentes porque no los reconoce como Derecho vinculante. En concreto, en su decisión 84, 212 (227) considera que los precedentes judiciales (salvo en el caso del § 31 II GG) no tienen cabida en el artículo 20 III GG que establece el sometimiento del poder judicial a la “ley y al Derecho”, y por lo tanto su separación o abandono no significa la violación del mencionado precepto constitucional. Ahora bien, otros principios constitucionales como la protección de la confianza, la igualdad y la seguridad jurídica fundamentan el seguimiento de los precedentes aunque sólo sea como elemento ilustrativo o como un extra en la argumentación jurídica.

En el caso de la jurisprudencia del BGH, la posición del Tribunal Federal es, si se quiere, más arriesgada que la descrita para el BVerfG. Por un lado, coincide con el BVerfG en el uso que se les deba reconocer en la práctica judicial, concretamente en la interpretación del Derecho y en la formación y evolución de éste. Las decisiones judiciales precedentes contienen criterios de interpretación de la norma que pueden utilizarse en situaciones posteriores cuando la similitud de los casos así lo recomiende. Por eso el tratamiento que ha recibido la prohibición de separación estaba vinculada a la obligación de establecer tales criterios de interpretación, una práctica también aceptada por el BVerfG.

Por otro lado, el BGH ha ido desarrollado otro uso de los precedentes en el razonamiento judicial del que no hay referencias en la jurisprudencia del BVerfG. El BGH inició este desarrollo con la decisión 85, 64(66ff) del año 1982. En ella, el Tribunal Federal se pronuncia sobre la correcta interpretación que “en los límites del sentido de la

78 Cfr. ALEXY, R., R. DREIER, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, citado, p. 54.

ley” corresponde a disposiciones normativas antiguas que experimentan la adaptación a los nuevos tiempos gracias a su interpretación y aplicación judicial. El BGH sostiene que los valores de seguridad jurídica y de protección de la confianza (*Vertrauensschutz*) deben encontrar un justo equilibrio con la evolución del Derecho. Después añade que la ruptura de la continuidad de la jurisprudencia, es decir, el abandono de un precedente, ocurrirá si razones determinantes así lo indicaran. Esta práctica ha sido reiterada por el BGH en decisiones 106, 34(37), 125, 218(222) y 128, 85(91). En todas ellas, se rechaza un abandono o separación de los precedentes al considerar que no concurre razón determinante alguna.

Este uso de los precedentes, que ha sido denominado por Alexy como precedentes *prima facie* vinculantes⁷⁹, se aproxima a la mencionada *obligación de fundamentación*. Significa que en los casos de separación de un precedente o de una línea de precedentes no basta con que el juez elabore un criterio interpretativo que sustituya al anterior, sino que tiene que valorar si existen o no razones determinantes para tal cambio. En otras palabras, el juez tiene que justificar el abandono, de manera que el uso del precedente se convierte en una obligación de fundamentación, en una regla que determina la carga de la argumentación.

Con la decisión del BGH 106, 169 (174) el Tribunal Federal alemán da un paso en la línea iniciada con su decisión 85, 64 y comienza a mencionar las razones que justifican el cambio de criterio interpretativo o el abandono de los precedentes. En concreto se refiere a la necesidad de solucionar cuestiones de dogmática jurídica de capital alcance, y resolver la incoherencia (si tal se diera) de los resultados alcanzados.

Este análisis de la jurisprudencia sirve para reconstruir las dos reglas implícitas que guían el uso de los precedentes en la práctica judicial del BGH. La primera es la aceptación del valor de hecho de los precedentes en el razonamiento jurídico en general y en la interpretación y evolución del Derecho en especial. Este uso *interpretativo* de los precedentes explica la falta de referencias explícitas al carácter fonticio de los mismos o a su vinculación jurídica. La segunda regla destaca el valor de los precedentes en la justificación de las decisiones, concretamente en la justificación del abandono de los precedentes. En este caso, los precedentes son usados como una *técnica argumentativa* que consiste en *mandatos de justificación* de la diferencia, es decir, representa una *regla que determina la carga de la argumentación*⁸⁰.

79 *Ibidem*, p. 30.

80 Cfr. ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 261 y ss.

V. CONCLUSIÓN

Aunque en el uso de los precedentes por el BGH se deba prestar atención al papel de este tribunal como corte de apelación o de casación, lo cierto es que también hay que destacar su papel en el desarrollo y formación del Derecho. En este sentido, un modelo de vinculación estricta de los precedentes es abandonado, pues se percibe como un obstáculo al desarrollo y la formación del Derecho, a pesar de que el BGH no ha elaborado reglas explícitas relativas a la diferenciación y abandono de los precedentes. Para el BGH, los valores de seguridad jurídica y protección de las legítimas expectativas (*Vertrauensschutz*) de un lado, y la evolución del Derecho, de otro lado, deben ponderarse; sólo si surgen razones decisivas, se podrá distinguir o abandonar la decisión anterior. (BGH 85, 64 (66); 106, 34 (37); 125, 218 (222); y 128, 85 (91)). Los precedentes devienen vinculantes *prima facie*⁸¹: son usados tanto para seguirlos como para distinguirlos/abandonarlos. En este último caso, el BGH no sólo exige la elaboración de un nuevo criterio interpretativo que sustituya al anterior, sino, sobre todo, la justificación del abandono o la diferenciación del criterio precedente. El uso de los precedentes es, por todo ello, una cuestión de justificación jurídica⁸².

81 *Ibidem*.

82 En MORAL SORIANO, L. *El precedente judicial*, Marcial Pons 2002, la autora elabora una fundamentación de los precedentes que podría calificarse de justificativa y gradual, que revierte en un uso argumentativo de los mismos. Desde una perspectiva justificativa los precedentes se consideran argumentos o técnicas argumentativas que asisten al juez en el razonamiento jurídico, en la justificación de las decisiones judiciales. Si se considera la actividad judicial como actividad justificativa, y las decisiones anteriores como argumentos o razones, se puede concluir que no existen demasiadas diferencias entre los sistemas de derecho común y de derecho civil. El fundamento de los precedentes debe, además, adoptar un enfoque gradual porque la justa combinación de argumentos pragmáticos (la uniformidad en la aplicación del derecho y la previsibilidad de las decisiones judiciales) y de justicia formal logrará explicar en toda su complejidad su uso en el razonamiento jurídico. En concreto la autora recurre, siguiendo a Perelman, a tres argumentos como fundamentos racionales de los precedentes: el argumento *ab exemplo*, el argumento de autoridad, y la regla de justicia.

