

SILVIA DÍEZ SASTRE
DOCTORA EUROPEA EN DERECHO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

**EL PRECEDENTE
ADMINISTRATIVO**

FUNDAMENTOS Y EFICACIA VINCULANTE

Prólogo de
Francisco Velasco Caballero

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2008

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTOS	9
ABREVIATURAS Y SIGLAS	11
PRÓLOGO	15
PLANTEAMIENTO DEL TEMA	21
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN Y EN LA RETÓRICA JURISPRUDENCIAL	25
1. PLANTEAMIENTO	25
2. LA IMPORTANCIA DE LOS ACTOS PRECEDENTES EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN	28
A) La Administración Pública como organización burocrática	28
B) El comportamiento de la Administración burocrática	30
B.1) El comportamiento administrativo, en líneas generales	30
B.2) Los procesos psicológicos de aprendizaje	33
B.3) Los procesos psicológicos de toma de decisiones	34
B.4) Las formas de la «actividad habitual» como cristalización del comportamiento administrativo	36
B.4.1) La «actividad habitual» como muestra de la adhesión al precedente administrativo	36
B.4.2) Las prácticas administrativas	36
B.4.3) La práctica administrativa	37
B.4.4) El desapego del caso concreto provocado por la «actividad habitual»	38
B.4.5) La deformación de la práctica administrativa en rutina ...	39
B.5) Las ventajas de la «actividad habitual» para el funcionamiento de la Administración	43
3. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DESDE LA ÓPTICA JURISPRUDENCIAL	46

	Pág.
A) El tratamiento judicial del precedente administrativo	46
A.1) Los argumentos basados en la oposición entre el precedente administrativo y el principio de legalidad	48
A.1.1) Consideraciones previas.....	48
A.1.2) El precedente administrativo no tiene carácter vinculante	48
A.1.3) El acto precedente invocado es ilegal	50
A.1.4) El acto enjuiciado es legal.....	51
A.1.5) La actividad administrativa tiene carácter reglado.....	52
A.2) Los argumentos basados en una interpretación rigorista de los requisitos de aplicación del precedente administrativo.....	54
A.2.1) Consideraciones previas.....	54
A.2.2) El acto precedente invocado no es idóneo	55
A.2.2.1) Cuestiones generales	55
A.2.2.2) La exigencia de identidad objetiva.....	56
A.2.2.3) La exigencia de sanción judicial	58
A.2.3) No existe prueba del precedente administrativo invocado .	60
B) El precedente administrativo como instrumento de control judicial	61
B.1) Planteamiento	61
B.2) El precedente como herramienta de la argumentación jurídica	62
B.2.1) Teoría general.....	62
B.2.2) El precedente administrativo como argumento jurídico ligado a determinados principios generales del Derecho.	64
B.3) La obligación legal de motivación del art. 54.1.c) LRJ-PAC.....	65
C) Balance	66
4. CONSIDERACIONES FINALES: UN CONCEPTO DUAL DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO	66

PRIMERA PARTE

ORDENACIÓN TIPOLÓGICA DE LOS PRECEDENTES PÚBLICOS EN LOS DERECHOS ESPAÑOL, EUROPEO Y COMPARADO

CAPÍTULO II. LOS PRECEDENTES NORMATIVOS	69
1. CUESTIONES PREVIAS	69
2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRECEDENTE NORMATIVO.....	71
3. LA COSTUMBRE.....	72
A) Planteamiento	72
B) El precedente consuetudinario.....	73
C) La evolución de la costumbre en el Derecho romano	75
D) La crisis de la costumbre en el proceso codificador	76
D.1) El debate sobre la codificación en Alemania	76
D.1.1) Cuestiones previas.....	76
D.1.2) El contexto histórico y político	77

	Pág.
D.1.3) La defensa del Código por Thibaut.....	80
D.1.4) La Escuela Histórica del Derecho de Savigny.....	81
D.2) La codificación en España.....	83
E) El triunfo de la Ley tras la codificación.....	85
F) La escisión del precedente y la costumbre.....	87
F.1) Confusión y nexos de unión entre ambas figuras.....	87
F.2) El criterio de la reiteración.....	91
F.3) El criterio del sujeto.....	93
F.4) Los elementos de la costumbre.....	95
F.4.1) Planteamiento.....	95
F.4.2) Los elementos tradicionales: el <i>usus</i> y la <i>opinio iuris</i>	95
F.4.3) Otros elementos añadidos en la evolución histórica de la costumbre.....	97
F.5) Los tipos de costumbre en el Derecho administrativo.....	98
F.6) La costumbre en la actualidad.....	100
G) Conclusión: propuesta de delimitación de conceptos.....	102
4. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL <i>COMMON LAW</i>	103
A) Planteamiento.....	103
B) La regla de <i>stare decisis</i>	105
B.1) El origen de la doctrina del precedente vinculante.....	105
B.2) La ordenación jerárquica de la vinculación al precedente.....	109
B.3) La estructura de funcionamiento del precedente.....	111
B.3.1) Cuestiones generales.....	111
B.3.2) El test de semejanza.....	112
B.3.3) La identificación de la <i>ratio decidendi</i>	113
B.3.4) Las técnicas de apartamiento de los precedentes.....	113
B.4) La finalidad de la regla de <i>stare decisis</i>	116
C) La aversión de la tradición jurídica continental a la idea del precedente .	118
D) La ubicación del precedente en el sistema del <i>Common Law</i>	121
D.1) El precedente como regla.....	121
D.2) El precedente según las premisas del <i>legal reasoning</i>	123
D.2.1) La toma de decisiones conforme a justificaciones del <i>legal reasoning</i>	123
D.2.2) El precedente como justificación de la decisión.....	125
E) La idea de normatividad en el <i>Common Law</i>	127
E.1) Cuestiones generales.....	127
E.2) La flexibilidad del precedente.....	131
F) Consideraciones finales.....	131
5. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN ESPAÑA.....	134
A) Planteamiento.....	134
B) El precedente judicial español como fuente del Derecho.....	135
B.1) Nota previa.....	135

	Pág.
B.2) La jurisprudencia administrativa del Consejo Real y la jurisprudencia contencioso-administrativa actual.....	136
C) El Derecho positivo en torno al precedente.....	137
D) La doctrina del precedente judicial de la jurisprudencia española.....	139
D.1) La fuerza vinculante del precedente derivada del principio de igualdad ante la Ley	139
D.2) Los requisitos de aplicación del precedente.....	140
D.2.1) Planteamiento.....	140
D.2.2) La coincidencia de supuestos fácticos	141
D.2.3) La alteridad de los sujetos afectados.....	142
D.2.4) La coincidencia del órgano judicial decisor: el autprecedente.....	142
D.2.5) La reiteración del precedente invocado y su prueba por la parte recurrente.....	144
D.2.6) La anterioridad de la decisión invocada como precedente.	146
D.3) La nueva jurisprudencia constitucional de flexibilización de los requisitos del precedente judicial	147
D.4) El contenido vinculante del precedente.....	148
D.5) La publicación de las sentencias	150
D.6) El apartamiento del precedente	150
D.6.1) Los problemas de modificación de líneas jurisprudenciales.....	150
D.6.2) La distinción entre apartamiento e inidoneidad del precedente.....	151
D.6.3) La motivación exigida por el Tribunal Constitucional....	153
E) Los márgenes de la actividad judicial en que cabe el precedente	156
F) El precedente judicial español: un precedente normativo de carácter aplicativo	158
6. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA	160
A) Planteamiento	160
B) El Derecho judicial como fuente del Derecho comunitario	161
C) La aplicabilidad de la regla de <i>stare decisis</i>	162
D) El modelo de precedente del sistema judicial comunitario.....	164
D.1) El precedente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	164
D.1.1) La evolución en el tratamiento de sus precedentes	164
D.1.2) El papel actual del precedente.....	165
D.2) El precedente en la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia	166
D.3) La vinculación de los Tribunales nacionales a los precedentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia	168
D.4) El <i>soft stare decisis</i> del sistema judicial comunitario	169
D.4.1) El funcionamiento modulado de la regla de <i>stare decisis</i> .	169
D.4.2) Las virtudes del modelo en el ámbito comunitario.....	171
E) Consideraciones finales	172

	Pág.
CAPÍTULO III. LOS PRECEDENTES NO NORMATIVOS	173
1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRECEDENTE NO NORMATIVO.	173
2. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN DERECHO ESPAÑOL (REMI- SIÓN).....	175
3. LA AUTOVINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ALEMÁN Y EN EL DERECHO EUROPEO	176
A) Planteamiento	176
B) La autovinculación: concepto y tipos.....	178
B.1) El origen y la evolución del concepto de autovinculación de los poderes públicos.....	178
B.2) Los tipos de autovinculación de la Administración	181
C) Los fundamentos materiales de la autovinculación administrativa.....	191
C.1) Cuestiones previas.....	191
C.2) El principio de igualdad en la aplicación de la Ley	192
C.3) El principio de buena fe	193
C.4) El principio de protección de la confianza	193
D) Los requisitos de la autovinculación administrativa basada en una prác- tica administrativa continuada.....	194
D.1) Cuestiones previas.....	194
D.2) La reiteración de la actuación anterior	195
D.3) La identidad objetiva: semejanza de los supuestos de hecho.....	195
D.4) La identidad subjetiva: procedencia del mismo órgano adminis- trativo.....	196
D.5) El carácter favorable de la actuación administrativa.....	198
D.6) El carácter activo u omisivo de la actuación administrativa	198
D.7) La legalidad de la actuación anterior.....	109
E) El contenido vinculante de la actuación administrativa	200
F) Las características de la autovinculación	201
F.1) La autovinculación no es normativa.....	201
F.1.1) Consideraciones previas.....	201
F.1.2) La vinculación a la Ley y al Derecho y la autovincula- ción de la Administración	202
F.1.3) El ámbito de aplicación de la autovinculación	203
F.2) La autovinculación es relativa	206
F.2.1) Consideraciones previas.....	206
F.2.2) Los límites de la autovinculación.....	207
F.2.3) La ruptura de la autovinculación: el apartamiento del cri- terio anterior	208
G) La recepción del principio de autovinculación de la Administración en el Derecho europeo.....	210
G.1) Cuestiones previas.....	210
G.2) El principio de autovinculación y su caracterización jurispuden- cial	211
G.3) Los fundamentos materiales de la autovinculación de la Adminis- tración comunitaria.....	215

	Pág.
G.3.1) Los principios de igualdad y de protección de la confianza	215
G.3.2) El derecho europeo a una buena administración.....	217
4. CONSIDERACIONES FINALES	220

SEGUNDA PARTE

EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL

CAPÍTULO IV. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL: ALCANCE Y REQUISITOS.....	225
1. PLANTEAMIENTO.....	225
2. UN RECORRIDO POR LA GÉNESIS Y LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA	226
A) Los orígenes de la doctrina del precedente administrativo en la jurisprudencia del tribunal Supremo.....	226
A.1) Consideraciones previas	226
A.2) El concepto de precedente administrativo.....	227
A.3) La negación del carácter normativo del precedente administrativo.	228
A.4) Los requisitos de aplicación del precedente administrativo entendido como una concreción del principio de igualdad	230
A.5) Los efectos de la invocación del precedente administrativo	232
B) La proyección de la Constitución Española de 1978 sobre la doctrina clásica del precedente administrativo.....	233
B.1) La nueva ubicación «constitucional» del precedente administrativo.	233
B.2) El precedente administrativo en la jurisprudencia constitucional.	234
B.2.1) Nota previa	234
B.2.2) La primera etapa: la negación de relevancia constitucional a los supuestos de invocación del precedente administrativo.....	235
B.2.3) La segunda etapa: el encaje del precedente administrativo en la jurisprudencia constitucional atinente al principio de igualdad	236
B.3) La jurisprudencia postconstitucional del Tribunal Supremo en torno al precedente administrativo.....	238
3. EL PERFIL DE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA ACTUALIDAD	238
A) ¿Qué se entiende y qué debe entenderse por precedente administrativo?....	238
A.1) Lo que el precedente administrativo es	238
A.2) Lo que el precedente administrativo no es. Delimitación de figuras afines	239
A.2.1) Cuestiones previas.....	239
A.2.2) La teoría de los actos propios.....	240
A.2.3) La práctica administrativa	241

	Pág.
A.2.4) Las prácticas administrativas	243
A.2.5) La regla de la analogía	243
B) La negación del carácter vinculante y normativo del precedente administrativo.....	244
C) Los fundamentos de la aplicación del precedente administrativo.....	246
D) Los requisitos de la aplicación del precedente administrativo.....	248
D.1) La identidad o coincidencia objetiva entre los supuestos de hecho.	248
D.2) La identidad subjetiva, referida al órgano administrativo de procedencia	250
D.3) La alteridad, relativa a los sujetos afectados	251
D.4) La existencia de una línea de precedentes uniformes	252
D.5) El precedente administrativo de acción y de omisión	253
D.6) La exclusiva aplicación del precedente administrativo en los ámbitos discrecionales.....	257
D.7) La existencia de sanción judicial previa (remisión).....	259
D.8) La prueba del precedente administrativo invocado	259
D.9) ¿La necesaria anterioridad del acto invocado? El consiguiente	260
E) La conformidad a Derecho del acto administrativo invocado como precedente.....	261
F) La publicación de los precedentes administrativos	264
G) La relación entre el precedente judicial y el precedente administrativo...	266
G.1) La influencia recíproca: los requisitos y los límites de aplicación del precedente.....	266
G.2) En especial, la exigencia de sanción judicial previa	267
H) Los efectos de la aplicación del precedente administrativo	268
H.1) La obligación de motivar el cambio del criterio precedente	268
H.2) La anulación de la actuación administrativa	269
H.3) La responsabilidad de la Administración	270
H.4) ¿La condena a la Administración a seguir el precedente?.....	271
4. CONSIDERACIONES FINALES	271
CAPÍTULO V. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO.....	273
1. PLANTEAMIENTO.....	273
2. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO COMO PARÁMETRO DE VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADO DEL SOMETIMIENTO PLENO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO.....	275
A) El planteamiento contradictorio en la jurisprudencia española.....	275
A.1) Consideraciones previas	275
A.2) La disociación de la aplicación del precedente y del principio de legalidad	275
A.3) El precedente como expresión del cumplimiento de la legalidad ...	276
B) La aplicación del precedente administrativo como garantía de sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho	277
B.1) El sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho en el Derecho público español	277

	Pág.
B.2) El precedente administrativo como precedente aplicativo	279
B.3) La relación del precedente administrativo con la densidad normativa	280
B.4) Consideraciones finales	283
3. LOS TIPOS DE VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY (LOS MÁRGENES DE DISCRECIONALIDAD) Y EL PAPEL DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO	284
A) Los márgenes de discrecionalidad de la Administración	284
B) La discrecionalidad administrativa como ámbito de aplicación del precedente administrativo	285
B.1) Cuestiones previas	285
B.2) El precedente administrativo en las actividades «plenamente» regladas	286
B.3) El precedente administrativo en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados	287
B.4) El precedente administrativo en los supuestos de discrecionalidad técnica	288
4. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO COMO TÉCNICA DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	290
A) Cuestiones previas	290
B) El precedente administrativo y el control de la discrecionalidad mediante los principios generales del Derecho	291
C) El precedente administrativo y la «reducción a cero» de la discrecionalidad	292
C.1) El concepto de «reducción a cero» o agotamiento de la discrecionalidad	292
C.2) El precedente administrativo no es un instrumento de agotamiento de la discrecionalidad	295
C.2.1) El precedente administrativo en general	295
C.2.2) Particularidades del precedente administrativo que actúa en virtud del principio de protección de la confianza	298
D) El precedente administrativo como una carga especial de motivación	298
D.1) La obligación de motivar el cambio de criterio precedente	298
D.2) La motivación como exigencia de justificación	301
D.2.1) Cuestiones generales	301
D.2.2) La racionalidad y la razonabilidad de la motivación	302
D.2.3) La universalidad del cambio de criterio	303
5. RECAPITULACIÓN	304
CAPÍTULO VI. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY	305
1. PLANTEAMIENTO	305
2. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY	307
A) Cuestiones previas	307

	<u>Pág.</u>
B) Breve evolución histórica del principio de igualdad liberal.....	307
C) En Derecho español.....	308
D) En Derecho alemán.....	309
E) En Derecho comunitario.....	311
3. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ACTUAL ENTRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.....	312
A) La idéntica estructura del principio de igualdad y del precedente.....	312
A.1) El funcionamiento de las normas de igualdad.....	312
A.1.1) La naturaleza relacional de la igualdad.....	312
A.1.2) Los términos de comparación y el <i>tertium comparationis</i>	313
A.1.3) El juicio de semejanza.....	316
A.2) El funcionamiento del precedente.....	316
A.3) Las modulaciones del funcionamiento de la igualdad en la jurisprudencia.....	317
B) La modulación del contenido protegido del principio de igualdad en su conexión con los precedentes.....	317
B.1) Cuestiones generales.....	317
B.2) La reducción de la protección de la igualdad a través de requisitos objetivos.....	318
B.2.1) Planteamiento.....	318
B.2.2) La exigencia de una identidad absoluta entre los supuestos de hecho.....	319
B.2.3) La exigencia de un precedente reiterado.....	319
B.2.4) El precedente sancionado judicialmente.....	321
B.3) La modulación de la protección de la igualdad a través de requisitos subjetivos.....	321
B.3.1) Planteamiento.....	321
B.3.2) La identidad subjetiva. La igualdad como exigencia de autocoherencia.....	322
B.3.3) La exigencia de alteridad subjetiva.....	324
B.4) El control del apartamiento del precedente y el principio de igualdad.....	326
B.4.1) Planteamiento.....	326
B.4.2) La identificación del principio de igualdad con el mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.....	326
B.4.2.1) Cuestiones previas.....	326
B.4.2.2) Los orígenes y el desarrollo del problema en Alemania. La teoría de Leibholz y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.....	327
B.4.2.3) La identificación de ambos principios en Derecho español.....	331
B.4.2.4) La cuestión en el Derecho comunitario.....	333
B.4.2.5) Tendencia actual.....	333

	<u>Pág.</u>
B.4.3) La identificación del derecho fundamental a la igualdad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.....	335
B.4.4) La identificación del principio de igualdad con el principio de universalización kantiana	337
B.4.5) La posible reducción de la igualdad a través del principio de proporcionalidad	339
C) La máxima de «no igualdad en la ilegalidad».....	340
D) Los efectos de la vulneración del derecho fundamental a la igualdad en los casos de precedente administrativo. Remisión	343
E) Diagnóstico de la protección actual del principio de igualdad a través del precedente.....	344
4. EL PAPEL DEL PRECEDENTE SEGÚN LAS NUEVAS CONCEPCIONES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD	347
A) Cuestiones generales	347
B) El punto de partida: la actual concepción de igualdad heredada del liberalismo	348
C) La nueva comprensión de la igualdad: la igualdad como diferencia	351
C.1) La completitud del principio de igualdad.....	351
C.2) La igualdad y la diferencia.....	352
C.3) La influencia anglosajona sobre las nuevas teorías de la igualdad ...	355
C.3.1) La libertad de ser diferente	355
C.3.2) La igualdad compleja	356
C.3.3) La igualdad como diferenciación	357
C.4) La tendencia a la protección de la diferencia.....	360
C.4.1) Planteamiento.....	360
C.4.2) La discriminación inversa	360
C.4.3) El derecho a la diferencia: el ejemplo del Derecho europeo	362
C.4.4) La discriminación por indiferenciación	367
C.5) El impacto de las teorías de la diferencia sobre el precedente.....	368
C.6) El reforzamiento del papel del precedente en un contexto de igualdad como diferencia	370
5. CONSIDERACIONES FINALES	371
CAPÍTULO VII. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA.....	373
1. PLANTEAMIENTO.....	373
2. LA CONEXIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA CON EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO	376
A) Cuestiones generales	376
B) En Derecho alemán	377
C) En Derecho comunitario.....	380
D) En Derecho español.....	381
3. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA DEPOSITADA EN EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO	383

	Pág.
A) Los presupuestos de las confianzas protegibles	383
A.1) Cuestiones generales	383
A.2) La existencia de una actuación previa generadora de confianza...	383
A.3) El carácter objetivo de la confianza.....	385
A.4) La defraudación de la confianza suscitada.....	385
A.5) La manifestación de la confianza	386
B) El precedente administrativo como acto generador de confianza legítima.	386
B.1) Cuestiones generales	386
B.2) La idoneidad «estricta» del precedente: la semejanza fáctica y la identidad del órgano administrativo	387
B.3) La falta de alteridad.....	388
B.4) La reiteración del precedente	390
B.5) La ilegalidad del precedente.....	391
B.6) El cambio de circunstancias	392
C) La defraudación de la confianza por apartamiento del precedente	392
D) Los efectos de la protección de la confianza depositada en el precedente administrativo	393
D.1) Cuestiones generales	393
D.2) Los sistemas de protección de la confianza	395
D.2.1) La protección procesal del Derecho anglosajón	395
D.2.2) La protección sustantiva o <i>contra legem</i> : el mantenimiento de actos o situaciones ilegales.....	397
D.2.2.1) En Derecho alemán	397
D.2.2.2) En Derecho español	400
D.2.3) La protección resarcitoria o compensatoria	404
D.2.3.1) En Derecho alemán	404
D.2.3.2) En Derecho español	407
D.2.3.3) El daño resarcible: la lesión del denominado «interés negativo» o «daño a la confianza» ...	410
D.3) Los efectos compensatorios y <i>contra legem</i> de la protección de la confianza derivada del precedente administrativo.....	412
4. LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA	413
A) Cuestiones generales	413
B) Cuadro general de los efectos del apartamiento del precedente administrativo.....	414
C) Los efectos derivados del principio de igualdad	415
D) Los efectos derivados del principio de protección de la confianza.....	417
CAPÍTULO VIII. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSIÓN	419
1. PLANTEAMIENTO.....	419

	<u>Pág.</u>
2. EL ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSIÓN EN LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO: LAS VERTIENTES RELEVANTES DEL DERECHO.....	422
3. EL DERECHO A UNA RESOLUCIÓN FUNDADA EN DERECHO	423
A) El contenido del derecho	423
B) Los cánones de control del precedente administrativo en la jurisdicción ordinaria <i>ex art. 54.1.c) LRJ-PAC</i>	425
B.1) El control de la idoneidad del precedente administrativo	425
B.2) El control a través de la motivación	426
B.3) La intensificación del control sobre la motivación cuando opera el derecho fundamental a la igualdad.....	430
B.4) La necesidad del cambio de criterio cuando opera el principio de confianza legítima	432
C) Los cánones de control constitucional de las resoluciones judiciales referidas al precedente administrativo <i>ex art. 24.1 CE</i>	432
C.1) Cuestiones generales	432
C.2) Los tests formales.....	433
C.2.1) Planteamiento.....	433
C.2.2) La incongruencia omisiva	433
C.2.3) La existencia de motivación.....	435
C.3) Los tests materiales	436
C.3.1) Planteamiento.....	436
C.3.2) Los tests de arbitrariedad, irrazonabilidad y error patente	436
C.3.3) El test de razonabilidad o motivación reforzada.....	439
C.3.4) El test de razonabilidad en los resultados	442
D) La motivación de segundo nivel como un nuevo elemento reglado en el control de los ámbitos administrativos discrecionales	442
4. EL DERECHO A NO SUFRIR INDEFENSIÓN.....	443
A) El contenido del derecho	443
B) La no indefensión en la prueba del precedente invocado.....	444
C) La obligación legal de motivar el cambio de criterio y la no indefensión.....	445
5. LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR	448
BIBLIOGRAFÍA	451
ÍNDICE	467

AGRADECIMIENTOS

El presente libro tiene su origen en la tesis doctoral que, con el mismo título, defendí el 10 de enero de 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid para la obtención del grado de Doctor Europeo. El tribunal que la enjuició estuvo formado por los Profesores Ángel Menéndez Rexach —que ejerció de Presidente—, José María Baño León, José Esteve Pardo, Jens-Peter Schneider y Mariano Bacigalupo Saggese. A todos ellos les agradezco sinceramente el interés que mostraron en la investigación, así como numerosos apuntes y observaciones que me han llevado a realizar algunas modificaciones que mejoran el texto original.

El largo camino que ha precedido a esta publicación ha sido posible gracias a numerosos apoyos. En primer lugar, gracias a la Universidad Autónoma de Madrid, donde inicié y continué mi carrera docente e investigadora. También a la Fundación Oriol Urquijo, que contribuyó a la financiación de mi formación predoctoral. A la Universidad Ruprecht-Karls de Heidelberg, que me acogió durante varios meses para llevar a cabo mi investigación en Derecho alemán en su Instituto de Derecho Público Europeo y Comparado. Asimismo, al Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado, por sus inagotables fondos bibliográficos; a la Universidad de Osnabrück, que me dio la valiosa oportunidad de incorporarme entre sus investigadores en el Departamento de Derecho Público del Instituto de Estudios Jurídicos Europeos; y, por último, a la Universidad de Montreal, en cuya Facultad de Derecho pude realizar una breve estancia de investigación.

Más allá de las instituciones, he de agradecer la ayuda e ilusión de numerosas personas que se han involucrado con intensidad en esta investigación. En primer lugar, mi director de tesis, Francisco Velasco Caballero. Además de su orientación y de su implicación plena en el desarrollo de mi actividad académica, me ha enseñado a descubrir y a desafiar mis límites y, lo que es más importante, a no temerlos. Sin su confianza y su maestría nada de esto hubiera sido imaginable. Junto a él, José María Rodríguez de Santiago hizo posible el inicio de esta tesis. Su generosidad fue entonces, y sigue siendo, un ejemplo. En Heidelberg,

el Profesor Eberhard Schmidt-Aßmann siempre estuvo dispuesto a atender mis consultas amablemente y a estimular el comienzo de nuevas investigaciones. En Osnabrück, el Profesor Jens-Peter Schneider fue un modelo, no sólo en el ámbito universitario. Su confianza y cercanía fueron fundamentales en los momentos «menos fáciles» y su interés por esta investigación me permitió someter a discusión en numerosas ocasiones los resultados aquí expuestos y, así, enriquecerlos. En Montreal, el Profesor José Woehrling me ayudó gentilmente a comprender algunas de las claves del *Common Law*. También, el entrañable Profesor Giuseppe Piperata me acercó al problema de la vinculación de la Administración italiana a sus precedentes. Y Ana Paeffgen, además de obsequiarme su valiosa amistad, revisó las partes de la tesis doctoral escritas en alemán.

Asimismo, agradezco el apoyo de mis compañeros en la Universidad Autónoma de Madrid, de los que también fueron colegas y amigos en las Universidades de Heidelberg y Osnabrück —muy especialmente María Ángeles Martín-Vida y Martha Leibrandt—, y de tantas otras personas: Manuel, Mark, Julia, Miguel, Josep, Ana García, Alberto, Cristina, Mónica, Irina, Rodrigo, Nati, Clara, Zaida, Teresa, Carmen, Mariano y María. Ese mismo sentimiento, amplificado, es extensible a mi familia. Durante este tiempo, mis padres, mi hermana Rosa y su familia me han ayudado a recordar lo importante cuando me perdía en las inseguridades del trabajo científico. Ellos han sufrido los peores momentos durante este tiempo, especialmente las largas ausencias —acentuadas, aunque no sólo, durante las estancias de investigación—. Su generosidad me ha permitido enfrentar siempre este trabajo con alegría e ilusión. Gracias por tanto amor, que espero saber corresponder. Finalmente, debo agradecer la ayuda de Luis Medina Alcoz. Desde el principio ha estado dispuesto a escucharme, a formular propuestas y a entusiasmarse sinceramente con las ideas de este trabajo y de muchos otros pasados, presentes (y deseo que también futuros). Gracias por darme tanta vida, por el tiempo compartido y por regalarme tu incomparable compañía.

PRÓLOGO

Había, hasta hoy, una paradoja. La enorme relevancia empírica del precedente administrativo no tenía reflejo suficiente en nuestra doctrina. Quienes prestan servicios en la Administración, o en los Juzgados y Tribunales, saben bien del valor del precedente. Los empleados públicos, con poder resolutivo o no, suelen seguir las pautas del pasado. Sólo excepcionalmente adoptan resoluciones o prácticas nuevas, adecuadas al caso concreto y sin mirar a los precedentes. Ésta es quizá, como destaca la profesora DÍEZ SASTRE, una nota característica del poder burocrático. Y si ésta es la realidad, la doctrina se había ocupado muy escasamente de la cuestión. Apenas dos estudios específicos, los dos excelentes, se habían dedicado al tema: uno de José ORTIZ DÍAZ (en la década de los cincuenta) y otro de Luis María DÍEZ-PICAZO, ya en los ochenta. Faltaba una aproximación completa, sistemática y contemporánea a la cuestión. Y eso es lo que aporta el libro de la profesora DÍEZ SASTRE. En lo que sigue voy a dar cuenta de tres aspectos centrales del libro. Primero, de su planteamiento metodológico; segundo del alcance de sus propuestas; y tercero, de la aplicabilidad de las propuestas teóricas de la obra a nuevas formas de la actuación administrativa.

I

Vamos con las cuestiones metodológicas. Acabo de decir que la obra es completa, en varios sentidos. Primero, por la amplitud de su perspectiva: aborda el precedente administrativo en el marco de una teoría general del precedente, que incluye también, y como parte principal, a los precedentes judiciales. Además, la obra es completa por la extensión del objeto de estudio: analiza la función del precedente tanto en Derecho español como en Derecho comunitario europeo; y se sirve, como término de comparación, de los Derechos alemán, anglosajón y, en menor medida, italiano.

El manejo del Derecho comparado es ejemplar. Cumple una función propiamente argumental, no meramente ilustrativa. El libro no contiene una «parte» alemana, anglosajona o italiana. Se ocupa íntegramente del precedente en el

Derecho público español y comunitario, pero para su correcta explicación se sirve del Derecho comparado. Ésta es hoy, quizá, una de las funciones principales de la metodología comparada: el conocimiento del Derecho foráneo sirve, sobre todo, para comprender mejor las singularidades del Derecho propio¹. En congruencia con este método comparado, instrumental para la comprensión del Derecho nacional, la obra que prologo no importa categorías foráneas de forma descontextualizada. Más bien, analiza el funcionamiento de los precedentes administrativos en cada Derecho nacional, y se preocupa por aclarar que cada tipo nacional de precedente administrativo sólo toma pleno sentido en su propio Derecho nacional. Esto se hace, fundamentalmente, con el Derecho alemán. De él se destaca que el precedente administrativo sólo toma sentido en el marco de una teoría general más amplia, la de la «autovinculación administrativa» (*Selbstbindung der Verwaltung*), que integra categorías para nosotros alejadas, como son las disposiciones administrativas internas y los precedentes. Sólo en el contexto de la singular comprensión de la relación entre Ley y Administración, conforme al art. 20 III GG se puede comprender la relativamente escasa relevancia doctrinal y jurisprudencial del precedente administrativo alemán. Si, como advertía NIETO hace años los estudios de Derecho comparado debían pasar un control fronterizo para su paso a España², el libro de la profesora DíEZ SASTRE supera con holgura ese control.

La obra es, además, sistemática. Primero observa la realidad de los precedentes, dónde se presentan y qué valor se les asigna en la práctica. Para ello se sirve de la jurisprudencia, tanto española como comunitaria; y a veces también alemana. Y una vez comprendida la realidad, reduce la complejidad fenomenológica a conceptos engarzados de forma sistemática. Así distingue entre los precedentes «normativos» y los «no normativos». Esto le permite marcar con claridad las distancias entre el precedente administrativo español y el precedente judicial anglosajón. Además, sentado que el precedente administrativo español no vincula por sí mismo (no es normativo), ofrece una catálogo ordenado de principios jurídico-constitucionales a través de los cuales el precedente goza de eficacia jurídica vinculante. Habla aquí la autora del principio de igualdad, de la interdicción de la arbitrariedad, del principio de confianza legítima y del principio y derecho a la tutela judicial efectiva. El mayor valor del libro está, precisamente, en su estructura sistemática. Mediante razonamientos inductivos se reduce la complejidad empírica de los precedentes a un sistema conceptual accesible y fácilmente transmisible. Y gracias a esa ordenación conceptual es posible luego extraer consecuencias prácticas precisas: el precedente difiere radicalmente de la costumbre normativa; el precedente es fundamentalmente un hecho de la realidad; el precedente no vincula por sí, sino a través de las normas positivas que lo toman como instrumento técnico. Es posible que la sistemática de la obra no sea fácilmente reconducible al catálogo de opciones sistemáticas formulado hace ya algunos años por LARENZ: sistema externo o conceptual, sistema interno o principal y sistema tipológico³. La obra prologada es sistemática en un sen-

¹ STARCK, «Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht», *Juristen Zeitung*, [1997], pp. 1021 y ss.

² NIETO, Prólogo al libro de J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *El alcance del control judicial de las Administraciones públicas en los Estados Unidos de América*, Madrid, Mc Graw-Hill, pp. XX.

³ LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Heidelberg, Springer-Verlag, 6.ª ed, 1991, p. 437.

tido más contemporáneo, más flexible: el sistema es explicación de la realidad jurídica a través de conceptos⁴. En todo caso, el libro de la profesora DIEZ SASTRE es un buen ejemplo del valor del pensamiento sistemático, aún hoy, cuando está de moda la crítica al sistema y la reivindicación de la tópica⁵. No se me tome a mal, pero creo que con la tópica se hacen buenos recursos y demandas, pero no se hace buen Derecho. Sobre todo si se entiende el pensamiento tópico como una simple forma de argumentación intuitiva, que destaca las virtudes del sentido común y que valora el razonamiento jurídico por su plausibilidad coyuntural.

II

El libro asume implícitamente la distinción tradicional y elemental entre creación y aplicación del Derecho. Y sitúa al precedente administrativo en el contexto teórico de la aplicación normativa. Este punto de partida no es caprichoso; es el que resulta de la jurisprudencia. Hasta hoy, las sentencias de los tribunales sitúan el precedente administrativo en el marco de la discrecionalidad administrativa, entendida ésta como el margen de opción que las leyes permiten a la Administración aplicadora. Esta jurisprudencia es perfectamente comprensible en un contexto general de vinculación positiva de la Administración a la Ley. Esto es, donde la Administración sólo actúa por mandato y autorización de la Ley. En ese contexto general, que ha marcado el Derecho público español de las últimas décadas, el precedente administrativo sólo podía estar en el lado de la aplicación, no en el de la creación normativa. Más aún. La hipóstasis del principio de legalidad «positivo», tan característico de nuestro Derecho, ha expulsado al precedente de los ámbitos de actividad administrativa «reglada», esto es, donde la Ley ya había predeterminado una «decisión única» para todos los casos concretos. Este resultado es especialmente intenso si se tienen en cuenta, además, la amplia comprensión de lo «reglado» en Derecho español. Llegamos así a una comprensión debilitada del precedente: sólo en la aplicación de la Ley, y sólo donde la Ley atribuye un poder discrecional a la Administración.

Creo, con la autora, que se debe mantener la ubicación teórica del precedente en el lado de la aplicación normativa. Es cierto que, en los últimos años, se viene defendiendo una apertura del Derecho más allá de la positividad de la norma escrita. Lo viene repitiendo NIETO en distintos foros y contextos⁶. No discuto la importancia de la *aplicación* normativa en la propia concepción del Derecho. Es necesario, sin duda, reivindicar el valor de la aplicación normativa; y superar con ello el mecanicismo hermenéutico en que ha acabado el principio de legalidad «positivo». Pero creo que la cuestión no es tanto convertir a la «aplicación» en Derecho como en hacer leyes idóneas para la resolución de casos concretos. Y, desde luego, no veo justificado reivindicar la labor aplicativa (y con

⁴ CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 58; y SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 4.

⁵ Así, GARCÍA FIGUEROA, «Contra el sistema por sistema», *Revista de Derecho privado*, diciembre de 1999, pp. 848 ss.

⁶ El último del que tengo noticia, NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 85.

ello, los precedentes administrativos) a costa del significado político-jurídico que expresa la distinción «creación-aplicación» del Derecho. Creo, como punto de partida, que nuestro sistema constitucional opta por una concepción política del Derecho: la norma jurídica, su fuerza vinculante, proviene de la legitimación democrática (directa o indirecta) de ciertos órganos constitucionales. De esta forma, cada norma positiva expresa una opción política, seleccionada a través de las formas democráticas previstas en la Constitución. Por eso mismo, el valor de la norma positiva es la del principio democrático. Nuestro sistema constitucional rechaza cualquier forma de creación ilustrada del Derecho, ajena a las formas democráticas. No reconoce un «Derecho preexistente» que algunos juristas (abogados, jueces y cargos administrativos) estén llamados a identificar y divulgar. En suma: nuestro Derecho no es *prioritariamente* el de la «razón jurídica» sino el de la representación política.

Ahora bien, la distinción elemental entre creación y aplicación del Derecho no impone, por sí, el menosprecio al precedente. Tal y como explica la profesora DIEZ SASTRE, el valor real del precedente administrativo está en función de la concepción general de las relaciones entre Ley y Administración (principio de legalidad) y de los parámetros constitucionales que rigen la aplicación de la ley. Como se explica en el libro —y en esto es muy influyente la propuesta teórica de BACIGALUPO⁷— el posible margen de juego del precedente administrativo resulta hoy ampliado al hilo de una revisión general de las relaciones entre Ley y Administración. Sólo donde hay margen de opción administrativa tiene sentido plantearse la eficacia del precedente; pues donde no hay posibilidad de opción tampoco puede haber quiebra de precedentes. Sentada esta premisa, hay que afirmar, con la autora, que la moderna revisión constitucional del principio de legalidad reconoce a la Administración aplicadora amplios espacios de decisión u opción. Allí donde no existen parámetros normativos positivos, la Administración puede resolver bajo su propio criterio y de forma no sustituible (por los jueces). Esto incluye, incluso, las normas formuladas con «conceptos normativos indeterminados», a través de los cuales se abren distintas posibilidades de opción a la Administración. En esta renovada comprensión del principio de legalidad —y de las categorías «discrecional» *versus* «reglado»— se abre un amplio campo de posible juego para el precedente. Habiendo campo para la opción administrativa habrá también, lógicamente, margen de juego para el precedente administrativo. Cuál sea finalmente ese margen de juego lo deciden los parámetros constitucionales que rigen la aplicación administrativa del Derecho. En el libro se seleccionan tres principales: el derecho de igualdad, el principio de protección de la confianza legítima y el derecho a la tutela judicial efectiva. De las explicaciones del libro se puede concluir que estos tres parámetros constitucionales dotan de «moderada» fuerza vinculante al precedente; sin excesos. En realidad, y esto ya son palabras más, la Constitución no impone la vinculación de la decisión presente al pasado; más bien proscribire ciertas *formas* de separación del precedente, las más groseras o cualificadas: prohíbe la separación no motivada, la no justificable (arbitraria) o la no asumible (en términos económicos). Pero motivando, con razón y con compensación, la Admi-

⁷ BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 49 ss.

nistración puede decidir cada caso concreto con propio criterio, separándose de decisiones anteriores.

III

El libro está construido sobre el tipo de normas administrativas más frecuentes en nuestro tiempo, las normas condicionales. Esto es, las normas que anudan una consecuencia jurídica concreta al cumplimiento de un determinado supuesto de hecho. Que haya más o menos discrecionalidad en la subsunción de los hechos, o en la determinación de la consecuencia jurídica, no impide seguir hablando de norma condicional. Pero cabe preguntarse si los resultados a los que llega la profesora DÍEZ SASTRE han de ser los mismos ante otros tipos de normas, cada vez más frecuentes en nuestros días, que no siguen el esquema condicional mencionado. Me refiero, en primer lugar, a las normas principales o finalistas, las que no imponen una consecuencia jurídica concreta, sino un resultado «en la medida de lo posible»⁸. Y me refiero, también, a las normas administrativas que sólo regulan formas organizativas y procedimentales; esto es, normas donde lo único relevante es el *cómo* se adopta la decisión, y nada se anuncia sobre cuál debe ser el contenido de esa decisión⁹. En ambos casos, tanto en las normas principales como en las normas de organización y procedimiento, se abre un amplio espacio para la decisión administrativa. Y la cuestión es entonces si la apertura de ese nuevo espacio de decisión activa con más intensidad al precedente administrativo. Esto es, si a mayor margen de opción administrativa, mayor eficacia vinculante del precedente. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Tanto las normas finalistas como las organizativo-procedimentales renuncian a predeterminar materialmente la decisión de casos concretos. Optan por que la decisión sea administrativa y para cada caso concreto. Parten de la premisa de que ciertas decisiones no se pueden predeterminar correctamente, ni siquiera mediante conceptos normativos indeterminados. A veces, porque la decisión correcta en cada caso está muy condicionada por las peculiaridades de cada supuesto: la composición de bienes e intereses ponderables está directamente en función de las circunstancias singulares de cada caso. Otras veces, la complejidad técnica de la materia aconseja que las normas se limiten a crear estructuras organizativas y procedimentales idóneas para la adopción de la decisión administrativa en cuestión. Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos de evaluación ambiental. En todos estos casos las leyes optan por que sea la Administración quien, caso a caso, adopte la decisión más ajustada al interés público. No se trata de una deferencia general hacia la Administración, sino una opción normativa para que *cada caso concreto* obtenga una respuesta administrativa singular, la más adecuada a cada situación fáctica. Y bien, esta opción normativa se vería quebrada si los nuevos espacios de valoración y decisión administrativa, abiertos por las leyes, se obturaran de nuevo por medio de una vinculación reforzada a los precedentes. Pues entonces ya no resolvería la Administración en cada caso concreto, sino sólo en el primero de los casos.

⁹ BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», en BARNES (dir.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2006, pp. 267 ss. (p. 271).

En suma, tiene sentido proyectar sobre estas decisiones administrativas «desprogramadas» los criterios «moderados» de vinculación al precedente propuestos en el libro.

Con estas líneas llego al final; no sólo del prólogo sino también de un proceso académico que empezó hace ya cinco años. De este tiempo, de la autora y de su libro sólo puedo decir cosas buenas. Y sobre todas dos: mucho agradecimiento y mucha esperanza.

Francisco VELASCO CABALLERO

Soto del Real
Marzo de 2008

PLANTEAMIENTO DEL TEMA

I. El precedente administrativo es un argumento empleado habitualmente por los particulares frente a la Administración en los procesos judiciales. No existe ningún precepto jurídico concreto en el ordenamiento jurídico que haga mención expresa a esta figura. Únicamente el art. 54.1.c) LRJ-PAC se refiere a la obligación de la Administración de motivar sus cambios de criterio. Sin embargo, es común que los particulares ante un acto negativo o desfavorable, por ejemplo, la denegación de una licencia, acudan a los tribunales alegando la existencia de un cambio de criterio injustificado por parte de la Administración. El precedente sirve, así, de prueba y argumento de la posible falta de coherencia de la Administración que, a su vez, se entiende que puede derivar en la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, del principio de protección de la confianza, o del principio de interdicción de la arbitrariedad. Así las cosas, una de las mejores vías para averiguar el modo de funcionamiento del precedente es el análisis de la jurisprudencia. En este sentido, la carencia de preceptos legales no es un problema. Existen múltiples sentencias, que se retrotraen a comienzos del siglo XX, en las que aparece el concepto del precedente administrativo. Y en la actualidad son cada vez más los supuestos y los sectores en que los particulares invocan los precedentes de la Administración. Así, por ejemplo, en las materias de registro de marcas, homologación de títulos, licencias de armas, pruebas de acceso a la función pública, autorizaciones de todo tipo, etc. En todos ellos, la jurisprudencia aplica la denominada «doctrina del precedente administrativo».

II. Esta doctrina jurisprudencial se refiere al modo de funcionamiento y a los posibles efectos del precedente. Su estructura se basa en la exigencia de una serie de requisitos que deben concurrir en el caso precedente y que, en alguna medida, se refieren a la semejanza existente entre el caso anterior y el actual. Además, la jurisprudencia parece apoyarse en una maraña de principios que se combinan entre sí para justificar el mayor o menor valor del precedente: legalidad, igualdad, interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, fundamentalmente. De ahí que, en la medida en que el precedente administrativo se relaciona, en concreto, con el principio de igualdad (art. 14 CE), el Tribunal Constitucional tam-

bién haya contribuido con sus pronunciamientos a configurar esta doctrina. Sin embargo, los Tribunales no han delimitado de forma nítida el papel del precedente administrativo en el ordenamiento jurídico y, en concreto, sus efectos jurídicos. El precedente configurado desde la jurisprudencia no tiene un encaje claro en las estructuras del Estado de Derecho. Parece que sólo lo sostienen algunos hilos de conexión con ciertos principios constitucionales. Esta sensación se constata, además, al comprobar que, a pesar de las constantes alegaciones de precedentes por los particulares, rara vez los Tribunales aceptan su virtualidad. Se produce, así, una ruptura entre el tratamiento que la práctica judicial dispensa al precedente administrativo y la relevancia que debería alcanzar conforme a los importantes apoyos normativos que, según la propia jurisprudencia, le sirven de base. El objeto de este estudio consiste, por tanto, en determinar la naturaleza, la ubicación y los efectos jurídicos del precedente administrativo en el ordenamiento jurídico español.

III. La configuración del precedente administrativo en la literatura jurídica también es confusa y problemática. Son muy pocos los autores que lo han afrontado con profundidad y mucho más escasas las aportaciones doctrinales recientes al respecto. Los únicos artículos dedicados al precedente administrativo, de los profesores ORTIZ DÍAZ y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, no han dado pie a estudios más amplios y no se han reflejado en el tratamiento que el resto de la doctrina dispensa a esta figura, a pesar de sus valiosas y clarificadoras aportaciones. El precedente administrativo recibe, así, hoy, un tratamiento muy similar al que se le dispensaba a comienzos del siglo XX. Se entiende que existe alguna conexión genética entre precedente y costumbre que hacen del primero una posible fuente del Derecho. Al mismo tiempo la idea de precedente —a pesar de referirse al ámbito administrativo— se liga automáticamente con la idea de los precedentes anglosajones, que también parecen ser fuentes del Derecho en sus ordenamientos jurídicos. Por otra parte, la mayoría de los autores ha asumido sin matices la doctrina jurisprudencial del precedente administrativo. El primer obstáculo que hay que superar al analizar la eficacia jurídica del precedente es, por tanto, su carácter normativo o no. Con ese fin, es fundamental investigar la verdadera conexión entre el precedente administrativo y la costumbre, así como entre el precedente administrativo y el clásico *precedent* inglés. Asimismo, es de gran utilidad acudir al Derecho comparado donde se plantean problemas muy similares a la hora de analizar la trascendencia jurídica de los actos pasados sobre el presente. Es fundamental captar que el precedente no es una figura aislada ni invariable. Hay una idea de precedente compartida por la comunidad jurídica que se nutre de una serie de rasgos básicos, y que se enriquece con múltiples matices en cada ordenamiento jurídico. Por eso es tan importante adentrarse en las experiencias comparadas y trascender el precedente administrativo para abarcar también el funcionamiento del precedente judicial. Con ese fin, se analizan no sólo los materiales del Derecho español, sino también los precedentes del Derecho europeo y, en el marco del Derecho comparado, del Derecho alemán, del Derecho italiano (aunque en menor medida) y del Derecho anglosajón, inglés y norteamericano, principalmente.

IV. Así las cosas, el presente estudio propone una ordenación sistemática del modo en que la Administración se vincula a sus precedentes. En un primer momento se adoptan dos perspectivas diferenciadas. Por un lado, el importante papel que cumplen los actos precedentes desde el punto de vista de la Ciencia

de la Administración (capítulo I). Por otro lado, la eficacia jurídica concreta que tiene el precedente administrativo bajo la óptica jurídico-administrativa (primera y segunda partes). Dentro de esta segunda dimensión, se responde a dos preguntas fundamentales. La primera se refiere a la naturaleza jurídica del precedente administrativo, en concreto, a su posible carácter de fuente del Derecho. La segunda, dependiente de la primera, trata de los efectos jurídicos concretos que se derivan de los actos precedentes de la Administración. La primera cuestión se resuelve negando la fuerza normativa del precedente administrativo en Derecho español. Ahora bien, para llegar a esa conclusión se expone su relación con otros precedentes tanto judiciales, como administrativos que, en Derecho español, o en otros ordenamientos jurídicos, tienen una virtualidad distinta. De este modo, gracias a la elaboración de una tipología de «precedentes» (primera parte) se constata la naturaleza aplicativa del precedente administrativo. El precedente administrativo no es más que una actuación de la Administración que resuelve un caso concreto. No se trata, por tanto, de una actividad normativa. La Administración en esos casos se somete a la Ley. La segunda pregunta, referida a la eficacia jurídica del precedente administrativo, se analiza en la segunda parte. El precedente administrativo carece de fuerza normativa, pero no por ello deja de producir efectos jurídicos. La virtualidad del precedente administrativo en Derecho español se basa en su capacidad para canalizar los efectos jurídicos de diversos derechos y principios constitucionales: el derecho fundamental a la igualdad, el principio de protección de la confianza, el principio de interdicción de la arbitrariedad y, subsidiariamente, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sin embargo no es suficiente con identificar los principios concretos. Se han seleccionado determinadas circunstancias de hecho que condicionan la aplicación de uno u otro. Así, por ejemplo, en función de las razones que justifican el apartamiento del acto anterior, de los sujetos implicados en la actuación precedente invocada, etc. De esta manera, el sistema de funcionamiento del precedente se compone de piezas situadas en dos niveles distintos relacionados entre sí. Por una parte, un elenco de principios y derechos que pueden canalizarse a través del precedente. Por otra parte, una serie de circunstancias de hecho que se combinan entre sí para determinar la aplicación de uno u otro principio o derecho, dando lugar a diversos efectos jurídicos.

V. El estudio que aquí se presenta constituye, pues, una propuesta de encaje de la doctrina del precedente administrativo en el ordenamiento jurídico vigente. No se hacen propuestas de *lege ferenda*. Simplemente se establece un modelo de funcionamiento del precedente acorde con las actuales premisas legales y constitucionales. No obstante, hay una parte concreta de la investigación, referida al principio de igualdad (capítulo VI), en la que se indaga con cierta profundidad en las posibilidades que el precedente tendría de operar en el caso de que cambiara la actual concepción del principio de igualdad, conforme a las nuevas corrientes que defienden el derecho a la diferencia. Ése constituye el único momento en el que se opta de forma abierta (aunque matizada) por una posible transformación, más iusfilosófica que iuspositivista, de la comprensión del precedente de la mano de una interpretación, en cierto modo, ambiciosa del principio de igualdad.

VI. Los datos hasta aquí expuestos conforman los problemas jurídicos tradicionales ligados a la idea de precedente administrativo, pero es necesario destacar un *prius* lógico que ha presidido el devenir de esta investigación. El con-

cepto jurídico de precedente —entendido sencillamente como un acto anterior que resuelve un caso similar a otro actual— es una pieza clave de todos los sistemas jurídicos occidentales. La idea de justicia está unida a la comparación intuitiva que se realiza con otras personas o actos. Es injusto que nos traten de forma distinta a otro sujeto, incluso se percibe como injusto que nos traten ahora de forma distinta a como se nos trató anteriormente. El precedente ayuda, así, a controlar la actuación de los poderes públicos cuando, al resolver casos concretos, deben elegir entre diferentes criterios o soluciones. Por eso, el precedente es parte necesaria de los sistemas jurídicos, en los ámbitos tanto judicial como administrativo. El precedente es, así, *Estado de Derecho en estado puro*. Partiendo de esta base, puede entenderse cómo, desde muy temprano, el planteamiento de este estudio se centró en el modo concreto en que debía funcionar el precedente, pero no en determinar si el precedente debía o no tener cabida en el ordenamiento jurídico. Una vez superado el prejuicio inicial frente a la idea del precedente, derivada de su caracterización en la cultura jurídica anglosajona, se advierte con facilidad su importante potencialidad para la consecución de numerosos valores del sistema jurídico: predictibilidad, coherencia, consistencia, racionalidad, eficiencia, justicia, entendida como trato igual de lo igual, etc. Justamente esa conciencia de la importancia universal del precedente en el ámbito jurídico aleja al mismo tiempo el peligro de importar directamente configuraciones pertenecientes a otros sistemas legales. El precedente tiene un modo de funcionamiento distinto en función del ordenamiento jurídico en el que se incardina. En este sentido, es clave la diferente configuración de la división de poderes, así como las diversas concepciones de la justicia que varían en cada tradición legal.

VII. Por último, conviene realizar algunas aclaraciones para facilitar la lectura del estudio. El lector habrá observado ya que he estructurado el texto en párrafos. Dentro de cada párrafo se destacan en cursiva las ideas más relevantes. Los párrafos están numerados. Sólo en este planteamiento la numeración se realiza en romanos. En el grueso de la exposición he optado por la numeración ininterrumpida en arábigos y —ocasionalmente, cuando se refieren a ideas ligadas a un mismo párrafo— con letras. De este modo, los diferentes capítulos no afectan a la numeración a lo largo del texto. Pues bien, esta numeración se utiliza para realizar remisiones internas entrecruzadas en toda la exposición. Esas remisiones tienen lugar habitualmente en el texto principal entre corchetes y empleando el símbolo § —referido al párrafo—, seguido del número o números correspondientes; aunque también es posible encontrarlas con la misma forma en las notas al pie. Con respecto a las notas, debo advertir que se intercalan las referidas a las obras o sentencias que sustentan algunas afirmaciones con las que amplían o matizan alguna idea que no goza de la entidad (o conexión) suficiente como para introducirla en el texto principal. Son más abundantes las notas del primer tipo que las del segundo, que pretenden satisfacer la curiosidad del lector sin entorpecer el seguimiento del texto principal. En las notas, precisamente, se encuentran las referencias a numerosas obras y sentencias españolas, europeas, pero también extranjeras —en especial, alemanas— en su lengua original. En este último caso, cito habitualmente entre comillas fragmentos de los pronunciamientos jurisprudenciales o doctrinales cuyas traducciones deben atribuirse (con más o menos fortuna) a mi persona. Eludo así la necesidad de hacer mención repetidamente a su autoría.