

Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliass del juez)

Francisco de P. BLASCO GASCO

La posibilidad de conocer de antemano la norma jurídica, su eficacia y su alcance, así como la interpretación de la norma sostenida por quienes tienen jurisdicción, los que dicen el derecho, es un pilar esencial en cualquier sistema jurídico. Pero la solución legislativa, los materiales con que construye dicho pilar, no es siempre la misma. Los dos grandes sistemas jurídicos en que, por mor de la sistematización, dividimos el mundo del derecho, es decir, el *civil law* y el *common law*, difieren esencialmente en tres cuestiones que afectan directamente al juez¹:

1. En cómo dotar de certidumbre al derecho, no sólo legal (procedimiento de creación, norma escrita y publicada) sino también judicial, es decir, en los medios de previsión de las decisiones judiciales

2. En el trato dado a los particulares que se hallan en la misma situación, que tiene mucho que ver con el derecho a la igualdad y el principio de justicia y muy poco (en realidad nada) con el principio de independencia judicial.

3. En la manera en que el jurista y, en concreto, el juez, determina y razona la respuesta jurídica: bien inductiva, en el área anglosajona; bien deductiva, en la continental.

En breve, se puede decir como sigue: los países del *common law* atienden a lo que se llama creación judicial del derecho, con base en el principio de *stare decisis* y del precedente judicial vinculante. En los países del *civil law*, la respuesta se obtiene mediante la creación legislativa del derecho, con base en el principio de legalidad.

Y aquí comienzan caminos divergentes que, como veremos, acaban encontrándose:

En el *common law* el derecho es de creación casuística y judicial (*case law*) y el juez utiliza un pensamiento o razonamiento inductivo que va de lo concreto (el caso real, los hechos) a lo general (la norma jurídica judicial), de manera que el grado de abstracción es mínimo y la demanda de seguridad máxima.

En el *civil law*, la creación del derecho es legislativa, con base en normas jurídicas escritas de estructura simple (supuesto de hecho y consecuencia jurídica) y enunciado general y abstracto. Así, el razonamiento del juez continental es un razonamiento deductivo que, mediante una serie de concatenaciones lógicas, va de lo general a lo particular.

De este modo, el juez anglosajón deriva la primera solución de los hechos y las siguientes del precedente; mientras que el juez continental la deriva de la norma jurídica preestablecida. Este modo de

razonar hunde sus raíces en el grado de abstracción que admite cada ordenamiento jurídico.

Pero, ¿podemos asegurar que todo esto es cierto, que los sistemas son tan diferentes en el momento de aplicación del derecho, que los jueces son tan distintos? ¿Podemos afirmar que el juez continental está subordinado sólo a la ley y que vive en el paraíso y tiranía de la norma ya creada, mientras que el juez anglosajón queda vinculado por el precedente y vive, a su vez, en el infierno y en la libertad de la creación judicial del derecho? Las cosas no son realmente tan sencillas².

Un texto del juez Cardozo ya nos pone sobre una pista seria:

“La norma que se nos pide que apliquemos no está en armonía con la vida que nos rodea... Pero en este caso la aplicamos porque su revocación podría ser perjudicial a los que han confiado en ella. Sin embargo anunciamos que si alguien confía en la misma en lo sucesivo lo hará a su propio riesgo” (B. N. Cardozo, *Great Northern Ry. v. Sunburst Oil*, 287 US 358 (1932).

Por un lado, en el derecho anglosajón no todos los precedentes son vinculantes. En general, lo son los de los órganos superiores (*binding precedent*) y, en particular los de la House of Lords, que se vinculó a sí misma en 1898 y se desvinculó de sí misma en 1966 (Practice Statement, 1966, 3 All ER 77). En realidad el carácter vinculante (*binding*) o persuasivo (*persuasive*) del precedente depende del orden jerárquico del Tribunal (no vinculan los jerárquicamente iguales ni, claro está, los inferiores), pero también de la autoridad o respeto que merece, entre sus colegas, el juez que dictó la resolución.

Asimismo, la doctrina del precedente no es la misma que la del principio del *stare decisis*, a menudo confundidas. La doctrina del precedente se incardina en la cuestión de las fuentes del ordenamiento jurídico, de manera que el precedente vincula no por precedente sino por constituir norma jurídica. El *stare decisis* vincula a un tribunal con sus decisiones anteriores, pero no tanto por ser precedentes cuanto por ser dictadas por el mismo tribunal: es un problema de igualdad ante la aplicación de la norma jurídica. En otras palabras, el sistema del precedente supone que la decisión judicial del caso en litigio se debe resolver con base en las *rationes decidendi* de sentencias anteriores de casos iguales o similares expuestas por tribunales supe-

¹ En general, vid. Galgano, F., *et alii*, *Atlas de derecho privado comparado*, trad. esp. Fernández Campos-Verdera Server, Madrid, 2000, págs. 21 y sigs.

² Herzog J. B., *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, Études de droit privé espagnol, 6, Toulouse, 1942, págs. 221. Por lo demás, este autor, configura la norma jurisprudencial como una norma jurídica, como una regla de derecho que no es ni legal ni consuetudinaria, pág. 160; Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, (trad. E. Valenti Fiol) Barcelona, 1961, págs. 34 y 35

riores, de manera que tales *rationes* previas conforman el ordenamiento jurídico, son normas jurídicas. El principio *stare decisis* significa que un juez o tribunal queda vinculado por sus propias decisiones para casos futuros. El sistema del precedente se incardina en sede de fuentes del ordenamiento jurídico: el precedente es fuente del derecho. El principio *stare decisis* se vincula a un principio de justicia y, en concreto, al de igualdad en la interpretación y aplicación de la norma jurídica ya creada por la ley, la costumbre o los principios generales del derecho.

Finalmente, el juez anglosajón puede separarse tanto del precedente vinculante como de sus decisiones anteriores a través de diversas figuras: *Distinguishing of a case* es la declaración de que la decisión previa no se reconoce y el efecto puede ser limitarla fielmente a sus propios hechos particulares o individuales³. El *refusal to follow* supone la posibilidad del juez de no seguir la decisión de otro juez que se halla a su mismo nivel jerárquico, en cuyo caso el conflicto espera la resolución de un tribunal superior. Del mismo modo, un caso puede perder su cualidad de ley, aunque no sea revocado (*reversed*) ni eliminado (*overruled*), por causa de un cambio de circunstancias o condiciones (*changed conditions*): *cessante razione cessat ipsa lex*. El *overruling* es la acción de un tribunal superior que elimina o modifica la *ratio decidendi* observada por un tribunal inferior en otro caso similar. Supone, por tanto, un cambio de *ratio decidendi*, con abandono de la precedente e instauración de una nueva *ratio*⁴. El funcionamiento del *overruling* sólo se entiende dentro del sistema jerárquico judicial anglosajón⁵ y supone una forma peculiar de modificación o eliminación del precedente, *rectius*, de la autoridad o vinculación jurídica de la *ratio decidendi* que configuró el precedente vinculante (*binder*). Es una prerrogativa de los tribunales superiores respecto del que decidió el caso. En general, su efecto es la creación de una norma jurídica en sentido contrario a la proposición por la que la anterior *ratio decidendi* obtuvo autoridad respecto de la doctrina del precedente⁶.

En la jurisprudencia continental, cada vez más, se pueden verificar los siguientes datos:

1. La labor judicial en la concreción de normas o cláusulas generales y abstractas: Qué sea buena o mala fe, abuso de derecho, buen padre de familia... no lo dice el legislador, sino el juez.

2. La labor judicial en la concreción de normas flexible y en la aplicación de la norma legal, adecuándola a la realidad y al caso concreto: artículos 3-1 y 2 CC.

3. La labor judicial en la corrección de normas jurídicas: doctrina jurisprudencial correcciona de la no presunción de solidaridad ex artículo 1.137 CC o creadora de la responsabilidad solidaria impropia ex artículo 1.591 CC.

4. La labor judicial en la concreción de principios generales del derecho.

5. La labor judicial en la creación de nuevas "regulae iuris" a través de las presunciones simples o *praesumptiones hominis*, como las que conducen a la inversión de la carga de la prueba de la culpa en sede de responsabilidad extracontractual.

6. La labor judicial, en definitiva, en la definición del ordenamiento jurídico, superado el prejuicio de su completud mediante las analogías *legis* y *iuris*: Ejemplo: sentencias del Tribunal Supremo 2 de julio de 1987 y 3 de marzo de 1989 sobre transexualidad.

7. Una mayor exigencia social de seguridad jurídica y en el tráfico jurídico, demandada por los ciudadanos al juez con mayor intensidad cuanto menor hallan en el legislador.

Decir que, en cualquier caso, aquí hay siempre una norma legal previa que el juez recrea es desconocer la función real del juez y quitar importancia a Miguel Angel porque, aunque esculpió el David, no creó el mármol.

Es verdad que el principio de legalidad impone la sometimiento del juez a la ley, hasta el punto que un juez no podría invocar objeción de conciencia para no aplicar una norma jurídica. Pero actualmente, carece de sentido sostener que el juez es sólo la boca de la ley, porque si lo es, es una boca que piensa y que no puede sustraerse de una elección valorativa en el momento de determinar, interpretar y aplicar la norma: la interpretación y aplicación de la norma jurídica la caso concreto lleva siempre aparejada una elección valorativa del juez de la que éste no se puede sustraer. Es más, la sustracción ya es en sí misma una elección valorativa, aunque se quiera revestir de neutralidad, tecnicismo o profesionalidad.

Por ello, puede decirse, como dice Nicol⁷ que en cualquier sistema judicial donde una decisión pueda estar basada o justificada en anteriores decisiones (y esto vale también para nuestro sistema, no en orden a la creación de normas vía judicial o precedentes, pero sí en orden a la determinación e interpretación de la norma) cada pronunciamiento judicial (en nuestro caso del Tribunal Supremo) presenta dos elementos:

1. El elemento descriptivo, en cuya virtud el juez determina el derecho aplicable.

2. El elemento prescriptivo en cuya virtud el juez fija la interpretación y alcance de la norma que aplica.

Ambos elementos se hallan íntimamente ligados hasta el punto que, aunque puedan dissociarse mentalmente, en la realidad son inescindibles.

³ Dias, R. W. M., *Jurisprudence...*, cit., págs. 145 y 146, donde dice (pág. 145) que "all that the doctrine means is that a judge must follow a precedent except where he can reasonably distinguish it".

⁴ Dias, R. W. M., *Jurisprudence...*, cit., págs. 148 y sigs.

⁵ Básicamente, en el orden civil, es la siguiente: Los County and Magistrates' Courts, tienen la jurisdicción limitada a causas de primera instancia; el High Court (Queen's Bench Division, Family Division y Chancery Division); el Court of Appeal (Civil Division) examina las apelaciones que provienen de los County Courts y de los High Courts; (Comité de Apelación de) la Cámara de los Lores (The Appellate Jurisdiction) (House of Lords) conoce de los recursos contra el Court of Appeal de Inglaterra y Gales, el Court Sessions de Escocia y el Court of Appeal de Irlanda del Norte. En general, Dias, R. W. M., *Jurisprudence...*, cit., págs. 127 y sigs.; Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 97 y sigs., en concreto, 102 y sigs.; Seroussi, R., *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, trad. E. Alcaraz Varó, Barcelona, 1998, págs. 21 y sigs.

⁶ En general, una exposición clara y diáfana en Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 6, 129 y sigs. y 163 y sigs.

⁷ Nicol, Andrew G. L., "Prospective overruling: a new device for English Courts?", en *The Modern Law Review*, 1976, vol. 39, pág. 542.

En definitiva, en los países del *civil law* se difunde cada vez más la convicción de que el juez no sólo aplica un derecho dado por la ley, sino que también crea un derecho nuevo⁹.

A esto contribuye decididamente el principio de igualdad (art. 14 CE), base del principio del *stare decisis* y de una idea mínima e intuitiva de la justicia: casos iguales se deben resolver de la misma manera. Pero también contribuye los límites intrínsecos de la ley como modo de producción del derecho: la ley es un instrumento lento, rígido, poco maleable, supeditado a los límites territoriales de la soberanía nacional. Frente a esto, el derecho jurisprudencial aparece como un derecho más vivo, más flexible para la adecuación del derecho a los cambios sociales. Y más aún el derecho contractual, que ni siquiera queda supeditado a las fronteras nacionales.

De hecho, un fenómeno que pone de manifiesto cuanto digo es el que ha sido llamado *la industria de la jurisprudencia*⁹: los abogados y los jueces apelan a los precedentes judiciales antes que a la ley (o a la ley interpretada según los precedentes judiciales). Y el mercado jurídico "vende" jurisprudencia, no leyes ni sesudas monografías: vende revistas recopilando jurisprudencia, revistas comentando jurisprudencia, bases de datos de jurisprudencia, códigos anotados con jurisprudencia, libros con índices jurisprudenciales, etc. A mayor exhaustividad en los índices jurisprudenciales, mayores ventas, porque la jurisprudencia representa aquí lo útil, lo práctico, lo cercano.

Todo esto es fácil de observar si reflexionamos acerca del instrumento más importante del juez, la sentencia. Si preguntara qué es una sentencia, alguien diría que es una resolución judicial escrita (al menos, en civil) que pone fin al proceso en su tramitación ordinaria o que resuelve los recursos extraordinarios (art. 206 LEC). Otro dirá los requisitos formales (encabezamiento, antecedentes de hecho,

fundamentos jurídicos y fallo (arts. 208 y 209 LEC). Y aún otro distinguirá entre sentencias materiales o de fondo y sentencias procesales o de absolución en la instancia. Pero una sentencia es algo más.

De entrada, en una sentencia, sea el juez anglosajón o sea continental, late siempre una triple tensión en orden a su eficacia normativa (la sentencia es siempre una regla de conducta para unas personas), a su eficacia vinculante para casos similares y posteriores y a su eficacia temporal (retroactividad o prospectividad del cambio de criterio).

Por eso, las sentencias, no sólo en los sistemas anglosajones, desempeña una doble función:

— de un lado, resuelve el conflicto planteado ante el Tribunal, conflicto concreto entre dos partes;

— de otro lado, coadyuva al desarrollo del ordenamiento jurídico al aplicar e interpretar sus normas¹⁰.

La primera función la realizan todos los órganos judiciales al resolver el litigio planteado ante ellos; la sentencia, así, contiene una regla o norma de conducta individualizada y heterónoma (a diferencia de la norma contractual, que es autónoma) que deben observar los sujetos cuya disputa ha sido sometida a litigio, que vincula directamente a las partes y a sus causahabientes.

La segunda función, generalmente reservada a los tribunales de superior jerarquía y, por lo que respecta a nuestro sistema, al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores de Justicia, configura la sentencia como una norma o criterio que conforma el ordenamiento jurídico: lo conforma, pero no forma parte de él (al menos del nuestro); lo integra, pero no se integra en él (arts. 1-6 CC y 1.692-4 antigua LEC), del mismo modo que las manos del alfarero moldean la figura de barro sin integrarse en ella. Mas la nueva LEC da un giro radical: el artículo 477, en sede de motivo único del recurso de casación (infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso), establece como una de las causas el interés casacional (art. 477-3) y, como manifestación de ésta, que la sentencia se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. De donde la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se debe considerar una de las normas aplicables para resolver el litigio a que se refiere el artículo 477-1, pues este precepto no se refiere a la infracción de norma legal, ni siquiera de norma jurídica, sino de normas aplicables al caso en cuestión. Así, por otro lado, en sede de recurso en interés de ley, el artículo 490 LEC establece que tal recurso se interpone para la unidad de la doctrina jurisprudencial contra sentencias que resuelven recursos extraordinarios por infracción de ley procesal y el artículo 493 LEC concluye que las sentencias estimatorias de los recursos en interés de ley fijarán en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, dice, la sentencia "se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribu-

⁹ En general, entienden que es fuente del Derecho, Planiol, M.-G. Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, T. I, 11^a ed., París, 1928, pág. 48; Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho civil*, T. I, Introducción, 2^a ed., Madrid, 1899, pág. 31; Castán Tobeñas, J., *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2^a ed., Madrid, 1954, págs. 7 y sigs.; Robles Álvarez de Fuentemayor, A., "El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española", *RGLJ*, T. XV, 1948, págs. 554 y sigs.; Herzog J. B., *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne...*, cit., pág. 160; Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, 1951; Id., *Cómo ha de ser invocada la doctrina del Tribunal Supremo*, en Medio Siglo de Estudios Jurídicos, Valencia, 1997, págs. 189 y sigs. (antes, en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero, 1953); Esser, J., *Principio y norma...*, cit., pág. 31; sigs. D'ors, A., *Principios para una teoría realista del Derecho*, en Anuario de Filosofía del Derecho, 1953, t. I, págs. 313 y sigs. De la Vega Benayas, C., *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código civil*, Madrid, 1976, págs. 93 y si.; Id., *Introducción al derecho judicial*, Madrid, 1970, págs. 144 y sigs.; Ogayar Ayllón, T., *Creación judicial del Derecho*, Madrid, 1975, págs. 21 y sigs.; De Diego, F. Clemente, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925, el cual, a pesar de negar que la jurisprudencia fuera fuente formal del derecho, la configuraba como fuente indirecta, págs. 134 y sigs.; Bin, M., "Funcione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1988, *Otto voci sul precedente giudiziario*, págs. 545 y sigs. Como fuente de hecho la define Sbisà, "Certeza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)", en *Contratto e Impresa*, 1988, *Otto voci sul precedente giudiziario*, págs. 519 y sigs.

¹⁰ Galgano, F., *Atlas de derecho privado...*, cit., pág. 41.

¹⁰ Cfr. Dowling, N. T., E. W. Patterson y R. Powell, *Materials for legal method*, Chicago, 1946, pág. 29.

nales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo".

Otra llamada a la jurisprudencia (no ya del Tribunal Supremo, sino en general) con carácter vinculante se deriva del párrafo segundo del artículo 394 LEC en sede de condena en costas. Dice el citado precepto que para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso, se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

Por otro lado, la segunda función (coadyuvar al desarrollo del ordenamiento jurídico al aplicar e interpretar sus normas, es decir, conformarlo) se manifiesta de manera distinta según el sistema legal de que se trate: en los países del área anglosajona, se traduce en la idea del precedente y del principio *stare decisis*¹¹; en los países continentales, se materializa en la llamada jurisprudencia constante o consolidada emanada de los recursos de casación en los que el Tribunal Supremo interpreta y aplica la norma jurídica. En los primeros, en general, se produce la llamada creación judicial del derecho, es decir, que la sentencia y, en concreto, la *ratio decidendi* se configura como norma jurídica de origen judicial; en los segundos, también en general, se suele entender que la jurisprudencia no es fuente formal del ordenamiento jurídico (se trata de sistemas normativistas basados en el principio de legalidad), sino que se limita a interpretar y aplicar la norma jurídica ya creada. Por ello, se ha afirmado que, en el derecho casuístico, la jurisprudencia tiene un carácter formativo y estabilizador, mientras que en el sistema de derecho codificado actúa como factor de agilidad; en los países anglosajones da un carácter de certidumbre a un ordenamiento falto de codificación; en los países continentales, se encarga de agilizar la legislación cristalizada en Códigos¹². Pero ya Esser advirtió que se puede demostrar que también la jurisprudencia continental posee una tendencia estabilizadora; mientras que el efecto estabilizador del precedente y de la doctrina del *stare decisis* es neutralizado por diversos caminos cuando se trata de la nueva creación de principios y de eliminación del precedente¹³.

Por otro lado, que la uniformidad, la coherencia y la certidumbre del derecho no son exclusivas del derecho continental ni de la llamada jurisprudencia

constante, sino que lo persigue el derecho anglosajón, lo evidencia no ya las anteriores palabras transcritas del juez Cardozo, capaz de mantener una norma obsoleta con base en el principio de seguridad y confianza y anunciar, a la vez, un *overruling* con carácter prospectivo, sino también las palabras que siguen del juez Park, dictadas hace más de ciento cincuenta años, y que definen el sistema del *common law* y la estabilidad, coherencia y certidumbre del derecho como sistema científico:

"Nuestro sistema de *common law* consiste en aplicar a los supuestos nuevos las reglas de derecho que nosotros, los jueces, derivamos de los principios jurídicos y de los precedentes judiciales; y con el fin de garantizar la uniformidad, la coherencia y la certeza del derecho debemos aplicar tales reglas, siempre que no sean claramente ilógicas o estén fuera de lugar, a todos los casos iguales que se presenten; y no tenemos ninguna posibilidad de desatenderlas o de rechazar su aplicación analógicamente, sólo porque consideremos que tales reglas no sean tan oportunas o ajustadas como deseáramos. Creo que mantener este canon absolutamente firme es de extrema importancia, no sólo para la resolución del caso en cuestión, sino sobre todo por el interés superior del derecho como sistema científico" (juez Park, *Mirehouse v. Rennel*, 1833, C 1, F 527, 546, 6 ER 1015, 1023).

¿Quién no suscribiría, *mutatis mutandi*, tales palabras?

La interpretación reiterada de la norma jurídica realizada por el Tribunal Supremo puede decirse que se adhiere a la norma, de manera que cuando dicha norma deba ser interpretada de nuevo para aplicarla a un caso nuevo pero igual o similar, deberá interpretarse en los mismo términos¹⁴ o, al menos, deberá tomarse en consideración la interpretación hasta ese momento realizada. Esta función de la jurisprudencia del Tribunal Supremo está más allá y más acá de la cuestión acerca de si la doctrina jurisprudencial es o no fuente (formal) del ordenamiento jurídico. En este sentido, la jurisprudencia tiene menos fuerza porque, en un sistema normativista, basado en el principio de legalidad, como es el nuestro, la jurisprudencia no se puede considerar fuente del ordenamiento jurídico (arts. 1-1, 1-6 y 1-7 CC)¹⁵. La jurisprudencia no tiene fuerza creadora de normas jurídicas ni siquiera por la vía consuetudina-

¹¹ En general, sobre el sistema del precedente como fuente del derecho y del principio *stare decisis* en el derecho anglosajón, puede verse Cross, Rupert y J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4ª ed., Oxford, 1991, págs. 97 y sigs. y 125 y sigs.; Allen, C. K., *Law in the making*, 7ª ed., Oxford, 1964, págs. 161 y sigs. y 236 y sigs.; Paton, G. W., *A text-book of jurisprudence*, 3ª ed., Oxford, 1964, reimpr. 1967, págs. 179 y sigs.; Dias, R. W. M., *Jurisprudence*, 5ª ed., Londres, 1985, págs. 126 y sigs.; Gray, John Chipman, *The Nature and Sources of the Law*, 2ª ed., a cargo de R. Gray, Nueva York, 1921, reimpr. 1997, págs. 132 y sigs.; Lloyd, D., *Introduction to Jurisprudence*, 6ª ed. a cargo de M.D.A. Freeman, Londres, 1994, págs. 1.260 y sig.; Salmond, J., *Jurisprudence*, 12ª ed., a cargo de P. J. Fitzgerald, Londres, 1966, págs. 141 y sigs.; Simpson, A. W. B., "The Common Law and the Legal Theory", en *Oxford Essays in Jurisprudence* (Second Series), Oxford-Norfolk, 1973, reimpr. 1978, págs. 77 y sigs.

¹² Herzog J. B., "Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne", *Études de droit privé espagnol*, 6, Toulouse, 1942, págs. 221. Por lo demás, este autor, configura la norma jurisprudencial como una norma jurídica, como una regla de derecho que no es ni legal ni consuetudinaria, pag. 160.

¹³ Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, (trad. E. Valenti Fiol) Barcelona, 1961, págs. 34 y 35

¹⁴ Durgala, M. M., "Prospective overruling the Common Law", en *Syracusa Law Review*, 1962, vol 14, pág. 55, donde dice expresamente que la interpretación de la ley se convierte en parte de la ley y un cambio de criterio tiene el mismo efecto que una modificación legislativa o una derogación.

¹⁵ Blackstone, W., *Commentaries of the Laws of England*, ed. facsímil de la 1ª ed. 1765-1769, Chicago, 1979, vol I (1765) quien señalaba que "...For if it be found that the former decision is manifestly unjust or absurd, it is declared, not that such setence was bad law, but that it was not the law" (págs. 69 y 70). Vid. Allen, C. K., *Law in the making...*, cit., págs. 302 y sigs. En la versión española, *Las fuentes del Derecho inglés*, Madrid, 1969, págs. 437 y sigs.; Dias, R. W. M., *Jurisprudence...*, cit., págs. 126 y sigs., en concreto, 132 y sigs. y 162 y sigs.; Salmond, J., *Jurisprudence*, 12ª ed., a cargo de P. J. Fitzgerald, Londres, 1966, págs. 141 y sigs. Acerca de la regla del *stare decisis* en los Estados Unidos de Norteamérica, vid. David, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de la 2ª ed. por P. Bravo Gala, Madrid, 1968, págs. 339 y sigs.

ria¹⁶. Pero, por otro lado, la jurisprudencia manifiesta una fuerza más allá de la de las propias fuentes del ordenamiento jurídico: la de quien, según la ley, interpreta, fija y da sentido a las normas jurídicas¹⁷. En este sentido, se manifiestan las funciones dichas antes: la interpretación de la norma, la fijación de su significado y su alcance, manifiesta la función nomofiláctica de la jurisprudencia, su conformación del ordenamiento jurídico, al que dota de uniformidad; pero la norma así interpretada se aplica, y se aplica para resolver un determinado conflicto planteado ante el Tribunal, es decir, se manifiesta como regla de conducta imperativa e individualizada. Y esa manera de interpretar y aplicar las normas jurídicas tiene un reconocimiento de autoridad, si no derivada del propio ordenamiento jurídico, que, en nuestro sistema, habilita un recurso de casación por infracción de la jurisprudencia aplicable al caso, sí, al menos, como dice Inzitari¹⁸, por efecto de una repetida y consolidada tradición interpretativa de los jueces, en nuestro caso, del Tribunal Supremo.

Pero la cuestión aquí no es, o no sólo, la vinculación al precedente judicial en cuanto norma jurídica o la vigencia del principio del *stare decisis*. No es una cuestión de creación judicial del derecho sino de vinculación a la interpretación dada por el Tribunal. Con otras palabras, no se trata de la cuestión acerca de si la jurisprudencia es fuente del derecho¹⁹ o no lo es²⁰ o tiene una función intermedia²¹ y,

¹⁶ Por todos, Oliva Santos, A. de la, "La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del código civil", en A.D.C., 1975, págs. 442 y 443. Mantiene el carácter de costumbre (*usus fori*) de la jurisprudencia cuando concurren todos los requisitos del derecho consuetudinario, Enneccerus, L., -H. C. Nipperdey, *Derecho civil (Parte General)*, T. I, Vol. I, Tratado de Derecho civil Enneccerus-Kipp-Wolf, trad. de la 39ª ed. de B. Pérez González y J. Alguer, Barcelona, 1943, págs. 165 y 166. Sus traductores y anotadores, tras negar que la jurisprudencia sea fuente del derecho (pág. 167), resaltan su valor extraordinario (pág. 167) y concluyen afirmando que el *usus fori* se convierte en fuente del derecho cuando concurren todos los requisitos del derecho consuetudinario (pág. 168).

¹⁷ Ha dicho V. Frosini que la ley y la jurisprudencia son, en realidad, una sola fuente, tanto en los sistemas antiguos en los que la sentencia era ley como en los modernos en que la sentencia deriva de la ley (*La estructura del Derecho*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1974, pág. 105).

¹⁸ Inzitari, B., "Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1988, págs. 526 y sigs. Vid. también Galgano, F., "L'interpretazione del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1985, págs. 701 y sigs., donde señala que jueces y abogados trabajan más con base en citas jurisprudenciales que legales.

¹⁹ En general, entienden que es fuente del Derecho, Planiol, M.-G. Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, T. I, 11ª ed., París, 1928, pág. 48; Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho civil*, T. I, Introducción, 2ª ed., Madrid, 1899, pág. 31; Castán Tobañas, J., *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2ª ed., Madrid, 1954, págs. 7 y sigs.; Robles Álvarez de Fuentemayor, A., "El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española", *RGLJ*, T. XV, 1948, págs. 554 y sigs.; Herzog J. B., *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne...*, cit., pág. 160; Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, 1951; Id., "Cómo ha de ser invocada la doctrina del Tribunal Supremo", en *Medio Siglo de Estudios Jurídicos*, Valencia, 1997, págs. 189 y sigs. (antes, en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero, 1953); Esser, J., *Principio y norma...* cit., pág. 31; sigs. D'Ors, A., *Principios para una teoría realista del Derecho*, en Anuario de Filosofía del Derecho, 1953, t. I, págs. 313 y sigs. De la Vega Benayas, C., *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código civil*, Madrid, 1976, págs. 93 y si.; Id., *Introducción al derecho judicial*, Madrid, 1970, págs. 144 y sigs.; Ogayar Ayllon, T., *Creación judicial del Derecho*, Madrid, 1975, págs. 21 y sigs.; De Diego, F. Clemente, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925, el cual, a pesar de negar que la jurisprudencia

si es fuente, qué tipo de fuente es y por qué; no se trata de determinar cuál es el valor de la jurisprudencia o su papel²².

Se trata de la que podemos llamar *norma jurisprudencial*: norma, en cuanto regla que determina las condiciones de ejecución de una operación o en cuanto regla que se debe seguir o las que se deben ajustar las acciones. Si se quiere, mandato que establece la forma en que han de interpretar-

cia fuera fuente formal del derecho, la configuraba como fuente indirecta, págs. 134 y sigs.; Bin, M., "Funcione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1988, *Otto voci sul precedente giudiziario*, págs. 545 y sigs. Como fuente de hecho la define Sbisà, "Certeza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)", en *Contratto e Impresa*, 1988, *Otto voci sul precedente giudiziario*, págs. 519 y sigs.

²⁰ Valverde y Valverde, C., *Tratado de Derecho civil español, Parte General*, T. I, 3ª ed., Valladolid, 1925, págs. 179 y 180; De Buen entiende que según la interpretación dada por el Tribunal Supremo, los principios generales del derecho son, en substancia, lo mismo que la Ley de Enjuiciamiento civil denominaba doctrina legal y que, en lo que respecta al valor de la doctrina legal y de la jurisprudencia, la situación no ha variado después del Código civil; hoy se puede fundar un recurso de casación en la infracción de la doctrina sentada por la jurisprudencia, puesto que ésta tiene virtualidad para crear y apoyar principios generales del derecho (De Buen, D., *Derecho civil español común*, 2ª ed., vol. I, Madrid, 1931, pág. 40; Castro y Bravo, F., de *Derecho civil de España, Parte General*, T. I, 2ª ed., Madrid, 1949, reimpr. facsímil, 1984, págs. 507 y sigs.; Díez-Picazo, L., "La jurisprudencia", en *El Poder Judicial*, vol. I, Madrid, 1983, págs. 280 y sigs.; Id. *Comentario a las reformas del Código civil*, Madrid, 1977, vol. I, ad artículo 1-6 C.C., págs. 134 y sigs.; Albaladejo García, M., "La jurisprudencia", *RDP*, 1970, págs. 549 y sigs.; Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I, Parte General del Derecho civil, Vol. 1º. Introducción, Barcelona-Zaragoza, 1982, pág. 195; en la edición de 1988, revisada y adicionada por Delgado Echeverría, pág. 217; Montes Penadés, V., *Derecho civil. Parte General (Coords. López-Montés)*, 2ª ed., Valencia, 1995, pág. 146, dice que la jurisprudencia, entendida como modo habitual de resolver, interpretando y aplicando las normas se aproxima a lo que hemos denominado fuente del Derecho. Batlle Vázquez, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, ad artículo 1º, Jaén, 1978, págs. 64 y sigs.; Oliva Santos, A. de la, "La jurisprudencia...", cit., págs. 440 y 442; O'Callaghan, X., *Código civil comentado y concordado*, Madrid, 1996, pág. 5 y 6; De los Mozos, J. L., *Derecho civil español, Parte General*, T. I, vol. I, Salamanca, 1977, págs. 604 y sigs.; Gete-Alonso, Mª. C., en Puig Ferriol, Ll., Mª C. Gete-Alonso, J. Gil Rodríguez, J. Hualde Sánchez, *Manual de Derecho civil*, I, *Introducción y Derecho de la persona*, Madrid, 1977, pág. 67; Calvo Vidal, Félix, M., *La jurisprudencia, ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, 1992, págs. 174 y 299 y conclusiones VI, IX y X; Carbonnier, J., *Droit civil. Introduction*, 17ª ed., 1988, París, págs. 232 y sigs., en especial, 237 a 240; Colin, A.-H. Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*, T. I, con notas de D. De Buen, Madrid, 1922, pág. 61; Larenz, K., *Derecho civil (Parte General)*, trad. española de la 3ª alemana, Jaén, 1978, afirma que la jurisprudencia no es una fuente del Derecho sino de conocimiento del Derecho (págs. 15 y 16), pero una jurisprudencia constante y exacta puede dar lugar a la formación de una derecho consuetudinario entendido como norma vinculante que valen del mismo modo que una ley y siempre que reúna los requisitos de la costumbre; no, en cambio, si es un jurisprudencia inexacta (págs. 13 a 15). Lalaguna Domínguez, E., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 1º, 2ª ed., Madrid, 1992, ad artículo 1-6, pág. 394; Id., *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, passim.; Id., *Voz "Jurisprudencia"*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIV, Barcelona, 1978, págs. 616 y sigs.

²¹ Lalaguna Domínguez, E., *Jurisprudencia y fuentes del Derecho...*, cit., pág. 151 y sigs.; Id. *Comentarios...* cit., 392 y sigs.

²² Sobre la cuestión, vid. Díez-Picazo, L., "Constitución y Fuentes del Derecho", en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, vol. I, págs. 660 y sigs. "La Constitución española prohíbe terminantemente cualquier creación judicial de derecho. Los jueces no hacen el derecho. Juzgan y hacen juzgar lo juzgado. Dicen el derecho al juzgar los casos concretos, pero no lo crean." Respecto del problema de la relación entre la jurisprudencia y las fuentes del Derecho y por tanto del problema del valor y alcance de la jurisprudencia, dice que "no es de creer que la Constitución posea en este punto un virtud innovadora", pág. 661.

se las normas; jurisprudencial, en cuanto derivada o nacida de la consideración de un conjunto de casos concretos, lo cual no se puede confundir con la justicia del caso concreto²³. Efectivamente, es posible la distinción entre derecho judicial y derecho jurisprudencial. Aquel nace de la resolución del caso concreto, cuya *ratio decidendi* se configura como norma jurídica de creación judicial, sin necesidad de reiteración. Derecho jurisprudencial, en cambio, es el derecho legal o, en general, el derivado de una norma jurídica (legal, consuetudinaria o extraída de un principio general) de acuerdo con una determinada interpretación judicial con voluntad de permanencia. Esta voluntad deriva, a su vez, de la reiteración en la interpretación de la norma o de una manifestación expresa (lo dice el tribunal o es sentencia del Pleno) o tácita (derivada de un expreso cambio de criterio jurisprudencial) del propio tribunal, sea *ratio* o sea *obiter*. Nuestro sistema parece prohibir (en realidad, no es que la prohíba, es que no la permite) la creación judicial del derecho, puesto que el juez sólo está sometido al imperio de la ley; pero no prohíbe la creación jurisprudencial del derecho en los términos ahora dichos, es más, determinados principios constitucionales y derechos fundamentales, así como normas de legislación ordinaria fundamentan la creación jurisprudencial del derecho en cuanto mecanismo para sostener la uniformidad y unidad en los pronunciamientos judiciales (principio de justicia, proscripción de la arbitrariedad, derecho a la igualdad y a la tutela judicial efectiva —arts. 1-1, 9-3, 14 y 24 CE—, recurso de casación por infracción de la doctrina del Tribunal Supremo (art. 477-3 LEC, recurso en interés de ley para la unidad de la doctrina jurisprudencial (arts. 490 y 493 LEC, etc.). Curiosamente, en nuestro sistema si hay un derecho de clara creación jurisprudencial (y hay tantos) es el de la propia jurisprudencia: es la propia jurisprudencia quién determina qué es jurisprudencia, cómo nace la norma jurisprudencial, cómo vincula, cómo se modifica y cómo se extingue.

A mi entender, es un error situar el problema de la jurisprudencia y, en concreto, el del valor de la jurisprudencia en sede de fuentes del ordenamiento jurídico²⁴. Como ha señalado P. Sala²⁵, actualmente es un problema no sólo exclusivo de la teoría de las fuentes del Derecho o del sistema de fuentes legalmente establecido, sino también, por la irrupción de la Constitución y la necesidad de combinar por ello las ideas de aplicación de las normas y de ponderación de principios cuando de la resolución de conflictos jurídicos intersubjetivos se trata, de la necesaria satisfacción del principio y derecho fundamental de igualdad y de las implicaciones que su pleno desarrollo exige.

El error se centra en hacer equivaler el sistema

²³ Como advierten Galgano, F., "Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile", en *Contratto e Impresa*, 1985, pág. 48; y Bin, M., "Funcione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1988, *Otto voci sul precedente giudiziario*, pág. 548.

²⁴ En el mismo sentido, Oliva Santos, A., de la, "La jurisprudencia...", cit., págs. 437 y sigs.

²⁵ Sala Sánchez, P., "El principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho", en *AAMN*, XXXIV, Madrid, 1994, pág. 12

del precedente o del *stare decisis* con la naturaleza de fuente del Derecho del precedente judicial; es decir, en entender que la fuerza vinculante del precedente o la obligación de resolver casos futuros de igual manera que casos pasados se basan en el carácter formal de fuente del ordenamiento jurídico de las decisiones judiciales. Es cierto que puede ser así y que de hecho es así es los sistemas de creación judicial del derecho, pero no es menos cierto que la vinculación al precedente es pensable más allá de un sistema de creación judicial del derecho y no se debe emparejar necesariamente con el cuestión de las fuentes del ordenamiento jurídico²⁶, del mismo modo que un sistema normativista no excluye necesariamente la creación judicial del derecho. El problema ha residido, a mi entender, en plantear la cuestión de manera excluyente y cerrada: si la sentencia vincula al Tribunal que la dictó, o a éste y a los órganos judiciales inferiores, para el futuro, entonces el precedente es fuente del ordenamiento jurídico; si no vincula, entonces no es fuente del ordenamiento jurídico. Cuando, insisto, no es un problema de creación del derecho sino de vinculación, y por qué y con qué alcance, del precedente. En otras palabras, son cuestiones distintas la de determinación de las formas de creación y desarrollo del ordenamiento jurídico (problema de las fuentes) y la de la eficacia vinculante de una determinada resolución judicial respecto de casos futuros similares o iguales al que motivó aquella resolución. Parece claro que nuestro sistema es un sistema normativista, presidido por el principio de legalidad (arts. 9-3 y 117-1 CE) y con un sistema de fuentes instaurado en el artículo 1-1 CC, en el que la primacía corresponde a la Ley, hasta el punto que el valor de las demás fuentes y su propia consideración como fuentes es determinado, precisamente, por la Ley.

²⁶ De hecho, en el área anglosajona no todo precedente es vinculante ni todo precedente vincula de la misma manera y en el mismo grado a los tribunales. Por un lado, como se sabe, la doctrina anglosajona suele distinguir entre precedente vinculante (*binding precedent*) y precedente no vinculante (*persuasive precedent*). Por otro lado, respecto del precedente vinculante, todo tribunal está obligado a seguir cualquier caso decidido (es decir, cualquier norma jurídica establecida) por un tribunal jerárquicamente superior, mientras que los tribunales de apelación están vinculados por sus propias y previas decisiones (Cross-Harris, *Precedent...*, cit., pág. 6). Finalmente, la vinculación el principio *stare decisis* no es la misma en todos los tribunales: Desde 1966 (The House of Lords' Practice Statement), la House of Lords no está vinculada por sus propias decisiones previas, pero sólo puede modificar una *ratio* anterior (es decir, un precedente) en determinados casos (Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 135 y sigs. y 163). El Court of Appeal está vinculado por sus propias decisiones, salvo en tres casos: que haya sentencias contrarias en el propio Tribunal de Apelación; que la sentencia no esté seguida o excepcionalmente precedida, por una subsiguiente sentencia de la Cámara de los Lores; que la sentencia se dicte *per incuriam*. Posiblemente, tampoco está vinculado cuando actúa como última instancia (Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 143 y sigs. y 163). Los Divisional Courts están vinculados por sus previas sentencias cuando actúan en apelación. Tampoco se sienten vinculados, como los jueces del High Court, por las sentencias del Court of Appeal ni confirmadas por posteriores sentencias de la Cámara de los Lores. Si hay arias sentencias contrarias del Tribunal de Apelación, normalmente siguen la última decisión (Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 156 y sigs. y 164). Posiblemente tampoco vinculan en cualquier nivel de la jerarquía judicial a los tribunales inferiores las *rationes decidendi* obsoletas ni las no argumentadas (Vid. Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 158 y sigs., 162 y sigs. y 164).

En cualquier caso, tales criterios de interpretación no se confunden con normas jurídicas, no son proposiciones normativas generales y abstractas; en su caso, la norma jurídica es, precisamente, la que determina la vinculación del Tribunal al criterio interpretativo consolidado, no el criterio de interpretación en sí mismo considerado. De este modo, la eficacia normativa de la sentencia en cuanto precedente se identifica con la de las normas jurídicas interpretadas; incluso en los supuestos en que la sentencia o sentencias colman una laguna mediante la derivación de un principio general, su eficacia normativa no vive más allá de la propia de la norma o normas de las que se extrae el principio general, porque éste, como señaló Esser, no actúa independientemente de la ley²⁷. Por esta razón creo que no es compatible la tesis de E. Roca²⁸ en la que mantiene que la norma está formada por dos elementos, la ley y la interpretación jurisprudencial de esa ley, de manera que los tribunales aplican el conjunto formado por la ley + la interpretación, que es igual a la norma. Si fuera así, el Tribunal (en nuestro caso, el Supremo) daría la interpretación exacta de la ley, no la interpretación uniforme, y se convertiría en una suerte de legislador, de superlegislador, permanente que manifestara la interpretación auténtica de la norma. Es cierto, como he dicho antes, que una interpretación reiterada de la norma jurídica realizada por el Tribunal Supremo puede decirse que se adhiere a la misma, de manera que cuando dicha norma es interpretada de nuevo para aplicarla a un caso nuevo pero igual o similar, debe interpretarse en los mismo términos. Mas esto no deriva de la norma misma ni de una determinada estructura de la norma. Si fuera así, deberíamos convenir que los órganos judiciales inferiores están vinculados por las resoluciones de los superiores y, en concreto, por las sentencias del Tribunal Supremo; deberíamos admitir que la interpretación precedente es norma jurídica; deberíamos admitir también que la separación de la interpretación precedente podría configurar el tipo de prevaricación; deberíamos admitir, en definitiva, un juez legislador y un precedente vinculante en sí mismo, es decir, un precedente cuya fuerza vinculante se hallara en él mismo, como en el sistema anglosajón.

A mi entender, lo anterior carece, además, de fundamento jurídico positivo. En nuestro sistema, que, insisto, es un sistema normativista presidido por el principio de legalidad (art. 9-3 CE), al que se halla sometido también el Poder Judicial (117-1 CE), la vinculación del precedente interpretativo se debe buscar no en el precedente mismo, sino en la norma o conjunto de normas jurídicas (incluidos los principios generales) que lo dispongan o de las que se derive. Así, se evita el repetido conflicto entre interpretación vinculante e independencia judicial porque los jueces y magistrados son independientes en tanto sometidos al imperio de la ley. La cuestión reside, por tanto, en determinar la ley o leyes que imponen al juez su sujeción al precedente in-

terpretativo, sin duda, propio, y, en su caso, del Tribunal Supremo, sin menoscabo de los artículos. 117-1 CE y 12 y 13 LOPJ. Que el precedente sea norma jurídica, creo que lo prohíbe la Constitución o, al menos, no lo impone ni lo determina la legislación ordinaria. Que el precedente vincule, no *per se*, sino porque lo determina una norma jurídica es, precisamente, el *thema demonstratum*. Mas aquí el carácter vinculante del precedente no deriva de su configuración como norma jurídica, sino como un efecto de la norma jurídica legal que lo dispone.

Si entendemos por precedente la manera en que un Tribunal ha interpretado y aplicado una determinada norma jurídica a un caso concreto previo y que su fuerza vinculante es la que sujeta al juez al interpretar y a aplicar esa norma jurídica, del mismo modo en que lo hizo, a un caso posterior igual o análogo, parece claro que no sólo el sistema anglosajón sino cualquier sistema jurídico que haya desterrado la arbitrariedad judicial, la inseguridad jurídica y la aplicación discriminada de la ley es un sistema de precedente. La diferencia no está aquí. Más allá del tipo de razonamiento jurídico, inductivo uno y deductivo otro, la diferencia entre el sistema anglosajón y el sistema continental no se halla tanto en la idea de sumisión al precedente o a la norma jurídica legal (en el sistema anglosajón, el precedente es norma jurídica) sino en el origen de la fuerza vinculante del precedente. En el área anglosajona, la fuerza vinculante del precedente es fuerza normativa y su origen está en sí mismo, es decir, el precedente es norma jurídica y, en cuanto tal, obliga, vincula con la fuerza que el propio precedente indica (*binder* o *persuasive*). En nuestro sistema, en cambio, el juez sólo está sometido al imperio de la ley; por tanto, la vinculación del precedente no se puede encontrar en el propio precedente, sino que se debe derivar de normas jurídicas legales que, directa o indirectamente, sujeten al órgano judicial a sus pronunciamientos previos, de los que sólo se pueden separar, como en los países del área anglosajona, de manera motivada y razonada. Tales normas jurídicas, como veremos, las podemos hallar en los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, de seguridad jurídica, de igualdad en cuanto manifestación de la justicia... Además, también se pueden identificar también normas de legislación ordinaria (art. 1.6 CC, 1.692 y 1.718 LEC/1881 y 477-3 y 490 LEC/2000) y criterios jurisprudenciales tendentes a mantener los pronunciamientos previos.

Posiblemente, entre ser fuente y no serlo hay un espacio amplio que llena, precisamente, la jurisprudencia. El problema, entonces, reside en determinar el valor de la jurisprudencia, pero no en sentido abstracto²⁹ sino en un determinado ordenamiento

²⁷ Esser, J., *Principio y norma...*, cit., pág. 3.

²⁸ Roca Trías, E., "Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad", en *RJC*, 1986-4, pág. 31 y sigs. (865 y sigs.).

²⁹ En sentido abstracto o general, la configuración de la jurisprudencia como fuente del derecho gira en torno a la confusión entre aplicación y creación del derecho (el acto de aplicación de las normas generales es acto de creación de normas particulares o individuales); entre interpretación y creación del derecho (la interpretación de la norma no es un acto cognoscitivo de normas preexistentes sino creativo de nuevas normas); y entre integración del ordenamiento jurídico y creación del derecho (en los supuestos de lagunas, el juez debe crear la norma jurídica que resuelve el caso litigioso planteado, como ordena el artículo

jurídico, en un *hinc et nunc*. Con palabras de Pizzorosso, el problema es un problema de derecho positivo³⁰, el del valor que la ley concede a la jurisprudencia. Por eso, no son aceptables, al menos para el objeto de este trabajo, los modelos teóricos jurisprudenciales, es decir, los planteamientos y las teorizaciones acerca de la jurisprudencia construidas más allá de un determinado ordenamiento jurídico. Decir como dice Prieto Sanchís³¹ que los tribunales son órganos de producción jurídica y, por tanto, creadores de Derecho es decir bien poco si esta afirmación no se conecta con el ordenamiento jurídico vigente. En cambio sí lo hace Asís Roig³², el cual, además, distingue entre creación judicial de normas nuevas y la simple creación judicial de normas. En el primer caso, los jueces crearían normas (podrían crearlas) que innovaran el sistema y crearían un derecho nuevo no conectado necesariamente con el existente; en el segundo caso, la creación judicial del derecho estaría conectada o deducido de otras normas jurídicas ya existentes en el ordenamiento. La primera posibilidad es negada por el citado autor con base fundamentalmente en el principio de legalidad y de obediencia a la ley. Respecto de la segunda, parece concluir, tras señalar acertadamente que la consideración normativa de la decisión judicial puede ser planteada independientemente de su consideración como fuente, que ningún precepto del ordenamiento jurídico afirma que las decisiones judiciales son normas, pero que del análisis de la actuación judicial se puede llegar a la conclusión contraria. Más que un problema de valoración, es un problema de descripción de la actuación judicial, de la decisión judicial³³.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece equiparar transcendencia normativa de las sentencias con una cierta vinculación con el precedente. Así se refieren, entre otras, las SSTS 10 de noviembre de 1981, 15 de febrero de 1982, 28 de febrero de 1983. Digo cierta vinculación con el precedente porque el propio Tribunal Supremo se apresura a decir que no queda definitivamente vinculado por resoluciones anteriores (lo cual es, por lo demás, obvio)³⁴: lo dice tantas veces cuantas expresa, como función propia, la de evolucionar los criterios hermenéuticos, la de completar el ordenamiento jurídico en defecto de norma positiva directamente aplicable, la de adecuar el derecho positivo a la realidad social o proclama un cambio de orientación razonable y no arbitrario (SSTS 3 de enero de 1990, 2 de julio de 1987, 3 de marzo de 1989, 20

de octubre de 1988, 19 de abril de 1991, 12 de junio de 1991, etc.).

En concreto, la STS 5 de marzo de 1991 reconoce expresamente la libertad del juzgador de instancia para seguir o no los criterios asentados por el Tribunal Supremo: "el juzgador de instancia, dice la sentencia, sólo viene obligado a fundamentar sus resoluciones en la ley, pudiendo o no acoger la doctrina de esta Sala, ya se haya manifestado en una o varias resoluciones". Afirmación ésta acorde, al menos (y sólo) formalmente, con el artículo 117-1 CE (sometimiento de los jueces y magistrados únicamente al imperio de la ley), con el artículo 12-1 LOPJ (los jueces y magistrados, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial) y con el artículo 1-7 CC (los jueces y magistrados deben fallar de acuerdo con el sistema de fuentes establecido: ley, costumbre y principios generales del derecho). Mas nada de todo lo anterior es excluyente con el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Supremo, tanto consigo mismo, como respecto de los órganos inferiores. En otras palabras, vinculación no equivale a imposibilidad de separación del precedente, sino a que tal separación no sea arbitraria ni irreflexiva y obedezca a motivos razonables, como pueden ser, precisamente, los de evolucionar los criterios hermenéuticos o adecuar el derecho positivo a la realidad social. Así, como ejemplo de cambio de criterio, la STS 15 de abril de 1998.

Pero la vinculación se afirma también sucesivas veces, directa e indirectamente, y tanto desde el Tribunal Supremo como desde el Tribunal Constitucional o desde el propio poder legislativo. Así, se afirma tantas veces como el Tribunal Supremo se erige en órgano unificador de la interpretación de la norma, en órgano que uniforma el ordenamiento jurídico, en órgano que reclama facultades nomofiláticas. Indirectamente, lo manifiesta el Tribunal Constitucional cuando declara la constitucionalidad de una norma jurídica derivada de una determinada interpretación del Tribunal Supremo o, al contrario, expresa la inconstitucionalidad derivada de una determinada interpretación. Finalmente, incluso el legislador se declara vinculado de manera indirecta (y con todas las reservas posibles), no ya en la regulación de un recurso de casación por infracción de jurisprudencia y de un recurso extraordinario en interés de ley, sino también tantas veces como reconoce que una determinada reforma legislativa se inspira en criterios jurisprudenciales asentados (por ejemplo, artículo 1591 CC, doctrina jurisprudencial acerca de la responsabilidad de los agentes que intervienen en la construcción y regulación en la Ley de Ordenación de la Edificación inspirada expresamente en aquella doctrina).

No parece muy congruente mantener la no vinculación de la doctrina del Tribunal Supremo con la existencia de un recurso de casación por infracción de la jurisprudencia y otro, en interés de ley, cuyo único efecto es, precisamente, formar jurisprudencia. Es decir, no deja de causar perplejidad un sistema en el que se permita al juez resolver libre-

1-2 y 3 del Código civil de Suiza). Vid., en general, Guastini, R., *Teoría...*, cit., págs. 100 a 105.

³⁰ Pizzorosso, A., (Delle) *Fonti del diritto...*, cit., pág. 528; Id., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, 1984, vol. II, págs. 403 y sigs.

³¹ Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, 1987, págs. 108 y sigs.

³² Asís Roig, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, 1995, págs. 89 y sigs.

³³ Asís Roig, R. de, *Jueces y normas...*, cit., págs. 90 y sigs. y 97, y sigs.

³⁴ Digo que es obvio porque nunca se ha mantenido, ni por quienes consideran que la jurisprudencia es fuente del derecho, que el Tribunal Supremo quede definitivamente vinculado por sus propias decisiones anteriores. Cuestión distinta, claro está, es que cuando se separe deba razonarlo, de manera que el cambio de criterio no sea inadvertido ni irreflexivo ni arbitrario.

mente, pero en el que si no resuelve de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Superior, éste podrá casar y revocar la sentencia. Quizás se trate de que la vinculación a la doctrina del Tribunal Supremo no es una vinculación automática, en tanto en cuanto dicha doctrina no es norma jurídica, sino una vinculación que se manifiesta precisamente de esa forma: en la posibilidad o no de que el Tribunal Supremo case la sentencia del juez o tribunal inferior que se separa de la doctrina jurisprudencial. Si se quiere, se trata, como ha dicho López Guerra, de un precedente disuasorio³⁵. En definitiva, es una manera de cohonestar los principios de independencia judicial (tal y como se entiende en el ordenamiento jurídico actual), seguridad jurídica y unidad del ordenamiento jurídico.

Recientemente, F. Galgano³⁶ se ha referido a la instauración en Italia de un sistema judicial basado en el precedente vinculante análogo al *stare decisis* anglosajón. Y dice: si se prefiere un término de referencia continental, *corrispondente al sistema processuales spagnolo, che ammette il ricorso per Cassazioni per violazione della doctrina legal, ossia per violazione dei precedenti del Tribunal Supremo*. Y más adelante insiste: "si no es propiamente el *stare decisis* del *commom law*, que hace vinculante los precedentes de todos los tribunales superiores, además del propio del órgano juzgador, es ciertamente doctrina legal del derecho español, que impone el vínculo del precedente de Casación a los jueces de instancia.

Por otro lado, la idea del precedente se debe po-

ner en relación con la función que el ordenamiento jurídica otorga a la norma jurisprudencial. En nuestro sistema, la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico mediante la interpretación y aplicación de la ley, de la costumbre o del principio general. Se trata, por tanto, de un precedente interpretativo, no creador de norma jurídica alguna, que se une no sólo a la norma jurídica que interpreta (que reclama la misma interpretación en el futuro) sino también al caso concreto subsumido en la norma interpretada y al que ésta se aplica. De este modo, la transcendencia normativa que la Exposición de Motivos del Título Preliminar de 1974 otorga a la jurisprudencia y que reitera la misma jurisprudencia, no deriva del propio criterio jurisprudencial, sino de su objeto de interpretación y aplicación: de la norma jurídica interpretada y aplicada. En otras palabras, la transcendencia normativa de la jurisprudencia no es una cualidad o carácter ínsito en la misma, sino la transcendencia, la fuerza normativa, del precepto que interpreta y aplica.

En realidad, estamos más cercanos de lo que parece o de lo que nos enseñan: El problema es el mismo: un problema humano entre personas. El juez es el mismo: una persona entre personas. El instrumento es el mismo: una sentencia, cuya finalidad, como señalan Cross y Harris para el derecho anglosajón, pero que vale también para nosotros, antes que la de crear derecho es administrar justicia. Es decir, pronunciar la regla justa, el criterio equilibrado. Y para esto no parece que convenga estar dormido, se sueña con lo que (o con quien) se sueña.

NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

C. Postal: _____

Solicita información a la
Asociación Pro Derechos Humanos de España
 José Ortega y Gasset, 77, 2º - 28006 Madrid.



³⁵ López Guerra, L., "La fuerza vinculante de la Jurisprudencia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 442, págs. 1 y sigs.

³⁶ F. Galgano "Il precedente di Cassazione", *Contratto e impresa*, 1999-3, págs. 889 y 894.