

LA CONTROVERSIAS SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL: UN CLÁSICO DEL DERECHO EN CONSTANTE RENOVACIÓN

Teresa GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ

Profesora de Filosofía del Derecho
Universidad Complutense de Madrid
teresag-berrio@der.ucm.es

RESUMEN

Los interrogantes que encierra el reconocimiento de la doctrina del valor vinculante del precedente judicial actúan de efectivos «catalizadores» de los errores existentes en la estructura de los sistemas jurídicos continentales, en general y en el sistema de Derecho español, en particular. En efecto, en el ámbito propio de los sistemas europeos de Derecho codificado se ha asistido en las últimas décadas a un auténtico traspaso de conceptos en las actitudes doctrinales más diversas y a una serie de rápidos cambios estructurales en la organización jurídica. En el caso concreto de España, la incidencia de ésta y de otras muchas medidas de apertura hacia la influencia exterior en la configuración de la organización legal y de la cultura jurídica del país no ha dejado indiferente a buena parte de la doctrina. Las actitudes doctrinales cambian y por la vía del reconocimiento del carácter vinculante del precedente se le puede devolver progresivamente al poder judicial el lugar preeminente que le corresponde en la construcción del Derecho.

Palabras clave: fuente del Derecho, supremacía legal, principio de jerarquía normativa, jurisprudencia, creación judicial del Derecho, cultura jurídica moderna.

ABSTRACT

The questions about the recognition of the binding value's doctrine of the judicial precedent act is a real finding-point of the defaults in the structure of the Continental law systems in general and of the Spanish law system in particular. Indeed, in the own field of action of the last centuries' European codified law's systems it, has been attended in a very fast structural changes on the legal organisation. In the case of Spain, the incidence of this and others measures of opening towards the outer influence in the configuration of the legal culture had a mayor influence in good part of the authors. The final recognition of the binding character of the judicial review gives back to the Continental judicial power its own place in the progress of law's creation.

Key words: source of Law, legal supremacy, principle of normative hierarchy, general jurisprudence, judicial review, modern legal culture.

ZUSAMENFASSUNG

Die Fragezeichen, die mit der Anerkennung der Doktrin des bindenden Werts des juristischen Präzedenzfalls einhergehen, haben einen «Katalysator-Effekt» auf die vorhandenen Fehler in der Struktur der kontinentalen Rechtssysteme. Dies betrifft die kontinentalen Rechtssysteme im allgemeinen und das spanische Rechtssystem im besonderen. Tatsächlich konnte man in den letzten Jahrzehnten im Umfeld der europäischen kodifizierten Rechtssysteme einen wahrhaften Konzeptwandel bezüglich der unterschiedlichsten Doktrinen sowie eine Reihe von raschen Strukturwandlungen der juristischen Organisationsstruktur erleben. Im konkreten Fall Spaniens stellt man fest, dass die Auswirkung dieser Strukturwandlungen und vieler anderer Maßnahmen zur Öffnung gegenüber äußeren Einflüssen bei der Gestaltung der juristischen Organisation und der Rechtskultur des Landes einen erheblichen Teil der Doktrin beeinflusst hat. Die Doktrinen verändern sich und durch die Anerkennung der Doktrin des bindenden Werts des juristischen Präzedenzfalls kann man Stück für Stück der richterlichen Gewalt die vorrangige Stellung zurückgeben, die ihr bei der Rechtsfindung zukommt.

Schlüsselwörter: Rechtsquelle, Gesetzeshoheit, Prinzip der normativen Hierarchie, Rechtsprechung, Rechtsfindung, Moderne Rechtskultur.

SUMARIO: ALGUNAS GENERALIDADES SOBRE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE JUDICIAL.—I. LA DIVERSIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.—Primera manifestación: La diversidad en la tipología del precedente judicial en el Derecho objetivo español.—Tipología de precedentes: Precedente vertical vs. Precedente horizontal.—Segunda manifestación: La diversidad en los modos de determinar el significado de «precedente» en la doctrina jurídica.—II. LA REFORMULACIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA DE LAS FUENTES DEL DERECHO.—El sistema de Fuentes en el Derecho español: La cuestión de la jurisprudencia.—Las ventajas que aporta el precedente judicial a un sistema de Derecho codificado: El desbordamiento de la teoría de las Fuentes del Derecho.—El uso correcto del precedente.—III. LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA.

ALGUNAS GENERALIDADES SOBRE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE JUDICIAL

La ciencia del Derecho desde comienzos del siglo XX ha mostrado una constante inclinación por la revisión del papel que las decisiones judiciales anteriores en el tiempo pueden llegar a jugar para la previsión, el control y la solución de casos futuros. Tanto es así que, en el ámbito propio de los sistemas europeos de Derecho codificado —entre los cuales evidentemente se incluye el sistema español—, se ha asistido en los últimos treinta años a un auténtico *traspaso de conceptos* en las actitudes doctrinales y a una

serie de rápidos *cambios estructurales* en la organización jurídica. En efecto, por lo que respecta en concreto al contexto postmoderno de la cultura jurídica, este *revisionismo* conceptual se ha visto alimentado en su transformación y consolidación progresiva por el propio discurso institucional comunitario, el cual aboga por el cumplimiento de unas exigencias de armonización jurídico-legal nacionales entre los dos sistemas de Derecho antagónicos que conviven en Europa: modelo del *common law* vs. modelo de Derecho continental. En el caso concreto de España, la incidencia de ésta y de otras muchas medidas de apertura hacia la influencia exterior en la configuración de la organización legal y de la cultura jurídica del país no ha dejado indiferente a buena parte de la doctrina. Las actitudes doctrinales se modifican y desde mediados de la década de los ochenta asistimos en España a un verdadero *cambio de ruta*. En este sentido, resulta máximamente significativa la rápida oscilación que se ha producido desde el monopolio de concepciones abiertamente contrarias a concederle cualquier papel a la jurisprudencia, incluso como fuente indirecta del Derecho —«la jurisprudencia no es fuente del Derecho», como abiertamente llegara a afirmar Hernández Gil—, hacia el reconocimiento progresivo de la relevancia jurídica de que dispone el *productio* de la labor cotidiana de los jueces. Hoy en día, incluso en Internet —exponente privilegiado de la época que nos ha tocado vivir— observamos cómo prosperan y se multiplican los servicios jurídicos especializados en la orientación de cualquier ciudadano, dubitativo a la hora de denunciar unos hechos susceptibles de generar un proceso judicial, sobre los «precedentes» judiciales de su caso particular. Consideraciones anecdóticas como esta última nos llevan a reconsiderar, entre otras cuestiones, si es únicamente el contexto social el que ha cambiado o si es el propio Derecho el que se ha visto paulatinamente obligado a transformarse para dar efectividad real a las necesidades de la sociedad.

A simple vista, parece evidente que el Derecho ha de adaptarse al contexto social en el que le ha tocado mediar como mecanismo de regulación social de conflictos: si la sociedad cambia, el Derecho ha de transformarse con ella; *ubi societas ubi ius*. Constituye, en efecto, una incontenible verdad que la realidad social supera siempre, con su incertidumbre y diversificación, las expectativas de control del Derecho y de cualquier mecanismo de previsión legislativa. Sin embargo, esta respuesta no resultaría del todo satisfactoria, pues todo jurista de formación sabe que la especificidad que el Derecho se ha fraguado como mecanismo de regulación de conflictos en la sociedad, reposa precisamente en el mantenimiento a lo largo de los siglos de una serie de fundamentos. Éstos pueden ser reducidos a tres pará-

metros: *a*) la sacralización de la ley, *b*) el apego o *sillage* a la omnisciencia del legislador y, por último, *c*) la infalibilidad del principio de legalidad. Todo ellos con el objeto de proporcionar a la sociedad un nivel de seguridad jurídica óptimo o, al menos, lo más perfeccionado posible. El Derecho va conformándose con el transcurrir del tiempo y la ciencia jurídica progresa más que por tradición, por *acumulación simultánea*¹.

Por todo ello, los profesionales de lo jurídico no pueden incurrir en la falacia de creer que, ante las adversidades de las controversias sociales, el Derecho no dispone de mecanismos auto-referenciales, específicamente jurídicos, capaces de proporcionar una solución adecuada y sin que para ello sea necesario recurrir a argumentos extra-normativos o ajenos al Derecho. Es evidente que el Derecho no tiene respuesta para todo o, si la tiene, en ocasiones ésta no resulta la más adecuada a la demanda o a los propósitos del cuerpo social; pero esto último no obsta para que los juristas sigamos defendiendo la universalidad de las técnicas jurídicas, o lo que es lo mismo, para que sigamos creyendo en la vigencia permanente de las técnicas tradicionales del Derecho. Por tanto, para aquellos supuestos no previstos o en aquellos casos de claro desfase entre el Derecho codificado y la actualidad social, los mecanismos auto-referenciales con los que tendrá que operar el Derecho, habrán de ser contruidos directamente por el jurista. Dichos mecanismos de referencia serán en ocasiones formulados *ex novo* y, en otros supuestos, como el caso concreto que nos ocupa del precedente judicial, corresponderá al jurista simplemente «activar» aquellos mecanismos ya preexistentes. En este sentido, la figura del *precedente judicial* aboga por que cada juez disponga de su propio margen de maniobra y que encuentre por sí mismo los medios para lograr sus fines siempre que, eso sí, esto último lo lleve a cabo dentro de los límites que le marca el propio sistema normativo del que forma parte activa.

En el sistema español, exponente del modelo continental europeo de *jurisprudencia constante*, la fuerza jurídica de la sentencia no puede ir más

¹ «... En el mundo del Derecho —señala Alejandro Nieto— las teorías más incompatibles se superponen sin fusionarse y sin desplazarse como el agua y el petróleo, como el aceite y el vinagre». Cit. A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel-Derecho, 2000, p. 24. Y más adelante, «sobre la característica genérica, ya subrayada, de la progresión científico-jurídica por acumulación, hay que insistir ahora en la nota de la *simultaneidad*. No hay nunca un paradigma jurídico único y sólo en términos muy imprecisos puede hablarse de uno dominante. Las Escuelas más contradictorias conviven pacíficamente y sólo en ocasiones pretenden destruirse. El mundo jurídico es —como el religioso— un mundo de capillas con dioses y sacerdotes distintos. (...) Basta pensar que en el mismo año vivían y escribían Kelsen y Hart, Ross, Llewellyn, Federico de Castro y Calamandrei». Cit. A. NIETO, *op. cit. supra*, p. 25.

allá del caso concreto planteado y ha de afectar únicamente a las partes procesales o a sus sucesores. Esto no ocurre, por el contrario, en el caso concreto del sistema anglosajón del *stare decisis*, origen histórico de la doctrina del precedente vinculante. Este segundo modelo sistemático da cumplimiento a una serie de líneas estructurales específicas en virtud de las cuales el Derecho pasa a convertirse en un Derecho del *caso judicial* (*case law*) basado en la uniformidad de los criterios colectivos de la judicatura, mediante el esfuerzo constante por reproducir las trayectorias de decisión² ya seguidas: *a*) en sus propias resoluciones o en las de otros tribunales del mismo rango jerárquico; y, sobre todo, *b*) en el criterio vinculante que siguieron los órganos jurisdiccionales superiores en la escala jerárquica. En el mantenimiento de tales líneas estructurales específicas radica gran parte de la *originalidad* del sistema de Derecho anglosajón frente al sistema de Derecho románico o continental europeo: los jueces anglosajones influyen *de facto* en la creación de su Derecho por y a través de precedentes vinculantes³.

La figura del precedente judicial constituye, por tanto, un exponente privilegiado a la hora (I) de reconsiderar los modos de creación «oficiales» del Derecho *en los sistemas de jurisprudencia constante* ante el avance imparable de la diversidad en la interpretación judicial de la ley; (II) de refor-

² J. A. XIOL RÍOS, *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo: Técnicas de evitación del proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Centro de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Centro de Estudios, 2005, pp. 39-40. R. LÓPEZ VILAS, *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 30-31.

³ Antes de dictar el fallo, exponen la *ratio decidendi*, que son los fundamentos de Derecho en los que basarán su decisión jurídica. La *ratio decidendi* de la sentencia contendrá el principio jurídico, la norma legal o, en su caso, el precedente junto con el razonamiento que ha seguido para llegar a la resolución judicial. Precisamente, ésta es la parte de la sentencia que puede constituir un nuevo precedente para otros tribunales en casos posteriores en el tiempo. El concepto de *ratio decidendi* constituye la clave de la doctrina del precedente judicial, hasta tal punto es así que «los tribunales no están obligados a seguir las decisiones anteriores, sino la *ratio decidendi* de las mismas». Cit. V. ITURRALDE SESMA, *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas, 1995, p. 81. Asimismo, a la hora de determinar el sentido exacto de la *ratio decidendi*, es importante distinguir —como apunta Victoria Iturralde— entre su sentido descriptivo y su sentido prescriptivo. «En sentido descriptivo la *ratio decidendi* se refiere únicamente a una explicación del razonamiento de los tribunales a través del cual ésta ha llegado a su conclusión, basada en una investigación sociológica, histórica o incluso psicológica. (...) En sentido prescriptivo, la *ratio decidendi* se refiere a un juicio normativo a tenor del cual a la hora de decidir un caso es necesario obtener una determinada *ratio decidendi* de otro caso anterior, puesto que dicha *ratio decidendi* es obligatoria. El sentido descriptivo se refiere al razonamiento real que siguió el tribunal original al alcanzar la *ratio decidendi*, mientras que el sentido prescriptivo se refiere a si ese razonamiento es obligatorio en un caso posterior». Cit. V. ITURRALDE SESMA, *op. cit. supra*, p. 83.

mular la teoría clásica de las Fuentes del Derecho; y, lo que es más importante, (III) de cuestionar la capacidad de mutabilidad del Derecho ante las nuevas exigencias sociales y de asignación de mayor amplitud a la actuación judicial. Pero, ¿cómo dar cumplimiento o respuesta a cada uno de estos tres presupuestos?

I. LA DIVERSIDAD DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Primera manifestación: La diversidad en la tipología del precedente judicial en el Derecho objetivo español

La administración de justicia, lejos de constituir una solución única, conlleva una pluralidad de soluciones posibles, las más de las veces adecuadas, pertinentes e incluso —podemos aventurarnos a anticipar— «justas». Hoy en día somos testigos de excepción en el avance de la diversidad en la interpretación judicial de la ley⁴. Diversidad que se manifiesta, en concreto, en dos aspectos fundamentales.

Primero, en la multiplicidad creciente de agentes jurídicos que, en una prelación jerárquica de obligado cumplimiento, están habilitados a interpretar un mismo texto legal.

Segundo, en la propia *fuera vinculante* que puede llegar a presentar el precedente, sobre todo, tratándose de agentes jurídicos de un mismo rango, aunque sin dejar de lado a los agentes jurídicos de rango jerárquico diferente.

Para evidenciar la consistencia de estas dos vías de manifestación de la diversidad que rige en la interpretación judicial de la ley, podemos tomar como exponente paradigmático el que es considerado, sin lugar a dudas, como el texto fundamental sobre el que reposa todo el ordenamiento jurí-

⁴ Para una somera bibliografía sobre esta cuestión: V. M. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, 1993, pp. 15-49. V. ITURRALDE SESMA, *El precedente en el common law, op. cit.*, pp. 13-39. L. DÍEZ-PICAZO, «La justicia y el sistema de fuentes del Derecho», en *La vinculación del juez a la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997. L. LÓPEZ GUERRA, «El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*», en *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, CEC, 1981. P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal constitucional y poder judicial*, Madrid, CEC, 1985, pp. 223-254. F. RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», en *La forma del poder*, Madrid, 1997. F. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 17-42.

dico español: la Constitución de 1978. Todos sabemos que existe una pluralidad de intérpretes *autorizados*⁵ de la Constitución española. Estos intérpretes *autorizados* de la Constitución en el Derecho español son, en particular, cuatro: *a)* el Parlamento a la hora de elaborar y promulgar las leyes, *b)* los jueces y tribunales ordinarios a la hora de aplicarlas, *c)* la Administración y, por supuesto, *d)* el Tribunal Constitucional. Todos ellos ostentan un mismo *status* formal en el reconocimiento de su función como «intérpretes de la Constitución», y, sin embargo, una prelación jerárquica inquebrantable rige entre los cuatro. En virtud de este criterio de jerarquización formal, el Tribunal Constitucional se alza en primera posición, no tanto por su condición de único intérprete *válido* de la Constitución, como por constituirse en su intérprete supremo (art. 1 LOTC). La interpretación del Tribunal Constitucional del contenido del Texto fundamental, en oposición a la interpretación que realiza el Parlamento y los tribunales ordinarios, es considerada *de rango superior*, ya que, a diferencia del primero, su interpretación es exclusivamente jurídica y no política y, a diferencia de los segundos, su interpretación es última y definitiva⁶. En efecto, la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional resulta de la propia posición que éste ocupa en la escala jerárquica de jurisdicciones; puesto que si cualquier Corte Suprema puede anular una ley por inconstitucional «ello quiere decir que su interpretación prima sobre la que haya hecho el legislador y sobre cualquier otra»⁷.

⁵ En este particular, Manuel Aragón Reyes hace hincapié sobre el término «autorizado». También podríamos emplear aquí el término «habilitado», en el sentido concreto de *intérprete habilitado*. Todos los ciudadanos españoles, como destinatarios, por el mero hecho de serlo, podemos interpretar la Constitución española, sobre todo a efectos de conocer cuáles son nuestros derechos y prerrogativas garantizadas constitucionalmente que podemos alegar en la convivencia democrática. Sin embargo, a nosotros nos interesa remitirnos aquí únicamente a los intérpretes «autorizados» por el propio ordenamiento jurídico —incluso por la propia referencia de la Constitución española— a aplicar y, consiguientemente, a interpretar la ley. Véase M. ARAGÓN REYES, «Algunas consideraciones sobre el Tribunal Constitucional», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, pp. 27-53.

⁶ Cit. Manuel ARAGÓN REYES, «Algunas consideraciones sobre el Tribunal Constitucional», *op. cit. supra*, p. 36: «De ambas diferencias —dice el autor— se desprenden unas notables consecuencias jurídicas. De un lado, la existencia de un mayor margen de libertad (por exigencias de la «oportunidad» política y del pluralismo) en la interpretación del legislador que en la interpretación jurisdiccional. De otro, la existencia de limitaciones en la interpretación judicial ordinaria, ya que está vinculada (art. 40.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) a la suprema interpretación realizada por el Tribunal Constitucional».

⁷ Cit. I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel-Derecho, 6.ª reimpr., 1998, p. 296.

Este dato, en cierto modo escolar y bien conocido por cualquier licenciado en Derecho, revela sin duda la funcionalidad práctica que ha llegado a alcanzar una figura de *revivificación* del Derecho como el precedente judicial, pero, ante todo, evidencia la actualidad de las controversias doctrinales —como la que nos ocupa— sobre la valía de la institución del precedente judicial en su faceta de «catalizador» del *paradigma renovado* que opera en la actualidad del Derecho. Como apuntara Ramón López Vilas⁸ en su discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: «el reconocimiento de la función creativa de la jurisprudencia levanta acta de que la legalidad es un producto poroso abierto a todo género de sustancias», incluida —añadiríamos nosotros— la doctrina del valor vinculante del precedente, que constituye *un ingrediente decisivo del humus alimentador del ordenamiento jurídico*.

La actuación del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, cuyas decisiones disponen de máxima autoridad orientadora de la labor judicial del resto de intérpretes «autorizados» —ya sea la Administración, el Parlamento como los propios jueces ordinarios—, constituye un ejemplo vivo del auge de la doctrina del precedente y, sobre todo, del éxito de ese *paradigma jurídico renovado*. Cada vez son menos quienes se aventuran a suscribir con Montesquieu que «el juez tan sólo es la boca de la ley», que el Derecho sólo es ley y que el ordenamiento jurídico positivo —el Derecho entendido en su *sentido objetivo*, como conjunto estructurado de disposiciones legales— siempre tiene una solución para cada caso que se le plantee. Un breve visazo a la deficiente legislación en materia de control y sanción de los delitos informáticos y, en particular, de la supervisión del contenido ilícito de las informaciones albergadas en prestadores de servicios en Internet —sobre todo, tratándose de delitos de pornografía infantil— harían tambalear *de pleno derecho* cualquiera de estos tres presupuestos. El ordenamiento jurídico-positivo no siempre tiene una solución y, en consecuencia, el éxito o el fracaso en la actividad de los jueces, la adecuación o incorrección de las decisiones judiciales, dependerá en buena medida de la selección previa que efectúen de los materiales, mecanismos e instrumentos de Derecho sobre los que fundamenten sus propias sentencias.

⁸ R. LÓPEZ VILAS, *op. cit.*, pp. 87-88.

Tipología de precedentes: Precedente vertical vs. Precedente horizontal

El principio de atribuir una *fuera vinculante* más o menos intensa, según los casos, al criterio judicial con el que el mismo u otro tribunal hubiese resuelto con anterioridad casos análogos, opera con dos sentidos confrontados.

En un primer sentido, el llamado *precedente vertical*; principio que exigiría que los tribunales inferiores resolvieran siempre según el criterio sentado o establecido por tribunales jerárquicamente superiores. En definitiva, los jueces y tribunales deben seguir en su razonamiento jurídico los precedentes sentados por órganos jurisdiccionales superiores, cuando la situación de la que estén conociendo sea similar a otra ya tratada con anterioridad.

Para el caso concreto del Derecho español, la fuerza vinculante del *precedente vertical* se manifiesta en dos órdenes diferentes: en primer lugar, (a1) la llamada fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo⁹ y, en segundo lugar, (a2) la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional.

En un segundo sentido, el llamado *precedente horizontal o autoprecedente*. Este principio operaría vinculando a los tribunales a sus propias decisiones anteriores y no así a las decisiones de otros tribunales de igual o superior rango jerárquico. En definitiva, los jueces y tribunales habrán de seguir en su razonamiento jurídico sus propios precedentes cuando la situación de la que estén conociendo sea similar a otra ya tratada con anterioridad. Son, pues, de dos casos distantes en el tiempo, aunque similares en sus características, que requieren un mismo tratamiento.

Para el caso concreto del Derecho español, la fuerza vinculante del *autoprecedente* se manifiesta asimismo en dos órdenes distintos: en primer lugar, (b1) el *autoprecedente en la jurisdicción ordinaria*¹⁰ y, en segundo lugar, (b2) el *autoprecedente en la jurisprudencia constitucional*¹¹.

⁹ Ver L. LÓPEZ GUERRA, «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 442, 2000, pp. 1-4. E. BACIGALUPO, «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 447, 2000, pp. 1-3. P. SALA SÁNCHEZ, *La posición constitucional del Tribunal Supremo* (discurso leído en la inauguración de Tribunales), Madrid, 1995.

¹⁰ J. A. XIOL RÍOS, «El precedente judicial en nuestro Derecho. Una creación del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 3, 1986. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?: Una nota», en *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1991, pp. 211-228.

Segunda manifestación: La diversidad en los modos de determinar el significado de «precedente» en la doctrina jurídica

Siguiendo la prelación establecida por el teórico y lógico del Derecho Jerzy Wróblewski¹², podemos distinguir cinco significados diferentes del término «precedente judicial».

B.1) En primer lugar, *un sentido clásico*. Enfocar la figura del precedente judicial desde su sentido clásico supone entender al precedente como un mecanismo de creación jurídica y, más concretamente, en el desempeño del papel de la Jurisprudencia como fuente creadora del Derecho. Tradicionalmente, el estudio de los precedentes judiciales en el sistema continental europeo —en el que se inscribe con carácter general el Derecho español— se ha realizado con cierta exclusividad desde la cuestión de las Fuentes del Derecho.

B.2) En segundo lugar, *un sentido funcional*. Este segundo sentido supone entender al precedente desde su función *ejemplificadora* de conductas judiciales que, en casos futuros, pudieran ajustarse a la misma estructura argumentativa y fáctica descrita por el propio precedente.

Uno de los rasgos definidores de la norma jurídica es su *generalidad*, lo que quiere decir que para que una norma jurídica pueda ser definida como tal habrá de referirse no a un caso individual, sino a una serie indefinida de casos y relaciones jurídicas que se ajusten al supuesto de hecho descrito por dicha norma jurídica. Lo mismo se puede predicar del precedente, puesto que para que un pronunciamiento judicial aislado adquiera rango de *precedente* propiamente dicho, deberá poder ser empleado en la justificación de una serie indefinida de casos judiciales que se ajusten a los hechos descritos por el mismo.

B.3) En tercer lugar, *un sentido de validez*. Este tercer modo supone enfocar la figura del precedente judicial únicamente desde la perspectiva

A. OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, CEC, 1989. P. CRUZ VILLALÓN, «El principio de igualdad y otros conceptos afines», en VVAA, *Los derechos individuales en la Constitución Española. La doctrina del Tribunal Constitucional*, Sevilla, 1993, pp. 41-56.

¹¹ J. ALMAGRO NOSETE, «Comentario al art. 13», en *Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Valencia, 1989, pp. 97-99.

¹² Véase J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, 1985, traducción: Arantxa Azurza, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1992.

de su *cumplimiento*, es decir, supone entender al precedente como un mecanismo jurídico dotado con suficiente valor coactivo para obligar a todos los posibles destinatarios como si de una auténtica norma jurídica se tratase.

En efecto, uno de los rasgos distintivos de toda norma jurídica es su *coercibilidad* o carácter coactivo, lo que significa que, si no se cumple su mandato de forma voluntaria, la observancia de lo dispuesto en la norma jurídica puede ser exigida coactivamente. Por tanto, la coercibilidad significa la posibilidad, en caso de inobservancia de la norma jurídica, de imponer el cumplimiento de lo mandado en dicha norma o, en su defecto, de imponer la sanción que se prevé en caso de incumplimiento.

B.4) En cuarto lugar, un *sentido de autoridad*. Este cuarto modo de entender al precedente como mecanismo de influencia en la orientación de la labor judicial —es decir, como un mecanismo para motivar futuras decisiones— constituye el sentido más próximo a los orígenes históricos del concepto de *autoridad de la cosa juzgada* en el Derecho anglosajón. Sin salir de las lindes del modelo continental europeo, el jurista Giovanni Tarello¹³ define el concepto de *autoridad en Derecho* como aquel criterio en función del cual *a un enunciado normativo le es atribuido un determinado significado que ya le había sido anteriormente atribuido por alguien por ese sólo hecho*. Por tanto, cuando un juez invoca entre sus motivos judiciales la *autoridad de la cosa juzgada* de determinados pronunciamientos anteriores en el tiempo, se escuda en el criterio de opiniones y consideraciones externas para justificar en realidad su propia tesis y, precisamente, en función del prestigio que se le reconoce a la autoridad invocada —en definitiva, en función de la *legitimidad* que ésta ostente— su argumentación jurídica gozará de mayor o menor fuerza vinculante.

B.5) Por último, un *sentido informativo*. Este último modo entiende al precedente desde su función orientadora o informadora de futuros fallos a la vista de todos los anteriores.

Los rasgos de identidad que predominan entre estos cinco criterios se perfilan de forma manifiesta. Si reagrupamos entonces las características que le son comunes a todos estos criterios de definición del precedente judicial, veremos a continuación cómo la problemática de fondo sobre el modo de actuación del precedente judicial sería *re-direccionada* a dos temáticas de debate más generales en Teoría del Derecho.

¹³ Para una mejor comprensión del sentido que le atribuye el autor a este concepto, véase G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988.

a) Primer grupo: *Sentidos clásico (B1), funcional (B2) e informativo (B5)*. De la agrupación de estos tres sentidos, el precedente judicial asumiría una función primordial como mecanismo de reconocimiento del valor de la jurisprudencia en cuanto fuente de Derecho. El precedente *ejemplificativa, orienta e informa* las futuras conductas judiciales y, en consecuencia, conduce o predetermina las elecciones futuras de los jueces como un mecanismo paralelo —si bien las más de las veces complementador— de la mera remisión a la ley o de la simple alegación de textos legislativos de apoyo. El precedente así considerado afianza la preeminencia de un tipo concreto de jurisprudencia, la llamada *jurisprudencia práctica*, entendida ésta como el conjunto de decisiones de un mismo órgano judicial «encaminadas a la interpretación uniforme y a la aplicación específica de las normas a los supuestos concretos que la realidad práctica ofrece»¹⁴.

Esta primera agrupación podría ser reconducida a una problemática teórica más general acerca del valor del precedente judicial como auténtica fuente del Derecho. De ser planteado en dichos términos el debate a la hora de cuestionarse sobre la utilidad y legitimidad efectiva del recurso a la doctrina del precedente, dos preguntas serían obligatorias:

En primer lugar, ¿por qué abogar por la utilización del precedente en un contexto, como la cultura jurídica española, tradicionalmente hostil al mismo? Y en su caso, ¿cuáles son las ventajas que podría aportar la doctrina del precedente a un sistema jurídico como el español?

En segundo lugar, de aceptar el recurso al precedente judicial, ¿cómo utilizarlo correctamente sin desvirtuar la base de la organización jurídica española?

b) Segundo grupo: *Sentidos de validez (B3) y de autoridad (B4)*. La agrupación de estos dos últimos sentidos pone de manifiesto la función social que cumple el precedente como criterio de manifestación de la *vigencia* de la jurisprudencia¹⁵, en general, y de la *legitimidad* de la función

¹⁴ Cit. R. LÓPEZ VILAS, *La Jurisprudencia y su función complementaria del Ordenamiento jurídico*, Civitas, Col. «Monografías», Madrid, 2002 (1.ª ed.), p. 26.

¹⁵ Ver A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, Col. «Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política», núm. 7, México D.F., Fontamara, 1993 (2.ª ed.). También A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994, traducción Genaro R. Carrió. Respecto al tratamiento de la vigencia del Derecho en la teoría de Alf Ross es particularmente esclarecedor el artículo que, a modo de recensión, dedica Eugenio Bulygin a su libro *On Law and Justice* con ocasión de la aparición de la versión española en 1963: cfr. E. BULYGIN, «El concepto de vigencia en Alf Ross», en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1963, pp. 1-15. Otro análisis brillante es el que efectúa Pattaro en los apartados 4 [«La validez de las normas jurídicas»] y 5 [«Validez y eficacia del Derecho: sentimiento de obligatoriedad y decisiones de los jueces»] del Cap. VIII [«El realismo normativista. Alf

creadora de los jueces, en particular. La legitimidad que se le predica a los jueces en la impartición de justicia, corresponde a la necesidad social de certeza jurídica de todos los Estados democráticos, en los que se presupone que las acciones del aparato judicial concuerdan con una serie de exigencias de justicia formal. El precedente así entendido reafirma la equiparación establecida con frecuencia en la dogmática española entre Ciencia jurídica y *jurisprudencia teórica*, que, a imagen y semejanza de la *General Jurisprudence* anglosajona, constituye el saber científico encargado de la descripción sistemática del Derecho.

No obstante, el ordenamiento positivo español tan sólo reconoce expresamente la primera de estas dos acepciones de jurisprudencia, la llamada *jurisprudencia práctica*: la jurisprudencia entendida como doctrina que se deduce de fallos jurisdiccionales reiterados. En concreto, el art. 6.1 del Cciv español se pronuncia en los siguientes términos: «*Jurisprudencia es, con carácter exclusivo y excluyente —dice textualmente el art. 6.1 Cciv— la doctrina que, de modo reiterado y uniforme, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, complementando así el ordenamiento jurídico, al resolver los asuntos de que conozca a través del correspondiente recurso de casación*».

Esta diferencia de tratamiento que le otorga el ordenamiento positivo español a la *jurisprudencia práctica* en detrimento de la *jurisprudencia teórica*¹⁶, evidencia la dicotomía permanente que persiste entre teoría del Derecho y praxis jurídica, a la vez que ahonda todavía más la distancia que separa al valor cuestionado de la decisión judicial como fuente de Derecho —mecanismo de creación del Derecho— frente al reconocimiento generalizado de la legitimidad de la norma legal.

En consecuencia, si la respuesta a la primera gran cuestión de fondo formulada respecto a la primera agrupación fuese afirmativa, esta segunda agrupación podría ser reconducida, a su vez, a un segundo género de interrogantes.

El precedente, ¿es realmente un mecanismo de creación judicial del Derecho? Y lo que es más importante, si la autoridad de los jueces depende de su sometimiento pleno, absoluto y exclusivo al imperio de la ley, ¿en qué medida el precedente estaría poniendo en peligro la propia autoridad de la ley a favor de la autodeterminación de los jueces?

Ross»] en su compendio *Elementos para una Teoría del Derecho*. Ver PATTARO, *Elementos para una Teoría del Derecho*, Debate, Col. «Universitaria», Madrid, 1986 (1.ª ed.), traducido al castellano por Ignacio Ara Pinilla, pp. 230-241 y pp. 242-255, respectivamente.

¹⁶ R. LÓPEZ VILAS, *La Jurisprudencia y su función complementaria del Ordenamiento jurídico*, op. cit., pp. 22-26.

II. LA REFORMULACIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

El sistema de Fuentes en el Derecho español: La cuestión de la jurisprudencia

Por la estrecha relación que tradicionalmente existe entre el propio concepto de Derecho y de interpretación, toda actividad interpretativa que tenga lugar en cualquier sistema jurídico «no puede ir más allá de los límites definidos en el sistema de fuentes, alterándolo»¹⁷. Sabemos que por «fuentes» se ha de entender, con carácter general, *las causas productoras o generadoras del Derecho*; en efecto, esta expresión se suele emplear de forma específica y reiterada en terminología jurídica para aludir a aquellos hechos y formas mediante los que una sociedad establece y exterioriza la norma jurídica como Derecho positivo obligatorio¹⁸.

Tres son las formas de exteriorización de la norma jurídica abiertamente reconocidas desde 1889 en la forma original en que está redactado el Código Civil español, y, en consecuencia, tres son las fuentes admitidas con carácter absoluto por la doctrina jurídica española. De forma categórica sentencia el art. 1 del Código Civil español en su primer apartado que *las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*.

La ley, la costumbre y los principios informadores del ordenamiento jurídico-positivo¹⁹ —*Principios Generales del Derecho* (PGD)— constituyen, por tanto, las tres *fuentes verdaderas de producción del Derecho*, las cuales dan existencia por sí mismas a las normas jurídicas²⁰. Pese a esta aparente equiparación de grado que otorga el Código Civil, los juristas

¹⁷ L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 115: «La interpretación no puede ir más allá de los límites definidos en el sistema de fuentes, alterándolo. Más aún, la interpretación de las normas no es sólo la interpretación del contenido, sino también de su forma, de su idoneidad para ser aplicadas en función de las normas sobre la producción jurídica que disciplinan la prelación entre normas y la solución de conflictos normativos».

¹⁸ R. DÍAZ ROCA, *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 121.

¹⁹ F. GARRIDO FALLA, «Las Fuentes del Derecho y la reserva reglamentaria en el Proyecto de Constitución», en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, CEC, 1978, pp. 31-47. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte general, vol. I, 12.ª ed., 1994, pp. 331 y ss.

²⁰ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Manual de Derecho civil*, vol. I, *Introducción y Parte general*, Barcelona, Bosch, 1985 (red. 2000), pp. 81-84.

sabemos advertir que, en aras al principio general de legalidad y jerarquía normativa constitucionalmente consagrado en el art. 9.3 de nuestra Norma Fundamental²¹, incluso dentro de estas tres fuentes formales de Derecho coexisten diferentes rangos de reconocimiento normativo, unos superiores respecto de otros. En una prelación vertical, esta coexistencia se coordinaría del siguiente modo: *a)* la ley, en su calidad de fuente directa *principal*, estaría indiscutiblemente por encima de las demás fuentes de Derecho español, la costumbre y los PGD; *b)* la costumbre actuaría en defecto de texto legislativo aplicable pero siempre por encima de los Principios Generales del Derecho y, por último, *c)* los Principios Generales del Derecho (PGD) tan sólo operarían en defecto de ley y de costumbre. Sin embargo, como ya hemos apuntado, ni el Derecho es sólo ley, ni tampoco la norma legal puede prever todas las situaciones y modalidades de conflicto en las relaciones humanas debido, precisamente, a su carácter posterior a una situación fáctica previa que surge *ex novo*. Esta limitación de la ley procede de su propia mecánica, incluso de su propia estructura interna, y obliga a configurar otros instrumentos de adecuación en la solución de conflictos.

Desde la segunda mitad de siglo XX estamos incurso en un proceso de pérdida de la supremacía de la ley a favor de una rápida proliferación de nuevas fuentes de producción normativa —las designadas genéricamente en dogmática jurídica como *fuentes indirectas de Derecho*²²—, las cuales evidencian la necesidad de dotar al Derecho de cierto dinamismo ante la incompetencia que en ocasiones muestra el aparato legislativo para cubrir las necesidades reales de ciertos sectores sociales²³. En este contexto de cambios, la pretensión de que la jurisprudencia constituye una fuente del Derecho indirecta o subsidiaria a la ley, ha sido propugnada y defendida intermitentemente por los más afamados civilistas y teóricos del Derecho

²¹ Art. 9.3 CE. *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

²² Son aquellas fuentes que ayudan a la correcta comprensión y producción de la norma jurídica, pero sin darle existencia a la norma por sí mismas. Por tanto, estas *fuentes indirectas* «presuponen una norma ya nacida de una verdadera fuente» —de una *fente directa*—, limitándose así a interpretarla o aplicarla con un determinado criterio o en determinada forma. Cf. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Manual de Derecho civil, op. cit.*, p. 84. Como pone de manifiesto el art. 1.6 del Código Civil español, la jurisprudencia no es una fuente de Derecho propiamente dicha, pero sí se le ha de reconocer un papel *complementador* del ordenamiento jurídico-positivo.

²³ L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 118-119.

en reacción, precisamente, a los fracasos a los que había conducido la implantación sistemática tanto de la supremacía excluyente de la ley como de las premisas de la Escuela de la Exégesis jurídica.

No es de extrañar, por tanto, que en el Derecho español exista *un antes y un después* en el debate sobre el reconocimiento de la jurisprudencia como posible fuente indirecta de Derecho, tomando para ello como fecha de inflexión 1974, año de la publicación del Texto articulado del nuevo Título Preliminar del Código Civil²⁴.

En el *debate doctrinal anterior a la reforma de 1974*, las posiciones de los autores de la época oscilaban alternativamente entre una tesis positiva —afirmativa, pues, del valor de la Jurisprudencia como fuente del Derecho— y otra reaccionariamente negativa. Frente a la exhaustividad de tratamiento con que los autores agrupados en la tesis negativa —como Federico de Castro, Vilar Badía o Anglada Vilardebó— construyen su demoledora crítica a la Jurisprudencia creativa²⁵, sorprende desfavorablemente —defraudando necesariamente a cualquier lector ávido de argumentos— la falta de unanimidad que impera entre el segundo grupo de autores, a la hora de determinar cuál es el fundamento de la obligatoriedad de la jurisprudencia como fuente. Estos autores defienden la obligatoriedad de la jurisprudencia en base a tres órdenes de argumentos²⁶: *a*) por asimilación analógica a alguna de las fuentes indirectas del Derecho subsidiarias de la ley, ya sea la costumbre (es el caso de Pérez González y Alguer, de Guasp y de Puig Peña, entre otros) ya sean los Principios Generales del Derecho (destacando Clemente de Diego, De Buen y Anglada); *b*) por criterios reconducentes a la práctica forense judicial que, día a día, aporta datos objetivos para considerar a la Jurisprudencia como forma de vida del Derecho, y en último lugar, *c*) por el reconocimiento tácito que efectúa el propio legislador en diferentes disposiciones de textos codificados (Man-

²⁴ Tras un período de paralización absoluta de la tramitación de reforma del Código Civil desde 1966, fecha de promulgación del Anteproyecto de Ley de Bases del Código Civil, el 31 de mayo de 1974 vería la luz el Decreto 1836/1974, por el que se sanciona con fuerza de ley el Texto articulado del nuevo Título Preliminar del Código Civil, precedido de la correspondiente Exposición de Motivos (BOE de 9 de julio de 1974).

²⁵ Estos autores esgrimen cuatro órdenes de argumentos para fundamentar su rechazo: *a*) argumentos de tipo jurídico-constitucional, en concreto, la consagración constitucional del principio de separación de poderes; *b*) argumentos de Derecho positivo, en particular, la no inclusión de la jurisprudencia entre el listado de fuentes del antiguo art. 6.2 Cciv; *c*) el recurso al principio de falta de carácter vinculante de la jurisprudencia; y, por último, *d*) el recurso al principio de seguridad jurídica. Para más información: Véase R. LÓPEZ VILAS, *La Jurisprudencia y su función complementaria del Ordenamiento jurídico*, op. cit., pp. 95-100.

²⁶ *Ibid.*, pp. 86-95.

resa); más concretamente, en el art. 1.692.1 LEC²⁷ y en la disposición adicional tercera del Código Civil español en su redacción original de 1889²⁸.

En la Exposición de Motivos que precede al texto articulado de reforma del Código Civil, llama poderosamente la atención sobre el resto de considerandos un extracto concreto: *En efecto* —dice el texto— *la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que, si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa.*

Éste es un dato sintomático, dentro de un movimiento normativo más general, de un giro legislativo de mayor amplitud, que comenzaría con la reforma en 1974 del Título Preliminar del Código Civil —con la nueva redacción del art. 1.6 y la inserción del art. 3.1 del Código Civil— y culminaría en 1978 con la descripción que realizan los arts. 9.1 y 161.1.a) de la Constitución española. Con ocasión de la incorporación de dichas disposiciones se han producido *dos novedades* en el ordenamiento jurídico español, una de orden legislativo y otra de orden dogmático o doctrinal. Las mismas han conllevado la superación completa de los excesos normativistas propios a la concepción formalista-positivista del Derecho y, en definitiva, a la superación del dogma de la estricta sumisión del juzgador a la letra de ley. En efecto, a raíz de la inserción del art. 3.1 del Código Civil español, la realidad social pasa a adquirir rango de mandato legal para valorar y aplicar las normas, con la consiguiente crisis que ello con-

²⁷ Cit. A. COMAS, *Proyecto de Código Civil*, Enmienda presentada en la sesión del Senado de 10 de marzo de 1885 con ocasión de la defensa de una enmienda en las discusiones parlamentarias sobre el Proyecto de Código Civil, Madrid, 1885. [Cit. en R. LÓPEZ VILAS, *ibid.*, pp. 82-83]: «Y yo os pregunto: ¿Es o no es la Jurisprudencia fuente del Derecho en el orden de la vida privada? ¿Cómo negarlo, si una Sala sentenciadora que infrinja la doctrina establecida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, da una Sentencia casable y que, por tanto, ha de anularse? Pues yo os pregunto también: si verdaderamente la Jurisprudencia es fuente de Derecho, como realmente lo es porque taxativamente nos lo dice la ley adjetiva procesal en esos artículos que he citado [concretamente, arts. 1.691 de la LEC, 1.692 LEC, 1.782 LEC en estos preceptos sólo se hablaba de jurisprudencia cuando se trata de los recursos de casación interpuestos por el fiscal en interés de la ley], y que de *sobra saben y conocen los señores individuos de la Comisión, ¿cómo es posible que nos dejéis también sin esa fuente de Derecho, que la cegáis, que la destituís, y si la admitís, no lo declaráis o no la reglamentáis?* [Las cursivas son nuestras].

²⁸ Disposición adicional tercera del Código Civil en su redacción original de 1889: «(...) en vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro, y de la jurisprudencia del TS, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir».

lleva para «la vieja concepción de nuestro sistema como un sistema cerrado»²⁹.

a) Por lo que respecta al primer tipo de novedades *de orden legislativo*. La introducción de estas disposiciones [arts. 1.6, 3.1 Cciv³⁰ y 116.1.a) CE³¹] viene a demostrar, en efecto, que el legislador español ya no es por más tiempo ajeno o insensible al reconocimiento de la posición de la jurisprudencia en un puesto próximo al de las fuentes formales o primarias con valor normativo³². En efecto, hemos de reconocer con Villar Palasí que no pueden ser descritos de forma más concisa y contundente los elementos de unidad y de coherencia que caracterizan a nuestro sistema de Derecho, que en las *breves palabras del art. 3.1 Cciv en su nueva redacción*³³.

b) Por lo que respecta al segundo tipo de novedades *de orden doctrinal*. En el debate doctrinal posterior a la reforma de 1974, las posiciones de los autores continúan oscilando alternativamente entre una tesis positiva —afirmativa, por tanto, del valor vinculante del art. 1.6 del Código Civil— y otra negadora de dicha atribución. Ahora bien, a diferencia del contexto anterior al 74, en esta ocasión, la unanimidad reina entre los autores favo-

²⁹ R. LÓPEZ VILAS, *op. cit.*, p. 160.

³⁰ Art. 3.1 Código Civil: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

³¹ Art. 161.1.a) Constitución española: «El TC tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la Jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la Sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

³² R. LÓPEZ VILAS, *ibid.*, pp. 149-150: «... no estoy sosteniendo que esté resuelta la vieja polémica sobre si la Jurisprudencia es o no fuente del Derecho simplemente por el hecho de aparecer aquélla incluida en el artículo consagrado a las Fuentes. Evidentemente no digo eso. Como tampoco ignoro que la Jurisprudencia en un sistema normativista como el nuestro nunca podrá equipararse plenamente a las genuinas fuentes formales del Derecho (...) Pero lo que sí digo y sostengo es que, a mi juicio, ya no cabe seguir minimizando la acogida legal de la Jurisprudencia representada por ese expreso reconocimiento del art. 1 Cc, en el que se le atribuye a ésta una función complementadora del Ordenamiento jurídico. [...] El término “complementar” me parece un vocablo adecuado para tratar de designar lo que en el fondo se está diciendo de la Jurisprudencia en el artículo: la Jurisprudencia no es, en rigor, fuente del Derecho, pero está muy próxima a ellas (art. 1.1) y por eso se la sitúa en un apartado posterior a aquéllas, pero dentro del mismo artículo (art. 1.6)».

³³ VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, p. 115: «No puede definirse más breve y contundentemente un sistema de Derecho, sus elementos de unidad y coherencia, su carácter abierto y progresivo, que en estas breves palabras del Código Civil».

rables al reconocimiento del valor creador de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Quienes se muestran favorables a dar cumplimiento al mandato del art. 1.6 del Código, ven en dicha disposición un mecanismo definitivo de *positivación* de la jurisprudencia en el seno de las fuentes primarias del Derecho, a un mismo nivel que otras fuentes directas como la costumbre o los Principios Generales del Derecho y, sobre todo, un modo de *equiparación de la doctrina jurisprudencial a la doctrina legal*³⁴. En este primer grupo, destacan autores como De la Vega Benayas o Lalaguna³⁵ para quienes la jurisprudencia no necesitaría reconocimiento alguno de fuente formal —aun como fuente indirecta o complementaria—, pues constituye por sí misma *una fuente real e institucional*.

Y, sin embargo, hoy en día, civilistas de renombre como Díez-Picazo, Gullón Ballesteros³⁶, Lacruz Berdejo³⁷, Calvo Vidal³⁸, Luna Serrano, entre otros muchos, siguen fielmente «anclados» a tradicionales criterios *intemporales*, que acreditan la negación absoluta del valor vinculante de la doctrina del precedente judicial. La mayoría de los autores de este segundo grupo insiste en los tradicionales argumentos que justifican la irrelevancia de la jurisprudencia como fuente del Derecho, en concreto:

³⁴ Cfr. T. OGÁYAR AYLLÓN, *Creación judicial del Derecho*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1975, pp. 139-141 (cit. pp. 131-132): «Esta eficacia normativa que se le atribuye a la Jurisprudencia hace que, si bien ésta no crea normas nuevas y distintas, sí implica la superación del dogma de la estricta sumisión del juzgador a la letra de la ley (...) No es necesario, para destacar el valor de la Jurisprudencia, el empeñarse en considerarla como fuente del Derecho, pues dentro del marco de la sumisión a la ley, tiene un ancho campo de creación inventiva, mediante la reelaboración permanente de la norma para revitalizarla, rejuvenecerla y hacerla más eficaz ante las nuevas situaciones que la realidad va presentando [...] ¿qué es lo que impide estimar que la Jurisprudencia es fuente subsidiaria del Derecho? [...] Pero el hecho de no serle reconocido tal carácter de fuente en nuestro Derecho positivo, tampoco tiene gran trascendencia, puesto que va ligada a la Jurisprudencia una muy visible actividad creadora (...), y como sus resultados y soluciones se imponen en la práctica a todos, incluso al mismo Tribunal que la establece, ¿qué más da que se la considere o no como fuente sí, efectivamente, desempeña un papel muy destacado de la real modulación del Derecho?».

³⁵ Cit. C. DE LA VEGA BENAYAS, *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Madrid, 1976, p. 94: «(...) la tesis y consideración de la Jurisprudencia normativa no es sino el descubrimiento científico y práctico de su verdadera naturaleza y función, tanto genérica (Poder del Estado), como específica (naturaleza de la sentencia judicial)». Véase también LALAGUNA, *Comentarios a la reforma del Título Preliminar* (El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975), vol. I, Madrid, 1977, pp. 130-133.

³⁶ L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1992 (ed. 2001), pp. 136-152.

³⁷ J. L. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA y A. LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general de Derecho civil*, vol. 1, Barcelona, 1982, pp. 194-200.

³⁸ F. CALVO VIDAL, «La Jurisprudencia, ¿fuente del Derecho?», Valladolid, 1992, pp. 169-170.

a) En primer lugar, la *ausencia de inmutabilidad* de la jurisprudencia y, en consecuencia, la ausencia de los dos rasgos definidores principales de cualquier norma jurídica —abstracción y generalidad— que se le predicen, por ejemplo, a la ley.

b) En segundo lugar, la *falta de obligatoriedad o de carácter vinculante* de la jurisprudencia.

Con gran rotundidad se expresa Díez-Picazo³⁹ al respecto: «(...) parece claro que en nuestro sistema político no se confiere a los órganos jurisdiccionales o Tribunales de Justicia una función de creación del Derecho, sino la aplicación de éste (...) [los jueces y tribunales] no ejercerán otras funciones que las expresadas, a menos que las leyes les confieran otras, que en todo caso serán excepcionales y, además, derivadas de la ley. Parece, pues, claro que no existe una creación judicial de Derecho». Y Albaladejo⁴⁰ va todavía más lejos cuando afirma lo siguiente: «La respuesta es sencilla e indudable: no lo es, Respuesta válida lo mismo para antes que para después de la última reforma del Título preliminar del Código Civil».

De todo ello podemos extraer, en consecuencia, una manifiesta hostilidad tradicional a la figura del precedente judicial por parte de la doctrina jurídica española. Tradición hostil que todavía se perpetúa en insignes figuras del Derecho como las anteriormente mencionadas. Entonces, ¿por qué persistir en el valor vinculante del precedente en un contexto tradicionalmente hostil al mismo? ¿Cuáles son las ventajas que este planteamiento nos puede aportar?

Las ventajas que aporta el precedente judicial a un sistema de Derecho codificado: El desbordamiento de la teoría de las Fuentes del Derecho

Primera ventaja. El recurso a la técnica del precedente judicial nos permite alejarnos de los inconvenientes ligados a una visión normativista-formalista del Derecho y, en concreto, nos permite resolver la mayoría de los

³⁹ L. DÍEZ-PICAZO, «La Jurisprudencia», en *El Poder Judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 281.

⁴⁰ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil, I, Introducción y parte general*, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1985, pp. 137-142. Cit. M. ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit. supra*, p. 137: «La respuesta es sencilla e indudable: no lo es. Respuesta válida lo mismo para antes que para después de la última reforma del Título preliminar del Cc (...) Puesto que la función de la fuente jurídica es crear normas, y la Jurisprudencia no las crea, es claro que no es fuente (...) De serlo, el TS tendría poder legislativo, lo que es inaceptable, ya que su función es interpretar y aplicar el Derecho y defender las normas, pero no crearlas».

problemas teóricos que la jurisprudencia ha venido planteando hasta el momento⁴¹. Más concretamente, esta técnica permitiría, en primer lugar, suprimir la reiteración o repetición innecesaria de decisiones judiciales y, en segundo lugar, homogeneizar los niveles jurisprudenciales, relativizándose en consecuencia la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores [Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional] para dar cabida a los precedentes de todos los tribunales. De este modo se relativiza, en definitiva, la fuerza vinculante del precedente, tradicionalmente ligada a la doctrina del Tribunal Supremo.

Segunda ventaja. La doctrina del precedente judicial sirve de mecanismo armonizador, acercando los dos sistemas de Derecho antagonicos: sistema de *civil law* vs. sistema de *common law*.

En la actualidad, asistimos en el contexto de la UE a un proceso incontenible de armonización legislativa que, paso a paso, va reforzando la convergencia entre los dos sistemas de Derecho antagonicos que conviven de forma simultánea en los diferentes Estados miembros: el sistema románico o continental europeo, por un lado, y el sistema anglosajón del *common law*, por otro. Este proceso continuado de unificación del Derecho privado que vive Europa en la actualidad, exige, entre sus presupuestos principales, la superación del enfrentamiento histórico que separa a ambos sistemas⁴².

Pese a las diferencias conceptuales y sistemáticas, desde el punto de vista funcional se *liman asperezas* para suavizar el antagonismo clásico entre ambos sistemas de Derecho. Como ya sabemos, el sistema anglosajón difiere en sus orígenes del sistema continental en el entendimiento del valor de la jurisprudencia. A pesar de ello, en aras al cumplimiento efectivo de la armonización europea, ambos sistemas deberán ir paulatinamente evolucionando de forma convergente. En efecto, Europa se adapta a dichos cambios y propugna para ello, entre otras medidas, la de favorecer cada vez más el establecimiento de un modelo de justicia constitucional «mixto», a medio camino entre el modelo difuso anglosajón y el modelo europeo de jurisdicción concentrada y especial⁴³.

⁴¹ J. A. XIOL RÍOS, *op. cit.*, pp. 56-59.

⁴² M. VAN HOECKE y F. OST, *The Harmonization of European Private Law*, Oxford, 2000.

⁴³ C. SANTIAGO NINO, «La filosofía del control judicial de constitucionalidad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, Madrid, septiembre-diciembre de 1989, pp. 79-89. M. ARAGÓN REYES, «Algunas consideraciones sobre el Tribunal Constitucional», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, pp. 27-53.

El sistema de Derecho anglosajón se va dotando cada vez con mayor rapidez de las *técnicas necesarias* para suavizar la rigidez que, en un principio, amenazaba con desvirtuarlo; así pues, la vinculación de los tribunales superiores a los propios precedentes ya no es de carácter rígido, y cada vez más los jueces ingleses tratan de adaptarse a las circunstancias del caso y a la evolución de los valores en juego⁴⁴. En contrapartida, para asegurar el éxito de dicho proceso de acercamiento, el sistema continental tendrá que otorgar un papel decisivo a la figura del *precedente judicial*.

Tercera ventaja. La técnica del valor vinculante del precedente consolida la *finalidad unificadora del sistema de recursos* —permitiendo así completar la necesidad de acudir a un sistema general de recursos— y opera como *garantía de consagración de la actividad de los tribunales inferiores como motores de evolución de la jurisprudencia de los tribunales superiores*.

En el sistema de recursos, «las decisiones del juez inferior, adoptadas con un grado mayor de inmediación, tienen también, en un sentido relativo, un valor de precedente para el tribunal superior, que ha de tenerlas en cuenta por los elementos valorativos e interpretativos de la realidad que aportan, más allá de la decisión concreta recurrida»⁴⁵.

Cuarta ventaja. La técnica del precedente potencia en el proceso judicial el desarrollo de una *relación dialéctica entre datos jurídico-formales, por una parte, y ético-sociales, por otra*⁴⁶.

La estrechez de perspectivas impuesta por el proceso judicial comporta el riesgo de que los jueces no tengan en cuenta el *trasfondo social* del caso que les es sometido a examen. El recurso activo a la técnica del precedente judicial les permite hacer un seguimiento de los resultados tanto de decisiones anteriores como de sus propias decisiones y, en su caso, corregirlas.

En conclusión, mediante el recurso efectivo al precedente los jueces y tribunales pueden controlar *el producto de su acción* y su impacto social⁴⁷. Ahora bien, ¿cuáles serían los elementos determinadores de la conducta judicial? ¿Cómo pueden los jueces utilizar correctamente el mecanismo del precedente judicial sin incurrir en abusos o vulneraciones? Y, por último,

⁴⁴ J. A. XIOL RÍOS, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 48.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 46. Véase también A. OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, CEC, 2005.

⁴⁷ J. LIMBACH, «Papel y poder del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 4, 2.º semestre, ENED, 1999, p. 97.

¿cómo podemos determinar que nos encontramos efectivamente ante un precedente judicial de exigible respeto?

El uso correcto del precedente

Para poder determinar cuándo nos encontramos ante un precedente correcto de obligado respeto, se han de tener en cuenta dos elementos fundamentales:

En primer lugar, ha de tratarse de una *línea jurisprudencial* mantenida a lo largo del tiempo, en un proceso de *decantación histórica*⁴⁸, conforme a una doctrina consolidada que descarta, por tanto, cualquier género de pronunciamientos aislados o doctrinas minoritarias.

En segundo lugar, el precedente ha de llegar a alcanzar una *relevancia normativa general*. Lo cual quiere decir que se habrá de tratar no de un caso aislado, sino de una completa doctrina jurisprudencial de la que sean predicables «los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza»⁴⁹. En definitiva, se ha de dar cumplimiento a los cinco caracteres definidores del precedente que predica la doctrina científica del Derecho —en la figura particular de Jerzy Wróblewski—, sobre todo, en su correspondencia con los rasgos de *a) generalidad, b) legitimidad y c) coercibilidad*, que debe reunir cualquier disposición para poder ser considerada como norma jurídica en sentido propio.

III. LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA

La progresiva superación de las barreras y la paulatina armonización de las diferencias antagónicas que separan a los sistemas continentales frente al sistema anglosajón, dan muestras de cómo los órdenes legales contemporáneos confieren directa —tratándose de sistemas de *common Law*— o

⁴⁸ A. OLLERO TASSARA, *op. cit. supra*, pp. 78-79.

⁴⁹ Cit. A. OLLERO TASSARA, *ibid.*, p. 79. Como precedente habrá de ofrecer, en consecuencia, «una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza»; por el contrario, cuando dicha dimensión general no llega a alcanzarse, no se producirá tampoco la relevancia normativa ulterior, al encontrarnos ante un «caso singular y excepcional frente al criterio reiteradamente adoptado, de manera generalizada, en similares supuestos» [SSTC 142/1985, FJ 1, y 121/1986, FJ 3].

indirectamente —tratándose de sistemas de *civil Law*—, abierta o soterradamente, un margen de actuación discrecional a los jueces para poder *depurar* con su actuación el sistema jurídico-normativo de ausencias de regulación o de posibles defectos estructurales. Si se redujese el Derecho a un conjunto limitado de normas abstractas exhaustivas, que otorgaran una única consecuencia jurídica a un supuesto de hecho abstracto previsto con absoluta precisión, no habría lugar no sólo para el precedente judicial, sino para ninguna tentativa de *complementación jurisdiccional* del Derecho. De este modo, se eliminaría cualquier resquicio de creación de Derecho por acción de la actividad jurisdiccional.

En la realidad del Derecho —en la realidad a la que hace frente el Derecho—, esto no ocurre. En efecto, toda *norma general* que enlaza a un supuesto de hecho abstractamente determinado una consecuencia jurídica también considerada de forma abstracta y general, necesitará ser *singularizada* o *individualizada* para cobrar pleno significado jurídico. En consecuencia, la norma *particular* se configura plenamente desde el momento en que el juez procede a conceptualarla mediante su interpretación y posterior aplicación⁵⁰. El hilo vertebrador de las sentencias judiciales no es por más tiempo la subsunción, la aplicación automática del *silogismo* tradicional, sino la *concreción de las normas abstractas* o la *singularización de las generales*⁵¹.

Cualquier necesidad de *depuración* o *complementación* de un ordenamiento legal responde a un proceso mucho más complejo que el representado por el modelo continental de *jurisprudencia constante* en sus estrictos parámetros tradicionales. Entre ellos destaca sobre los demás el mantenimiento de un nivel óptimo de seguridad jurídica que propugna, por respeto al principio de legalidad, la aplicación *automática* y *exclusiva* de las disposiciones normativas en sentido estricto. A pesar del evidente error que supone el que todavía continuemos creyendo en la *sacralización absoluta de la ley* y en la viabilidad del Derecho única y exclusivamente como *ley y nada más que ley*, no podemos tampoco caer en el mismo error en el que

⁵⁰ Toda norma individualizada o *norma particular* —dice el profesor Michel Troper— es creada por la autoridad que la aplica, en el momento en que la aplica y por vía de la interpretación. Cfr. M. TROPER, *La Filosofía del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 24.

⁵¹ Cit. A. NIETO, *El arbitrio judicial*, *op. cit.*, p. 118: «Una proposición que afecta muy gravemente al método judicial tradicional, ya que nos descubre que el hilo vertebrador de las sentencias no es la subsunción, sino (...) la concreción de las normas abstractas o singularización de las generales. Circunstancia que cambia sustancialmente la figura del juez, cuya función deja de ser la de un lógico que aspira a encontrar la solución preestablecida en la ley para convertirse en un jurista que declara una situación a través de su arbitrio».

incurren algunos críticos realistas del Derecho que abogan por la libre determinación del juez en su actuación. La función de los jueces, como agentes jurídicos *aplicadores* de Derecho positivo, ha de ser ante todo *constitutiva* y no meramente declarativa. Los jueces han de hacer algo más que limitarse a constatar, deduciéndolos, los rasgos o caracteres normativos de la ley; es decir, *constatar el Derecho ya contenido en la ley*.

Es evidente que el juez siempre está sometido a la ley y que tiene además el deber de aplicar en la motivación de sus sentencias fundamentalmente aquellos textos dispositivos que resultaran ser los más adecuados a los litigios particulares que se le plantean. Pero esto último no nos ha de dificultar a la hora de admitir que, como la ley —por muy estricta que ésta fuera— siempre posee una cierta dosis de indeterminación, el juez, *como un colaborador más en el proceso dinámico de creación del ordenamiento*, dispone de un cierto margen de libertad. La actividad judicial no puede cuestionar la autoridad de la ley sobre las demás fuentes de Derecho. De hecho, el juez no pretende —nunca lo ha pretendido— desplazar al legislador en la creación de nuevas normas de carácter general. Es más, nunca podrá hacerlo en tanto en cuanto actúe *realmente* como juez, sin desvirtuar, por tanto, su propia condición profesional. Ahora bien, este último argumento no obsta para que se le niegue el valor que merece al ejercicio de la actuación «reconstructora» de Derecho de los jueces y tribunales.

El juez es, como el legislador o el administrador, *un colaborador más en el proceso dinámico de creación del orden jurídico*⁵². En efecto, en todo sistema jurídico continental coexiste: a) una formulación originaria y propiamente *creadora* del Derecho positivo, que corresponde al legislador, y

⁵² Cit. L. LEGAZ LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1943, pp. 381 y ss. L. LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1953, p. 433. Cita reproducida por Castán Tobeñas: cit. J. CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, Discurso como Presidente del Tribunal Supremo en la solemne apertura de los tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1953, Instituto Editorial Reus, Madrid, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1953, p. 20: «El juez al aplicar la norma general crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un *plus* al conjunto del orden jurídico y que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres, que han de ajustar sus conductas a sus preceptos... *El juez, que no crea normas jurídicas de carácter general ni puede hacerlo en tanto que actúa como juez, es, sin embargo, un auténtico creador de Derecho, un colaborador más —como el legislador o el administrador— en el proceso dinámico de creación del orden jurídico*» [la cursiva es nuestra].

b) una elaboración que podríamos llamar *reconstructiva* del Derecho, correspondiente a los jueces. *No cabe subestimar a la una ni a la otra*⁵³.

* * *

Los interrogantes que encierra el reconocimiento de la *doctrina del valor vinculante del precedente judicial* actúan, por un lado, como auténticos *revulsivos* al imperio del principio de legalidad, mientras que sirven, por otro, de efectivos *catalizadores* de los errores existentes en la estructura de los sistemas jurídicos continentales, en general, y en el sistema de Derecho español, en particular.

Por vía del *reconocimiento del carácter vinculante del precedente* se le puede devolver al poder judicial el lugar que le corresponde. Así, el poder de los jueces deja de ser un poder nulo —«la simple boca de la ley», que diría Montesquieu— y pasa a convertirse en un *poder jurídico a secas*, que habilita a sus agentes —esto es, a los jueces— a superar el *falso dilema*⁵⁴ que les obliga eternamente a elegir entre la ley y/o el precedente judicial. En efecto, ¿por qué no ambos? ¿Por qué no la ley y el precedente al mismo tiempo?

Si, como hemos visto, la ley como norma general sólo cobra vigencia cuando el intérprete explicita su sentido particular, no se respetaría ni su mandato dispositivo ni su *autoridad* como fuente principal de Derecho cuando el juez se aparta de la línea jurisprudencial que, en un proceso de decantación histórica, *ha conformado una doctrina consolidada susceptible de alcanzar una relevancia normativa general de igual rango normativo que la ley, pero de superior aceptación y de mayor adaptabilidad social que ella.*

⁵³ J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit. supra*, pp. 26-27.

⁵⁴ J. A. XIOL RÍOS, *op. cit.*, p. 95.