

Víctor Ferreres, Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*



Víctor Ferreres
Juan Antonio Xiol

*El carácter vinculante de la
jurisprudencia*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

*El carácter vinculante de la
jurisprudencia*

2ª edición

Edición a cargo de:
M^a Isabel de la Iglesia Monje

Víctor Ferreres
Juan Antonio Xiol

*El carácter vinculante de la
jurisprudencia*

2ª edición



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Víctor Ferreres Comella, Juan Antonio Xiol Ríos

I.S.B.N. : 978-84-613-0809-5

Depósito Legal: M-14373-2009

1ª Edición 2009

2ª Edición 2010

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

I.- LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA Y LA LÓGICA DEL PRECEDENTE. (<i>Francisco J. Laporta</i>)	11
II.- SOBRE LA POSIBLE FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA (<i>Víctor Ferreres Comella</i>)	43
I.- Punto de partida	44
II.- Una primera objeción, de derecho comparado	47
A. El papel de la legislación y el margen de discreción judicial	49
B. El reconocimiento oficial del carácter vinculante de la jurisprudencia en los países del <i>common law</i>	51
III.- Un segundo tipo de objeciones, basadas en principios de rango constitucional: exclusiva sujeción del juez al imperio de la ley, independencia judicial y principio democrático	56
A. La exclusiva sumisión del juez al imperio de la ley	57

B. La independencia judicial	60
C. El principio democrático	66
IV.- La articulación específica de la tesis favorable a la fuerza vinculante de la jurisprudencia	68
V.- Entonces, ¿la jurisprudencia es fuente del derecho?	73
VI.- Las condiciones de posibilidad de la fuerza vinculante de la jurisprudencia.	75
Nota bibliográfica	79
III.- NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA	
(<i>Juan Antonio Xiol Ríos</i>)	81
1. La jurisprudencia, de nuevo como ciencia del Derecho	81
1.1. La jurisprudencia	81
1.2. La jurisprudencia y el recurso de casación: <i>ius constitutionis</i> y <i>ius litigatoris</i>	83
1.3. La jurisprudencia constitucional	84
1.4. La jurisprudencia en el Estado compuesto	85
1.5. La norma proyectada en la Ley Orgánica del Poder Judicial.....	87

2.	La jurisprudencia y la norma	88
2.1.	La jurisprudencia en las concepciones formalistas del Derecho	88
2.2.	La jurisprudencia como norma	90
2.3.	Efecto temporal de la evolución jurisprudencial	92
3.	La jurisprudencia y el ordenamiento	95
3.1.	La jurisprudencia en la concepción del Derecho como lenguaje o como sistema	95
3.2.	La jurisprudencia como precedente ...	98
3.3.	El elemento de la reiteración de sentencias	103
3.4.	Criterios de selección de asuntos ...	107
3.5.	El efecto vinculante de la jurisprudencia y la cosa juzgada	108
4.	La jurisprudencia y la sociedad	110
4.1.	La jurisprudencia bajo el paradigma de la Constitución	110
4.2.	El respeto al principio democrático ..	118
4.3.	La jurisprudencia y la globalización del Derecho	123
4.4.	El respeto a la autonomía individual ..	131

I. LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA Y LA LÓGICA DEL PRECEDENTE

Las discusiones teóricas y prácticas sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia tienen entre nosotros una historia larga e ilustre¹. Y como vemos por este libro, siempre hay cosas nuevas que decir al respecto. Quizás por ello valga la pena tratar de hacer, a modo de introducción, un inventario breve y sucinto de los ingredientes más importantes que las alimentan. Es este uno de esos problemas jurídicos cuyas premisas y datos están razonablemente acotados y son conocidos, de forma que los desacuerdos se producen más bien por la percepción que se tiene de ellos y la interpretación que se les da. Lo que está en juego es, en efecto, un puñado de preceptos jurídicos –no tan cambiantes por cierto– y unas cuantas actitudes hacia ellos que se expresan como preferencias ideológicas o como posiciones teóricas o doctrinales. Los

¹ Algunos datos de esa historia pueden encontrarse en Luis Díez-Picazo, “La jurisprudencia”, en *El poder judicial*. Madrid. Instituto de Estudios Fiscales. 1983. También se mencionan en la aportación de Juan Antonio Xiol a este libro.

primeros son leídos de maneras diferentes según los autores y los tiempos, las segundas tienden a matizar y teñir esas lecturas. Hacer una breve presentación de todas esas cosas podría ser de alguna ayuda para el lector, aunque no son, ni mucho menos, información escondida e inaccesible.

El primero de esos ingredientes o datos, de origen netamente francés, es el de la percepción del lugar y la función del juez en la dinámica del orden jurídico. El artículo I, párrafo 5, del Código de Napoleón establecía: “Se prohíbe a los jueces fallar por vía de disposición general o reglamentaria en las causas que se sujetan a su decisión”². Esa norma creó una suerte de invisible barrera mental a la existencia del precedente judicial en la jurisprudencia del continente europeo. La idea de que la generalidad de las normas era prerrogativa del legislador y de que el juez era un mero aplicador de ellas a casos concretos mediante normas particulares es algo subyacente a la percepción común de la actividad judicial en nuestra cultura jurídica. Todavía hoy resulta difícil discutirla o matizarla. Y

² Reproduzco con un cambio de orden la traducción española del precepto a partir de *CÓDIGO DE NAPOLEÓN. Con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807*. En la imprenta de la hija de Ibarra. Madrid. MDCCCIX.

eso que esa cultura jurídica no se dejó ganar hasta bien tarde por la idea formal de legalidad³, es decir, que nuestra tradición jurídica, a la que con frecuencia se apela para rechazar la fuerza vinculante de la jurisprudencia, no fue excesivamente entusiasta de la idea francesa del imperio de la ley. El mismo Código de Napoleón, como es sabido, tardó bastantes años en ejercer una influencia palpable en la mentalidad jurídica española del siglo XIX, y sólo cuando lo hizo acabó también por aparecer entre nosotros esa percepción de la actividad judicial. Se transmitió al artículo 4 de la vieja Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que prohibía a jueces y tribunales “dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes”. Y, más de un siglo después, se ha vuelto a repetir en la vigente, artículo 12 párrafo 3: “Tampoco podrán los Jueces y Tribunales... dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional”. Los jueces, pues, emiten normas particulares, en ningún caso normas generales y abstractas. Y

³ Remito aquí a Marta Lorente, “Justicia desconstitucionalizada. España 1834-1868”, en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho Judicial VI -2006. Consejo General del Poder Judicial.

de esto se pretende inferir que en nuestro ordenamiento no cabe hablar de carácter vinculante de la jurisprudencia. Primera cuestión, pues, de interpretación.

El segundo dato presente siempre en nuestras discusiones es, en el orden cronológico de aparición, la institución procesal de la casación, también, por cierto, de clara impronta francesa. Se trataba, y así es recibida entre nosotros, de un mecanismo de protección de la ley contra interpretaciones peregrinas o desobediencias judiciales abiertas. Se encomienda al Tribunal Supremo, y aparece con ese nombre en un Real Decreto de 1852, aunque como recurso de nulidad había sido contemplado antes. Viene aquí a cuento porque entre los motivos de la casación va a figurar siempre, junto a la “infracción de ley”, la infracción de “doctrina legal”, “jurisprudencia” o expresiones similares. Aquellos autores que han mantenido entre nosotros que la jurisprudencia no tiene fuerza vinculante se han tenido siempre que ver las caras con esa categoría jurídica de la doctrina legal o jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y más aún desde que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 estableció el recurso en interés de la ley, es decir, un recurso cuya decisión no afecta a los derechos de las partes en un caso concreto y tiene como única función crear jurisprudencia, es decir, emitir un fallo que no parece

resolver caso alguno sino que se produce únicamente para establecer una pauta interpretativa con vocación de permanencia. En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se consolida el recurso de casación por infracción de doctrina legal, que la Sala primera se encarga enseguida de definir como aquella doctrina que se establece en idénticas y repetidas decisiones del Tribunal aplicables al caso. Hasta por la semántica inmediata del precepto –“infracción de doctrina legal”– se adivina allí que hay algo que va más allá incluso de la voluntad restrictiva de quienes redactan el texto, pues si la doctrina legal es algo que se puede “infringir”, algún alcance normativo ha de tener. Lo que se infringe, en efecto, son únicamente proposiciones de naturaleza prescriptiva: imperativos, preceptos, mandatos, normas, reglas, órdenes, etc., es decir, enunciados que transmiten siempre la idea de obligación, de vinculación. Los consejos y las recomendaciones de autoridad no se infringen: se aceptan o se ignoran, pero no se violan, porque no se está obligado a seguirlos. También en esa ley se consolida, en el artículo 1782, el recurso en interés de la ley, promovido por el Ministerio Fiscal, que desemboca en sentencias “que servirán únicamente para ‘formar jurisprudencia’ sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito, pero sin que por ellas pueda alterarse la ejecutoria ni alterar el derecho de las

partes”. De nuevo, un pronunciamiento jurisdiccional que se emancipa, por así decirlo, del caso concreto y que no decide nada concerniente a los derechos de las partes.

No vale la pena perseguir la historia de la casación en España. Lo que nos interesa es que el punto de llegada de esta historia es, de momento, la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, en la que la semántica de los preceptos no hace sino incrementar la perplejidad. En su artículo 477,1 establece que el único motivo para la casación es “la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Al margen de las elaboraciones doctrinales a que pueda dar lugar la terminología del “interés casacional”, lo que es cierto es que si la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo tiene ese interés casacional es que se trata de una de esas “normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”, y si es una norma aplicable entonces, siguiendo a Perogrullo, concluiremos que es una norma, y si se trata de una norma, entonces seguramente es jurídica y si lo es será vinculante para los jueces.

Estas sospechas no hacen sino corroborarse a la vista del tenor de las nuevas regulaciones de los recursos en interés de la ley. Al poner mano en ellos, el legislador que crea el artícu-

lo 100,7 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 incorpora claramente ese indicio de vinculatoriedad a nuestra discusión:

“La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el “Boletín Oficial del Estado”, y a partir de su inserción en él *vinculará a todos los Jueces y Tribunales* inferiores en grado de este orden jurisdiccional” (la cursiva es mía).

Y lo mismo sucede –aunque aquí con los viejos matices– con la regulación de ese instituto en el artículo 493 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000:

“La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, la situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, 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 Tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo*” (mi cursiva).

Lo más singular de este último precepto es que trata de compatibilizar la tradicional percepción de las fuentes con un tipo de disposición que escapa irremediabilmente a ella. El resultado es una suerte de esquizofrenia jurídica digno de atención. En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley se vuelve a la vieja letanía: “En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante –sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del derecho objetivo–, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica”. Si se lee el texto de la norma (“vinculando en tal concepto a todos los Jueces y Tribunales...”) y el farragoso y contradictorio texto de la exposición de motivos, las cosas no parecen casar. Si la doctrina jurisprudencial vincula a todos los jueces del orden jurisdiccional correspondiente entonces es que es vinculante para ellos; si no es así, entonces las palabras se usan en vano. Aquello de la ‘singularísima eficacia ejemplar’ y la ‘singular autoridad jurídica’ parece simplemente invocado para mantener externamente la doctrina anterior.

Un tercer ingrediente de nuestra discusión, que nos acaba de salir al paso en el párrafo anterior, es la percepción doctrinal de la

categoría “fuentes del derecho”. Nuestros desacuerdos sobre la idea de jurisprudencia vinculante se anclan también, en efecto, en una idea de “fuentes del derecho” concebida como una suerte de enumeración tasada de los lugares a los que el juez ha de ir a buscar las normas aplicables al caso. Cuando se está elaborando el Código Civil, a finales del siglo XIX, hay una explicable urgencia por poner límites al caótico e informe aluvión de disposiciones que se veían obligados a navegar los jueces. Las quejas sobre esto son constantes a lo largo del siglo. Por ello se incorpora a la ley de bases de 1888 una base 27 del siguiente tenor:

“La disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan el derecho civil llamado de Castilla, en todas las materias que son objeto del Código, y aunque no sean contrarias a él, y quedarán sin fuerza legal alguna, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio....”.

Es esto seguramente, y no por cierto una posición ideológica en favor de la soberanía del pueblo y la voluntad general, lo que produce entre nosotros la supremacía del código como ley frente a la recopilación como derecho histórico. Recuérdese que a finales del siglo XIX, es decir, cuando ya se está

abriendo paso lentamente la sociedad industrial, el Tribunal Supremo, para establecer el alcance de la derogatoria final del Código Civil (artículo 1976), se ve todavía en la obligación de deslindar penosamente si se hallan en vigor las Partidas, las Leyes de Toro, la Novísima Recopilación y algunas disposiciones del Concilio de Trento sobre el matrimonio. La necesidad de la ley como vehículo cierto de normas jurídicas aplicables era, pues, evidente. El orden de prelación del artículo 6 del Código: ley, costumbre, principios generales del derecho, obedecía seguramente a esto. Y es sabido que en él no se mencionaba a la jurisprudencia como norma aplicable. Por cierto, que al decir de algunos importantes autores la expresión “fuente del derecho”, con todos sus problemas, ambigüedades y confusiones, no era tan usual entonces entre nuestros juristas. Savigny había pasado más bien desapercibido en este extremo, aunque no en otros. En el ámbito de la doctrina civil habrá que esperar, al parecer, hasta las primeras décadas del siglo XX para que sea moneda común entre nuestros juristas⁴. Y aún muchos años después se tiene de

⁴ Fue Felipe Clemente de Diego, el gran innovador de nuestra ciencia jurídica, quien lo incorporó a la doctrina, como también lo hizo con el método dogmático. Se hace, al parecer, en la publicación por Felipe Clemente de Diego de *Fuentes del Derecho civil español*. Para

ella una concepción más bien restringida y oscura. Por ejemplo, Federico de Castro, definía así lo que era fuente del derecho: “Fuente jurídica puede llamarse sólo al poder de dictar una reglamentación vinculante para todos”.⁵ Mucho habría que decir de esta definición pero no es esta presentación lugar para hacerlo. Por lo que aquí respecta sirva sólo para recordar que basándose en ella, Castro se enfrentaba, incluso en términos airados, a la idea de la fuerza vinculante de la jurisprudencia: la doctrina del Supremo –decía– había de servir de “guía y modelo” en la tarea interpretativa de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, y no “de amparo a la obstinación o a la rutina, a pretexto de mantener la uniformidad de la jurisprudencia”⁶.

todo ello remito a Luis Díez-Picazo, “La doctrina de las fuentes del derecho”, en *Anuario de Derecho Civil*, serie 1ª, nº 2. 1984.

⁵ Federico de Castro, *Derecho Civil de España. Parte General*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1949, p. 508.

⁶ *Ibid.*, p. 512. Luego repetido textualmente en el conocido compendio que sirvió de libro de texto a tantas promociones de estudiantes de la Universidad Complutense: *Compendio de Derecho Civil. I. Introducción al derecho civil. II. Derecho de la persona*. 2ª edición. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1964, p. 118. Este texto se repite a veces en las discusiones sin citar su origen.

Como es sabido la expresión fuentes del derecho se incorpora al texto legal del Código civil en la reforma de 1974, que se considera todavía hoy como la disciplina general en materia de fuentes para todo el derecho español: “las fuentes del ordenamiento jurídico español”, se dice allí con expresión inusual, son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1,1). De cuasi-constitucional se ha reputado este precepto. Obra al parecer de José Castán Tobeñas, otro de los grandes inspiradores y maestros de los juristas españoles de la época. Más proclive a abrir un espacio para la jurisprudencia, en él se adoptaba una posición ecléctica, muy del autor. La jurisprudencia no era pensada como fuente del derecho, pero “complementaba” el ordenamiento jurídico con la doctrina reiterada “al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios” (art. 1, 6). En la Exposición de Motivos del decreto que lo ponía en vigor se decía que la tarea del Tribunal Supremo era establecer 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 trascendencia normativa”. Párrafo de escasa claridad que ha sido repetido con frecuencia por la jurisprudencia, sin que su repetición, como suele suceder, haga más claro su sentido. Que algo tenga “trascenden-

cia normativa” sin ser vinculante es uno de esos enigmas que hay que resolver⁷.

Por lo demás, el forcejeo con la noción de fuentes del derecho ha sido incesante, aunque hay que decir que no muy iluminador, de forma que afirmar, como suele hacerse, que la jurisprudencia no es vinculante porque no es fuente del derecho no es más que posponer el problema a la solución de los misterios que rodean esta última noción. Una más de nuestras tareas pendientes.

Después viene, como un ingrediente fundamental en nuestras discusiones de hoy, la puesta en vigor de la Constitución de 1978. La razón que con más insistencia se aduce contra la vinculatoriedad de la jurisprudencia es que el artículo 117,1 afirma que Jueces y Magistrados están “sometidos únicamente al imperio de la ley”. Y parece obvio que si están sometidos únicamente al imperio de la ley no pueden estar sometidos también al imperio del precedente judicial. Habrá que ver si dicha cláusula puede interpretarse así, y sobre todo si el imperio de la ley excluye, por ejemplo, la vinculatoriedad de la jurisprudencia interpretativa de esa ley. Victor Ferreres ha explorado con agudeza estos terrenos.

⁷ Parece sonar a lo que la teoría jurídica inglesa denomina precedentes “persuasivos”.

La Constitución, por otro lado, al exigir la motivación de las sentencias, prohibir la arbitrariedad de lo poderes públicos y establecer la igualdad de los ciudadanos ante la ley parece reposar en los mismos cimientos que tantas veces se han mencionado y mencionan como fundamento de la doctrina del precedente judicial vinculante: racionalidad, predecibilidad e igualdad formal. De esto se dio cuenta muy pronto Juan Antonio Xiol⁸. Porque, en efecto, si las decisiones de los Tribunales han de cumplir con el requisito de ser motivadas, de no ser arbitrarias y de tratar igualmente a los ciudadanos, entonces, el que en un caso se tome cierta decisión tiene que determinar que la misma decisión haya de tomarse para un caso igual a él en los rasgos relevantes. Es decir, se hace necesario estar a lo decidido, *stare decisis*. De lo contrario habrá que justificar con razones y motivaciones por qué se aparta uno de aquel antecedente. El Tribunal Constitucional empezó su línea jurisprudencial en estos términos, aunque después tal línea ha resultado ser más bien quebrada que recta. Sin embargo, aquí está presente ya lo que podría llamarse “lógica del precedente”. Del precedente llamado horizontal: Si en un caso anterior se halla una

⁸ Juan Antonio Xiol Ríos, *El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional*, en Poder Judicial, 3, 1986.

solución razonable o justa, esa solución será también razonable o justa para un caso posterior semejante a ese en sus aspectos relevantes.

Y razonamientos parecidos –adobados con algunas consideraciones procesales– podrían aplicarse seguramente al precedente llamado vertical, es decir, al precedente sentado por un órgano judicial de superior jerarquía. Si el sistema de recursos sirve para depurar y hacer más fundada la decisión judicial de los casos, los fallos de los tribunales superiores han de ser tenidos en cuenta por los inferiores a la hora de tomar sus propias decisiones. O, para expresarlo de otra manera: si en dos casos iguales hacen pronunciamientos distintos órganos judiciales de diferentes jerarquías, parece lógico que se tenga una deferencia por el órgano superior; de lo contrario, no sólo se ponen también en peligro valores como la igualdad y la interdicción de la arbitrariedad, sino seguramente un valor quizás más profundo y que sustenta a ambos, el valor de la racionalidad misma del proceso de toma de decisiones. Si ante dos casos iguales se falla de modo diferente o si ante dos casos iguales se ignora la jurisprudencia sentada por el órgano judicial superior ¿para qué se tiene un sistema de toma de decisiones tan complejo? ¿Para qué sirve el sistema mismo de recursos?

Estas preguntas también tienen que ser contestadas en nuestra discusión.

Por otro lado la Constitución establece como órgano *judicial* para el control de la constitucionalidad de las leyes, un Tribunal de amplias (quizás demasiadas) competencias, algunas de cuyas decisiones tienen plenos efectos frente a todos, es decir, son generales y vinculantes. Su interpretación de los preceptos constitucionales ha de ser seguida por jueces y tribunales, según el artículo 5,1 de la LOPJ. Y por lo que respecta a la “jurisprudencia”, se afirma en la Constitución (artículo 161,1,a), que “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”, con lo que la “jurisprudencia” aparece aquí una vez más como algo que puede ser “afectado”, es decir corregido o consolidado, al margen de los derechos de las partes en un proceso concreto. Más preguntas, pues.

Un ingrediente que –a juzgar por ciertas posiciones– parece necesario tener presente en este tema es esa actitud nueva que hemos vivido en España, muy tensa y militante, en favor de la independencia del poder judicial. Trae causa, razonablemente, de los muchos

años en que la Administración de Justicia hubo de verse mediatizada e interferida por el Gobierno durante el régimen autoritario. Que los jueces fueran independientes fue una de las aspiraciones más hondamente sentidas en la cultura jurídica de la transición política. Esa aspiración dio seguramente origen al Consejo General del Poder Judicial, ente de nueva planta que se importó de Italia y que aspiraba entre otras cosas a interrumpir la dependencia orgánica del Ministerio de Justicia que se había padecido en el ordenamiento anterior. Creo, sin embargo, que también contribuyó a generar alguna confusión en torno a la idea misma de “poder judicial” y a la percepción de lo que es la independencia del juez. Con su aparición fue posible diferenciar, y también confundir, dos versiones de lo que el poder judicial es: por un lado, el poder jurisdiccional que cada juez o magistrado ejerce en la resolución de los casos que se ponen encima de su mesa; por otro lado, un supuesto poder institucional, orgánico, una aparente gran tercera rama de los poderes del Estado que, junto al legislativo y el ejecutivo, estaría formada por la articulación institucional de la judicatura, es decir, por la organización judicial y su órgano de gobierno, que se vislumbra, erróneamente a mi entender, como un órgano director del “poder judicial”. En paralelo a esa diferenciación, también es posible bifurcar, y confundir, la idea de inde-

pendencia. En efecto, cuando hablamos de independencia del poder judicial podemos estar haciendo referencia a dos ideas distintas: por un lado, la independencia de cada juez o magistrado individual a la hora de tomar sus decisiones jurisdiccionales; por otro, la independencia del Consejo General del Poder Judicial respecto de presiones o directrices, políticas o de cualquier otra naturaleza.

Vale la pena repetir que son dos visiones diferentes del poder judicial y de la independencia de los jueces que no se implican entre sí ni tienen las mismas consecuencias. Puede, en efecto, darse el caso de un Consejo extremadamente dependiente, por ejemplo, de directrices políticas de partido, mientras que los jueces y magistrados, sin embargo, no se ven afectados por ello en su actividad cotidiana, en su poder jurisdiccional. Y puede también darse el caso hipotético de que un Consejo muy independiente y libre amenace él mismo la independencia de jueces y magistrados. Parece que cuando la Constitución habla de “independencia” se refiere siempre a la de los jueces y magistrados en el ejercicio de la jurisdicción (artículo 117) y no a la organización en cuanto tal. Asimismo, cuando le encomienda al Ministerio Fiscal (y no al Consejo, por cierto) la misión de velar por esa independencia (artículo 124) se refiere también a la independencia “de los tribunales” y

no a la presunta independencia del Consejo y de la organización profesional de los jueces. Los jueces han de ser independientes en ese sentido constitucional, incluso independientes de eventuales presiones que pudieran tener su origen en el propio Consejo General del Poder Judicial.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente no hizo, sin embargo, estas distinciones, sino que aspiró a encontrar un alcance único para la noción de independencia. Hablaba, en efecto, de la “plenitud” a que llegaba la ley al unir la “independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional” a la “sustracción del estatuto jurídico de Jueces y Magistrados a toda posible interferencia que parta de otros poderes del Estado”, pues, según se decía allí, con la nueva regulación “se excluye toda competencia del Poder Ejecutivo sobre la aplicación del estatuto orgánico de aquellos”. Pero decía algo más que a nosotros nos importa ahora. A esta mezcla de dos problemas diferentes, añadía la exposición de motivos uno nuevo: la idea de que tan “plena” independencia se postulaba también “frente a los propios órganos jurisdiccionales”, al excluir entre otras cosas “la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general y relativas a la aplicación o interpretación de la ley”; es decir, al artículo 12, 3 de la Ley Orgánica antes mencionado.

Aquí es donde me interesaba llegar, pues, al unir la exposición de motivos esa prohibición de circulares e instrucciones a la independencia judicial, la reflexión sobre la posibilidad del precedente judicial en España se veía así polucionada innecesariamente con una distorsión de la doctrina del precedente, pues el precedente tiene poco que ver con dictar circulares o instrucciones a nadie, o con esa idea a la que es desde luego difícil renunciar: la independencia de los jueces en su función jurisdiccional. Este razonamiento que vincula la existencia del precedente obligatorio con la amenaza a la independencia judicial es realmente sorprendente. Sólo imaginar que nos lleva al solemnísimos disparate de suponer que todo juez que ejerza en un orden jurídico que establezca el principio *stare decisis*, todo juez inglés o americano, digamos, carece sólo por ello de independencia, sería razón bastante para reconsiderarlo.

Otro ingrediente que suele formar parte, aunque quizás inconsciente, de las diversas tomas de posición frente a estos y otros preceptos, es una cierta visión de lo que es la interpretación de la ley. La posición menos abierta hacia el precedente o hacia la fuerza vinculante de la jurisprudencia parece mantener una teoría de acuerdo con la cual cuando un tribunal interpreta la norma y produce una sentencia a través de esa interpretación está

simplemente poniendo de manifiesto cuál es el verdadero significado de esa norma; es decir, que no está añadiendo nada a la norma, sino revelando su auténtica significación. Así, lo que aplica al caso es la ley, y no su interpretación de la ley. Al pasar por el proceso interpretativo la ley muestra su verdadera significación. Los jueces, pues, son la boca por la que habla la ley. En ese proceso no se crea ninguna norma nueva. Y eso explica que la jurisprudencia, es decir, las sentencias que interpretan la norma, no necesiten tener esa fuerza vinculante ya que lo único que hacen es mostrar lo que la ley dice y con ello hacerse portadoras de la fuerza vinculante que tiene la propia ley.

Pese a que a mí me parece que tiene aspectos convincentes, esta percepción de la actividad interpretativa es hoy ampliamente discutida. De hecho resulta ser minoritaria. Hoy se piensa generalmente que los jueces añaden a la fórmula interpretada algo que es precisamente lo que la transforma en norma jurídica; para decirlo de la confusa manera usual, que los jueces, en el proceso de interpretación, crean derecho. La interpretación jurídica no es, pues, un proceso maquinal en el que se “descubre” lo que la ley dice, sino una actividad creadora que presta a la fórmula de la ley una dimensión de la que carecía sin ella. Se suele decir incluso que no hay norma

sin interpretación. Pero si esto es correcto, entonces nuestra discusión cobra una dimensión nueva que no puede perderse de vista. No voy, naturalmente, a terciar aquí en ella. Pero vale la pena traerla a colación porque es necesario advertir que afecta también a las posiciones que pueden adoptarse respecto de la fuerza vinculante de la jurisprudencia. En efecto, hay veces que se mantienen posiciones sobre la actividad de juzgar que no parecen tener relación entre sí, pero que vistas desde esa perspectiva resultan incompatibles. Por ejemplo, es muy común en nuestra judicatura no negar la existencia de la creación judicial, defender la casación por infracción de jurisprudencia y negar, sin embargo, el carácter vinculante de esa jurisprudencia. Pues bien, si la actividad judicial es creativa y hay casación por infracción de jurisprudencia, entonces lo que vincula es la jurisprudencia y no sólo la ley.

Ello por no recordar –como lo hace Ferreres en su ponencia– que la ley no lo llena todo, que debemos hacer un hueco a la evidencia cotidiana de que el derecho no es pleno, que tiene lagunas, que las leyes no responden a todas las preguntas pertinentes, y que los jueces han de decidir a veces sin disposiciones anteriores, sin ley, poniendo en pie normas no previstas por el legislador. Y seguramente no es descabellado desear que esos supuestos

estén armonizados bajo una común inspiración jurisprudencial.

Otro ingrediente que dibuja las líneas del campo de nuestras discusiones, es un cierto tópico que suele estar agazapado en algunas posiciones doctrinales. No me atrevo a llamarlo prejuicio por no forzar las tintas peyorativas, pero forma desde luego parte de un lugar común poco pensado. Me refiero a la percepción que se tiene entre nosotros del lugar del precedente en el llamado sistema del *common law*. Incluso a la idea que se tiene del *common law* mismo. Desde una posición extraña a él tiende a ser visto como una suerte de reducto sólido e inflexible que gravita sólo en torno a casos y en el que todo juez está estrictamente vinculado tanto al pasado como al órgano judicial superior. Y eso, se dice con razón, es algo ajeno a nuestra cultura jurídica y judicial. Lo que sucede es que esa no es una descripción correcta de la realidad del *common law*. Para no extenderme demasiado en un tema muy complejo, recordaré sólo algunas cosas que hoy se dan por ciertas en ese mundo⁹. Muchas veces se confunden la idea

⁹ Remito aquí a dos libros; uno de ellos recién publicado, y que considero especialmente importante, Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge. Cambridge University Press. 2008. Otro es la conocida recopilación de estudios de Laurence Goldstein

de *case law*, el principio *stare decisis* y la doctrina de la vinculación fuerte al precedente, conformando así un trípode que presenta, en efecto, ante nosotros un orden jurídico muy distante del nuestro. Sin embargo, eso es una percepción incorrecta: ni esos tres rasgos son equiparables, ni tienen entre sí relaciones necesarias. Un derecho sustentado en el caso concreto y su solución, un *case law*, es decir, un derecho basado en decisiones individuales, no tiene por qué incorporar el principio *stare decisis et non quieta movere*. Lo que hace este principio es imponer sobre el juzgador la obligación de atenerse a pronunciamientos anteriores si no observa una razón relevante para modificarlos. El *stare decisis*, “atenerse a la decisión anterior”, pretende ser desde siempre un acto de racionalidad, la racionalidad que se deriva de que si un caso ha sido bien solucionado, esa solución será la más racional para los casos como aquel. Y en esa condición tiene sobre todo relación con el precedente que se ha llamado “horizontal”, es decir, con el precedente del propio juez o

(ed.) *Precedent in Law*. Oxford. Clarendon Press. 1987. Sobre la realidad del derecho comparado en la actualidad, cf. Neil MacCormick y Robert. S. Summers (eds.) *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Dartmouth. Ashgate. 1997. Incluso en un estudio tan clásico como C. K. Allen, *Law in the making*, (consulto la 7^a edición, Oxford, Oxford University Press, 1964) pueden verse indicios de lo que voy a afirmar en el texto.

tribunal, u otros anteriores. Pero esta no es, ni mucho menos, la dimensión más importante de la vinculatoriedad del precedente. Y en todo caso se mueve siempre en el ámbito de las razones que han de ser sopesadas para decidir. El mero hecho de que una decisión haya sido tomada antes no la dota de una singular importancia. Se olvida con frecuencia que el origen medieval de la regla (que es, por cierto, continental y no anglosajón) estaba en que se suponía que los fallos de los jueces ponían al descubierto, “declaraban”, el contenido de costumbres comunes intemporales que tenían vigor por encima de las decisiones del tribunal, que sólo contribuía con su fallo a poner ese contenido de manifiesto. Los fallos de los tribunales eran evidencia del derecho, no eran el derecho. Es decir, que bajo la decisión había una norma que la justificaba y por ello podía funcionar como una *ratio* para un caso nuevo.

Las reglas estrictas del precedente son del siglo XIX inglés; de finales, para ser más exactos¹⁰. Llamo estrictas a dos reglas: la de la vinculación fuerte a la propia decisión

¹⁰ Cfr. Evans, “Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century”, en Goldstein (ed.) citado. Respecto al derecho americano, puede leerse con provecho Frederik G. Kremlin Jr. “Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850”, *The American Journal of Legal History*, 3. 1959.

anterior, y sobre todo, la de la vinculación a lo dictado por una corte de superior jerarquía, en el caso inglés por la Cámara de los Lores. Y son del XIX por dos motivos que se han hecho evidentes en los estudios históricos recientes: en primer lugar, porque para que existan tales reglas es necesario disponer de forma ordenada y adecuada de una colección fiable de los fallos anteriores, los *Law Reports*, y eso sólo se consigue en esas fechas. Todos los historiadores coinciden en que antes del siglo XIX las colecciones de fallos no eran fiables ni por su origen ni por su contenido. En segundo lugar, porque es necesario también disponer de un sistema jerárquico de los órganos del poder judicial, y esto sólo aparece definitivamente con las *Judicature Acts* de 1873-75.¹¹ De forma que, aunque no tan intensamente como con la pretendida doctrina tradicional española, que ni es tradicional ni es española (es nueva y francesa), con la supuesta doctrina inglesa tradicional sucede que resulta, eso sí, ser inglesa pero no es tradicional, es casi nueva, de finales del siglo XIX.

Y no debe olvidarse en general que la doctrina de la vinculación del precedente tiene sus raíces en una explícita dimensión de racionalidad en la toma de decisiones. Los

¹¹ Duxbury 2008, cit. p. 56

precedentes son razones para decidir. Por eso es tan escasa e infrecuente la afirmación de su vinculatoriedad estricta, y más escasa aún la práctica rígida de esa vinculatoriedad. Los precedentes, como razones para decidir, han de ser tomados en cuenta, pero al hacerlo no hacen sino entrar en el campo de juego de las razones, y pueden ser argumentados y, en último término, abandonados. Las clásicas prácticas de *overruling* y *distinguishing* son de todos conocidas. Pero también pueden ser cuestionados en el momento de determinar cuál es la *ratio decidendi* de un caso y qué cosas son meros *obiter dicta*. Con ello se consigue muchas veces evitar la aplicación de un precedente a un caso nuevo. Y hay todavía muchas otras técnicas similares a estas¹².

Eso, por cierto, por no mencionar que el imparable ascenso de la ley como fuente de derecho se ha producido en los dos sistemas, determinando con ello un intenso acercamiento de ambos, y una disminución vertiginosa de aquellos aspectos de *case law* que se predicaban del anglosajón. No debemos traer a nuestra discusión una percepción sesgada de un sistema de derecho que en no escasa medida es

¹² Si se quieren poner unas gotas de humor en el examen de todas aquellas cosas que se hacen con los precedentes, puede leerse Geoffrey Marshall, "Trentatre cose che si possono fare con i precedenti", en *Ragion Pratica*, 6, 1996.

más bien producto de estereotipos que de una realidad jurídica viva. Me parece más fecundo que insistamos en aquellos aspectos que los acercan.

Quisiera mencionar, por último, un ingrediente que tiene más que ver con la realidad de nuestra judicatura que con la interpretación de preceptos y la construcción de teorías. Me refiero a la evidencia intuitiva –que no dudo en afirmar que se corroboraría estadísticamente– de que nuestros jueces aplican cotidianamente el precedente judicial, tanto el horizontal, es decir, el propio, como el vertical, es decir aquel que viene de órganos judiciales superiores. Desde que es posible tener acceso a la jurisprudencia de las Audiencias, se ha constatado la cada vez más frecuente apelación a esa jurisprudencia por parte de los jueces de primera instancia. Y no digamos ya respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, particularmente la jurisprudencia penal. Las Audiencias incorporan y aplican la doctrina del Supremo casi unánimemente, muy decididamente, como no podía ser de otro modo, en aquellas causas en las que el reo se encuentra en prisión. No podemos atribuir a la rutina y la facilidad esta actitud generalizada. Me parece más acertado suponer que los miembros de nuestra judicatura acuerdan un valor indudable a la unificación de criterios, la predecibilidad y la racio-

nalidad de sus propias decisiones, que son todos ellos los fundamentos mismos de la doctrina del precedente.

**

Estas pueden ser las líneas que enmarquen las aportaciones de este pequeño libro. Los autores, sin embargo, no se discuten entre sí; puede decirse incluso que aunque puedan disentir en algún que otro extremo, parecen estar de acuerdo en ofrecer a la fuerza vinculante de la jurisprudencia un lugar al sol del ordenamiento jurídico español. Por lo demás son dos personalidades distinguidas y distintas. Víctor Ferreres es un joven y brillante profesor que, tras trabajar dos años y doctorarse en la Universidad de Yale, sorprendió a la academia española con un libro, *Justicia constitucional y democracia*, publicado en España en 1997, y galardonado con el premio “Francisco Tomás y Valiente”. En él se presentaba por primera vez entre nosotros de una manera minuciosa y comprensiva todo el conjunto de preguntas y respuestas que había suscitado en la literatura norteamericana la institución de la justicia constitucional. Muy en particular la llamada “dificultad contramayoritaria” de la *judicial review*. Aunque este tema no tiene especiales conexiones con el que aquí se expone, sirvió al doctor Ferreres para conocer con precisión los ras-

gos particulares de un sistema jurídico de *common law*. Después de esa experiencia, y ya en España como profesor de derecho constitucional en la Universidad Pompeu Fabra, desarrolló durante años su magisterio en la Escuela Judicial de Barcelona, de la que pudo surgir su posición ante el tema de que se ocupan estas páginas. En el año 2002 publicó un libro que es, desde ese punto de vista, especialmente interesante: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*. El interés reside precisamente en que sitúa su indagación en un lugar especialmente sensible a los desacuerdos. En efecto, si hubiéramos de decir en qué lugar es más probable que un ordenamiento jurídico como el nuestro rechace de plano el valor normativo de la jurisprudencia ese sería, sin duda, el principio de legalidad penal. Respecto a la exigencia de que los tipos penales sean definidos en la ley y que nada más que la ley sea la norma vinculante en la jurisdicción penal no parece haber duda alguna. El ordenamiento establece alrededor del juez penal una suerte de cordón sanitario pensado precisamente para que no se desvíe del principio *nullum crime, nulla poena sine lege*. Sólo la ley, y no la costumbre, ni los principios, ni la jurisprudencia, ni la construcción por analogía, sólo la ley, repito, puede por tanto contribuir a definir el tipo penal aplicable. Además, el principio de

taxatividad exige al legislador la definición precisa de esos tipos y excluye los tipos abiertos o las fórmulas imprecisas. Tanto es así que en el enjuiciamiento criminal no aparecen esos dos recursos que tanto juego pueden dar a los defensores del precedente: la casación por infracción de jurisprudencia y el recurso en interés de la ley. Pues bien, Víctor Ferreres sitúa en ese peligroso lugar su discusión, y basándose en alguna jurisprudencia constitucional defiende el valor normativo de la jurisprudencia. De estas reflexiones surgen en su origen las que se contienen en este libro. Dejo al lector que las valore por sí mismo.

Juan Antonio Xiol Ríos no tiene una predominante trayectoria académica. Aunque su obra publicada es copiosa, y muy interesante a los efectos de este libro, su personalidad es sobre todo relevante al haber representado con intensidad una vida volcada sobre la función jurisdiccional y sobre los complejos problemas de la organización judicial en un Estado moderno. Ha ejercido años como juez de 1ª Instancia e Instrucción, después como Magistrado especialista de lo Contencioso-administrativo, hasta llegar en 1987 al Tribunal Supremo, cuya Sala Primera preside desde hace algunos años. Es letrado por oposición del Tribunal Constitucional, y ha sido Secretario General del mismo, bien atento por cierto a su jurisprudencia en estas materias.

Desde una óptica más orgánica fue Director General de Relaciones con la Administración de Justicia y Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Es difícil, por tanto, encontrar a un jurista que, como él, haya visto el mundo de la función judicial desde tantas y tan amplias perspectivas. Xiol Ríos es, sin duda, uno de esos juristas en los que el constituyente español estaba seguramente pensando cuando diseñó las más altas magistraturas judiciales del Estado. Es lástima que la tosca deriva partidista que ha acabado por teñir las decisiones de nuestras organizaciones políticas acabe necesariamente por ignorar a juristas de este perfil. Respecto al tema del presente libro, no es preciso siquiera decir que una experiencia tan larga y tan intensa tiene que haberle sugerido ideas fecundas. Desde que hace ya algunos años vio con claridad que las exigencias de la Constitución, tal y como eran interpretadas por el Tribunal Constitucional, abrían la posibilidad del precedente judicial en nuestro ordenamiento, su convicción de que el carácter vinculante de la jurisprudencia es una evidencia se ha ido ampliando hasta convertirse casi en una filosofía. La que aquí nos ofrece es una reflexión general, rica en matices y aportaciones, que puede servir como seña de identidad para esa filosofía.

Francisco J. Laporta

SOBRE LA POSIBLE FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA

Víctor FERRERES COMELLA

Uno de los temas clásicos de teoría del Derecho es el relativo a la fuerza vinculante de la jurisprudencia: ¿están los jueces obligados a interpretar y aplicar el Derecho de acuerdo con los criterios establecidos por los tribunales supremos? En esta ponencia, me propongo defender la tesis afirmativa, frente a determinadas objeciones que se suelen formular. Mi planteamiento, sin embargo, admitirá la operatividad de ciertas cláusulas flexibilizadoras, en virtud de las cuales la jurisprudencia no se impone con carácter categórico en todos los casos. Apuntaré, finalmente, cuáles son las reformas institucionales y transformaciones culturales que habría que llevar a cabo, para posibilitar que la jurisprudencia despliegue adecuadamente sus efectos.

I. EL PUNTO DE PARTIDA

El punto de partida para defender el valor de la jurisprudencia es relativamente sencillo. Simplificando por el momento las cosas, digamos que existe acuerdo entre los juristas en el sentido de que no siempre el conjunto de materiales que integran el ordenamiento jurídico establecen con claridad cuál es la solución que hay que dar a los casos que se plantean en la práctica. Con independencia de si existe realmente una sola respuesta correcta para toda controversia jurídica, lo cierto es que se plantean casos con respecto a los cuales los jueces adoptan soluciones dispares.

Surge entonces la idea de introducir mecanismos para reducir a unidad esta diversidad de posiciones. Se trata de que los tribunales que ocupan la cúspide del sistema judicial fijen cuál es la respuesta que estiman correcta en los casos controvertidos, y que los tribunales inferiores se ajusten a ella. Es decir, se espera que los tribunales inferiores *dejen de lado su propia opinión* acerca de qué solución es jurídicamente adecuada y se rijan por la opinión expresada por el tribunal superior. La fuerza vinculante de la jurisprudencia, en su dimensión vertical, implica este tipo de auto-
ridad.

Naturalmente, la dimensión vertical de la jurisprudencia tiene que ir acompañada de la dimensión horizontal: el propio tribunal supremo encargado de fijar la doctrina que debe ser seguida por los tribunales inferiores tiene que ser coherente a lo largo del tiempo. No resultaría posible introducir unidad de solución en el sistema jurídico si el tribunal superior encargado de establecer la jurisprudencia se contradijera a sí mismo al pasar de un caso a otro.

La pretensión de unificar la respuesta judicial a las controversias jurídicas obedece a razones vinculadas a importantes valores. Es habitual mencionar dos: la seguridad jurídica y la igualdad. Es fácil ver la conexión entre estos valores y la búsqueda de la unidad de solución. Si los distintos tribunales llegan a conclusiones opuestas cuando se enfrentan a un mismo tipo de caso, los ciudadanos no saben a qué atenerse: no pueden calcular las consecuencias de sus acciones u omisiones. También la igualdad ante la ley se ve afectada: por las mismas acciones u omisiones, los ciudadanos serán tratados de manera diversa, en función del concreto juzgado al que vayan a parar sus respectivos pleitos. Si se desea preservar la seguridad jurídica y la igualdad, es imperioso recurrir a la jurisprudencia como factor de unificación.

Pero existe un argumento adicional en apoyo de la autoridad de la jurisprudencia, un argumento que es poco utilizado entre nosotros, pero que es muy frecuente en el mundo anglosajón: el carácter vinculante de la jurisprudencia empuja al tribunal supremo en una dirección de imparcialidad u objetividad. En efecto, si el tribunal supremo, enfrentado a determinado supuesto respecto del que existe discusión, sabe que su decisión sienta jurisprudencia vinculante, tenderá a distanciarse de las particularidades del caso para ver los problemas que éste plantea desde una perspectiva más general. Como el tribunal no puede saber de antemano qué personas protagonizarán los pleitos que se entablen en el futuro, se ve empujado a adoptar la solución que sinceramente cree correcta bajo el Derecho vigente, haciendo abstracción de los concretos sujetos que son parte en el proceso actual y de sus circunstancias específicas.

Naturalmente, estos tres valores (seguridad jurídica, igualdad e imparcialidad u objetividad) están en riesgo en mayor o menor medida según la amplitud del espacio de indeterminación que ofrezcan los materiales jurídicos relevantes. Es decir, cuanta mayor indeterminación haya en el sistema jurídico (antes de que surja el complemento jurisprudencial), mayor es la probabilidad de que emerjan discrepancias entre los jueces y,

por tanto, mayor es el riesgo que corren los referidos valores.

Hasta aquí, pues, y de manera simplificada, el núcleo del argumento en favor del importante papel que debe desempeñar la jurisprudencia. Como veremos después, quedan por especificar una serie de detalles. En particular, es posible introducir matices que flexibilicen la autoridad de la jurisprudencia. Pero incluso presentada de esta manera preliminar, la tesis favorable al carácter vinculante de la jurisprudencia es objeto con frecuencia de una serie de objeciones que apelan a consideraciones o principios de carácter fundamental. Veamos las críticas principales.

II. UNA PRIMERA OBJECCIÓN, DE DERECHO COMPARADO

Es frecuente sostener, a modo de objeción, que el carácter vinculante de la jurisprudencia es un rasgo propio de los países que pertenecen a la cultura jurídica del *common law*, y que resulta extraño en los países del *civil law*. Mientras que en los primeros nadie cuestiona que los precedentes judiciales son vinculantes, en virtud de la doctrina del *stare decisis*, en los segundos, en cambio, se ha rechazado históricamente la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Este contraste, se dice, deriva de otro más profundo: mientras que en los

países anglosajones los jueces siempre han creado Derecho, en los países de la Europa continental, en cambio, el Derecho se ha reducido en gran medida a legislación escrita, teniendo los jueces vedada la formulación de normas jurídicas.

Para hacer frente a esta crítica, es necesario trazar una distinción entre dos cuestiones. La primera se refiere al margen de discreción judicial que la legislación escrita deja en manos de los tribunales de justicia. Según lo más o menos exhaustiva, clara y coherente que sea la legislación, menor o mayor será el espacio para que los jueces creen Derecho. La segunda cuestión es la relativa a si la jurisprudencia de los tribunales superiores debe o no imponerse con carácter vinculante a los inferiores. Según el valor que se atribuya a esa jurisprudencia, los jueces que integran los órganos jurisdiccionales inferiores gozarán de una mayor o menor libertad a la hora de interpretar e integrar el Derecho. Obsérvese que, mientras el primer problema afecta a las relaciones legislador/poder judicial, el segundo, en cambio, atañe a las relaciones *en el interior* del poder judicial (concretamente, entre los tribunales supremos y los inferiores en grado). Veamos, pues, qué diferencias puede haber entre el *civil law* y el *common law* en conexión con estas dos cuestiones.

A. EL PAPEL DE LA LEGISLACIÓN Y EL MARGEN DE DISCRECIÓN JUDICIAL

Con respecto al primer tema, no conviene exagerar las diferencias entre las dos culturas jurídicas. Es verdad que, a partir de la Revolución Francesa, en los países del *civil law*, una gran parte del Derecho se redujo a legislación escrita, mientras que en los del *common law* subsistieron importantes ámbitos de la vida social disciplinados por reglas creadas por los jueces en forma de precedentes. Los anglosajones, al hablar de las fuentes del Derecho, distinguen, así, entre la legislación escrita y el “*common law* en sentido estricto” (es decir, el conjunto de normas de origen judicial que regulan materias no cubiertas por las leyes).

Ahora bien, en los países del *civil law* nunca se logró realizar plenamente el ideal codificador, por lo que determinadas materias tuvieron que ser reguladas por vía jurisprudencial, sobre la base de principios generales del Derecho. Se suele citar, como ejemplo paradigmático de este fenómeno, la construcción del Derecho administrativo francés.

Por otro lado, en los países del *common law*, la producción legislativa se intensificó muchísimo a partir del siglo XX, desplazando

de este modo numerosas reglas tradicionales creadas por los jueces. Hay que tener en cuenta, además, que cuando el legislador anglosajón entra a regular un sector de la realidad social, suele ser *más preciso* que el de los países de la Europa continental. En parte, la razón reside en los mayores esfuerzos que ha tenido que hacer ese legislador para asegurar que las viejas reglas judiciales quedaran efectivamente reemplazadas por los nuevos preceptos de origen parlamentario, pues durante mucho tiempo el principio básico que seguían los jueces era que las leyes en derogación del *common law* debían interpretarse restrictivamente. En consecuencia, se da la aparente paradoja de que el legislador anglosajón suele dejar menos margen de maniobra interpretativa a los jueces que el legislador europeo-continental. La obsesión con la que define con detalle los términos que utiliza en sus disposiciones ha sorprendido siempre a los juristas formados en la tradición codificadora europea.

En todo caso, no ha resultado posible en ningún país eliminar completamente las brechas legislativas por las que se abren espacios de indeterminación y se entrega a los jueces una cierta libertad interpretativa e integradora del Derecho. En las dos grandes culturas jurídicas se plantea, pues, un mismo problema: *es inevitable que, con respecto a determi-*

nados casos, la legislación existente no ofrezca respuesta alguna, o no ofrezca respuesta clara. Los tribunales en su conjunto gozan de un cierto poder de interpretación e integración del Derecho.

La cuestión entonces es cómo distribuir este poder en el interior de la propia organización judicial. Ante el riesgo de interpretaciones dispares por parte de los distintos tribunales de justicia, se impone la necesidad de unificar criterios a través de la jurisprudencia de los tribunales que están en el vértice del sistema judicial. Ahora bien, ¿se debe asignar fuerza vinculante a esa jurisprudencia? Como es sabido, los países del *common law* han dado históricamente una respuesta afirmativa a esta pregunta, a diferencia de los países del *civil law*. ¿Por qué?

B. EL RECONOCIMIENTO OFICIAL DEL CARÁCTER VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS PAÍSES DEL *COMMON LAW*

En gran medida, la explicación de esta diferencia reside en factores institucionales. Tradicionalmente, la estructura judicial de los países del *common law* no ha sido tan burocrática como la de los países del *civil law*. En éstos, el poder judicial ha respondido históricamente a un modelo jerarquizado, tanto

desde un punto de vista orgánico como procesal. En primer lugar, desde un punto de vista orgánico, ha existido carrera judicial: para ascender a los tribunales superiores, los jueces de los tribunales inferiores no podían rebelarse demasiado frente a la doctrina de los superiores, pues la opinión de los jueces más veteranos tenía importante influencia a los efectos de decidir ascensos. En segundo lugar, desde la perspectiva procesal, el sistema de recursos facilitaba la corrección de las sentencias de instancia que se apartaran de la doctrina definida por los superiores. Las posibilidades de interponer recurso de apelación e incluso de casación eran, y siguen siendo, relativamente amplias. En el contexto de una estructura jerarquizada de este tipo, no ha parecido necesario insistir demasiado en la necesidad de respetar los precedentes establecidos por los órganos jurisdiccionales superiores.

En el *common law*, la situación ha sido otra. Tradicionalmente, no ha habido carrera judicial, con lo que no ha operado uno de los posibles incentivos institucionales para presionar a los jueces inferiores a aplicar con fidelidad la doctrina sentada por los superiores. Además, han sido siempre escasas las posibilidades de recurrir las sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia: la apelación está muy limitada, y el acceso al

tribunal supremo es verdaderamente excepcional. No cabe, pues, confiar únicamente en el sistema de recursos para lograr una mínima uniformidad en la aplicación del Derecho por parte de los jueces. Ante la fragilidad del sistema institucional desde este punto de vista, los países del *common law* han tenido que reconocer oficialmente la doctrina del precedente como “estabilizador ideológico interno” (en palabras de Mirjan Damaska). Es decir, ha sido necesario que arraigara entre sus jueces y abogados la convicción de que es jurídicamente obligatorio ajustarse a la jurisprudencia de los tribunales supremos.

Si esta explicación histórica es correcta, no debemos entonces dar un excesivo valor, a efectos de nuestra actual discusión, al dato de que en unos países se reconoce oficialmente la fuerza vinculante de la jurisprudencia mientras que en otros se evita tal cosa. Lo importante es que *en todos ellos se estima deseable que los tribunales inferiores ajusten sus interpretaciones jurídicas a las doctrinas emanadas de los superiores*. Sucede, simplemente, que en unos países (los del *civil law*) no ha hecho falta insistir en ello de manera oficial, porque la estructura orgánica y procesal parecía ya asegurar este resultado de manera suficiente, mientras que en otros países (los del *common law*) ha sido necesario inculcar esta idea a través de la socialización de los

individuos en la cultura jurídica del precedente, dada la mayor fragilidad de la estructura judicial.

En este contexto, es interesante traer a colación el siguiente dato. Existe en Europa un amplio consenso entre los profesores, abogados y jueces en el sentido de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) tiene fuerza vinculante: los jueces nacionales deben resolver los casos con arreglo a la interpretación del Derecho comunitario que ese Tribunal haya fijado. Así, si consultamos la página *web* del TJCE para obtener información acerca de sus funciones, nos encontramos con una serie de preguntas frecuentes (“Frequently Asked Questions”) que el Tribunal desea contestar. A la pregunta número 8, “¿Están obligados los órganos jurisdiccionales nacionales a ajustarse a la interpretación del Tribunal de Justicia?”, la respuesta que se nos da no puede ser más rotunda y taxativa:

“Sí. Cuando el Tribunal de Justicia declara que un acto comunitario no es conforme con los Tratados o cuando interpreta el Derecho comunitario, esta resolución tiene **fuerza vinculante** [la negrita aparece en el texto original] y se impone al órgano jurisdiccional nacional que ha planteado la cuestión y al resto de órganos jurisdiccionales de los Esta-

dos miembros. Por tanto, los tribunales nacionales están vinculados por la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia. Lo mismo sucede con las demás autoridades públicas”.

La doctrina comunitarista, por su parte, es prácticamente unánime cuando sostiene que, en efecto, los jueces nacionales deben interpretar el Derecho comunitario de acuerdo con los precedentes establecidos por el TJCE.

Pues bien, ¿por qué esta insistencia en la fuerza vinculante de la jurisprudencia del TJCE, *en países europeos del civil law que no están acostumbrados a predicar tal cosa de la jurisprudencia de sus propios tribunales superiores?* La razón no cabe buscarla en un supuesto monopolio del TJCE en materia de interpretación del Derecho comunitario. Tal monopolio no existe: como es sabido, tanto el TJCE como los tribunales nacionales comparten la tarea de interpretar el Derecho comunitario. Puede ocurrir perfectamente que un juez nacional discrepe de las tesis interpretativas mantenidas por el TJCE. ¿Por qué, en materia de Derecho comunitario, se suele entender que el juez nacional debe dejar de lado su propia opinión, y someterse a la del TJCE? Sencillamente, *porque no hay jerarquía orgánica ni procesal entre el TJCE y los tribunales nacionales*. Concretamente, no es

que sea difícil recurrir una sentencia nacional ante el TJCE, es que resulta imposible, pues no existe ningún mecanismo procesal para ello. No debe extrañar, pues, que en este contexto de extrema fragilidad, se insista, por parte de quienes contribuyen a la creación de la cultura jurídica comunitaria y desean apuntalar la autoridad del TJCE, en la necesidad de que los jueces nacionales interioricen la fuerza vinculante de la jurisprudencia luxemburguesa. Se desea compensar la fragilidad del sistema con un fuerte énfasis en la cultura del precedente, de un modo parecido a lo que ha sucedido históricamente en los países del *common law*.

III. UN SEGUNDO TIPO DE OBJECIONES, BASADAS EN PRINCIPIOS DE RANGO CONSTITUCIONAL: EXCLUSIVA SUJECIÓN DEL JUEZ AL IMPERIO DE LA LEY, INDEPENDENCIA JUDICIAL Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Más allá de las consideraciones vinculadas al contraste entre el *common law* y el *civil law*, es frecuente oponerse a la tesis favorable al valor normativo de la jurisprudencia apelando a una serie de principios de rango constitucional que conviene examinar.

A. LA EXCLUSIVA SUMISIÓN DEL JUEZ AL IMPERIO DE LA LEY

Nuestra Constitución establece en el artículo 117.1 que el poder judicial está integrado por jueces “sometidos únicamente al imperio de la ley”. Es frecuente argumentar que de este precepto se deduce la imposibilidad de que la jurisprudencia adquiriera carácter vinculante para el juez, pues la expresión «ley» no incluye a la jurisprudencia.

Este argumento, no obstante, es débil. La expresión “ley” que aparece en este precepto se puede entender de varias maneras. De acuerdo con una primera tesis, la más restrictiva, “ley” sería únicamente la norma aprobada por el Parlamento bajo tal denominación. Pero es obvio que esta lectura tan estrecha del artículo 117.1 es incorrecta: en nuestro sistema los jueces están obligados a resolver las controversias teniendo en cuenta no sólo las “leyes” en ese sentido estricto, sino también otro tipo de disposiciones (así, tratados internacionales, decretos-leyes, decretos legislativos...).

Una segunda tesis incluye tanto a las leyes en sentido estricto como a otras normas con rango de ley, pero excluye a los reglamentos administrativos, que son de rango inferior. Los jueces, de acuerdo con este planteamiento

to, no están vinculados por los reglamentos. Prueba de ello es que pueden inaplicar, por su propia autoridad, las disposiciones reglamentarias que juzguen contrarias a las leyes (o a la Constitución).

Pero esta tesis sigue siendo demasiado estrecha. Es verdad que el juez no está vinculado por un reglamento inválido. Pero tampoco está vinculado por una ley que sea contraria a la Constitución: el juez puede inaplicarla directamente, si es anterior a la Constitución y, si es posterior, puede reaccionar frente a ella planteando una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Ciertamente, si la ley es válida, el juez está obligado a aplicarla. Pero lo mismo sucede con el reglamento: *si el reglamento es válido, el juez está obligado a aplicarlo.*

Una tercera tesis, progresivamente más extensiva, incluye bajo el término “ley” todo el bloque de disposiciones escritas, cualquiera que sea su rango. Pero tampoco esta tesis es suficientemente amplia, pues margina a las costumbres y a los principios generales del Derecho, que claramente vinculan a los jueces como fuente del Derecho (artículo 1.1 del Código Civil).

Llegados a este punto, la pregunta es por qué no se puede dar un último paso e incluir a la jurisprudencia dentro del bloque de pautas vinculantes para los jueces. En realidad, no parece haber grave inconveniente en entender que la expresión “ley” puede llegar a abarcar la jurisprudencia. Recordemos que existe un amplio consenso en el sentido de que los jueces españoles están sujetos a la jurisprudencia del TJCE. ¿Supone esta fuerza vinculante una lesión del principio de sujeción exclusiva a la ley enunciado en el artículo 117.1 de la Constitución? ¿Habría que reformar este artículo de la Constitución para posibilitar que la jurisprudencia del TJCE se imponga con fuerza vinculante –y no sólo como criterio orientador– a los jueces españoles? De modo parecido, no ha habido gran resistencia a admitir el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el artículo 5.1 de la LOPJ afirma explícitamente, aunque es verdad que se han podido escuchar en la doctrina algunas voces críticas con este precepto, por estimarlo contrario al artículo 117.1. de la Constitución.

En todo caso, los argumentos a favor o en contra de incluir a la jurisprudencia dentro de la expresión “ley” del artículo 117.1 no pueden basarse en la mera exégesis del tenor literal del precepto. Está claro que esta expresión hay que entenderla en un sentido muy

amplio, pero subsiste la duda acerca de si debe llegar a alcanzar a la jurisprudencia. Los argumentos para decidir esta cuestión hay que buscarlos en otro sitio.

B. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

En este sentido, se sostiene con frecuencia que el principio de independencia judicial suministra una buena razón para excluir a la jurisprudencia del concepto «ley» del artículo 117.1. De acuerdo con este planteamiento, hay que admitir que el Derecho no se reduce a leyes parlamentarias, pues incluye también otras disposiciones escritas de diverso rango, así como normas de carácter consuetudinario y principios generales del Derecho. Ahora bien, cada juez debe poder interpretar e integrar todos estos materiales según su propio criterio, y no según el criterio fijado por los tribunales superiores de la organización judicial, pues si el juez estuviera vinculado por la opinión de éstos, dejaría de ser un juez independiente.

No hay duda de que este argumento está profundamente arraigado en nuestra cultura jurídica, en contraste con lo que ocurre en los sistemas del *common law*, en los que nunca se ha considerado que los jueces pierdan su independencia por el hecho de verse obligados a seguir los precedentes establecidos por

los tribunales superiores. (En los debates acerca de estos temas es conveniente recordar, por cierto, que la independencia judicial nació en Inglaterra, un país en que se acepta sin duda alguna que los precedentes judiciales vinculan).

Ahora bien, ¿hasta qué punto es coherente la conexión que se traza habitualmente en nuestra cultura entre el principio de independencia judicial, por un lado, y la negación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, por el otro? Tengamos en cuenta que, en la práctica, nadie cuestiona la legitimidad de que las sentencias judiciales sean recurridas ante los tribunales supremos, y que éstos hagan prevalecer sus opiniones frente a las de los jueces que las han dictado. Tampoco se duda de la legitimidad de que, en algunos supuestos, los tribunales supremos retrotraigan las actuaciones para que los jueces de instancia dicten nueva sentencia, ajustada al criterio que se les impone desde arriba. No se estima que haya aquí lesión alguna de la independencia judicial. Si ello es así, ¿no resulta sorprendente que se rechace la fuerza vinculante de la jurisprudencia, en nombre de la independencia judicial? ¿Por qué se considera que no hay lesión de la independencia cuando el tribunal superior obliga al inferior a dictar nueva sentencia en un caso concreto, y se estima que sí la hay cuando esa obligación reviste carác-

ter más general? A fin de cuentas, en ambos supuestos el juez se ve obligado a dejar de lado su opinión jurídica, ajustándose a la ordenada por el tribunal superior.

Es más, en el ámbito del Derecho comunitario, se ha aceptado, como hemos visto, la fuerza vinculante de la jurisprudencia, sin entender por ello vulnerada la independencia judicial. ¿Por qué han de ser distintas las cosas en el ámbito del Derecho nacional? ¿Por qué sostener que violaría el principio de independencia judicial la pretensión de someter a los jueces españoles a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando se niega que conculque ese principio el sometimiento de esos mismos jueces a la doctrina fijada por el TJCE?

Se sostiene a menudo que la jurisprudencia no puede tener fuerza vinculante con el argumento de que, si la tuviera, entonces habría que concluir que el juez que se apartara de la misma, a sabiendas o por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, incurriría en delito de prevaricación (artículos 446 y 447 del Código Penal), ya que estaría dictando una sentencia ilegal («injusta»). Y como esta conclusión no se puede aceptar, ya que supondría una vulneración de la independencia judicial, eso significa, según concluye este argumento, que la jurisprudencia no vincula.

Frente a este modo de razonar, se pueden oponer tres consideraciones. En primer lugar, es perfectamente posible sostener que la jurisprudencia es vinculante y, aún así, entender que el mero hecho de desviarse de ella no es suficiente para poder hablar de «resolución injusta» a efectos del delito de prevaricación. No toda infracción del ordenamiento es constitutiva de delito, como sabemos.

En segundo lugar, a pesar de que, en principio, no se considera que la infracción de jurisprudencia signifique automáticamente que la resolución judicial es injusta a efectos del delito de prevaricación, lo cierto es que, en la práctica, a la hora de valorar si una determinada interpretación es prevaricadora, el tribunal que conoce del caso suele tener en cuenta, como factor relevante, si el juez se apartó o no de las pautas interpretativas sólidamente asentadas por el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en la sentencia de 11 de diciembre de 2002 (número 2338/2001, Sala de lo Penal), el Tribunal Supremo confirmó la condena penal por prevaricación que había sido impuesta a un magistrado, que había sostenido en un auto que la mera presentación de querrela criminal no es suficiente para interrumpir la prescripción. El Tribunal Supremo (en el Quinto Fundamento de Derecho de la sentencia) recuerda su doctrina ya consolidada en esta materia, en el sentido de que

“la presentación de la querrela criminal enca-
minada al esclarecimiento de un delito dirigi-
da contra una o más personas determinadas
como supuestos responsables del delito de que
se trate, interrumpe la prescripción”. Tenien-
do en cuenta esta jurisprudencia ya asentada,
enjuicia la interpretación contraria efectuada
por el juez acusado de prevaricación, y con-
cluye que esa interpretación “se aparta de la
legalidad, en el sentido en que esta Sala
Casacional, en su función de policía jurídica
y por lo tanto como garante del principio de
seguridad jurídica, esencial en todo ordena-
miento jurídico, ha determinado en relación a
la prescripción, cómputo e interrupción”.
Afirma que “lo que no resulta admisible es,
con apartamiento de la consolidada doctrina
jurisprudencial existente (...) introducir gra-
tuitamente una duda sobre si la presentación
de querrela tiene o no tal efecto [interruptor de
la prescripción]”. El juez condenado por pre-
varicación intentó demostrar la razonabilidad
de su interpretación invocando determinadas
resoluciones de algunos Juzgados o Audien-
cias que en algún momento se habían inclina-
do por una tesis semejante a la suya. El
Supremo rechazó esta línea de defensa, con el
argumento de que “en definitiva son resolu-
ciones que no son de esta Sala Casacional,
única que tiene encomendada a través de la
casación la verificación de la correcta inter-
pretación y aplicación de la Ley”¹.

Por tanto, aunque sea cierto que el delito de prevaricación exige que el juez infrinja la ley, y no la jurisprudencia, no podemos olvidar que la existencia de doctrina jurisprudencial consolidada se puede tener en cuenta a efectos de enjuiciar si determinada interpretación judicial tachada de prevaricadora supone o no una infracción de la ley.

En tercer lugar, y desde una perspectiva comparada, es curioso observar lo siguiente. En España es común entender que sería contrario a la independencia judicial someter a los jueces al imperio de la jurisprudencia, pero se acepta la existencia de una figura delictiva, la prevaricación, que lleva a que determinados tribunales puedan imponer sanciones penales a los jueces cuyas resoluciones estiman manifiestamente incorrectas. En los

¹ Dicho sea entre paréntesis, es de suponer que el Tribunal Constitucional desconocía la existencia de esta resolución del Tribunal Supremo cuando, en su polémica STC 63/2005, estableció el novedoso criterio según el cual la mera presentación de querrela no interrumpe la prescripción. Si la controversia generada por la nueva doctrina es ya de por sí muy intensa, por los roces institucionales a que ha dado lugar, la anterior condena por prevaricación aporta un elemento adicional de complicación al cuadro general. Cabe sostener, por cierto, que la STC 63/2005 constituye un “hecho nuevo” que puede acreditar la inocencia del juez condenado por prevaricación y dar pie a un recurso de revisión (en virtud de la doctrina sentada en la STC 150/1997).

países del *common law*, en cambio, los precedentes establecidos por los tribunales superiores son vinculantes, como sabemos, pero el juez que se aparta de ellos no incurre en prevaricación, pues no existe tal delito en el ordenamiento (a diferencia del delito de cohecho, que sí está previsto). Cuando un jurista continental intenta explicar a un juez anglosajón la figura delictiva de la prevaricación, éste se muestra sorprendido y objeta que los jueces no son entonces realmente independientes. En el *common law*, no se considera un atentado a la independencia judicial que los tribunales inferiores estén obligados a seguir los precedentes de los superiores, pero sí se estimaría lesivo de esa independencia el que un juez pudiera ser condenado penalmente porque un tribunal superior concluyera que dictó una resolución manifiestamente incorrecta, a sabiendas o por ignorancia inexcusable. No estoy seguro de que la concepción de la independencia judicial que tenemos en España sea muy coherente en este punto, cuando se la contrasta con la anglosajona.

C. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Otra de las razones que se aducen con frecuencia para cuestionar el valor de la jurisprudencia apela al principio democrático. La idea, en síntesis, es que no es legítimo en un sistema democrático que los tribunales de

justicia creen Derecho. Comparada con la ley, que proviene del Parlamento democrático, la jurisprudencia carece de legitimidad suficiente para imponerse a los jueces y tribunales que han de resolver los casos.

Frente a esta línea de razonamiento, hay que recordar cuál es el punto de partida de la tesis favorable a la fuerza vinculante de la jurisprudencia. El punto de partida es la constatación de que los textos legislativos (junto con otros materiales jurídicos relevantes) no siempre ofrecen una respuesta clara a las controversias jurídicas. Para afrontar este fenómeno, se apela a la jurisprudencia como factor de unificación, en aras de la certeza, la igualdad y la objetividad. Podemos, con toda razón, lamentar que las leyes emanadas del Parlamento no sean más claras, coherentes y completas, y desear que este déficit se reduzca con una mejor técnica legislativa. Pero en la medida en que las deficiencias existan en mayor o menor grado, el riesgo de disparidad de criterios judiciales es inevitable. Si dotar de valor vinculante a la jurisprudencia es contrario a la democracia, ¿cuál es la alternativa? *¿Es más democrático que cada juez aplique el Derecho a su manera, sin sujetarse a un criterio común?* Si los jueces carecen de legitimidad democrática para crear Derecho, ¿por qué nos debe parecer bien que cada juez cree Derecho en los litigios que tiene enco-

mendados, y nos debe parecer mal, en cambio, que el Tribunal Supremo cree Derecho con vocación de generalidad para todos los casos?

En realidad, es más democrático que la jurisprudencia del Tribunal Supremo fije un criterio uniforme y vinculante para los tribunales inferiores, pues entonces el Parlamento puede «dialogar mejor» con el poder judicial: al observar la glosa jurisprudencial con la que el Supremo especifica y completa las leyes, el Parlamento está en mejor posición para decidir si es necesario introducir modificaciones legislativas que corrijan esa glosa. El Parlamento tiene un mayor incentivo institucional para hacer el seguimiento de la jurisprudencia si sabe que ésta es vinculante para todos los jueces, que si sabe que no lo es.

IV. LA ARTICULACIÓN ESPECÍFICA DE LA TESIS FAVORABLE A LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA

Recapitulando lo dicho hasta hora, tenemos lo siguiente: existen fuertes argumentos en favor del carácter vinculante de la jurisprudencia (que apelan a la seguridad jurídica, la igualdad y la objetividad), argumentos que no resultan derrotados por las objeciones clásicas que se esgrimen de ordinario en nombre de ciertos principios de rango constitucional

(sujeción exclusiva al imperio de la ley, independencia judicial, democracia). Se trata ahora de especificar con mayor detalle el alcance de la fuerza vinculante. Son posibles distintas maneras de articular institucionalmente el valor de la jurisprudencia, en función de una serie de consideraciones pragmáticas. Apuntemos algunas de las cuestiones a tratar, dentro de esta agenda de problemas más específicos.

Así, en primer lugar, el carácter vinculante de la jurisprudencia en el plano vertical puede ser más o menos rígido. Como es sabido, en el *common law*, la autoridad de los precedentes establecidos por los tribunales superiores es categórica: el juez inferior está sujeto a esos precedentes, sin poder dejarlos de lado, aunque sea motivadamente. Ni siquiera cabe en muchos países el mecanismo del *anticipatory overruling*, en virtud del cual el juez deja de lado un precedente por su propia autoridad, si estima que será revocado próximamente por el tribunal supremo. Es verdad que los jueces anglosajones pueden “distinguir” un caso de otro, y pueden hacer una lectura más o menos restrictiva de una línea de precedentes. La aplicación de los precedentes no es una operación mecánica, como tampoco lo es la aplicación de las leyes. Sin duda, un juez que no esté de acuerdo con los precedentes existentes puede tratar de hacer una lectu-

ra estrecha de los mismos, y distinguir al máximo entre los casos nuevos y los ya resueltos. Aún así, estas maniobras interpretativas tienen sus límites, y existe un núcleo de autoridad en los precedentes que los jueces no pueden desconocer. El juez anglosajón no puede dejar de lado un precedente establecido por un tribunal superior, con el argumento de que no le convence.

¿Debemos nosotros, en un país del *civil law*, entender así el valor de la jurisprudencia? En general, quienes en España han apostado a favor de la fuerza vinculante no han llegado hasta este extremo. En su lugar, han sugerido la necesidad de que el juez pueda expresar su discrepancia con el Tribunal Supremo, facilitando de este modo la evolución jurisprudencial y el diálogo entre jueces de instancia (más sensibles a las nuevas realidades que van surgiendo en la sociedad) y los tribunales más altos, encargados de sentar doctrina. En el marco de este planteamiento flexibilizador, se han defendido básicamente dos propuestas. Una de ellas consiste en permitir que el juez se desvíe de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si aporta razones de peso para justificar su discrepancia. La otra propuesta exige la introducción en nuestro ordenamiento de una «cuestión prejudicial» en materia interpretativa, una vía que permitiría al juez comunicarse directamente con el

Supremo para expresarle sus objeciones a la jurisprudencia existente, obligando a éste a adoptar una decisión por la que confirme o, por el contrario, matice o abandone su anterior criterio.

De estos dos posibles modos de encauzar el diálogo interno entre los jueces, parece preferible el mecanismo de la cuestión prejudicial, pues hace más visible que el punto de partida es que la jurisprudencia vincula, al obligar al juez a poner en marcha un procedimiento específico para elevar las objeciones pertinentes, a fin de provocar una posible reconsideración jurisprudencial.

El otro gran elemento que hay que especificar se refiere a la dimensión horizontal: ¿qué rigidez debe tener la jurisprudencia a lo largo del tiempo? También aquí caben varias posibilidades. En los países del *common law*, la rigidez es alta, pues sólo razones de mucho peso se consideran suficientes para revocar (*overrule*) un precedente. Normalmente deben pasar muchos años para que el tribunal supremo pueda afirmar que determinado precedente ya no vale, por entender que descansa en una interpretación incorrecta del Derecho vigente, o porque ha quedado superado por un cambio de circunstancias sociales. En el ámbito del *civil law*, es posible preferir una tesis más flexible, abierta a la posibilidad de modi-

ficaciones jurisprudenciales en un espacio más corto de tiempo.

En conexión con este problema, se plantea la cuestión del posible alcance retroactivo de un cambio jurisprudencial. La cuestión tiene especial relevancia en el campo penal, cuando se produce un cambio de criterio interpretativo en contra del reo. ¿Es posible aplicar el nuevo criterio a quienes realizaron las acciones u omisiones antes de que se adoptara por primera vez? Si nos tomamos en serio el valor de la jurisprudencia como complemento de la ley, habrá que reconocer que las variaciones que aquélla experimente en una dirección contraria al reo no siempre podrán producir efectos retroactivos. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha empezado a poner freno a la retroactividad de este tipo de cambios jurisprudenciales, aunque no ha elaborado todavía una doctrina clara al respecto. (Véase, en este sentido, la sentencia en el caso *Pessino contra Francia*, de 10 de octubre de 2006, que sigue un criterio ya anunciado en los casos *C.R y S.W contra el Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995). Quede simplemente apuntado este interesante problema.

V. ENTONCES, ¿LA JURISPRUDENCIA ES FUENTE DEL DERECHO?

Supongamos que aceptamos la tesis favorable a atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia, con las cláusulas flexibilizadoras recién mencionadas. Entonces, ¿hemos de afirmar que la jurisprudencia se convierte en “fuente del Derecho”?

En realidad, no es muy útil canalizar el debate acerca del papel de la jurisprudencia en torno a este interrogante, pues no contamos con una idea clara acerca de qué cosa sea una “fuente del Derecho”. Parece mejor “deconstruir” este interrogante y descomponerlo en un conjunto de preguntas más específicas y fructíferas, como las que hemos examinado hasta ahora. Una vez que hemos ofrecido determinadas respuestas a estas preguntas y hemos concretado, pues, una visión acerca del papel de la jurisprudencia, no parece que quede nada realmente interesante de que hablar en el marco de la pregunta: ¿es la jurisprudencia fuente del Derecho?

En todo caso, puestos a entrar en este debate, se comprende por qué no es fácil decantarse por una respuesta afirmativa o negativa. Por un lado, de nuestra tesis se desprende que la jurisprudencia pasa a formar parte del conjunto de pautas jurídicas que los

jueces de los tribunales inferiores deben aplicar a los pleitos de los que conocen (con la excepción, en su caso, de los supuestos en que pueden discrepar de esa jurisprudencia aportando razones de peso o elevando una cuestión prejudicial). Desde este ángulo, tendríamos que afirmar que la jurisprudencia es fuente del Derecho. Por otro lado, sin embargo, no podemos olvidar que la jurisprudencia trata de interpretar de la mejor manera el Derecho vigente, integrado por una serie de materiales jurídicos. La jurisprudencia, cuya función es unificar la interpretación de esos materiales, se coloca en un plano lógicamente distinto del plano en que se sitúan las piezas a interpretar. Así, el tribunal supremo puede modificar esa jurisprudencia, si entiende que no refleja adecuadamente el sentido de los materiales jurídicos relevantes. Desde esta perspectiva, tendríamos que negar que la jurisprudencia sea fuente del Derecho: sólo serían verdaderas fuentes esos materiales primarios, a partir de los cuales se elabora, y en su caso se revisa, la jurisprudencia.

En suma, la tesis aquí defendida no permite sostener ni negar con rotundidad que la jurisprudencia sea fuente del Derecho, y ello porque ésta presenta una combinación de rasgos que la alejan de los casos paradigmáticos de fuentes del Derecho, pero sin caer en el extremo contrario. La jurisprudencia es un

fenómeno que se sitúa en la zona de penumbra del concepto de fuente. El debate se podría zanjar con una estipulación terminológica, pero las cuestiones interesantes no están ahí, sino en las preguntas más específicas examinadas con anterioridad.

VI. LAS CONDICIONES DE POSIBILIDAD DE LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA

A mi juicio, una concepción flexible del carácter vinculante de la jurisprudencia como la defendida hasta ahora es razonable: la jurisprudencia es necesaria para la adecuada protección de la seguridad jurídica, la igualdad y la imparcialidad u objetividad judicial, y no existen sólidos argumentos de principio que permitan cuestionar la constitucionalidad de que se le atribuya fuerza vinculante. Ahora bien, me parece que el principal problema reside en la dificultad de crear en nuestro país, a corto o medio plazo, las «condiciones de posibilidad» para que esa fuerza pueda desplegarse. Apuntemos brevemente dos obstáculos.

Un primer obstáculo es de naturaleza institucional. Es de todos conocida la enorme avalancha de casos que llegan al Tribunal Supremo cada año, y el elevado número de

sentencias que debe dictar. No puede haber jurisprudencia vinculante si el Supremo no dispone del tiempo necesario para meditar con profundidad acerca de los problemas jurídicos planteados en los recursos, y para perfilar con claridad y sin contradicciones los criterios con arreglo a los cuales deben resolverse. La división de las Salas en secciones no facilita la tarea de elaboración doctrinal, dada la insuficiencia de los mecanismos de unificación de criterios. Tampoco debemos olvidar la existencia de contradicciones no resueltas entre las diversas Salas del Tribunal Supremo en determinadas materias (especialmente entre las Salas de lo contencioso-administrativo y de lo social). Cómo deba afrontarse esta situación es un tema del que no puedo ocuparme aquí. Es indudable que la clave está en dar con la fisonomía adecuada del recurso de casación para facilitar la elaboración de doctrina jurisprudencial, y en el establecimiento de mecanismos para unificar los pronunciamientos de las diversas Salas del Tribunal Supremo (como los que existen en Alemania, por ejemplo, a fin de neutralizar las posibles contradicciones entre sus cinco tribunales supremos federales).

Un segundo obstáculo es de índole cultural. La fuerza vinculante de la jurisprudencia presupone una determinada manera de leer y escribir sentencias. Los tribunales encarga-

dos de unificar criterios deben conocer de pocos asuntos, y deben redactar sus resoluciones pensando, ante todo, en la regla jurisprudencial que están tratando de sentar para el futuro. Esta cultura está poco desarrollada entre nosotros. Es cierto que la implantación del Tribunal Constitucional supuso una importante transformación en este sentido, pues el Tribunal puso énfasis en la cultura de la motivación judicial, y trató de dar ejemplo con una mayor claridad expositiva en sus razonamientos, y con un tratamiento más riguroso de sus propios precedentes. Aún así, existe mucho camino por recorrer en España. En general, resulta difícil extraer de las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional su verdadera *ratio decidendi*. Las facilidades que da la informática para componer largos textos no hace sino empeorar las cosas: bajo la apariencia de un extenso razonamiento se oculta a menudo un déficit de auténtica argumentación. Y no es raro que distintas sentencias sostengan cosas contradictorias, o marchen en direcciones opuestas, sin que el lector pueda entresacar de todas ellas una regla jurisprudencial clara y relativamente estable².

² Por poner un ejemplo entre muchos que podrían darse, está causando entre los operadores jurídicos gran incertidumbre la STC 311/2006, acerca de la posible legitimación activa de una Administración Pública para

Es verdad que, al igual que ocurre con los textos legislativos, es inevitable que los textos de las sentencias den lugar a interpretaciones distintas. No podemos pretender que la interpretación y aplicación de la doctrina jurisprudencial constituya una empresa intelectual puramente mecánica. Pero una cosa es que no sea posible ni deseable reducir la técnica del precedente a una operación mecánica, y otra muy distinta que no resulte posible inferir de los pronunciamientos jurisprudenciales unas reglas y pautas mínimamente claras y con vocación de estabilidad para la resolución de controversias futuras.

En definitiva, el principal obstáculo con el que tropieza la propuesta de dotar a la jurisprudencia de fuerza vinculante es de índole práctica. Las condiciones que deben concurrir para que la jurisprudencia desempeñe su imprescindible papel en un sistema jurídico moderno no son fáciles de asegurar de manera efectiva, pues exigen unas transformaciones institucionales y culturales de gran calado. Pero no debemos cerrar los ojos ante el problema: si no existen vías eficaces para reducir a una cierta unidad la disparidad de criterios judiciales, se lesionan importantes

ejercer la acción popular en materia penal, dados los pronunciamientos anteriores del propio Tribunal.

valores del Estado de Derecho. Es necesario pensar y ensayar propuestas para mejorar el actual estado de cosas, a pesar de la dificultad que entraña semejante empresa.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Esta ponencia está basada en ideas y argumentos que he tenido ocasión de desarrollar en dos trabajos ya publicados: la monografía *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia* (Civitas, 2002), y el estudio titulado “El papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado”, que aparece en la nueva edición del libro de José Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (Bosch, 2006), págs. 65-84. Las tesis defendidas en estos trabajos deben mucho a los planteamientos avanzados en su día por Ignacio de Otto. Véase, de este autor, *Derecho constitucional y sistema de fuentes* (Ariel, 1988).

La literatura sobre el valor de la jurisprudencia es realmente inabarcable. Para tener una visión actualizada de la panorámica de posiciones en España en torno a este problema, es útil consultar los trabajos reunidos en VV.AA, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia* (Consejo General del Poder Judicial, 2001), así como el artículo de Gema Rosado

Iglesias, “Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia”, *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, mayo-agosto 2006, págs. 83-123. Una buena exposición de la técnica del precedente en el ámbito anglosajón puede encontrarse en el libro de Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano* (McGrawHill, 2001). Desde una perspectiva comparada, ofrecen valiosísima información los estudios recogidos en Neil MacCormick y Robert Summers (editors), *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (Aldershot: Dartmouth, 1997). Finalmente, es necesario indicar que la tesis de Mirjan Damaska a la que me refiero en el texto se encuentra en su obra *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process* (Yale University Press, 1986), págs. 36-37.

III. NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA

Juan Antonio XIOL RÍOS

1. La jurisprudencia, de nuevo como ciencia del Derecho

1.1. La jurisprudencia

En su acepción originaria la palabra jurisprudencia significó conocimiento del Derecho: *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*.

Dado que en el Estado de Derecho éste acaba siendo definido de manera irrevocable por los tribunales, hoy, en una acepción amplia, la jurisprudencia ha pasado a ser la doctrina o criterios de interpretación del Derecho establecida por los tribunales, de cualquier clase y categoría, al decidir las cuestiones que se les someten. Sin embargo, los tribunales están integrados en una estructura que, desde el punto de vista procesal, es jerárquica; y los que ocupan la cúspide de esta estructura son órganos constitucionales o de relevancia constitucional y ejercen funciones institucionales relacionadas con la unificación del trabajo del conjunto de los tribunales.

Por ello, el concepto de jurisprudencia, en una acepción estricta, sólo se predica de la doctrina que emana de las decisiones de aquéllos.

En España esta acepción estricta es la que hoy se refleja al art. 161.1 a) de la Constitución [CE], en relación con los artículos 123 y 152 CE. Se entiende por jurisprudencia, según las definiciones clásicas, el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo, y hoy de los tribunales superiores de justicia, cuando ejercen funciones de casación.

Sin embargo, la palabra jurisprudencia no puede ser bien entendida sin remontarnos, de nuevo, a su valor originario como ciencia del Derecho. En efecto, desde una perspectiva de funcionamiento general del Estado de Derecho y del sistema jurídico los problemas de la jurisprudencia son los problemas de reconocimiento de los criterios seguidos por los agentes jurídicos y, por antonomasia, por los tribunales en la aplicación del Ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de determinación del alcance y justificación de los poderes y de las facultades que éstos deben ostentar frente a las fuerzas sociales a quienes según las normas constitucionales compete el establecimiento de las normas que, siendo de naturaleza abstracta, integran el Ordenamiento objetivo.

1.2. La jurisprudencia y el recurso de casación: *ius constitutionis* y *ius litigatoris*

El hecho que el Tribunal Supremo sea considerado por la Constitución como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales), y que su función específica desde el punto de vista histórico se haya centrado en el recurso de casación, determina que la jurisprudencia, aun sin coincidir exactamente, tenga una relación estrecha con este tipo de recurso.

En la exposición de motivos la nueva LEC 2000 parece relacionar el concepto de jurisprudencia con la doctrina del Tribunal Supremo y con el recurso de casación, afirmando que «la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial [...] es si se quiere, una función indirecta de la casación».

La regulación del recurso de casación se centra debe resolver la tensión entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*. Son manifestaciones de esta tensión el efecto no devolutivo de las sentencias estimatorio según recurso de casación y la doctrina del efecto útil del recurso o equivalencia de resultados, según la cual no puede estimarse el recurso de casación cuando, aun existiendo una infracción del Ordenamiento, el resultado sería

equivalente al de la sentencia que se pretende casar. Con arreglo a este criterio se opta por sacrificar el *ius constitutionis* al *ius litigatoris*, de acuerdo con el principio anglosajón *cases or controversies*, según la cual el proceso judicial sólo puede versar sobre un caso o controversia verdadera e inmediata, implícito en nuestro Derecho en la concepción de la jurisdicción como potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, incluida la función de casación.

1.3. La jurisprudencia constitucional

El establecimiento de un sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes comporta que el concepto de jurisprudencia se pueda aplicar también, dentro de su ámbito de competencia, al Tribunal Constitucional. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [LOTCT] habla, con una cierta timidez, de «doctrina constitucional» (arts. 13, 40.2, 99.2 LOTCT) y la palabra «jurisprudencia» es igualmente rehuida por el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ]; pero la publicación oficial del Tribunal, por acuerdo del Pleno, adoptó el título «Jurisprudencia constitucional». A menudo, con un afán definidor, se contraponen el concepto de «jurisprudencia ordinaria».

1.4. La jurisprudencia en el Estado compuesto

La referencia a la jurisprudencia en el art. 161.1 a) de la Constitución [CE], en relación con los artículos 123 y 152 CE se refiere tanto a la del Tribunal Supremo como a la de los tribunales superiores de justicia, cuando ejercen funciones de casación. En efecto, la función jurisprudencial supone una función, a cargo de los tribunales que ocupan un papel superior en el ordenamiento jurídico, de unificación en la aplicación de la ley. Este papel es desempeñado de forma absoluta en el ámbito estatal por el Tribunal Supremo (salvo lo establecido en materia de garantías constitucionales), según establece el artículo 123 CE, y de forma relativa, en cuanto no excluye la superioridad del Tribunal Supremo, por los Tribunales Superiores de Justicia en el ámbito de las comunidades autónomas y respecto de su ordenamiento, según se desprende del artículo 152 CE respecto de las comunidades autónomas a las que es aplicable el sistema, que ha terminado extendiéndose a todas sin excepción.

La LOPJ, sin duda por razón de dar por supuesto el valor vinculante de la jurisprudencia, no contiene ningún precepto que lo establezca, hasta el extremo que la palabra «jurisprudencia» sólo se recogía en su texto

originario en una ocasión para tratar una cuestión accesorio, como es la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo (art. 107 LOPJ 1985).

Cuando el problema de valor vinculante de la jurisprudencia ha ido planteándose en la práctica judicial, han sido las vacilaciones en cuanto al reconocimiento del valor jurisprudencial de las resoluciones de los tribunales superiores de justicia en materia de Derecho autonómico las que han venido a aumentar la confusión en torno al concepto y valor de la jurisprudencia. La LOPJ, a partir de la LO 19/2003, no contiene ni una sola vez la palabra «jurisprudencia», por increíble que pueda parecer.

La nueva LEC 2000 diluye notablemente el concepto de jurisprudencia, arrastrada por la falta de claridad de los conceptos. Al regular el recurso de casación prescinde de la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación, puesto que se refiere únicamente a la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC). Cuando se refiere a la regulación del interés casacional como concepto para determinar la admisibilidad de recurso de casación hace una referencia explícita a la contradicción con la «doctrina jurisprudencial» del Tribunal Supremo, pero

sólo utiliza la palabra «jurisprudencia», en sentido impropio, para referirse a la doctrina emanada de las Audiencias Provinciales (art. 477.2.3 LEC), postura que es ratificada en la exposición de motivos. Paralelamente, la reforma llevada a término en la LOPJ mediante la LO 19/2003 suprime de forma absoluta —e inexplicable— el concepto de jurisprudencia en esta ley.

1.5. La norma proyectada en la Ley Orgánica del Poder Judicial

El proyecto de reforma de la LOPJ actualmente en tramitación en las Cortes Generales, además de introducir numerosas referencias a la jurisprudencia como presupuesto y objeto del recurso de casación y del recurso de casación en interés de la ley, incluye un precepto que reconoce por primera vez en la historia del Derecho español a todos los efectos el valor vinculante de la jurisprudencia. Se propone, en efecto, la modificación del art. 5 LOPJ, el apartado 1 del cual pasa a tener un segundo párrafo con la siguiente redacción: «[L]os Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que haya realizado el Tribunal Supremo».

La introducción de este precepto obedece a la necesidad de precisar definitivamente el

valor vinculante de la jurisprudencia dentro de un sistema jurídico continental basado en el carácter imperativo de la norma escrita, el carácter exhaustivo de las fuentes del Derecho (sistema jurídico cerrado, en opinión de Friedman) y la sumisión de los jueces al imperio de la ley. El precepto proyectado peca, sin embargo, de una excesiva indeterminación, pues vincula a la uniformidad y reiteración el reconocimiento del carácter vinculante de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo, pero no precisa si éste es un requisito de la jurisprudencia y si ésta, al menos en casos particulares, puede emanar de decisiones aisladas.

2. La jurisprudencia y la norma

2.1. La jurisprudencia en las concepciones formalistas del Derecho

Para el racionalismo y para el positivismo la jurisprudencia no ha dejado nunca de ser un elemento extraño en la construcción lógica del sistema jurídico. La razón de esto radica en que para los positivistas los actos de aplicación de la ley no son sino una consecuencia directa de ella. La sentencia aplica la ley y se esfuerza en encontrar su recto sentido: la sentencia que se desvía del recto contenido de la ley constituye un fenómeno difícilmente

explicable. La que aplica correctamente la ley, no añade nada a su fuerza imperativa.

La Revolución Francesa profesaba una fe inmarcesible en la razón que se manifiesta en la ley, como instrumento que por antonomasia expresa la voluntad popular. La lógica del sistema imponía que los jueces fueran, en palabras de Montesquieu, la boca que pronuncia las palabras de la ley. Se impuso a los jueces, como «seres inanimados», la interdicción de interpretar el Código civil y, tras unos años de consulta obligatoria o facultativa, según los casos, a la Asamblea Legislativa del sentido auténtico de la ley, se creó un Tribunal de Casación con el fin de imponer políticamente a los jueces la aplicación literal de la ley. Pronto, sin embargo, se patentizó una gran paradoja: el Tribunal de Casación acabó generando su propia jurisprudencia. Muchos siglos antes había acontecido un fenómeno similar. Justiniano había llevado a cabo la codificación del Derecho romano. Su famoso Código iba acompañado de una advertencia a los juristas sobre la imposibilidad de interpretar la ley más allá de su texto. Como es bien sabido, la comunidad jurídica fue a dar en la situación absolutamente contraria, de forma que los glosadores acabaron siendo los verdaderos intérpretes del Derecho.

Para Kelsen la norma jurídica atributiva de competencia a los jueces, a los poderes públicos y a los particulares contiene siempre un mandato alternativo que, al prever una sanción en caso de incumplimiento, legitima e integra en la pirámide del Derecho, en la «construcción en peldaños» del ordenamiento jurídico, los actos que se separan de los mandatos primarios contenidos en la norma superior en que se amparan: los actos de aplicación e interpretación de la norma superior aparecen, en virtud de esta ficción, como directamente derivados de ella, cualquiera que sea su contenido: la jurisprudencia estaría constituida por un conjunto de actos de aplicación de la ley y sería al propio tiempo un conjunto de normas que legitiman los actos jurídicos de orden inferior.

2.2. La jurisprudencia como norma

Las posiciones normativistas que defiende el positivismo jurídico, como quiera que no admiten más imperatividad que la propia de la norma, abocan en el sistema continental a una única explicación aceptable de la jurisprudencia. En un sistema que centra el poder de creación jurídica en la producción de disposiciones escritas de carácter general e imperativo (en la producción de normas emanadas de las asambleas legislativas), resulta inevitable tratar de justificar el valor vinculante de la

doctrina emanada de los tribunales de casación, indiscutible en la realidad cotidiana de la aplicación del Derecho, en la asimilación de la jurisprudencia a la norma escrita, pues a ello conduce la interpretación de la realidad en cuanto impone la aceptación de la jurisprudencia como fuente del Derecho.

Durante más de un siglo la polémica ha girado en torno a este punto. La justificación de la jurisprudencia como fuente del Derecho se pone, si cabe, más de manifiesto por la insistencia y reiteración de opiniones autorizadas en contra de esta tesis, que tienen un cierto cariz de aporía o negación de la evidencia (Pedro Gómez de Serna, Valverde, Sánchez Román, De Castro, Albaladejo, Castán).

Los intentos de comprender el fenómeno de la jurisprudencia desde el punto de vista de las concepciones normativistas del Derecho envuelven una contradicción esencial, que Puig Brutau puso de relieve, cuando, al sentar que es obligado reconocer la jurisprudencia como fuente del Derecho, precisó que este reconocimiento implica «abandonar la ilusión de que sólo interviene en la resolución de las controversias el Derecho emanado de fuentes oficialmente proclamadas y admitidas» y admitió la relevancia real que tienen la jurisprudencia y el arbitrio judicial en el proceso de aplicación de las normas.

Las concepciones normativistas de la jurisprudencia deben pagar un precio alto, en el intento de buscar un apoyo formal para justificar el nacimiento de la que ha sido denominada norma jurisprudencial (por Blasco). Por ejemplo, tienden a buscar la formación de reglas jurisprudenciales abstractas en máximas, dando valor absoluto a cualquier afirmación doctrinal contenida en una sentencia. A lo sumo se exige la reiteración en diferentes resoluciones, entendida de manera puramente formal y con tendencia a desvincularla de la resolución del caso concreto y a hacer abstracción de la relevancia que el razonamiento de la sentencia tiene en el seno de la estructura del razonamiento completo de la sentencia. Es el criterio tradicional, fundamentado en una concepción formalista, de considerar que la jurisprudencia existe desde el momento en que se emiten, exactamente, dos resoluciones idénticas del tribunal de casación en el mismo sentido.

2.3. Efecto temporal de la evolución jurisprudencial

La concepción de la jurisprudencia como norma —que es la que se impone en el sistema continental a raíz del positivismo jurídico— intenta explicar los efectos del cambio jurisprudencial —connatural al ejercicio de la jurisdicción, como ha resaltado la doctrina

sobre igualdad en la aplicación de la ley de nuestro Tribunal Constitucional— mediante el principio de irretroactividad de la norma y la propuesta de que las sentencias, como la ley, definan, si hace falta, su irretroactividad, declarando su carácter prospectivo.

Esto equivale a confundir el efecto de cosa juzgada de la sentencia, especialmente cuando se produce *erga omnes*, con la lógica aplicación inmediata de la doctrina jurisprudencial a todos los casos sometidos a los tribunales, impuesta por su naturaleza, dado que la jurisprudencia aclara la voluntad de la ley y la ley no se puede aplicar en contra de su voluntad ni siquiera por razones de seguridad jurídica, sino que basta con justificar el cambio de criterio.

Puig Brutau ha subrayado que, en el cambio de criterio jurisprudencial, la aplicación inmediata de la nueva doctrina equivale a dar eficacia retroactiva al cambio sobrevenido, de acuerdo con el principio que en el ámbito anglosajón se conoce como *regular retroaction*.

Los problemas que se producen a menudo no son producto, en muchas ocasiones, del mecanismo normal de formación de la jurisprudencia, sino del retraso anormal con que muchos tribunales de casación hoy en día

deciden, por defectos legales en la determinación de su competencia. Se trata, en estos casos, de un problema de funcionamiento anormal de la Administración de justicia, que no tiene nada a ver con el ámbito por temporal de los efectos de la jurisprudencia.

Pero, dado que la jurisprudencia complementa la ley, constituye su forma de aplicación, cuando el cambio de criterio jurisprudencial comporta una vulneración de principios constitucionales de garantía, produce efectos discriminatorios o conlleva la modificación de la situación de confianza consolidada en función de la cual se ha podido actuar, se deberá tener en cuenta esta circunstancia, no para la no aplicación de la nueva jurisprudencia, sino para la valoración que la actuación de buena fe apoyada en una jurisprudencia errónea y después modificada puede tener para el reconocimiento de efectos derivados de los actos o conductas correspondientes en aplicación de principios constitucionales como los de garantía, seguridad jurídica, retroactividad de la norma posterior más favorable, prohibición de la arbitrariedad (por ejemplo, en el cumplimiento de los requisitos formales para interponer un recurso, eximirse de la condena en costas o realizar válidamente un acto procesal o en la aplicación de una norma penal con arreglo a varias etapas en su interpretación jurisprudencial respetando el

principio de certeza de la ley penal y efecto retroactivo de la norma penal posterior más favorable).

3. La jurisprudencia y el Ordenamiento

3.1. La jurisprudencia en la concepción del Derecho como lenguaje o como sistema

En un momento histórico determinado, la técnica jurídica se hace eco de las posiciones filosóficas que ven en el lenguaje no la comunicación de la realidad, sino la realidad misma, y que tienen como punto de partida la máxima del primer Wittgenstein, con arreglo a la cual «de aquello que no se puede hablar hace falta callar» y se concretan, más tarde, en la explicación del Derecho como una manera de uso del lenguaje. En el ámbito jurídico estas posiciones se han traducido en las explicaciones del Derecho fundadas en la tópica o en la argumentación (desarrolladas, por ejemplo, por Perelman), de acuerdo con las cuales el nervio de la aplicación del Derecho no radica en la lógica sustantiva de la decisión, sino en la lógica argumental del discurso, de forma que cualquier posición jurídica es justificable siempre que sea posible articularla dialécticamente mediante la expresión de argumentos que soporten la confrontación dialéctica con los argumentos encontrados, de la

cual surge, renunciando a la verdad substancial, la verdad argumental o tópica.

Esta etapa de la ciencia del Derecho supone la aceptación del lenguaje como paradigma. Estas concepciones se relacionan estrechamente con la denominada democracia deliberativa. Según Ely los jueces deben huir de las «cuatro esquinas de la Constitución» y salir a buscar las respuestas que no se encuentran, superando el reino de los principios, que sólo hace que la revisión judicial aparezca sistemáticamente sesgada a favor de los valores de la clase media alta y de la profesional, a la cual —observa irónicamente— los jueces, abogados y filósofos morales suelen pertenecer. El juez Franz Hunter defendió que el Derecho no se debe confinar en las palabras de la Constitución dejando de tomar en cuenta las glosas que la vida ha escrito sobre ellas, cosa que quiere decir el recurso al consenso en la interpretación de la norma fundamental como instrumento para ponerla al día. Por su parte, Holmes había ya defendido que los creadores de la Constitución no pudieron prever por completo su desarrollo y se deben tener en cuenta tanto las palabras de la norma fundamental como su línea de crecimiento.

Los autores que defienden estas posiciones suelen criticar la posición de Dworkin y de su mítico juez Hércules, dotado de poderes ex-

traordinarios para interpretar y hacer valer los principios enfrente de las presiones que provienen de la necesidad de satisfacer los objetivos sociales, afirmando que carece de un elemento central como es el diálogo (Michelman); que intentar llegar a conclusiones valorativas correctas sin participar en el proceso de discusión pública con los interesados constituye una muestra de elitismo epistémico inaceptable (Nino); y que el juez de Dworkin omite el debate democrático asumiendo la posición propia de los filósofos que elaboran principios morales ofrecidos a los jueces como modelo para las sentencias (Walzer).

Para Nino quienes defienden estas posiciones no aceptan basar ontológicamente la verdad moral en los presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico, sino que se fundan en presupuestos formales de la práctica discursiva social o, de manera sustantiva, en el consenso de la discusión moral. Desde el punto de vista epistemológico, rechazan encontrar la verdad moral en la reflexión individual, pues consideran que se tiene acceso mediante la discusión intersubjetiva, acompañada de la reflexión, o directamente mediante la discusión y decisión colectiva como única vía posible.

Esta concepción está estrechamente relacionada con las posiciones que admiten la existencia de una lógica propia de las diferentes formas de articulación de la convivencia, que se traduce en el nacimiento espontáneo de estructuras o sistemas dotados de autonomía y capacidad de autorregulación o en la creación de organizaciones aptas para satisfacer los fines comunes. La separación existente entre la racionalidad inherente a la vida humana y las estructuras o sistemas de convivencia surgidos o creados con cierto grado de artificio aparece bien destacada por Habermas, el cual se ha esforzado en defender la interacción entre la una y las otras tratando, por un lado, de evitar el secuestro de la lógica de la vida por la lógica de los sistemas, y, de otra, de incorporar la lógica de los sistemas a la lógica de la vida.

3.2. La jurisprudencia como precedente

Característica de esta concepción es la explicación de la jurisprudencia desde la perspectiva del precedente propia del *common law*. El sistema anglosajón difiere, en el punto que aquí nos interesa, del sistema continental en la manera de entender el valor de las sentencias judiciales. Mientras el sistema continental se funda en el principio *res iudicata*, en virtud del cual la fuerza jurídica de la

sentencia no va más allá del caso concreto planteado y afecta sólo a las partes procesales y sus sucesores, el sistema anglosajón se basa en la máxima *stare decisis*, que supone atribuir eficacia vinculante general al precedente judicial (y no meramente orientadora o ilustrativa).

No es difícil aceptar que el reconocimiento en nuestro Derecho del valor vinculante del precedente supone una aproximación a este sistema. Sobre todo para quien, como Puig Brutau, se anticipó a observar, en éste como en otros terrenos, la aproximación gradual del modelo anglosajón al modelo continental y viceversa.

En nuestro sistema, ha dado pie a este tipo de interpretación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la igualdad en la aplicación de la ley, que se puede resumir así: a) la decisión judicial que se separa del criterio de la anterior debe contener, implícita o explícitamente, una motivación del cambio de criterio; b) esto es una exigencia del principio de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; c) caso de no existir esta motivación del cambio de criterio, procede, en vía de amparo, la anulación de la resolución que no cumple este requisito.

Frente al normativismo, la teoría del precedente reclama un papel propio para la jurisprudencia, admitiendo que, en principio «no existen garantías jurídico-técnicas, metodológicas o institucionales para la vinculación del juez a la ley», que algún autor no duda a calificar de «mito petrificado» (Dieter Simon).

Es indudable la resonancia del precedente en las teorías que potencian la idea de participación y de comunicación en el proceso para obtener una decisión valorativa sobre el modelo del «fundamento de la vigencia a través del discurso garante de la verdad» (Habermas) o sobre «la peculiar coerción no coactiva del mejor argumento». Incluso la fundamentación del juicio de valoración a través de las consecuencias, hoy reputada como rigurosamente científica (Luhman) adquiere una perspectiva singular desde el punto de vista del precedente. La relación dialéctica que la técnica del precedente abre entre las decisiones del tribunal de casación consigo mismas, y entre éstas y las de los órganos inferiores, fuerza a prescindir de la consideración de la tarea del tribunal como una tarea de imposición autoritaria de unos criterios unificados, adoptados, al fin y al cabo, en un lugar geográfico determinado alejado voy a menudo del sustrato social del caso planteado. La jurisprudencia aparece entonces, más bien, como una tarea

jurídica de mediación entre tesis encontradas, como una función de búsqueda de la unidad mediante una síntesis de la diversidad jurídica derivada de la existencia de muy diferentes operadores jurídicos.

De esta concepción surgen dos ideas capitales. La primera de ellas, la posibilidad que los órganos inferiores hagan de motores de la jurisprudencia propiciando su evolución a través de la aportación de nuevos elementos valorativos, sin temor a ser acusados de incumplimiento de un deber de acatamiento de las decisiones del órgano de casación. En segundo lugar, la armonización del valor vinculante de la jurisprudencia con el principio de independencia judicial. Esta independencia se garantiza, mejor que por la vía de la vinculación jerárquica del órgano inferior al superior, por la vía, siempre susceptible de matización en el terreno dialéctico, de la fuerza vinculante del precedente.

La teoría del precedente resalta que, como ha puesto de relieve Díez-Picazo, la eterna discusión sobre si la jurisprudencia es fuente del Derecho sólo tiene sentido en un sistema normativista y se debe resolver negativamente. El reconocimiento del valor vinculante del precedente es un estímulo para reconsiderar el valor vinculante de la jurisprudencia. Invita a admitir como pilar básico de una teoría de

la jurisprudencia, como dice Díez-Picazo, «el respeto del precedente judicial como respeto a la idea de justicia a través de la igualdad». Y esto comporta inmediatas consecuencias: se relativiza la idea de reiteración o repetición de decisiones. La reiteración se convierte en una reafirmación del precedente. Se relativiza la idea de jurisprudencia del tribunal de casación. Los precedentes de todos los tribunales, incluso de los inferiores, son dignos de ser tenidos en cuenta, en proporción siempre a su propio valor intrínseco, argumental, y al lugar que ocupen en la organización judicial el tribunal de qué procedan. Se relativiza la fuerza vinculante del precedente: es lícito separarse de los precedentes propios y ajenos; es lícito, incluso, con respecto al precedente jurisprudencial, tratar de establecer las bases para superarlo o hacerlo evolucionar fundando debidamente la resolución en que se haga, siempre que se parta de su consideración.

En esta línea de pensamiento, Nabal Recio nos da una excelente definición de jurisprudencia: «La jurisprudencia no es una creación del Tribunal Supremo. Es una reelaboración que el Tribunal hace con materiales de muy diferente procedencia, con los estudios doctrinales, con sus propias resoluciones y las de los tribunales de instancia, con las alegaciones de profesionales y litigantes, indagando en las estructuras lógicas subyacen-

tes en el ordenamiento, en los sistemas de valores que conviven en conflicto dentro de la sociedad. La jurisprudencia representa la aportación de los jueces al proceso continuo de transformación del derecho».

3.3. El elemento de la reiteración de sentencias

La concepción de la jurisprudencia en una concepción del Derecho que admite la existencia de un Ordenamiento como sistema más amplio y complejo que el que deriva de las relaciones lógicas entre las normas objetivas, invita a resolver la cuestión acerca de si la jurisprudencia únicamente puede estar integrada por la aplicación reiterada y uniforme de la ley en resoluciones que revistan la forma de sentencias.

Atendido el significado funcional que rodea primordialmente, en el Derecho moderno, la palabra «jurisprudencia», basta para que esta exista que se pueda entender formada una interpretación en la aplicación del ordenamiento jurídico extraída de las resoluciones de cualquier tribunal que tengan funciones de fijar criterios para la aplicación del Derecho.

En España se pueden invocar preceptos legales que parecen reducir el concepto de jurisprudencia a la doctrina que emana de las

sentencias y no de otra clase de resoluciones. La doctrina científica es escasamente favorable a reconocer que la jurisprudencia emana de las resoluciones del tribunal de casación dictadas en todo tipo de procesos. En la práctica del foro, sin embargo, es así.

Por ejemplo, el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 junio de 1992 (recurso 610/1990, asunto de las escuchas telefónicas) no es, como se ve, una sentencia; y, además, se dictó por el Tribunal en un asunto del que conocía en única instancia. Pues bien, el mencionado auto no vacila sobre el hecho que se está fijando jurisprudencia: «es obligado llevar a cabo una cierta reconstrucción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida[de interceptaciones telefónicas]».

La LOPJ no ha vacilado en aceptar esta nueva realidad: la naturaleza vinculante por los tribunales ordinarios de la interpretación de la CE llevada a término por el Tribunal Constitucional se refiere a las resoluciones dictadas en cualquier tipo de procesos (art. 5.2 LOPJ).

Desde otro punto de vista, ha venido entendiéndose ese que se requieren para crear jurisprudencia las reiteradas, constantes e idénticas decisiones, o, cuando menos, dos decisio-

nes iguales o fundamentalmente análogas. Esta concepción se considera una consecuencia del artículo 1.6 CC. Así suele mantenerlo el Tribunal Supremo en sus decisiones más recientes.

Según la STS de 27 de diciembre de 2006 «[r]eiteradísima jurisprudencia señala la necesidad de citar al menos dos sentencias (Sentencias de 11 de julio de 2002, 4 de febrero de 2005, 30 de marzo de 2001, 4 de febrero de 2005, etc.), pues el artículo 1.6 del Código civil se refiere “a la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo”. Y no es bastante con citar las sentencias, sino que se requiere que se ponga de manifiesto cuál es la doctrina legal que de las sentencias citadas emana y en qué sentido ha sido vulnerada por la Sala de instancia (Sentencias de 1 de junio de 2000, 11 de abril y 18 de diciembre de 2001, etc.)». En el mismo sentido STS de 29 de diciembre de 2006.»

Hoy en día difícilmente se puede mantener con carácter general una concepción tan rígida. Por ello cabe proponer que el elemento de la reiteración no puede ser entendido sino en el sentido que la doctrina establecida ha de haber logrado un cierto grado de consolidación. En ocasiones, en efecto, la reiteración será innecesaria, y así parece darlo a entender el anteproyecto de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC], cuando ordena

que «la sentencia dictada en el recurso de casación en interés de la ley [...], cuando fuera de estimación, fijará en la decisión la jurisprudencia». En otras ocasiones el dato de la reiteración puede ser insuficiente. Así sucede cuando las diferentes sentencias dictadas sean titubeantes, contradictorias, poco armónicas, producto de los tanteos propios de la aplicación de una norma reciente o demuestren una posibilidad razonable de rectificación o de evolución por la existencia de fundados votos particulares o por el hecho de estar pendientes recursos para la unificación de doctrina.

Para Puig Brutau, también en el sistema continental «el centro de gravedad de la decisión jurídica radica en la decisión concreta y no en la reglamentación genérica». Por lo tanto, el valor de la jurisprudencia no depende, o no depende tanto, de la forma de expresión de la doctrina en una u otra clase de resoluciones, sino del hecho de la resolución del caso concreto planteado. La fuerza jurisprudencial será mayor o menor según la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, dado que sólo la decisión del caso concreto puede tener un valor de precedente verdaderamente jurisdiccional y, por lo tanto, apto para producir jurisprudencia. Pero de cualquier declaración emitida por un tribunal capaz de sentar jurisprudencia puede inferirse

un criterio con cierto grado de abstracción respecto del caso concreto resuelto, en cuanto tiene por objeto interpretar y aclarar el sentido de la ley.

La profundización en el estudio de la estructura lógica de la argumentación jurídica, siguiendo la taxonomía de Raz, nos permite adelantos conceptuales: dentro de la *ratio decidendi*, que ahora sería denominada razón completa, hará falta distinguir entre la razón operativa y las razones accesorias, que por sí mismas no pueden integrar un razonamiento completo, y atribuir un valor jurisprudencial superior a las primeras.

La Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa [LJCA] ha venido a añadir elementos de explícito apoyo al valor vinculante de la jurisprudencia. En el marco del recurso de casación en interés de la ley, la LJCA, dispone que la sentencia «vinculará todos los jueces y tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional» (art. 100.7 LJCA).

3.4. Criterios de selección de asuntos

El establecimiento de recursos para la unificación de doctrina permite llevar ante el tribunal de casación los supuestos de contradicción entre sentencias, incluso sin infrac-

ción de la legalidad en sentido estricto, llevando a una articulación más acabada de la casación en torno a la idea del precedente judicial.

3.5. El efecto vinculante de la jurisprudencia y la cosa juzgada

Desde la perspectiva del Derecho como sistema, el valor de la jurisprudencia puede ser distinguido del mandato de ejecución de las decisiones judiciales para aquellos a quienes afecta la controversia decidida, que se conoce como cosa juzgada.

Esta distinción, aparece hasta cierto punto desdibujada en el *common law*, puesto que en este sistema jurídico la necesidad de atenerse al criterio de aplicación de la ley que deriva de una decisión judicial ofrece un grado de vinculación similar a la que constriñe la ejecución de la sentencia. Sin embargo, queda restringido aquellas decisiones que emanan de los tribunales superiores.

En el sistema continental ofrece rasgos de mayor claridad. A pesar de ello, suele confundirse el efecto de la cosa juzgada con el valor de la jurisprudencia, especialmente cuando las sentencias, dada la naturaleza del objeto del proceso, tienen eficacia *erga omnes*.

Esta confusión la encontramos incluso en sentencias del Tribunal Constitucional, en las cuales tiende a confundirse el mandato de cumplimiento de la sentencia con el deber de los tribunales de atenerse a su doctrina.

V. gr., la STC 300/2006, de 23 de octubre, contiene el siguiente párrafo, en el cual se identifica la obligación de los jueces y tribunales de «cumplir lo que el Tribunal Constitucional resuelva» con «la especial vinculación que para todos los poderes públicos tienen las sentencias de este Tribunal» y se citan indistintamente los arts. 87.1 y 5.1 LOTC:

«En efecto, debemos recordar que, de conformidad con lo ordenado en los arts. 87.1 LOTC y 5.1 LOPJ, los órganos judiciales están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva, no pudiendo, en consecuencia, desatender a lo declarado y decidido por el mismo. En algunas ocasiones el cumplimiento por el órgano judicial de una sentencia de este Tribunal puede requerir una interpretación del alcance de la misma, a fin de dar un cabal cumplimiento a lo resuelto en ella y adoptar, en consecuencia, las medidas pertinentes para hacer efectivo el derecho fundamental reconocido frente a la violación de la que fue objeto. Pero semejante consideración y aplicación por el órgano judicial no puede llevar, sin embargo, como es claro, ni a contrariar lo establecido en ella ni a dictar resoluciones que menoscaben la eficacia de la situación

jurídica subjetiva allí declarada (SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 3; 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 6; 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; y AATC 134/1992, de 25 de mayo, FJ 2; 220/2000, de 2 de octubre, FJ 1; 19/2001, de 30 de enero, FJ 2). Por lo demás, la especial vinculación que para todos los poderes públicos tienen las sentencias de este Tribunal no se limita al contenido del fallo, sino que se extiende a la correspondiente fundamentación jurídica, en especial a la que contiene los criterios que conducen a la ratio decidendi (STC 302/2005, de 21 de noviembre, FJ 6).»

4. La jurisprudencia y la sociedad

4.1. La jurisprudencia bajo el paradigma de la Constitución

El paradigma de la Constitución (según la terminología de Ferrajoli) empieza a aplicarse cuando se parte de la vinculación más fuerte de la norma fundamental sobre las leyes denominadas ordinarias.

Este reconocimiento tiene por primera vez su aplicación en la Constitución norteamericana y se suele fijar convencionalmente en la sentencia *Marbury vs. Madison*, aun cuando con anterioridad se daban ya en el sistema jurídico de los Estados Unidos los elementos necesarios para su existencia. La vigencia de

este paradigma en el ámbito norteamericano se justifica como consecuencia de las características sociológicas en el seno de las cuales tiene lugar el proceso constituyente, dado que existe un recelo frente a las mayorías, las cuales tratan de imponer una modificación de las condiciones socioeconómicas frente de los propietarios que exigen el pago de los intereses a los comerciantes, pequeños ganaderos y artesanos (por este motivo en las discusiones constitucionales se apela frecuentemente a la existencia de unos principios morales por encima del juego de las mayorías y de las minorías, en el sentido de Locke, susceptibles de ser conocidos únicamente por ciertas personas con determinadas calidades morales e intelectuales).

Por el contrario, en el ámbito de la Asamblea Legislativa de la Revolución Francesa, aun cuando se levantan voces en favor de la primacía de la Constitución garantizada por un órgano específico o por los tribunales (Sieyès), se aduce frente a ellas el ejemplo fallido de control constitucional en Pennsylvania, y acaban fracasando por el recelo contra las asambleas parlamentarias de carácter judicial del antiguo régimen, que mantenían criterios favorables a la nobleza y a la monarquía y una ideología ultraconservadora contraria a los intereses de la burguesía emergente.

Las interpretaciones del Derecho fundamentadas en el paradigma constitucional abren vías insospechadas para la jurisprudencia. Ferrajoli pone de manifiesto cómo la introducción del paradigma constitucional supone la reintroducción del mundo de los principios y valores defendidos por el iusnaturalismo. Alexy es, en cierto modo, una continuación de Radbruch. Para Prieto Sanchís, la Constitución representa respecto de los poderes del Estado la misma posición que en el iusnaturalismo el Derecho natural ocupaba respecto del soberano.

La conexión de la Moral con el Derecho es puesta de manifiesto por Nino, el cual recalca que aquélla ocupa un papel fundamental tanto en el orden sustantivo, como en el orden epistemológico o de conocimiento en virtud del principio de unidad de razonamiento práctico, que comporta la imposibilidad de aislar el razonamiento jurídico del razonamiento moral y político. Para Nino la justificación jurídica es, en último término, una justificación moral. Si la norma se acepta en función de su contenido no se distingue del juicio moral. Si la norma se acepta por su origen la relevancia de este acaba en una razón moral: aquélla que funda la regla de reconocimiento.

En Dworkin esta idea se manifiesta en el reconocimiento de la coherencia como funda-

mento de la teoría de la justificación: la sociedad tiene obligaciones de imparcialidad hacia sus miembros y los funcionarios deben poner en práctica esta responsabilidad mediante la defensa de los principios, los cuales, como cartas de triunfo, prevalecen sobre los fines sociales y económicos que deben tratar de conseguir los poderes políticos. El Derecho ha de interpretarse como integridad: las decisiones judiciales deben reflejar que forman parte de un esquema de principios capaces de volver coherente la práctica jurídica de la comunidad. El juez es un hombre fuerte, Hércules, capaz de hacer frente a los deseos coyunturales de la sociedad política en aras de los principios que se desprenden del sistema jurídico interpretados como una realidad inspirada en criterios de integridad y coherencia.

El paradigma constitucional, en cuanto que admite la relevancia de los valores y principios que articulan el sistema mediante su reconocimiento constitucional, introduce una distinción a la cual no se había dado prácticamente relieve en las concepciones anteriores: la distinción entre validez y vigencia de la norma. La ley ya no es válida simplemente porque está vigente, sino porque es conforme con las normas constitucionales de orden superior a las cuales se encuentra subordinada. La diferencia entre validez y vigencia admite la posibilidad de que los actos de

aplicación no se ajusten a las normas de carácter superior, sin perjuicio de que, en tanto no son expulsadas del Ordenamiento jurídico, permanecen plenamente en vigor: este es el terreno que justifica la existencia de la jurisprudencia como conjunto de resoluciones de aplicación de la ley que, por razón de que mantienen su vigencia aunque se alejen de su contenido, disponen de un margen amplio para buscar la interpretación más adecuada a la realidad social, interpretada de acuerdo con los principios y valores que la Constitución, paradigma de la validez de las normas legislativas, representa.

En esta concepción se registra una notable preocupación por la contradicción entre las resoluciones judiciales, teniendo en cuenta que la igualdad ante los tribunales y la seguridad jurídica constituyen principios del sistema constitucional. Según la conocida expresión de Holmes, el Derecho no es lógica, sino experiencia: el Derecho consiste en aquello que dicen los jueces. La contradicción entre ellos, cabe concluir, aboca a la inseguridad jurídica y a la negación misma del Derecho. La crisis del Derecho y de la jurisprudencia para Habermas consiste precisamente en «la indeterminación de las decisiones judiciales». Para un filósofo indeterminación no quiere decir inconcreción, sino imprevisibilidad.

No es de extrañar, de acuerdo con esta concepción, que la CE contenga un precepto [art. 161.1 a)] que permite sostener el carácter vinculante de la jurisprudencia: «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». En este precepto se ha visto, no sin razón, un reconocimiento de la jurisprudencia como expresión de la ley (García Manzano), vinculada como ella al respeto a los valores constitucionales.

El paradigma de la Constitución, al poner en entredicho las soluciones normativistas, ha producido inicialmente un cierto efecto de poner en cuestión el valor vinculante de la jurisprudencia para los tribunales inferiores.

El Tribunal Constitucional, cuando se han combatido en un recurso de amparo decisiones judiciales que se separan de la jurisprudencia ha afirmado que esta posible divergencia no se puede controlar en el recurso de amparo. Con esto no se ha desterrado del todo la impresión de que el Tribunal Constitucional considera la jurisprudencia como una cuestión en cierto modo interna del poder judicial. Hoy en día esta posición ha sido plenamente rectificada. Incluso manteniendo la imposibilidad de revisar en amparo la

divergencia de las decisiones judiciales respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional proclama la función de unificación del ordenamiento del Tribunal Supremo sin atribuirle consecuencias inmediatas en cuanto al recurso de amparo, pero sí en el plano constitucional. Según el Tribunal Constitucional, en el caso de discrepancia entre diferentes órganos jurisdiccionales la institución que realiza el principio de igualdad es la jurisprudencia y la sujeción al Derecho se predica también de la jurisprudencia.

Pero es menester ir más allá: la jurisdicción constitucional no puede rehuir la jurisprudencia como Derecho viviente, según la expresión acuñada en la doctrina italiana. Mangiameli destaca la jurisprudencia de la Corte Costituzionale, en la cual se declara que la casación opera como órgano privilegiado de creación del «Derecho viviente» mediante la interpretación judicial del Derecho objetivo. Este Derecho viviente debe ser tomado como presupuesto para sus decisiones por el juez constitucional. En nuestro Derecho parece obvio que el Tribunal Constitucional está obligado, para el enjuiciamiento de la ley ordinaria desde el punto de vista constitucional, a tener en cuenta la interpretación hecha por el Tribunal Supremo o por el tribunal superior de justicia, según los casos, recono-

ciéndole el carácter de precedente jurisdiccional cualificado por su fuerza jurisprudencial (López Guerra). Las sentencias que así lo hacen son, aun así, por extraño que pueda parecer, por ahora escasas.

Como ha observado con gran agudeza De Otto, expulsando la jurisprudencia del campo de las fuentes del Derecho en sentido estricto se ha querido a veces colocarla al margen del Ordenamiento jurídico situándola en una posición extraña y, por lo tanto, negando su valor vinculante en el proceso de aplicación e interpretación del Derecho. La magistral exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 distingue muy bien, como partes integrantes que son del Ordenamiento jurídico, las normas, los principios y la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones. Es, efectivamente, en el campo de la aplicación del Derecho allí donde se hacen efectivos los principios que informan el ordenamiento, donde la jurisprudencia tiene su asiento en el Ordenamiento jurídico, que no sólo está formado por un momento normativo, sino también por un momento de decisión o de aplicación de las normas; y que no sólo está integrado por elementos estáticos (las normas y las estructuras en qué se integran), sino también dinámicos (el sistema en que estas normas se

aplican para resolver los diferentes conflictos que se plantean).

4.2. El respeto al principio democrático

El nuevo papel de la jurisprudencia, comprometida en la ordenación social, debe arrostrar significativos desafíos. Por un lado, con arreglo a las ideas jacobinas o populistas, la interpretación constitucional y la no aplicación de la ley inconstitucional por los jueces va en contra del principio democrático: son las asambleas legislativas las cuales deben decidir sobre la legitimidad de la ley en función del cumplimiento de los principios o valores constitucionales, tal y como son entendidos democráticamente.

Serían numerosas las objeciones que se podría oponer a esta concepción, fundadas en la crisis del principio de representación, en el funcionamiento de la democracia, en la dinámica propia de las asambleas legislativas, en la actuación de las mayorías empujadas por intereses sectoriales, y, finalmente, en que resulta operativamente dudoso conceder a la mayoría política la facultad de legitimar constitucionalmente sus propias intenciones. Sin embargo, los riesgos de elitismo que comporta confiar al poder judicial el control constitucional de las leyes han determinado que a lo

largo de la historia se ofrezcan varias soluciones de carácter intermedio que conviene tener muy presentes cuando se reflexiona sobre la legitimidad y el valor de la jurisprudencia.

Como propuestas en este sentido se pueden citar, entre otros, las siguientes:

a) El sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes (Kelsen) que, como propone Nino, permite una mayor proximidad del Tribunal Constitucional a las orientaciones políticas emanadas de las urnas, mediante el establecimiento de un plazo determinado de mandato de sus miembros, su elección directamente por las cámaras y una especial legitimación para interponer los recursos de inconstitucionalidad en manos preferentemente de órganos políticos.

Como es bien sabido, el sistema de control concentrado de las leyes, en los países en que ha sido introducido, junto con consecuencias muy positivas, especialmente de adaptación del sistema judicial a los cambios profundos del sistema jurídico determinados por la introducción del principio democrático, ha presentado también inconvenientes, especialmente derivados de la yuxtaposición a los tribunales ordinarios, a los cuales, en definitiva, no se ha considerado necesario ni posible privarlos de potestades propias de un sistema de control

difuso consistentes en unas facultades muy amplias de interpretación conforme a la Constitución, de defensa de los derechos fundamentales consagrados por ella y de no aplicación de las leyes contrarias al derecho supraestatal, como es el caso del Derecho comunitario europeo, los principios del cual se confunden progresivamente con los de la Constitución interna.

b) Se ha propuesto también el establecimiento de formas especiales de designación de los jueces con el fin de garantizar su imparcialidad, especialmente por la vía de las cámaras parlamentarias o mediante la intervención de un órgano de autogobierno (consejos de la magistratura) e incluso la elección popular en los niveles más bajos, como ocurre en los Estados Unidos.

También esta experiencia ha ofrecido dificultades notables. En los Estados Unidos, el nombramiento de los jueces por parte del Senado a propuesta del presidente se intenta enmendar mediante la publicidad del proceso y la posibilidad de intervención de terceras personas. La actuación de los consejos superiores de la magistratura no ha conseguido evitar la presión de los partidos políticos y de la propia organización interna de la magistratura y ha facilitado reacciones de carácter corporativo.

c) Se ha propuesto también facilitar la participación de los ciudadanos por diferentes procedimientos, como por ejemplo la introducción del jurado, tribunales mixtos, participación judicial de asociaciones o instituciones representantes de los grupos de interés, intervención en los procesos del denominado *amicus curiae*, etcétera. Se trata, sin duda, de medidas insuficientes para acallar las inquietudes de los populistas, pero convenientes desde el punto de vista de la integración del poder judicial en el sistema democrático.

d) Se ha propuesto también que, con el fin de evitar que la vinculación del poder judicial a la Constitución favorezca la petrificación de las decisiones constituyentes adoptadas históricamente, la Constitución ha de ser modificada regularmente en determinados periodos (Jefferson consideraba adecuado un periodo de 19 años teniendo en cuenta la evolución de las generaciones). En el supuesto de que políticamente no sea posible este ritmo de modificaciones constitucionales se propone la mutación constitucional o alteración de la Constitución sin modificación expresa de su texto mediante la formación de un consenso democrático en momentos decisivos equivalentes a los constituyentes para resolver grandes debates sobre cuestiones fundamentales propiciados por las primeras decisiones de los tribunales en relación con el conflicto

(Ackerman). En el ámbito de los Estados Unidos se pone el ejemplo de la integración racial tras la Guerra de Secesión y la nueva orientación que asumió la jurisprudencia, tras un intenso debate social y político, para legitimar finalmente la política del *New Deal* de reformas económicas impulsada por el presidente Roosevelt.

e) Finalmente, una medida indispensable radica en la limitación de los poderes del juez por la vía del autorrestricción, puesto que no se le puede atribuir un papel elitista de interpretación singular de los principios constitucionales, sino más bien un papel de árbitro encargado de interpretar la voluntad de la sociedad en relación con la Constitución (Ely).

Por este motivo algunos consideran que papel del juez es, en realidad, el de garantizar que el debate democrático se produzca en el seno de la sociedad democrática con plenas posibilidades para todos los grupos en condiciones de autenticidad y de equilibrio suficientes para garantizar la adecuada formación del consenso democrático. Desde este punto de vista, la intervención de los tribunales debe proyectarse de manera primordial para proteger la discusión adecuada tanto dentro del proceso como fuera con respeto al principio democrático en el cual se funda la noción jurídica de garantía (Ferrajoli) y para inter-

pretar adecuadamente, según su experiencia y preparación profesional, el ajuste de la ley a los valores constitucionales con arreglo al consenso resultante.

Son especialmente criticables, desde este punto de vista, las decisiones que, en el orden de la jurisprudencia constitucional, tienden a limitar el derecho de participación directa en determinados asuntos por entenderlos reservados por su complicación o por otras razones a los representantes políticos; así como aquellas opiniones particulares que tienden a restringir, fundándose en la inconstitucionalidad de su contenido, la tramitación de iniciativas parlamentarias.

4.3. La jurisprudencia y la globalización del Derecho

Por si las cosas no hubieran llegado ya a un elevado grado de dificultad, la realidad de los últimos años no ha hecho sino plantear nuevas situaciones que nos colocan ante lo que se ha denominado el fenómeno de la globalización. El fin de la historia, anunciada, con el lógico optimismo, en 1989 por Fukuyama, fue desmentida brutalmente no mucho tiempo después, en términos de paradoja histórica, por el atentado contra las torres gemelas de Nueva York, que hizo su aparición como acontecimiento que revelaba el inicio de un cambio

histórico similar al que simbolizó el atentado en Sarajevo, en el cual se fijó convencionalmente el inicio del siglo XX. Las iniquidades que dimanen de la nueva situación internacional plantean requerimientos especiales a los juristas, de quienes se espera una contribución decisiva para el logro de la paz social. El fenómeno de la globalización, que facilita la existencia y lanza a la cara del jurista iniquidades espeluznantes a todo el mundo, pone en cuestión a la vez las técnicas clásicas de obligatoriedad de las normas, el principio de legalidad y la eficacia territorial del poder jurídico del Estado, es decir, el modelo de Estado de Derecho, obligando a abordar como realidad inexorable el lento y firme adelanto de una nueva metodología jurídica ajena a toda lógica conocida.

Como dice Ferrarese, en la esfera jurídica se asiste a una auténtica mutación genética del Derecho. El Derecho se desvincula del territorio y no sigue más la lógica política de los estados-nación. Por un lado, asume un valor universal y transnacional; por otro, sufre un proceso profundo de fragmentación en sectores sociales, en múltiples dialectos jurídicos. Como dice Teubner, los diversos sistemas sociales autónomos desbordan sus límites territoriales y cada uno de ellos se constituye asimismo de manera globalizada. Se produce una proliferación de tribunales, cuasi tribuna-

les y organismos de resolución de conflictos de naturaleza independiente y activa, si bien limitados sectorialmente, los cuales colaboran a intensificar la autonomía de los sistemas a los cuales ellos mismos se perciben como pertenecientes. La lógica de la racionalidad ya no es posible, ante la fragmentación existente; la lógica de la Constitución tampoco, dado que la globalización reacciona ante la ausencia de un poder público universal.

La nueva metodología jurídica impuesta por la globalización, tomando en cierto modo como ejemplo el *common law*, sustituye la lógica de la argumentación propia del paradigma del lenguaje, o del desarrollo de los valores del sistema, propia del paradigma constitucional, por la negociación, el contrato y el arbitraje. Se institucionaliza el lenguaje estratégico de los intereses, que sustituye al lenguaje discursivo del Derecho. Este fenómeno se produce en los sectores sociales más diversos, no sólo en los de naturaleza económica. Surgen numerosos regímenes jurídicos globales de carácter privado que integran el denominado Derecho global sin Estado, los cuales son los principales responsables del pluralismo jurídico global. Puede mencionarse la *lex mercatoria* de la economía internacional, la *lex digitalis*, *lex informatica* o *lex retis* de internet y la *lex constructionis*.

La globalización del Derecho ha obligado a proponer soluciones para tratar de restituir la que parece su racionalidad amenazada. Algunas posiciones miran de encontrar en la realidad del Derecho globalizado los principios propios de una racionalidad común, actualizando las posiciones clásicas; otras posiciones, por el contrario, entienden que se debe renunciar a encontrar una racionalidad única en el mundo jurídico global y consideran imposible el restablecimiento de la racionalidad única del Derecho. Teubner mantiene que en el ámbito de la globalización cualquier aspiración a una unidad doctrinal y organizativa del Derecho es una quimera: *lasciate ogni speranza*. Tras el colapso de las jerarquías jurídicas, la única opción realista es desarrollar formas heterárquicas del Derecho que se limiten a crear relaciones holgadas entre los fragmentos del Derecho buscando la compatibilidad entre ellos a través de la observación y reflexión mutua y formas descentralizadas de adaptarse a los conflictos.

La globalización, paradójicamente, da un nuevo e inusitado relieve a la jurisprudencia y parece traer a un primer plano las concepciones que se han mantenido desde las perspectivas a que he venido refiriéndome. En efecto, la globalización, aun cuando compromete la capacidad de ordenación de la legislación, amplía la relevancia del papel del juez y de la

jurisprudencia, reconoce a su función una naturaleza política e impone la superación de la figura del juez napoleónico, como boca que pronuncia las palabras de la ley, y su sustitución por la figura del juez dotado de poder e investido de la potestad de disposición que le reconocen los espacios de discrecionalidad que resultan de la nueva realidad jurídica.

El respeto al principio de la autonomía de la voluntad, que ha sido subrayado por el Tribunal Constitucional como fundamento de la institución del arbitraje, constituye en este aspecto la línea inspiradora de la jurisprudencia en el mundo globalizado, puesto que sería un grave error pretender un intervencionismo judicial en los mecanismos arbitrales que facilitan a escala internacional las ventajas derivadas de la asunción de las pautas comerciales que reciben apoyo de los usos que se imponen por encima de las regulaciones propias de los Estados.

La globalización lleva consigo que la decisión final vinculante acaba siendo reemplazada por una secuencia de decisiones en el seno de una variedad de posiciones observadoras en el marco de la denominada lógica de red. La seguridad jurídica no se logra más mediante una instancia decisoria jerárquicamente superior. La disminución de la inseguridad jurídica sólo es posible mediante una co-

nexión reiterada de las decisiones jurídicas con las que se van produciendo posteriormente. Se fortalece, pues, el valor de la jurisprudencia entendida como precedente.

Desde el punto de vista sustancial, la función jurisprudencial pasa a tener un componente esencial consistente en la necesidad de garantizar la compatibilidad de los criterios de legitimación aplicados para la resolución del conflicto con los valores democráticos en que se funda la convivencia, de forma que, como ha sido dicho, el juez se transforma primordialmente en un órgano del Derecho o, quizás mejor, de los derechos de los ciudadanos. Se fortalece, pues, el valor de la jurisprudencia entendida como elemento de desarrollo de los valores constitucionales.

El fortalecimiento del valor de la jurisprudencia es, probablemente, una muestra del hecho que la sociedad contemporánea exige cada vez más una respuesta jurídica a sus problemas de convivencia. Quizás se reclama que, definitivamente, el Derecho logre el papel de ordenación social del que siempre se ha vanagloriado y que nunca ha ejercido realmente. El instrumento ordenador de la sociedad en el mundo antiguo fue la religión. La filosofía del derecho correspondiente a esta etapa, el iusnaturalisme, tiene raíces teológicas. La preocupación de la salvación

del alma se sustituye en el Renacimiento por el conocimiento. Esta idea culmina en el siglo XVIII, en el cual la Ilustración introduce la idea de progreso y se consolida con el triunfo de la burguesía conservadora. La nueva fe busca la emancipación a través del conocimiento, a través de la formación de ciudadanos capaces de leer y escribir, capaces de dominar la naturaleza, la sociedad en que viven y los instrumentos que esta pone a su disposición. A partir de este momento se puede decir que los instrumentos ordenadores de la sociedad son la ciencia y la técnica, basadas en la experiencia, las cuales tienen una manifestación espectacular en el maquinismo y la industrialización. La utopía de la toma de conciencia y de la liberación por la vía de la educación, el estudio y la lectura es después una constante común a los partidos anarquistas y comunistas: se extiende hasta Walter Benjamin, el cual busca en las nuevas técnicas la concienciación del proletariado. A esta etapa corresponde el positivismo jurídico, que profesa una fe inmarcesible en las fuentes sociales del Derecho. El Derecho se concibe como sistema o estructura integrada por las normas aprobadas por los poderes sociales con facultad normativa creadora. Existe una subordinación total del Derecho a las fuerzas sociales.

El denominado fin de la historia, pese a esto, sume en una profunda crisis la idea misma de progreso. Los adelantos en la ciencia, en la técnica y en el conocimiento, junto a indudables ventajas, presentan enormes inconvenientes. Las ventajas para unos colectivos tienden a marginar y a discriminar otros y el progreso indefinido es difícilmente sostenible y amenaza incluso el entorno en que se desarrolla la humanidad. La denominada civilización ha transfigurado la vida sobre la tierra tecnificándola hasta extremos que, si un día se tuvieron por expresión admirable del progreso, hoy son motivo de alarma. Nadie cree hoy seriamente en el progreso. La idea de emancipación en nuestra época sólo se puede relacionar con las reivindicaciones de algunos colectivos tradicionalmente marginados. Aun así, la generalidad de las personas está sometida a nuevos señores, las grandes compañías, la banca, los grupos de presión, muchos de los cuales dicen defender ideas, prestar servicios o proteger a las minorías. Las características técnicas de la sociedad de la información facilitan nuevas formas de dominación ligadas a la globalización del progreso. La idea de progreso como norte se sustituye por la idea de sostenibilidad y la emancipación se sustituye por la igualdad en el bienestar.

Este es el momento en el cual adquiere un protagonismo decisivo la economía como ins-

trumento ordenador de la sociedad: es el momento de la eficacia productiva, de la competencia, de la libertad de mercado, que tienden a convertirse en reglas éticas cuando son concebidas como base necesaria para una actividad humana en libertad. Las pautas economicistas son aplicadas por los gobiernos de todas las tendencias.

Pero el fracaso de las pautas economicistas para restablecer el equilibrio en el mundo globalizado es cada vez más evidente. Esto hace que la fe en el Derecho crezca progresivamente. Los fracasos se intentan explicar a menudo como consecuencia del abandono de los principios jurídicos. La sociedad acude como último recurso, no se sabe si justificadamente o no, a la confianza en la figura imparcial del juez, atribuyéndole poderes de creación jurídica que en momentos de crisis lo colocan por encima de la ley. La jurisprudencia pasa, de ser una institución perteneciente al sistema jurídico interno, a ser una institución social.

4.4. El respeto a la autonomía individual

Un segundo reto para la jurisprudencia radica en la necesidad de evitar el intervencionismo en el ámbito de la autonomía individual. La doctrina propone que la

aplicación de principios y valores morales de orden constitucional debe referirse tan sólo al ámbito público y no a los valores de privacidad, es decir, aquellos que no se fundan la necesidad de evitar el perjuicio de tercero, sino en el perfeccionamiento del individuo singularmente considerado. El legislador no puede imponer leyes por razones de perfeccionamiento o de ejemplaridad del individuo.

Nino propone que se tenga en cuenta para efectuar la necesaria ponderación la fundamental distinción entre intimidad y privacidad; no es la facultad de proteger del general conocimiento ajeno determinados aspectos de la conducta aquello que justifica que el legislador no pueda penetrar en estos ámbitos; sino la prohibición a los otros de impedir aquellas conductas que no los afectan o proporcionalmente no los afectan de manera relevante en relación con los deseos y el plan de vida del individuo, aun cuando sea inevitable que las conozcan.

No parecen positivas, desde este punto de vista, las decisiones de la jurisprudencia constitucional u ordinaria que fundan determinadas prohibiciones o limitaciones impuestas a las conductas individuales no en el perjuicio a la sociedad o a los terceros, sino en principios generales de defensa de la vida, de la moral o de las buenas costumbres consideradas única-

mente desde la perspectiva del perfeccionamiento del individuo.

LIBROS PUBLICADOS

1. ROBERT ALEXY: *Derechos sociales y ponderación*. 2007.

2. LUIGI FERRAJOLI, JOSÉ JUAN MORESO, y MANUEL ATIENZA: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. 2008.

3. ALFONSO RUÍZ, MIGUEL y RAFAEL NAVARRO-VALLS: *Laicismo y Constitución*. 2008.

4. PIETRO COSTA y BENITO ALÁEZ CORRAL: *Nacionalidad y Ciudadanía*.

5. VÍCTOR FERRERES y JUAN ANTONIO XIOL: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*.

6. MICHELE TARUFFO, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y ALFONSO CADAU PÉREZ: *Consideraciones sobre la prueba judicial*.

Próximas publicaciones:

ROBERTO ROMBOLI y MARC CARRILLO: *Los consejos de garantía estatutaria.*

PAOLO COMANDUCCI, M^a ÁNGELES AHUMADA y DANIEL GONZÁLEZ LAGIER: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo.*

