Víctor Ferreres
Juan Antonio Xiol

El carácter vinculante de la jurisprudencia

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

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

FRANCISCO J. LAPORTA

Las discusiones teóricas y prácticas sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia tienen entre nosotros una historia larga e ilustre[1]. 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 legalidad[3], 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 artículo 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 irremediablemente 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 jurisconsultos[4]. 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 "trascendencia normativa" sin ser vinculante es uno de esos enigmas que hay que resolver[7].

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 Xiol[8]. 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 solemnísimo 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 mundo[9]. 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*. Darmouth. Ashgate. 1997. Incluso en un estudio tan clásico como C. K. Allen, *Law in the making*, (consulto la 7ª 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 exactos[10]. 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 definidamente 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 estas[12].

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 racionalidad 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.