

VALOR LEGAL Y ALCANCE REAL DE LA JURISPRUDENCIA

ALEJANDRO NIETO

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO

- I. Precisiones conceptuales
- II. Régimen jurídico.
- III. Consecuencias

I. PRECISIONES CONCEPTUALES

Es común en nuestro Derecho el manejo indiscriminado de términos aparentemente sinónimos, que en rigor no lo son, creándose con ello una confusión que importa mucho aclarar atribuyendo a cada concepto un significado preciso para así poder asignarle el régimen jurídico que le corresponde. Jurisprudencia no equivale a doctrina jurisprudencial y una y otra se distinguen del precedente.

En Alemania y en los países anglosajones se entiende por *jurisprudencia* a la ciencia del Derecho, de acuerdo con la vieja tradición romana, que se conservó en todo el Continente hasta bien avanzado el siglo XVIII. De esta forma el opúsculo de von Kirchmann, bien conocido entre nosotros por haber sido traducido repetidas veces, titulado «La jurisprudencia no es ciencia» debe entenderse como «la ciencia del Derecho no es ciencia». En España, sin embargo, ha terminado imponiéndose una segunda acepción para significar ahora generalmente *repertorio de resoluciones judiciales*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo o de la Audiencia provincial de Segovia es la suma o conjunto de las resoluciones dictadas por estos Tribunales; y la jurisprudencia, a secas, sería la suma o conjunto de las resoluciones dictadas por los órganos del Poder Judicial.

Hasta aquí la cosa es clara puesto que todo el mundo (salvo algún purista riguroso o algún apasionado del Derecho extranjero) acepta este significa-

do. Las confusiones han venido con el uso generalizado de un tropo, de una metonimia concretamente, conforme a la cual se ha hecho equivaler jurisprudencia a algo muy distinto, a saber, la *doctrina jurisprudencial*.

Metonimia –como es sabido y define el Diccionario de la Real Academia– es «un tropo que consiste en designar una cosa con el nombre de otra, tomando ... el autor por sus obras, v.gr. leer a Virgilio por leer las obras de Virgilio». Y así, por una figura retórica habitual, es como se ha llegado a confundir jurisprudencia con doctrina jurisprudencial, siendo así que *la doctrina jurisprudencial consiste en una proposición jurídica afirmada en una o varias sentencias*. Los jueces y tribunales se expresan en sentencias (que en su conjunto forman la jurisprudencia) y en el texto de una o varias sentencias se encuentran proposiciones jurídicas que son las que forman la doctrina; de la misma manera que dentro de un libro se encuentran proposiciones u opiniones que constituyen lo que –con deliberada generosidad– suele denominarse «doctrina científica o de los autores». Confundir jurisprudencia y doctrina jurisprudencial es confundir el continente con el contenido. Un salto que vale como figura retórica pero que produce consecuencias funestas cuando se pierde la conciencia de ello. La jurisprudencia es una suma de «textos lingüísticos» que para los juristas sólo tienen el valor de una materia bruta de la que puede extraerse una «doctrina». A veces sucede que una sentencia está redactada en términos tan precisos que su doctrina emerge directamente de la literalidad del texto. Esto no es lo ordinario, sin embargo, y de la misma manera que el intérprete ha de elaborar del texto de la ley una «norma» legal, igualmente ha de elaborar del texto de una sentencia su doctrina.

El art. 1.6 del código civil no ha incurrido, desde luego, en este error de falsa sinonimia ya que, con absoluta precisión distingue entre ambos conceptos: «La *jurisprudencia* –dice– complementará el ordenamiento jurídico con la *doctrina* que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Nótese, por tanto, que quien directamente complementa es «la doctrina», no la jurisprudencia. La jurisprudencia es la creadora de la doctrina (o el lugar donde ésta se encuentra) mas es la doctrina la que integra (complementa) las fuentes del Derecho.

Dentro de la doctrina jurisprudencial destaca una variedad –*la doctrina reiterada del Tribunal Supremo*–, cuya importancia es enorme, puesto que es a ella, y sólo a ella, a la que el código civil ha asignado la trascendental función de complementar el ordenamiento jurídico. Lo cual no significa que las demás variantes (por ej. la doctrina no reiterada del Tribunal Supremo o la doctrina, reiterada o no, de otros Tribunales) carezcan de importancia, mas su alcance ha de ser distinto.

Un cuarto concepto legal que conviene separar de los anteriores es el *precedente*. El precedente judicial es una *resolución judicial que ha resuelto ya un caso sustancialmente idéntico al que se debate*. Precedente no equivale, por tanto, a anterior, que es una calidad meramente cronológica. El prece-

dente ha de ser siempre anterior al caso que se toma como punto de referencia, pero a esta nota añade la de la identidad sustancial del caso.

Si la diferencia entre jurisprudencia y doctrina jurisprudencial (o judicial) es clara, también es inequívoca la separación entre doctrina y precedente. La doctrina es, como sabemos, una proposición jurídica que *se encuentra en los fundamentos jurídicos de la sentencia mientras que el precedente es la resolución o decisión en sentido estricto que se manifiesta en el fallo o parte dispositiva*. Lo cual significa que puede haber varios precedentes (varios fallos idénticos sobre casos sustancialmente iguales) en los que aparezcan doctrinas jurídicas distintas, si es que el juzgador ha razonado de distinta manera. Por ejemplo, en dos casos condena de igual manera a la devolución de la cosa pero en un supuesto a título de precario y en otro de arrendamiento. De la misma manera que pueden sentarse doctrinas iguales para llegar a fallos distintos. Los fallos no contienen o establecen doctrina alguna sino que, a todo lo más, son «consecuencia» de las doctrinas (o argumentaciones) desarrolladas en los fundamentos jurídicos. Soy perfectamente consciente, por lo demás, de que la distinción expuesta entre «precedente» y «doctrina jurisprudencial» no suele ser mantenida entre nosotros; pero aun así me permito insistir en ella porque considero que es útil por clarificadora y porque a nada conduce, en cambio, la equiparación que habitualmente se hace entre ambos conceptos.

El carácter formal o instrumental que tiene el concepto propio de jurisprudencia explica, en fin, la ambivalencia de la expresión *jurisprudencia contradictoria*, que puede referirse a doctrinas contradictorias o a precedentes contrarios.

Sea como fuere no debe considerarse necesariamente error, ni mucho menos, el hecho de que en las leyes y, en general, en el lenguaje jurídico se haga la equivalencia que acaba de analizarse. De hecho, el lenguaje jurídico es muy impreciso y lo que verdaderamente importa es que el lector (o el oyente) cada vez que lee u oye un término ambiguo o anfibológico, sepa identificar el contenido preciso que le está dando el autor.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

Las precisiones anteriores no se han realizado por simple perfeccionismo intelectual sino porque ayudan a explicar el régimen jurídico de cada una de las figuras identificadas a las que la ley asigna una función específica y distinta.

1. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL REITERADA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1.1. Efectos materiales

Consisten —como ya se ha dicho— en la función complementadora del ordenamiento jurídico en los términos del art. 1.6 del código civil. Formal-

mente se trata, por tanto, de una fuente «indirecta» del Derecho, aunque su trascendencia es enorme debido a la circunstancia de que en la práctica las fuentes primarias no son manejadas directamente sino a través de las versiones que de ella va dando la «jurisprudencia». A la experiencia me remito: ni los jueces ni los abogados manejan las leyes a texto limpio sino con las adiciones e interpretaciones incorporadas por el Tribunal Supremo. Las ediciones y colecciones de leyes son tanto más apreciadas cuanto más ricas sean las anotaciones jurisprudenciales que les acompañen. Su valor psicológico y práctico es, por tanto, mucho mayor de lo que parece sugerir el código civil.

1.2. Efectos procesales

A lo anterior se añaden los efectos procesales, no menos importantes, en cuanto que la infracción de la jurisprudencia es motivo de casación y, al tiempo, requisito de la admisibilidad de tal recurso. Siendo de destacar aquí la imprecisión del ordenamiento jurídico, que en cada variante utiliza expresiones y técnicas distintas.

A) Jurisdicción civil

En la jurisdicción civil, el art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece «como motivo único» del recurso de casación «la infracción de normas aplicables»; *normas que deben entenderse de acuerdo con su interpretación jurisprudencial*. Lo que significa que si se entienden y aplican en otro sentido, se abre el motivo.

El n.2,3.º del mismo artículo precisa que son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando presenten interés casacional. Interés que aparece «cuando la sentencia recurrida se oponga a la *doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo* o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales», advirtiéndose a continuación que «cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial (se supone que de dicho Tribunal Superior) sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente».

El art. 483 establece, por su parte, que la falta de concurrencia de este requisito es causa de inadmisibilidad del recurso.

B) Jurisdicción penal

Aunque la Ley de Enjuiciamiento criminal (art. 847) solo hable de «infracción de ley» (aparte, naturalmente, del motivo de «quebrantamiento de forma»),

el art. 874,1.º bien claramente separa los fundamentos doctrinales de los legales (tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma), debiendo entenderse aquí que lo que llama fundamentos legales se refieren a la «doctrina jurisprudencial».

C) Jurisdicción contencioso-administrativa

Mayores divergencias ofrece en este punto la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo art. 88.1.d) distingue inequívocamente entre el motivo casación de «infracción de las normas del ordenamiento jurídico» y el de infracción «de las normas de la jurisprudencia».

2. UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El recurso de casación, en una de sus modalidades, protege la doctrina jurisprudencial que se supone única y consolidada. Pero ¿qué sucede si la doctrina se escinde en variedades discrepantes? En tal supuesto, lo primero que debe hacerse es restablecer la unidad de tal doctrina, declarando cuál es la variante correcta y eliminando las demás por incorrectas.

Esto es lo que se propone el art. 490.1 LEC con un recurso específico «en interés de la ley» de alcance un tanto reducido puesto que se refiere sólo a las normas procesales que hayan sido interpretadas con criterios discrepantes por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Si prospera el recurso, la sentencia del Tribunal Supremo «respetará las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias [...] y fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial». Una expresión legal, por cierto, no demasiado afortunada puesto que, como sabemos, en los fallos no aparece doctrina jurisprudencial alguna. Lo que sucede es que el fallo de la nueva sentencia, al declarar cuál es la anterior correcta, se remite a la doctrina en ella (en su cuerpo, no en su parte dispositiva) desarrollada.

La discordancia, ya denunciada, de los distintos sectores del Ordenamiento se pone aquí también de manifiesto puesto que el recurso civil en interés de la ley, que acaba de ser aludido, es completamente distinto del recurso de igual nombre propio de la jurisdicción contencioso-administrativa. A tal propósito el art. 96.1 de la ley reguladora de esta jurisdicción establece que «podrá interponerse recurso de casación para la unificación de la doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia por las salas de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.»

3. EL PRECEDENTE

Los efectos del precedente (separado, siguiendo el punto de vista antes expuesto, de la doctrina jurisprudencial) son muy originales, debiendo distinguirse aquí entre el campo material y el procesal.

3.1. Efectos materiales

No hay unanimidad ni mucho menos a la hora de determinar si el precedente vincula a los jueces. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (que se ha ocupado prolijamente de esta cuestión) es contradictoria, entendiéndose en unos casos que es vinculante y en otros, que no lo es.

A) Conforme a una primera línea jurisprudencial el precedente no es vinculante para el juez posterior como se evidencia por una serie de razones acumuladas. a) En unos casos porque no está ordenado así en lugar alguno. En palabras de la sentencia de 22.10.1986, la deseable tendencia hacia una jurisprudencia uniforme, ha de entenderse «respetando, como es lógico, el sistema de fuentes del derecho y la independencia de los órganos jurisdiccionales, cuya directa vinculación a la ley y al derecho no puede quedar rota por una absoluta vinculación a los precedentes, *que nuestro ordenamiento jurídico no establece y la Constitución no impone*». b) La sentencia de 11.3.1986 subraya el aspecto de la sumisión exclusiva del juez a la ley y al Derecho, advirtiendo que la eventual influencia del precedente «no entraña reconocer la existencia en nuestro Ordenamiento de un principio de sujeción al precedente, *pues el juez está sólo sujeto a la ley*». c) Mientras que la sentencia de 12.7.1988 lo que subraya es la independencia del Poder judicial: «La consecuencia del objetivo (de la univocidad, la homogeneidad de la interpretación y el principio de seguridad jurídica) ha de conseguirse *sin mengua de la independencia judicial* que es también un componente esencial de la noción de Estado de Derecho y un principio estructural consagrado por nuestra Constitución».

B) La opinión contraria es sostenida, no obstante, con igual fuerza hasta tal punto que también son incontables las sentencias que declaran la vinculación al precedente invocando los principios de seguridad jurídica y de previsibilidad (ss. 11 de marzo, 22 de abril y 10 de julio de 1987), de interdicción de la arbitrariedad (ss. 23.10.1984 y 23.2.1987) y de la igualdad en la aplicación de la ley (25.5.1984).

En resumidas cuentas, el Tribunal Constitucional se encuentra en una encrucijada aparentemente insalvable: la *contradicción entre el principio de la libertad de interpretación* (garantizada por la independencia de los órganos

del Poder judicial) *y el principio de la igualdad en la aplicación de la ley* (conectado con los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad).

Para superar esta contradicción el Tribunal Constitucional ha dedicado enormes esfuerzos en la elaboración de una teoría sintética del *cambio de criterio*. Un Tribunal puede liberarse de la vinculación inicial a los precedentes cuando cambia legítimamente de criterio y así lo justifica en el caso concreto. La formulación es ingeniosa mas reconocidamente insatisfactoria de tal manera que la contradicción sigue pareciendo insuperable.

3.2. Efectos procesales

La reforma de 1988 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introdujo una novedad, para muchos escandalosa, en el régimen de amparo constitucional al establecer en el art. 50.1.d) que «la Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando [...] el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual». Régimen recogido en la reciente reforma de 1998 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa cuando en su art. 93.2. c) admite la inadmisión del recurso de casación «si se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales».

Nótese, por tanto, que aquí únicamente se toman en cuenta aspectos procesales. Es decir, que no van a discutirse las razones que justificaron el primer pronunciamiento sino sólo si se trata de recursos «sustancialmente iguales». Cuando el recurrente haga sus alegaciones (al amparo del n.º 3 del mismo artículo) y se oponga a la inadmisión no podrá poner en tela de juicio la corrección de la sentencia anterior (puesto que no se consideran sus fundamentos jurídicos sino sólo el pronunciamiento final o fallo) y habrá de limitarse a argumentar que se trata de supuestos sustancialmente diferentes.

En el Derecho anglosajón existen (según ha de verse más adelante) técnicas refinadas para determinar si concurre, o no, esa igualdad sustancial. En España ya ha empezado a adelantarse algo en esta tarea, aunque todavía se esté resolviendo de forma casuística e improvisada. La técnica más generalizada es la de aislar algún dato, elemento o característica esencial y, si concurre en los casos que se comparan, habrá identidad sustancial y, si no concurren, no la habrá.

El Tribunal Constitucional emplea esta técnica con habitualidad y soltura. Así lo hace, por ejemplo, la sentencia de 20.12.1987, en la que se admite la falta de identidad sustancial y «considerando distinto el último caso reconociendo relevancia en el mismo a un rasgo o elemento no constitucionalmente ilegítimo y tampoco identificado en juicios anteriores». O la de 10.7.1987 en la que se declara que «los supuestos en uno y otro caso enjuiciados han de pre-

sentar obviamente, si no plena y absoluta identidad, sí, cuando menos, elementos comunes suficientes para considerarlos jurídicamente iguales».

Es reprochable, en cambio, la simple afirmación categórica de la existencia de identidad sustancial sin argumentación alguna de apoyo, como es corriente en las sentencias del Tribunal Supremo. Como tampoco es correcto, en mi opinión, que el Tribunal posterior tome como punto de referencia no los datos configuradores del caso sino la doctrina jurisprudencial utilizada, tal como hace la STS de 9.2.1998: «el presente recurso de casación no puede ser admitido, toda vez que ya se han desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales interpuestos por el propio abogado del Estado. En efecto, la sentencia recurrida se ajusta a una, aunque reciente, consolidada y conocida *doctrina jurisprudencial*, plasmada en las sentencias de 28.2.1996 (y otras muchas que cita)». Ahora bien, por muy numerosas que sean las sentencias que invoca tal doctrina, con ello no se argumenta en absoluto que los casos sean sustancialmente iguales y que, por ende, proceda la declaración de inadmisibilidad por apartamiento de precedentes.

Dejando aparte esta cuestión, la finalidad del precepto que se comenta es inequívoca: con esta medida lo que se pretende es restringir el acceso al recurso para aliviar la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo. Por ello es explicable que muchos autores lo hayan criticado en términos muy duros. Para mí es un ejemplo interesantísimo de *legislación de necesidad*: ante una situación grave, por muy coyuntural que sea, el Legislador arbitra remedios que considera útiles aunque con ellos desarticule un sistema, en este caso procesal, bien trabado. Las justificaciones dogmáticas –si es que a alguno interesan– irán apareciendo con el tiempo.

En definitiva, el efecto procesal tradicional del precedente es el del bloqueo de un recurso posterior, o sea, que cuando ya existe un precedente conforme se debe declarar la inadmisibilidad de un eventual recurso de casación posterior. A ello se refería expresamente el art. 1710,3.^a de la vieja LEC (versión de 1992): la Sala dictará auto de desestimación «cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales». Disposición que se mantiene todavía en el art. 93.2. c) de la vigente ley jurisdiccional contencioso-administrativa, antes transcrito.

III. CONSECUENCIAS

Al cabo de todas estas observaciones nos encontramos ante una situación sorprendente caracterizada por las siguientes notas: 1.^a. El alcance real material de la doctrina jurisprudencial es mucho más importante de lo que permite suponer la modesta formulación de su valor legal tal como aparece establecida en el código civil. 2.^a. Lo mismo sucede en el ámbito procesal; de tal manera que se han borrado las diferencias que tradicionalmente se atribuyen a los sistemas anglosajones y continentales. 3.^a. Las últimas regulaciones del

recurso de casación ofrecen a este propósito una contradicción insuperable con la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional.

1. VALOR LEGAL Y ALCANCE REAL DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL

Sobre este punto no vale la pena seguir insistiendo aquí para evitar reiteraciones de lo ya dicho y que es muy sencillo: en la realidad el alcance efectivo de la jurisprudencia es mucho más amplio de lo que permite suponer la modesta formulación del código civil, dado que el Tribunal Supremo no se limita a complementar el ordenamiento jurídico sino que es él quien determina su contenido. Las leyes únicamente dicen lo que ha indicado el Tribunal Supremo (y en su caso el Constitucional): nada más y nada menos, independientemente de la voluntad del Legislador y de la literalidad de los textos.

2. EL SISTEMA ESPAÑOL Y EL ANGLOSAJÓN

Es un lugar académico común la contraposición de los sistemas español y anglosajón en lo que se refiere al valor de las doctrinas jurisprudenciales y de los precedentes. En términos muy generales, la contraposición de ambos sistemas suele formularse en los siguientes términos: 1.º. En Inglaterra y en los Estados Unidos el Derecho está constituido por un conjunto de reglas (*rules*) que aparecen en las decisiones de los Tribunales Superiores, mientras que en España el Derecho está constituido por las normas que aparecen en una lista cerrada de «fuentes jurídicas» (ley, costumbre, principios generales del Derecho) y la doctrina jurisprudencial únicamente completa lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. 2.º. En los países anglosajones los jueces están vinculados a las reglas establecidas en los precedentes judiciales anteriores (*stare decisis*) mientras que en España están vinculados sólo a la ley y al Derecho. 3.º. En el sistema anglosajón, el precedente vinculante no es una decisión determinada sino la regla, la norma, en que se apoya tal decisión (*ratio decidendi*) mientras que en el Derecho español la *ratio decidendi* es igualmente una norma jurídica, pero una norma jurídica deducida de un texto legal, no de una sentencia anterior.

Planteadas así las cosas, la contraposición no puede ser, en efecto, más radical. Pero conociendo el funcionamiento real de los dos sistemas se deshace inmediatamente este maniqueísmo dogmático y se constata una llamativa proximidad entre ellos, tanto en su funcionamiento como en sus principios inspiradores.

A) En el Derecho anglosajón el *stare decisis* no funciona, ni mucho menos, como nos lo pintan en los libros. Para un juez técnicamente bien formado el precedente no es vinculante rigurosamente y, si no quiere seguirlo, tiene instrumentos que le permiten prescindir de él sin demasiado esfuerzo.

Por lo pronto puede poner en duda la *ratio decidendi*, cuya identificación resulta cada vez más difícil tal como se han visto obligados a reconocer los juristas y los jueces más sinceros. Pero lo importante es la facultad que tienen de pronunciar la fórmula sacramental de *non est simile*, que bloquea la aplicación de un precedente al caso que se están discutiendo. Un juez que domine bien la técnica del *distinguishing* (de los «distingos», dicho sea en castellano castizo) se libera fácilmente de la vinculación del precedente pues le basta argumentar que son casos distintos.

Incluso cuando la existencia del precedente no es discutible, puede ponerse siempre en duda el verdadero alcance de su contenido jurídico y, en consecuencia, el juez puede rechazarlo con ademán tan solemne como elegante: «Dicho sea con todo respeto, no estamos de acuerdo con este punto» (*With great respect, we disagree with these passages*). Y, además, las colecciones jurisprudenciales son lo suficientemente ricas como para ofrecer toda clase de posibilidades entre las que el juez posterior puede escoger. Hay, por así decirlo, precedentes para todos los gustos y, en consecuencia, lo único que tiene que hacer el juez es escoger la solución que personalmente más le acomode para el caso concreto (*choice between two lines of authorities, choice between two runs of case law*). En definitiva, la decisión no viene impuesta por el precedente sino que es consecuencia de la convicción personal del juez. La sentencia se dicta en ejercicio de un insobornable e inevitable arbitrio judicial. Guste o no guste, es una *matter of discretion*.

B) Una vez desmitificado el *stare decisis* anglosajón, veamos lo que sucede realmente en el Derecho español. Entre nosotros tampoco es cierta la soberanía de la ley, de la ley a secas, puesto que a lo que los jueces se atienen es a la ley tal *como ha sido ya interpretada por los tribunales*. No creo que ningún práctico se atreva a contradecir este aserto, avalado por innumerables testimonios doctrinales, que es ocioso repetir aquí.

A la vista de lo que antecede hora es ya de confesar públicamente que, aun tratándose inequívocamente de sistemas distintos, sus diferencias no son tantas ni son las que vienen enunciándose por la inercia dogmática.

Observando ambos sistemas, lo primero que salta a los ojos es que el Tribunal Supremo español cita ordinariamente más sentencias suyas anteriores –y, en todo caso, no menos– que las Cortes Supremas del Reino Unido y de los Estados Unidos. Sobre ello no hace falta insistir puesto que la afirmación puede constatarse con la simple comparación de los repertorios de Aranzadi y de los *Law Reports*. Otra cosa es, sin embargo, el estilo con que se manejan tales citas. El Tribunal español es más dogmático y formalista: sus proposiciones suelen ser axiomáticas y, cuando extrae o resume su propia doctrina, tiende a la generalización categórica con una finalidad pedagógica y un estilo profesoral. En el derecho inglés, por el contrario, las sentencias son sencillísimas aunque van acompañadas de las «opiniones personales» de cada juez redactadas frecuentemente en un estilo que, sin llegar a ser coloquial, resulta

muy poco solemne y, por otro lado, su peso depende a veces no tanto de la fuerza institucional del tribunal como de la autoridad individual del firmante.

En cualquier caso, lo que verdaderamente relativiza el valor de la jurisprudencia (de la doctrina jurisprudencial) es el desaliñado uso con que en España suele invocarse, como nos ha recordado Diez-Picazo, un profesor y magistrado del Tribunal Constitucional, del que es difícil disentir en este punto: «Lo normal es, no nos engañemos, recoger de la sentencia una afirmación cualquiera y, abstrayéndola por una parte del caso dentro del cual había nacido y al cual, por tanto, continúa estrechamente vinculada, y separándola, por otra parte, del resto de la sentencia, generalizándola de manera tal que sea esta pequeña máxima o afirmación así abstracta o generalizada a lo que usualmente denominamos jurisprudencia. Advirtiéndolo, además, que puede disculparse cuando lo hace un abogado utilizándolo habilidosamente en defensa de su actitud dentro de un pleito. La disculpa es mucho más difícil cuando el mismo modo de proceder se encuentra en obras doctrinales. La disculpa parece ya imposible cuando es el propio tribunal el que procede de esta manera en relación con sus propios precedentes, cosa que sucede, desgraciadamente, con alguna frecuencia. Es curiosísimo este peculiar modo de proceder de nuestra jurisprudencia en la utilización de sus propios precedentes, mediante este aislamiento abstracto y generalización de una máxima o de una afirmación que, desvinculada del caso en que nació y al cual servía, adquiere, por así decirlo, vida propia y va dando saltos en el vacío y conduciendo a resultados que no dejan de producir alguna sorpresa».

3. CAMBIO DE CRITERIO Y BLOQUEO PROCESAL

Actualmente, cuando el Tribunal Constitucional ya ha reconocido sin ambages a los tribunales la potestad de cambiar de criterio y de resolver, en consecuencia, de forma distinta casos sustancialmente idénticos, he aquí que, a través del mecanismo (más atrás descrito) de la inadmisibilidad del recurso de casación, la ley les bloquea el ejercicio de tal facultad impidiéndoles que se pronuncien al respecto. Porque, en efecto, de nada vale la libertad de apartarse del precedente mediante un cambio de criterio, si luego resulta que no hay oportunidad de hacerlo porque media una causa de inadmisibilidad que no permite llegar a la sentencia de fondo.

Repasemos el modus operandi tal como está previsto en la doctrina del Tribunal Constitucional. Si el tribunal comprueba que ya ha sido resuelto un caso sustancialmente idéntico al que ahora está sometiéndose a su conocimiento, ha de analizar en primer término la realidad de tal identidad, puesto que bien puede suceder que haya un elemento esencial que los separe; suponiendo que la identidad se confirme, ha de pronunciarse de forma expresa sobre la conveniencia de mantener el criterio que inspiró la decisión anterior o si hay alguna razón que justifique el cambio de criterio; y, en fin, en la hipó-

tesis de confirmación de la identidad y del mantenimiento de criterio, es cuando la sentencia posterior asume la anterior del precedente.

Pues bien, cuando se trata de un recurso de casación (antes en todo caso y ahora todavía en lo contencioso administrativo) ya no opera el procedimiento que acaba de ser descrito, puesto que al tomarse conciencia de la existencia del precedente se bloquea automáticamente el recurso y lo único que procede es la declaración de inadmisión sin que el tribunal tenga, por tanto, oportunidad de hacer los análisis y las declaraciones indicadas.

El despropósito se agrava cuando sucede que son distintos los órganos (y las personas) que declaran la inadmisibilidad y los competentes para dictar la resolución de fondo. En el sistema tradicional era la misma sala la que declaraba la inadmisión y la que dictaba la sentencia. En otras palabras: la sala competente podía dictar un auto previo de inadmisión y así ahorrarse el dictado de la sentencia; o declarar la inadmisión en ésta y así ahorrarse un pronunciamiento de fondo; o, en fin, declarar la admisión y entrar en el fondo del asunto. Pero en cualquier caso la sala obraba con conocimiento propio y de acuerdo con sus propios criterios.

La disfunción actual ha surgido con la emergencia de «secciones de admisión» que filtran el acceso del recurso a la sala competente, declarando su inadmisión antes de que la sala competente llegue a conocer directamente el recurso. O lo que es lo mismo: sólo superan la admisión los recursos que una sección especial (ordinariamente la primera según acuerdo adoptado anualmente por la Sala de Gobierno) quiere, sin dejar hablar a la competente. Con lo cual resulta que se priva a ésta de la oportunidad de decidir con sus propios criterios, de tal manera que no puede declarar por sí misma si los casos son sustancialmente idénticos o si está dispuesta a cambiar de criterio. Y por lo mismo, la sección de admisión ha de pronunciarse a ciegas, es decir, sin conocer los criterios de la sala competente. El sistema, en definitiva, ha quedado distorsionado por completo.

4. EL ARBITRIO JUDICIAL Y LA APORÍA DE LAS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS

No voy a entrar ahora, desde luego, en el examen pormenorizado de la incidencia del arbitrio judicial en la formación de la doctrina jurisprudencial y creación de precedentes, puesto que de estas cuestiones me he ocupado con detenimiento en otro lugar; pero resulta imprescindible aludir a esta cuestión ya que para dar a las cosas su verdadero alcance hay que integrar al arbitrio en los planteamientos generales.

Por decirlo de una manera deliberadamente reduccionista y pacífica, hay sentencias inspiradas en la estricta legalidad y otras afectadas por el ejercicio del arbitrio del juzgador. Como en las primeras se da por sentado (aunque no sea rigurosamente cierto, al menos en mi opinión) que sólo existe una solución correcta —la impuesta por el Derecho positivo—, hay que admitir que la

doctrina en ellas sentada es vinculante para los jueces posteriores; mas no por la autoridad de la doctrina anterior (que puede ser, incluso, no reiterada) sino por el peso de la corrección legal de que disfruta la solución única admisible. Ahora bien, en los supuestos –frecuentísimos, por lo demás, contra lo que muchos creen– en que caben varias soluciones correctas y que entre ellas escoge el juzgador la que considera más oportuna ejerciendo su arbitrio personal, la doctrina jurisprudencial cronológicamente anterior ya no es vinculante puesto que el juez posterior puede ejercer el mismo arbitrio en un sentido distinto. Dicho con otras palabras: el juez posterior está vinculado a la ley objetiva correctamente aplicada por el juez anterior, pero no está vinculado al arbitrio subjetivo ejercido (aunque haya sido lícitamente) por el juez anterior a la hora de elegir una de las varias soluciones posibles. Por poner el ejemplo más sencillo que pueda imaginarse: en un conflicto de responsabilidad, el juez tiene que decidir de acuerdo con la ley si se ha producido tal responsabilidad; luego, una vez declarada ésta, el montante exacto de la indemnización es fijado de acuerdo con su arbitrio legítimo. Pues bien, el juez posterior ha de enjuiciar el primer punto (la existencia de responsabilidad) con la misma ley que el primero; pero su arbitrio puede ser distinto y, en consecuencia, aumentar o disminuir –razonadamente por supuesto– el montante de la indemnización.

Desde esta perspectiva es como debe entenderse la aporía de las sentencias sustancialmente contradictorias (y no en extremos marginales como en el sencillo ejemplo anterior), es decir, cuando supuestos sustancialmente idénticos son resueltos de manera distinta y no por dos sentencias aisladas sino por dos líneas consolidadas. La existencia real de doctrinas jurisprudenciales contradictorias es tan perfectamente conocida que no hace falta ilustrarla aquí con ejemplos concretos. Más aún: casi podría decirse que lo normal es la contradicción y lo insólito la concordancia; y para comprobarlo basta leer los autos de cualquier pleito en los que, sin excepciones, cada una de las partes invoca una línea jurisprudencial que avala sus pretensiones.

La opinión dominante sobre esta aporía es la siguiente: reconociendo la contradicción, se afirma que una de las sentencias (o de las líneas jurisprudenciales) es correcta y la otra incorrecta; partiendo de aquí se considera que la situación es una anomalía que hay que eliminar y que para ello existen medios procesales de depuración, concretamente el recurso de casación para unificación de la doctrina. A tal fin, al resolver el recurso (en interés de la ley para la unidad de la doctrina jurisprudencial, en la terminología de la LEC) cuando la sentencia fuere estimatoria, «fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial (correcta). En este caso, se publicará en el BOE y, a partir de su inserción en él, completará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo» (art.493 LEC). Mientras que en el orden contencioso administrativo, el art. 98.2 de la LJ advierte que «si la sentencia declara que ha lugar al recurso, casará la impugnada y resolverá el debate planteado con pronuncia-

mientos ajustados a Derecho, modificando las *declaraciones efectuadas* y las situaciones creadas por la sentencia recurrida».

Ahora bien, si se admite que en muchas cuestiones caben varias soluciones igualmente correctas, entonces hay que admitir también que la llamada jurisprudencia contradictoria no tiene nada de anómalo y que no es una aberración del ordenamiento jurídico que es imprescindible eliminar. En el terreno doctrinal no se trata –en otras palabras– de que una postura sea correcta y la otra incorrecta ya que las dos pueden coexistir. A la realidad me remito porque, de no entenderlo así, habría que aceptar que nuestra jurisprudencia es un cúmulo de disparates o de arbitrariedades. En defensa de la cordura y de la prudencia de nuestros jueces hay que proclamar que esto no es así, pues de otra suerte la mitad de las sentencias estarían equivocadas con el agravante de la contumacia. Hay sentencias equivocadas ciertamente, mas no es este necesariamente el caso de una de las dos sentencias (o líneas doctrinales) contradictorias. Es perfectamente posible, e incluso habitual, que cada juez haya resuelto correctamente su propio caso y la contradicción surge cuando se pretende generalizar su doctrina. No hay que olvidar nunca que la tarea inmediata del juez es la de resolver conflictos individuales sin preocuparse demasiado de las consecuencias que pueda tener la generalización (posiblemente indebida) de sus razonamientos.

Lo anterior no significa, sin embargo, que el recurso para la unificación de la doctrina (nótese: de la doctrina, no para la unificación de la jurisprudencia) sea inútil. Lo que yo afirmo es que en ocasiones las doctrinas contradictorias son compatibles; pero en el caso concreto es claro que hay que decidirse por una solución o por otra. Y aquí es donde interviene el recurso; pero a conciencia de que la decisión se refiere, más bien, al caso concreto sin alcanzar ese carácter de generalidad que pretenden darle nuestras leyes procesales. La ambición del art. 493 de la LEC es una mera ilusión, como la experiencia demuestra. Este tipo de recurso nunca logrará depurar por completo el ordenamiento jurídico; o al menos hasta ahora –pese a quien pese– no lo ha logrado.