

La fuerza vinculante del precedente judicial

JUAN IGARTUA SALAVERRÍA

Universidad del País Vasco

RESUMEN. Por un lado, se defiende el carácter vinculante del precedente judicial (vertical) como instrumento para asegurar el valor de la seguridad (y otros valores jurídicos). Pero por otro lado, la Constitución establece la independencia de los jueces “sometidos únicamente al imperio de la ley”. En este trabajo, se propone una conciliación de ambas posturas, reconociendo fuerza vinculante ‘incondicionada’ a la ley y fuerza vinculante pero ‘condicionada’ al precedente.

Palabras clave: Precedente judicial, independencia judicial, seguridad jurídica, función de la casación.

ABSTRACT. On the one hand, it’s used to be defended the binding character of legal precedent (vertical) as an instrument to safeguard the value of security (and other legal values). But, on the other hand, Constitution establishes the independence of judges “bounded solely to law’s empire”. In this paper I put forward a harmonization of both viewpoints, by recognizing an ‘unconditional’ binding power to law and a binding power of precedent, but ‘conditioned’.

Key words: Legal precedent, legal independence, legal security, function of casation.

1. Introducción

1. Todo el mundo sabe que la interpretación judicial, en cuanto inserta en un *métier* institucionalizado (MacCormick:215-216), está sujeta al seguimiento de determinados criterios interpretativos de variada progenie (legislativa, jurisdiccional y doctrinal) que fungen distinta función según se empleen como instrumentos *heurísticos* (en lo que acostumbra a denominarse “interpretación-actividad”) o como razones *justificativas* (de lo que se estilaba llamar “interpretación-producto”).

Por descontado, no todos los criterios interpretativos vinculan igual (es decir: por la misma razón y con la misma intensidad); de manera que a unos se los considera *obligatorios*, a otros *recomendables*

y a unos terceros *aceptables* nada más. A la vista de ello, voy a preguntarme en exclusiva por la *fuerza* del precedente en tanto que criterio interpretativo¹, orillando por tanto otras indagaciones que pueden (y suelen) despertar los variados perfiles que atesora el “precedente judicial” (en la socorrida contraposición entre el *civil law* y el *common law*) y que van desde la historia del derecho hasta las distintas formas de razonamiento jurídico, pasando por la teoría de las fuentes del derecho y de la interpretación tanto de la ley como de la sentencia (cfr. Sartor:234-235).

2. Persigo, por tanto, un objetivo esquilado pero, en contrapartida, dotado de un atractivo singular dado que, en nuestro país, concita actualmente un encendido

debate al punto de que, en la última inauguración del Año Judicial, el Presidente del TS y del CGPJ consagró su discurso al tema de la “Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho”².

Al respecto, menudean propuestas que, con cautela o sin ella y por una u otra razón, sugieren que “tal vez fuera conveniente articular medidas de vinculación de la jurisprudencia y transformar el deber de sujeción del juez a la ley en un *deber de sujeción del juez a la ley y a la jurisprudencia*” (Ezquiaga:51). Otros tantos autores sostienen una opinión más audaz y su defensa del precedente vinculante no se confina en una mera propuesta de *iure condendo* sino alcanza a una más ambiciosa proclama de *iure condito*. O sea, la vinculatoriedad del precedente sería una tesis abierta a dos lecturas: unos “dicen que la vinculación ya existe de modo que nada debe ser añadido, y algunos más afirman que esa falta de vigor actual pero que, a cambio, debería iniciarse una firme andadura en tal dirección” (Hernando:XXVII). Pero advierto que no voy a privarme del gusto de llevar la contraria a las opiniones dominantes.

Y para fijar el volumen de los desacuerdos que manifestaré ahora, voy a explorar sucintamente el resultado a que puede dar lugar la combinación de este par de asertos (es decir, los ya mencionados: “el precedente ya *es* vinculante” y “el precedente *debe ser* vinculante aunque aún no lo sea”) y sus correspondientes negaciones (esto es: “el precedente *no es* vinculante” y el “precedente *no debe ser* vinculante”). Obtendríamos cuatro combinaciones posibles: 1) el precedente *es* vinculante y *debe serlo*; 2) el precedente *no es* vinculante pero *debe serlo*; 3) el precedente *es* vinculante pero *no debe serlo*; 4) el precedente *no es* vinculante y *no debe serlo*. Será esta cuarta postura la que aquí sufragaré (referida al

aquí y ahora, se sobrentiende), pero tras establecer unas convenciones mínimamente indispensables (si bien no sobrarían algunas más³) en torno a tres polos: ¿qué *entiendo* por “precedente”? ¿proveniente de qué *tribunal*? ¿y de qué *tipo* de vinculación hablo?

II. Unas módicas estipulaciones

1. La primera de las estipulaciones concierne al significado de la palabra “precedente judicial”, aquejada de una vistosa ambigüedad que, para empezar, afecta al *objeto* que se pretende designar con ese término. Porque, aun siendo cierto que la palabra “precedente” evoca en este contexto un caso concreto que presenta similitudes con otro caso concreto y por tanto no se parte de una total indeterminación, sin embargo con esa locución podemos referirnos a tres cosas distintas (Chiassoni 2004:78).

En primer lugar, por “precedente judicial” puede entenderse una *sentencia* (o conjunto de sentencias) provenientes de un órgano judicial.

En segundo lugar, el término “precedente judicial” puede utilizarse para denotar no una sentencia en su conjunto sino una parte de la misma, aquella en donde se expresa la *decisión* del caso concreto.

En tercer lugar, la expresión “precedente judicial” se utiliza para designar no una sentencia entera sino una parte de la misma, pero, a diferencia del uso anterior, aquella que contiene la *ratio decidendi* del caso.

Es de prevalente (si no de general) aceptación este tercer y último uso de la expresión “precedente judicial” que la identifica con la “*ratio decidendi*”; y es a lo que me voy a atener. Pero, aún así, vuelve a asomar la ambigüedad; pues por la “*ratio decidendi*” de una sentencia judicial se pueden entender, a su vez, tres

cosas diferentes (Chiassoni, 2004:81-82).

Para empezar, la locución “ratio decidendi” puede designar la *norma jurídica general* (regla, principio, etc.) en base a la que se resuelve un caso.

Después, con la expresión “ratio decidendi” también puede nombrarse la *norma jurídica general contextualizada*; no sólo la norma en sí sino unida a los argumentos que la sustentan y la descripción del caso al cual se aplica.

Finalmente, el término “ratio decidendi” se refiere genéricamente a cualquier *elemento esencial de la argumentación* (sea o no una norma jurídica general o una norma jurídica general contextualizada) utilizada por el juez para motivar su decisión sobre el caso.

De estas tres acepciones de “ratio decidendi” es la segunda la que goza de más extendido uso, debido -pienso yo- a que las resoluciones judiciales se presentan por lo común como aplicaciones de normas jurídicas (con lo que decaería la acepción tercera), y además -al tratarse de precedentes- de aplicaciones de normas jurídicas a casos que guardan entre sí cierta similitud (lo cual implicaría -me parece- cierta contextualización de la norma jurídica a aplicar). En fin, sea de ello lo que fuere, ésta será la opción que ahora retendré (no olvidando que, aún así, dejo sueltos algo más que flecos⁴).

2. No está exenta de utilidad -¡al contrario!- una segunda convención que concierne a la clasificación institucional de los precedentes, atendiendo a la estructuración de los órganos judiciales en jerarquías funcionales (en las que un juez *A* es superior al juez *B* si el juez *A* es competente para decidir los recursos contra las resoluciones del juez *B*). A este respecto, se contabilizan las siguientes clases de “precedentes” (cfr. Taruffo, 1994).

Primero, el precedente *vertical*: que supone una relación jerárquica entre el tribunal del que emana el precedente y el tribunal que lo usufructúa y que, por eso mismo, tiene dos variantes: el precedente vertical *descendente* (si la fuente del precedente es un tribunal más alto) y el precedente vertical *ascendente* (si el precedente proviene de un tribunal inferior).

Segundo, el precedente *horizontal*: cuando los dos tribunales en cuestión se sitúan en el mismo nivel de la organización judicial.

Tercero, el *autoprecedente*: si el precedente procede de una resolución anterior del mismo tribunal. Y engloba dos especies (Sartor:251,254): el autoprecedente en *sentido estricto* (si proviene de los mismos jueces o magistrados encargados de resolver el nuevo caso) y el autoprecedente del *órgano* (si no hay identidad personal entre los jueces o magistrados del mismo órgano en dos momentos diferentes o, también, si se trata de secciones distintas de un mismo órgano).

En lo que sigue, me centraré en el precedente vertical descendente y exclusivamente en el originado por el TS (dadas algunas funciones idiosincráticas de ese tribunal que inciden perpendicularmente en el valor de los precedentes que provienen de él).

3. Dicho lo cual, parece obligada una tercera (y última) convención respecto a la relevancia y a la fuerza vinculante del precedente. Todos sabemos que, de ordinario, los tribunales inferiores -en previsión de ulteriores recursos- no sólo se acomodan a los precedentes emanados de tribunales superiores sino incluso los citan (y más si su origen es el TS). Igualmente, a cualquiera le consta que los tribunales tienen a gala (por lo que implica de igualdad en la aplicación de la ley) remontarse a sus propios precedentes, lo

cual genera además una persuasividad adicional.

Ahora bien, ¿de qué naturaleza es esa *relevancia*? De cualquiera de estos dos tipos o de ambos (cfr. Chiassoni, 2000:11-12): puede ser una *relevancia formal* (o *de iure*) si la influencia que el precedente ha de tener depende de reglas jurídicas (escritas o no escritas); y se trataría de una *relevancia empírica* (o *de facto*) si la influencia del precedente obedece a otros factores (y nada obsta -más bien al contrario- a que este segundo tipo de relevancia se sume al primero).

La discusión suscitada actualmente en nuestro país se concentra en la “relevancia formal” del precedente (del TS); o, dicho con palabras usuales, en si el precedente del TS es o no jurídicamente *vinculante*. Sin embargo, el debate corre el riesgo de embarullarse si el dilema se presenta -y así se estila, por desgracia- como una radical opción entre un “sí” y un “no”, sin reparar en que la vinculación jurídica de los precedentes -como enseña el derecho comparado (Taruffo, 1996:59-62)- admite distintas intensidades. Por eso se hace inexcusable que la cuestión relativa al carácter vinculante del precedente se acompañe de otra que sirva para especificar de qué *fuerza* vinculante se está hablando.

Para mis propósitos, no es necesario esmerarse en una minuciosa graduación de la distinta fuerza vinculante con que, aquí o allí, puede estar dotado el precedente (escala que contaría con no menos de siete peldaños -Chiassoni, 2004:97-100-). Contentémonos, porque no nos hace falta más, con esta tríada (cfr. Chiassoni, 2000:12-15): a) precedentes meramente *persuasivos* (los jueces están obligados a mencionar los precedentes -si los hubiere- pero pueden separarse de ellos sin asumir ninguna carga argumentativa); b) precedentes *prejuzantes* (los jueces, además de

mencionar los precedentes si los hubiere, están obligados a seguirlos a menos de que aduzcan “buenas”, o “serias”, o “graves” razones para distanciarse de ellos); c) precedentes *incondicionalmente vinculantes* (los jueces deben mencionar los precedentes pertinentes -si existen- y encima tienen obligación de sujetarse a ellos pese a que haya “buenas”, o “serias”, o “graves” razones para dejarlos de lado).

Entonces, yendo al grano, la pregunta que nos acucia es: ¿tiene fuerza incondicionalmente vinculante para los tribunales inferiores un precedente del TS?

III. La disputada fuerza vinculante del precedente del TS

Como los desacuerdos al respecto se cimentan en preceptos ubicados tanto en la ley ordinaria como en la Constitución, convendrá ir por partes.

1. El nivel de la legislación ordinaria.- Limitándome a lo nuclear, la disputa se ha nutrido de la tensión entre dos disposiciones de problemática conciliación. Por un lado, está el art. 1 del Código civil que establece las fuentes del ordenamiento jurídico y cuya nómina no incluye la “jurisprudencia” (expresamente relegada al subordinado menester de “complementar” el ordenamiento), lo cual ha propiciado el siguiente razonamiento: si la jurisprudencia del TS no es fuente del ordenamiento jurídico, entonces carece de fuerza vinculante. Pero a conclusión opuesta se llegó invocando el art. 1692,5º de la precedente LEC (que facultaba el recurso de casación fundándolo en “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia”) y del que se infirió que la jurisprudencia tenía valor normativo pues sólo en tal tesitura cabe hablar de “infracción” (De Otto:296-298). Cae de

su peso que, al día de hoy, la controversia debería proponerse en otros términos ya que la nueva LEC, en su art. 477.1, estatuye como “motivo único” para fundar el recurso de casación “la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Léase bien: “infracción de normas”, no de normas y de jurisprudencia o precedentes. Parece sintomática la desaparición de toda referencia, directa o indirecta, a la jurisprudencia.

No obstante, suele argüirse que la infracción de la “jurisprudencia” se reintroduce mediante la inclusión -en el art. 477.3 LEC- de la figura del “interés casacional” (cuya definición arranca así: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo...”). A lo cual se replica que “el ‘interés casacional’ por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo(...), posibilita la *admisión* de la impugnación, no la *casación* de la sentencia (...)”, es decir: “la oposición de la sentencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sólo condiciona la *admisión* del recurso, no su *acogida*, que siempre exige la infracción de una norma” (Moron:3-4). Y eso mismo valdría -si no me equivoco- en los recursos por “interés de ley” y para la “unificación de la doctrina”⁵. Lo cual implicaría que la contradicción con la doctrina o con el precedente del TS es, en rigor, una *condición de acceso* al recurso de casación y no un *motivo* del mismo (Molins:2). Y de ahí se sigue que el TS, mientras debe casar forzosamente la sentencia recurrida si aprecia en ésta una infracción de la norma aplicable, cuando en cambio detecta un contraste entre la sentencia impugnada y el precedente tiene ante sí dos opciones: o acoger el recurso anulando la sentencia

recurrida o imprimir un *revirement* a su propio precedente.

Visto lo que hay, creo que las innovaciones introducidas por la LEC vigente permiten concluir que los precedentes del TS no vinculan a la manera de las normas legales. Ahora bien, alguna eficacia debe otorgárseles a los precedentes (hasta la propia LEC lo hace). Entonces, resta por saber si, no obstante o además de lo visto, los precedentes poseen o no alguna fuerza vinculante y cuál es su eventual intensidad. Quizás el análisis de algunos artículos de la Constitución nos ayude a efectuar algunos descartes (sobre todo el que aquí interesa).

2. Creo que, aunque a menudo recitado, se ha tratado con escasa atención el art. 117.1 CE cuyo tenor es: “La justicia *emana del pueblo* y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, *independientes*, inamovibles, responsables y *sometidos únicamente al imperio de la ley*”. El énfasis puesto en determinadas palabras del citado artículo anticipa el plan que pienso seguir.

El sometimiento del juez *únicamente* a la *ley*.- Tomar al pie de la letra la palabra “ley” no es una opción candorosa y que olvida el carácter ya obsoleto de aquella doctrina revolucionaria en la que “el derecho se entendía reducido a la ley del Cuerpo Legislativo”, siendo así que “reducir el derecho a la ley parlamentaria cuando la propia Constitución reconoce otras normas significa hacer de éstas algo carente de toda eficacia, en cuanto el juez no estaría obligado a aplicarlas en ningún caso” (De Otto:300). Y aunque la propia CE -que en su art. 9.1 dice: “Los ciudadanos y los poderes públicos (el poder judicial es uno de ellos) están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”- parezca avalar esa interpretación, me esforzaré en mostrar que el

vocablo “ley” no responde, en el ámbito del art. 117.1, a un uso metonímico (la parte por el todo) del término “ley” (la ley por el Derecho), como si fuera una inercia de tiempos pretéritos.

- a) Para empezar, el art. 117.1 CE -con su inicio: “La justicia *emana del pueblo...*”- entronca la jurisdicción en la soberanía popular. Y la locución “*imperio de la ley*” del citado artículo comparece también asociada a la “*voluntad popular*” en el Preámbulo de la CE (cuando en éste se proclama la voluntad de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el *imperio de la ley* como *expresión de la voluntad popular*”). La CE instaura, por tanto, una estrecha conexión entre soberanía popular y función jurisdiccional (concretamente: una subordinación de ésta respecto de aquélla).
- b) ¿De qué manera se subordina la función jurisdiccional a la soberanía popular? Pueden contabilizarse al menos tres modos de subordinación⁶: el primero consistiría en atribuir la función jurisdiccional a órganos elegidos a semejanza de los órganos legislativos; el segundo residiría en someter a los órganos jurisdiccionales a alguna forma de control político a cargo de los órganos legislativos; el tercero radicaría en subordinar estructuralmente la función jurisdiccional a la función legislativa, vinculando a los órganos jurisdiccionales a aplicar la ley. Y nuestra Constitución ha elegido esta tercera modalidad y, por tanto, el art. 117.1 subordina la función jurisdiccional a la función legislativa.
- c) Llega el momento de preguntarnos, sin más demora, si el término “ley” del art. 117.1 CE ha de ser interpretado como “ley en sentido material” (sinónimo de “derecho objetivo”) o

como “ley en sentido formal” (incluyendo también los actos que poseen fuerza o valor de ley ordinaria)⁷. Para orientarnos en la elección, observemos que el art. 117.1 prescribe el *sometimiento* del juez al *imperio* de la ley. Según una comprensión incontrovertida de ambas palabras (“sometimiento” e “imperio”)⁸, el juez estaría ante un *deber incondicionado de aplicar la ley*; lo cual entraña cuando menos que *en ningún caso* puede el juez *rehusar* aplicarla (sí *suspender* la aplicación de la ley cuando surjan dudas sobre su constitucionalidad).

Efectuada esta puntualización, interesa saber si, cuando decimos que los jueces están incondicionadamente obligados a aplicar la ley, nos estamos refiriendo a cualquier fuente de “derecho objetivo” o a la “ley formal” (y actos normativos equiparados). Damos por descontado que los jueces están obligados a aplicar el derecho objetivo (sea cual fuere la fuente de la que provenga), pero: ¿están *incondicionadamente* vinculados a aplicar “todo” el derecho o pueden rechazar legítimamente la aplicación de una u otra de sus fuentes? Mientras que los jueces en ningún caso están autorizados a desaplicar la ley formal (y actos con fuerza de ley), sin embargo les es dado y obligado desaplicar p.ej. todo acto normativo de la Administración pública que contraste con la ley formal. Por tanto, incurre en una falacia quien intente ponernos contra la pared con este dilema: o el concepto de “ley” engloba todas las normas del ordenamiento o, de lo contrario, hay normas que el juez no estaría obligado a aplicarlas en *ningún caso*. Ahora bien, lo que distingue a la “ley” formal de las normas infralegales es que la primera obliga -como se ha reiterado- incondicionadamente (*en todo caso*) y las segundas condicionadamente

(es decir: *no en todo caso*, cosa bien diversa a *en ningún caso* -como en el dilema de I. De Otto-).

d) Y, por fin, ¿qué sentido habrá de atribuirse al adverbio “únicamente” (“sometidos únicamente al imperio de la ley”). Es una palabra que, en este entorno, tiene cuatro implicaciones⁹: *primera*, que el sometimiento sólo a la ley no excluye que los jueces se encuentren también sometidos a la Constitución; pues si la ley formal está subordinada a la Constitución, resulta obvio que el sometimiento a la ley conlleva *a fortiori* el sometimiento a la Constitución (y a normas de rango constitucional); *segunda*, que los jueces no están sometidos a la jurisprudencia del TS pues ésta no tiene carácter de interpretación auténtica, esto es: fuerza de ley; de suerte que sería inconstitucional una ley (ordinaria) que pretendiera introducir la regla de la jurisprudencia incondicionalmente vinculante; *tercera*, que los jueces no están incondicionalmente obligados a aplicar actos de la Administración pública, incluidos los reglamentos; y *cuarta*, que los jueces gozan de autonomía de juicio, de modo que no están sometidos a órdenes o directivas políticas de quien fuere acerca de cómo juzgar.

IV. ¿Juez “independiente” o juez “burócrata”?

La alusión del art. 117.1 CE (y reiterada en los arts. 124.1 y 127.2 de la misma) a jueces y magistrados “independientes” ofrece una nueva baza. No pocos han asimilado esa independencia a la independencia del aparato judicial frente a los otros poderes del Estado y, quizás por ello, se extrañan -como un colega nuestro- de que se diga “que el sometimiento del juez al precedente atentaría contra la independencia judicial”, añadiendo que “confieso que no sé cómo ha sido posible

que se extienda semejante idea” (Laporta:276). Pero si enlazamos la “independencia” del juez (es decir, de todos y de cada uno de ellos) con el sometimiento de éste “únicamente al imperio de la ley”, es claro que “este sometimiento incondicionado a la ley no admite intermediarios”, y “si la jurisprudencia tuviera fuerza vinculante en sentido fuerte, se interpondría entre el juez y la ley, vulnerando lo ordenado por el art. 117 de la Constitución”(Díez Picazo:403).

El nexo entre el sometimiento a la ley y la independencia judicial propicia una perspectiva para captar el trasfondo de los alegatos a favor de disociar “juez independiente” y “juez no sometido a la jurisprudencia”; y que es, ni más ni menos, una concepción *burocrática* de la administración de justicia. Al menos, ésa es la visión que se defiende en esta réplica a “la objeción de que el juez no puede estar vinculado a la jurisprudencia porque con ello quedaría sometido al Tribunal Supremo y perdería su independencia”, y que dice:

“Tras esa argumentación se esconde una errónea concepción que ve en el juez cuya independencia se garantiza una persona física, y no el titular de una *función* en el interior de una *estructura* judicial. Si la independencia y sumisión a la ley se predicán del juez como persona la consecuencia, manifiestamente inquietante, es que el juez está vinculado a la ley tal como ésta resulte ser en su opinión(...). El que la función jurisdiccional se atribuya a una pluralidad de jueces no es en absoluto requisito o exigencia de la función misma, sino algo debido a razones puramente prácticas y cuyos *efectos perniciosos* sobre la seguridad jurídica, la igualdad y la unidad del derecho quieren corregirse mediante la organización en grados, que permite la revisión y unificación y de este

modo aproxima el sistema de jurisdicción dispersa al *ideal del juez único*. Afirmar que la independencia del juez le desvincula de la jurisprudencia, de la doctrina del tribunal en que culmina esa organización, significaría *negar toda posibilidad de conducir a la unidad* la Justicia dispersa y convertir la *dispersión* misma en un valor, inutilizando la garantía que para el ciudadano supone la estructura en instancias o grados” (De Otto:300-301).

Con el “ideal del juez único” se aboga por un modelo de administración de justicia que encontró su expresión más cumplida en la ley napoleónica sobre el orden judicial, allá por el año 1810. Tal modelo (burocrático) se inspiró en la concurrencia de dos factores (cfr. Taruffo, 2000:359-361): uno, el de la desconfianza de los revolucionarios franceses hacia los jueces del Antiguo Régimen (que continuaban en ejercicio) y la necesidad de evitar fenómenos de independencia o -como en el pasado- de conflicto con el poder central (lo que empujó a montar un sistema que asegurara el control de los jueces por el poder político); el otro (que ha gozado de larga e intensa influencia en los sistemas de la Europa continental) era la tendencia a concebir el *status* del juez a semejanza del funcionario estatal y la organización judicial según el esquema de la organización administrativa (en pos de una eficiencia en la administración justicia). En una burocracia jerárquicamente estructurada, el poder desciende de arriba abajo según la regla de que el poder del órgano superior engloba el del órgano inferior y por tanto lo controla íntegramente.

Precisamente, es la sumisión del juez a la jurisprudencia del TS lo que faltaría, entre nosotros, para la “restauración del viejo modelo burocrático, que aseguraría la correspondencia de cada resolución a los criterios, siempre más fiables, *del*

superior” y, de paso, para colmar “la irresponsable añoranza, como factor de certeza, de cierto tipo de vinculación al precedente judicial, sólo posible al precio de la independencia del juez” (Andrés Ibáñez:25). Porque para implantar el invento napoleónico, ya contamos con una forma políticamente condicionada de acceso a la condición de magistrado del TS (es decir: mediante la selección a cargo de un CGPJ que reproduce, tanto en su composición como en su funcionamiento, “la dinámica de enfrentamiento entre partidos” -Hernández García:5-), y, de ese modo, la interna organización judicial jerárquica y piramidal es el más potente vehículo “de sintonía entre la magistratura y el sistema de poder político y económico”, por la sencilla razón de que a éste le resulta “más fácil condicionar desde el exterior a un vértice (o un sistema de vértices) que no a un poder difuso” (Pepino, 2002:140).

La propensión, de inconfundible pedigrí jacobino, a equiparar la organización judicial con la de las Administraciones públicas (en las que, merced al principio de “jerarquía”, la existencia de una pluralidad de órganos no impide a las manifestaciones de una voluntad unitaria hacia el exterior), olvida que el Poder Judicial es, por el contrario, “una organización policéntrica y descentralizada: todos y cada uno de los órganos judiciales encarna, por sí solo, el Poder Judicial. Esta es la razón por la que la función de juzgar es ‘personalizada’: los jueces, lejos de ser intercambiables han de estar predeterminados por la ley” (Díez Picazo:407-408) (requisito que p.ej. no afecta a los fiscales). En otras palabras: “Mientras el funcionario actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE), el juez al aplicar la ley no tiene superiores; ejercitando la potestad jurisdiccional no hay ni superior

ni inferior, no hay jerarquía; cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejercita la potestad sólo vinculado a la ley” (Montero Aroca:103).

V. Una casación recontextualizada

¿Cuál es la contrapartida de todo ello? ¿acaso despojar al TS, en cuanto tribunal de casación, de su idiosincrática función, la nomofilaxis, y “negando toda posibilidad de conducir a la unidad la justicia dispersa”? ¿tal vez “convertir la dispersión misma en un valor” renunciando a la certeza jurídica? Ni lo uno ni lo otro.

El funcionamiento de la casación se basa en dos presupuestos, afectados ambos por la relatividad histórica: el uno, referente a la ley; el otro, concerniente a la relación entre el juez y la ley (Borrè, 1996:161). Dos asuntos curiosamente soslayados o -a lo sumo- despachados con alarmante celeridad por la mayoría de quienes abogan a favor de la sujeción del juez a los precedentes del TS.

Conocido es el viejo mito positivista de la ley “simple y clara” cuyo significado es una realidad dada, cristalizada y formalmente definida; de manera que el juez se convierte en “boca” de aquélla limitándose a leerla (o a descubrirla, mediante una interpretación meramente cognitiva). Pues bien, de acuerdo con estas premisas, el Tribunal de casación no fue instituido para crear una regla que prescribiera una aplicación uniforme de la ley (esto sería una consecuencia) sino para “controlar su aplicación comparándola con un standard que no es la voluntad del tribunal supremo sino la ley misma: una ley cuyo significado sería cognoscible sin que sea necesaria interpretarla”(Troper:71) y si -como tuvo que admitirse más tarde- fuera necesario interpretarla, dada la presuposición de que toda norma tiene un significado

objetivamente dado y que corresponde a la casación descubrirlo, entonces “es este significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en los que aquella norma encuentra aplicación” (Taruffo, 1991:70-71). O sea, lo que debería ser uniforme es la interpretación verdadera de la ley, no otra cosa. Eso explica que, en la visión tradicional del positivismo, el interés por el precedente se reduzca a bien poco, pues no tiene más valor que el de ejemplificar e ilustrar la voluntad de la ley, entendida como una voluntad enteramente formada en el momento en que se emana la ley misma (Marinelli:875).

Sin embargo, hoy nos movemos en otras coordenadas culturales y epistemológicas. Curados de la ingenuidad que profesaba el pensamiento ilustrado en lo tocante a la ley como objeto de lectura pasiva, la actualidad enfrenta al juez con inéditos problemas en la jerarquía de las fuentes, con la fragmentación de textos legislativos, con la sobreabundancia y mala técnica en la redacción de las leyes, con leyes que no son fruto de una sociedad homogénea y por tanto traspasan a los tribunales incertidumbres no resueltas en sede parlamentaria, con leyes que por incongruencia con la Constitución demandan su adecuación a ésta, etcétera (Borrè,1996:161-162). Y nada remedia la imagen del juez como “boca de la Constitución” (no “boca de la ley”, como antaño), pues el texto constitucional, en cuanto resultado de un pacto, aparece plagado de tensiones y claroscuros en los que el intérprete se ve constreñido a penetrar de una forma que, lejos de ser contemplativa, entraña una actividad de balance, de sutil sopesamiento de los valores en juego que la misma Constitución pluralistamente expresa (Borrè, 2001a:262). Así se hace insostenible la clásica teoría de la interpretación (el formalismo interpretativo) porque no nos

hallamos ante un significado preformado, “objetivo”, de la ley que al juez corresponde “declarar” nada más. La interpretación ostenta inevitables perfiles valorativos por ser una “elección” entre opciones posibles (en atención al texto, al sistema en el que la norma se inserta y al contexto social en el que funciona). Y elegir supone “privilegiar” unos u otros elementos de valoración. Eso “es una constante de toda actividad interpretativa, como demuestra la modificación de las orientaciones de la misma Casación, en teoría garante de la nomofilaxis” (Pepino, 2001:30-31). Por tanto, carece de sentido decir que la interpretación determina el significado “verdadero” de la ley; como mucho, puede determinar un significado en base a criterios aceptables pero de ningún modo absolutos (porque éstos no existen). Entonces, ¿qué legitimidad ostenta la Casación para imponer a los tribunales inferiores una precisa interpretación? ¿quizás porque *manda más*; en cuyo caso se trataría de una legitimación de la autoridad en estado puro (que no merece ni ser discutida)? ¿O, tal vez, porque *sabe más*, presuponiendo el acierto de las sentencias dictadas por magistrados de la mayor profesionalidad? Pues tampoco: el acierto y la profesionalidad operan en planos distintos y bien puede faltar el primero aun en presencia de la segunda (Romeo:608).

Pero, pese a lo dicho, la existencia de la Casación no se debate necesariamente entre los dos cuernos de este dilema: o sigue aferrada a esquemas ya obsoletos o debe ser abolida. Cabe una tercera salida: redefinir la Casación (manteniendo los valores positivos que ésta ha perseguido) pero sobre bases teóricamente correctas e ideológicamente aceptables. A eso voy.

Dejando sentado que “interpretar” consiste en atribuir uno de los significa-

dos posibles a un texto legal y que un significado es “posible” si se apoya en criterios de interpretación aceptados, hay que dar un paso más: si bien no existen criterios absolutos, unos suelen ser -comparativamente- mejores que otros; de forma que la interpretación “correcta” sería (provisionalmente) la que se sustenta en los criterios que (en un momento dado) se tienen por mejores. O sea: el resultado de una interpretación no es correcto de por sí, sino en función de las “razones” que lo justifican (Taruffo, 1991:89-90). Ahora bien, la función nomofiláctica, aun privada de sus tradicionales sostenes, no pierde su razón de ser incluso en este nuevo contexto “aunque más ardua a practicarse, porque no está socorrida pro lógicas autorreferenciales y por el principio de autoridad, sino confiada a las propias ‘buenas razones’” (Borrè, 1996:161); esto es, debe “hacer revivir en clave de racionalidad y buen gobierno” la unidad de la jurisprudencia (Borrè, 1996:159). De este modo, la nomofilaxis (y su corolario de la unificación de la jurisprudencia) no significará la elaboración de una doctrina en sede central y padecida en la periferia, sino “un ‘hacerse’, un procedimiento que tiende a la unidad pero afrontando la diversidad, no percibida ya como negatividad a remover sino como un momento fisiológico del recorrido a realizar” (Borrè, 2001b:200-201). La interpretación uniforme *no se impone* autoritariamente, *se consigue* dialógicamente; y no con carácter *definitivo* sino *hasta la próxima* (en que cualquier juez o tribunal -incluso el mismo TS- alumbre una nueva interpretación con mejores credenciales).

Para concluir: ¿cuál sería entonces la fuerza vinculante de los precedentes del TS? La nomofilaxis y la unidad jurisprudencial (con sus valores anejos: universalizabilidad, seguridad, justicia formal, etc.) no bloquean las nuevas soluciones

sino establecen una “regla de juego” imponiendo a quien se distancie del precedente del TS la carga de argumentar las innovaciones (en la línea de Alexy o de Kriele), pero también -y en reciprocidad- obligando al TS a reexaminar críticamente su propia doctrina para ver si la diformidad tiene o no razón de ser y, de seguido, anular la sentencia impugnada si procede o cambiar de jurisprudencia, pero motivando tanto una cosa como la otra. De cualquier modo, nada que ver con la extremosa tesis de -entre otros- alguno de nosotros defendiendo “el carácter vinculante de su doctrina (del TS) y la eventual posibilidad de *prevaricar* al ignorarla a sabiendas o por ignorancia inexcusable” (Laporta:273); tesis que -por si aún faltara algo- ata inexorablemente al mismo TS a sus propios precedentes; porque ¿cómo podría permitirse el TS aquello que para el resto de jueces y tribunales supone *prevaricar*? (cfr. Chiarloni:626-628).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Democracia con jueces”, en Malem, J.-Orozco, J.-Vázquez, R., *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- BORRÈ, G., “La Corte di cassazione oggi”, en Besone, M., *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Turín, 1996.
- “Md e Questione giustizia. I compiti che ci aspettano”, en Pepino, L., *L’eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, Milán, 2001.
 - “Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni: un primo tentativo di sintesi”, en Pepino, L., *L’eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, Milán, 2001.
- CHIARLONI, S., “Un mito rivisitato: note comparative sull’ autorità del precedente giurisprudenziale”, *Rivista di diritto processuale*, 2001, n° 1.
- CHIASSONI, P., “Il fascino discreto della Common Law. Appunti sulla ‘rilevanza’ dei precedenti giudiziari”, en Besone, M.-Silvestri, E.-Taruffo, M., *I metodi della giustizia civile*, Cedam, Padua, 2000.
- “Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto”, *Analisi e diritto*, 2004.
- DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 6ª reimp., Ariel, Barcelona, 1998.
- DÍEZ PICAZO, L. M., “Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el derecho español”, en Trillo, R.-Bacigalupo, E.-Lucas, P., *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en Malem, J.-Orozco, J.-Vázquez, R., *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- GUASTINI, R., *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Turín, 1995.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Una reforma necesaria pero insuficiente”, *Jueces para la Democracia*, 2005, n° 52.
- HERNANDO SANTIAGO, F. J., *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho* (Discurso leído en el acto inaugural del Año Judicial el 13 de septiembre de 2005), Tribunal Supremo, Madrid, 2005.
- LAPORTA, F., “Vindicación del precedente judicial en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, n° 1.
- MACCORMICK, N., “Argumentation et interprétation en droit”, en Amselk, P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruselas, 1995.

- MARINELLI, V., “Precedente giudiziario”, *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento IV*, Giuffrè, Milán, 2002.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “Los recursos de casación en interés de la ley en el anteproyecto de ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La ley*, 2005, nº 6345.
- MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- MORÓN, M., “Precisiones y significación constitucional del recurso de casación”, *Diario La ley*, 2004, nº 6129.
- PEPINO, L., “L’attualità di un’eresia. Contributi per una storia di Magistratura democratica”, en Pepino, L., *L’eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, Milán, 2001.
- “Appunti per una storia di Magistratura democratica”, *Questione giustizia*, 2002, nº 1
- ROMEO, G., “Nomoflachia pallida madre”, *Questione giustizia*, 1999, nº 4.
- SARTOR, G., “Il precedente giudiziale”, *Contratto e impresa*, 1995, nº ?.
- TARUFFO, M., *Il vertice ambiguo*, Il Mulino, Bolonia, 1991.
- “Dimensioni del precedente giudiziario”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, nº 2.
- “Per un’analisi comparata del precedente giudiziario”, *Ragion pratica*, 1996, nº 6.
- “Il modello burocratico di amministrazione della giustizia”, en Besone, M.-Silvestri, E.-Taruffo, M., *I metodi della giustizia civile*, Cedam, Padua, 2000.
- TROPER, M., “La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto”, *Ragion pratica*, 1996, nº 6.

NOTAS

¹ Este enfoque ha sido ya ensayado por Moral Soriano si bien siguiendo derroteros distintos de los míos y, por lo mismo, con resultados diferentes a los que aquí se pretende llegar.

² No cabe duda de que el listado de estipulaciones podría y debería ser más largo y minucioso. A tal efecto, remito a Chiassoni (2004: *passim*).

³ P.ej. queda pendiente si cabe o no separar la norma jurídica establecida de las razones que la sostienen y si tanto la primera como las segundas poseen o no fuerza vinculante (G. Sartor, “Il precedente giudiziale”, pp. 241-241).

⁴ Tal vez induzca a cierta perplejidad la lectura del art. 493 LEC: “La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley(...)se publicará en el BOE 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” (cursiva mía).

¿Qué significa el gerundio “vinculando”? En la “Exposición de Motivos” (XIV) de la LEC se dice: “En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante -sólo atribuída 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”. Y en el apartado XV de la misma “Exposición de Motivos” se añade: “Entre las sentencias que dicte el Tribunal Supremo en virtud de este instrumento (recurso en interés de ley)(...) no faltará una doctrina jurisprudencial que sirva de guía para la aplicación e interpretación de las normas procesales en términos de seguridad jurídica e igualdad, compatibles y armónicos con la *libertad de enjuiciamiento* propia de nuestro sistema y con la oportuna evolución de la jurisprudencia. En este punto,

y para terminar lo relativo a los recursos extraordinarios, parece oportuno recordar que, precisamente en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia o *el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar. Esa autoridad, nacida de la calidad de la decisión, de su justificación y de la cuidadosa expresión de ésta(...) seguirá siendo la única atribuible*, más allá del caso concreto, a las sentencias dictadas en casación” (cursivas mías).

⁵ Sigo a Guastini: 95-98.

⁶ Continuaré apegado, con pequeños retoques y añadidos, a Guastini: 104-108.

⁷ También Díez Picazo considera “significativo” que “el art. 117 no diga que los jueces están sometidos a la ley, sino al ‘imperio’ de la ley. Esta palabra que evoca una supremacía incontestable, no es utilizada con respecto a las normas infralegales. Sería simplemente ridículo hablar del ‘imperio del reglamento’. La ley está dotada de imperio porque, a diferencia de las otras fuentes del Derecho, es expresión de la voluntad popular; y eso, en democracia, dista de ser una característica trivial” (:402).

⁸ Que extraigo de Guastini:120-128.