

# Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia

Gema Rosado Iglesias  
*Derecho Constitucional*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

*SUMARIO:* I. SEGURIDAD JURÍDICA E IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY: LA NECESIDAD DE CRITERIOS UNIFORMES EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO.– II. DEL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL PAPEL DEL JUEZ Y LA AFIRMACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY.– III. LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA.

## I. SEGURIDAD JURÍDICA E IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY: LA NECESIDAD DE CRITERIOS UNIFORMES EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

El principio de seguridad jurídica, como recurrentemente se recuerda, constituye uno de los pilares fundadores, un presupuesto basilar y, consecuentemente, un elemento ineludible, del Estado de Derecho. Hasta el punto de que cabría plantear la realidad misma de un Estado de Derecho en que no esté suficientemente garantizada la seguridad jurídica. Pero más allá de la elaboración dogmático-jurídica, desde una perspectiva más pragmática y cercana al ciudadano, la exigencia de seguridad jurídica responde a la necesidad cierta de conocer los parámetros en que se desenvuelve el sistema normativo, tanto en la aprobación de las normas como en su aplicación, para orientar, programar la vida y la conducta, valorar las opciones y tomar decisiones, prever, en definitiva, las eventuales consecuencias de lo actuado con un mínimo de certeza y responder, en su caso, frente a los incumplimientos de la norma, o las vulneraciones y afecciones a los derechos e intereses legítimos

reconocidos y garantizados por la misma; dicho en expresión más común y gráfica, «actuar con conocimiento de causa».

Como sostiene PÉREZ LUÑO<sup>1</sup>, la seguridad jurídica permite «establecer ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho», pues, en el decir de HENKEL, la seguridad jurídica «se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo frente a un sistema de regulación»<sup>2</sup>.

En otras palabras, hablar de seguridad jurídica supone introducir un elemento de certeza, de certidumbre en el ordenamiento jurídico. Lo que vale decir, de previsibilidad; previsibilidad que exige un conocimiento previo:

- i) de lo previsto por el ordenamiento jurídico; que no ha de entenderse reducido a la estricta posibilidad de saber lo que dice un texto normativo, sino que incluye su comprensión, el entendimiento de lo querido (por imposición, prohibición, o permisón) por la norma; sin que esto implique un grado de conocimiento especializado, esto es, propio del jurista, sino el que cabe exigir a todo ciudadano en cuanto sometido al Derecho. Por otra parte, no debe olvidarse que el desconocimiento de la norma no exime de su cumplimiento, de modo que lo que se ha de exigir en este punto es la claridad en la redacción normativa (técnica normativa) y la publicidad de la norma (principio del Estado de Derecho, concreción del principio de legalidad);
- ii) y del modo en que se aplica el ordenamiento jurídico, siguiendo los procedimientos establecidos, por los poderes públicos habilitados y competentes al efecto, y singularmente, por cuanto aquí interesa, por el poder judicial; se aúna aquí el principio de seguridad jurídica con el sometimiento de los poderes públicos a la ley y al principio de legalidad (manifestaciones primeras del Estado de Derecho)<sup>3</sup>, y con el elemento estructural de la división de poderes (en cuanto el poder actúa conforme a lo previsto por el ordenamiento, constitucional en este caso, tanto en la determinación de quién ejerce ese poder, cómo lo ejerce y para qué lo ejerce)<sup>4</sup>.

Visto así, el principio de seguridad jurídica bien puede decirse que tiene como primer destinatario al autor de la norma, por excelencia, el legislador, del que se exige que su labor satisfaga ciertos principios normativos, consagrados constitucionalmente, que contribuyen, de conjunto, a esa exigencia de seguri-

<sup>1</sup> Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *La Seguridad Jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 107.

<sup>2</sup> H. HENKEL: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (Traduc. E. Gimbernat). Ed. Taurus, Madrid, 1970, p. 546.

<sup>3</sup> Sobre la vinculación entre seguridad jurídica y legitimidad, Luis LEGAZ LACAMBRA, «La función de seguridad como legitimación de legalidad», *Filosofía del Derecho*, 2.ª edic. 1961.

<sup>4</sup> Sobre la aplicación del principio de seguridad jurídica en el ejercicio de las competencias, Fernando SAINZ MORENO: «Seguridad Jurídica», en *Temas básicos de Derecho constitucional*, tomo I, *Constitución, Estado constitucional y fuentes del Derecho*, Cívitas, Madrid, 2001, pp. 254 y ss.

dad jurídica que debe ofrecer todo ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho: así, el principio de legalidad, la publicidad de la norma, la jerarquía normativa, la irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales o de carácter sancionador, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (principios que recoge nuestra Constitución en su art. 9.3)<sup>5</sup>.

Por tanto, desde una perspectiva formal, la seguridad jurídica se proyecta sobre la actividad del legislador exigiendo claridad y precisión en la redacción de las normas: proscribiendo la confusión normativa, el legislador, «debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas»<sup>6</sup>.

Junto a esta dimensión formal, cabe concebir una perspectiva material, sustantiva, que no debe ser desdeñada, y que se vincula al valor de la confianza, de la estabilidad<sup>7</sup> del sistema normativo, que adquiere destacada importancia en la aplicación judicial del ordenamiento.

Lo resumía así el Consejo de Estado<sup>8</sup>, al sostener que la seguridad jurídica supone «por un lado, un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen», certeza y estabilidad son condiciones presentes en un Estado de Derecho. Certeza y estabilidad que se proyectan sobre la actuación de todos los poderes públicos, aun con diferentes grados de vinculación (en mayor medida en el caso del ejecutivo, muy inferior, cuando no cuestionable, en el supuesto del legislador y el poder judicial), pero que no pueden consecutir en una congelación del ordenamiento, en su petrificación, en la imposibilidad de reforma normativa y/o de evolución y cambio jurisprudencial<sup>9</sup>.

La indeterminación de lo anterior pone de manifiesto la dificultad de concretar el concepto de seguridad jurídica, de definir tanto su naturaleza (como principio del ordenamiento, de la actuación de los poderes públicos, valor superior, como ha demandado algún autor<sup>10</sup>, o vinculado al ámbito de determinados derechos fundamentales, a la sazón, el derecho de igualdad en la aplicación de la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva), como en su ámbito de aplicación y grado de exigencia (vinculación) respecto a los poderes públicos.

<sup>5</sup> Cuya redacción, por otra parte, ha sido objeto de numerosas críticas.

<sup>6</sup> Sentencia 49/1990.

<sup>7</sup> Valor de la seguridad que algunos autores utilizan para vincular la función de seguridad con legitimación (LEGAZ LACAMBRA, *op. cit.*), o con la paz social (Jaime GUASP: *Derecho*, Madrid, 1971).

<sup>8</sup> *Memoria del Consejo de Estado de 1992*, Consejo de Estado, Madrid, 1992, p. 99.

<sup>9</sup> En este sentido, el voto particular de la Sentencia 208/1988, de 10 de noviembre, formulado por el magistrado RUBIO LLORENTE, afirma que «[e]n un Estado social y democrático de Derecho la seguridad jurídica implica también (...), la necesidad de que el Estado no pueda abrogar libremente aquellas normas que (...) están precisamente destinadas a dotar de una mínima garantía a determinados grupos sociales. La seguridad jurídica no exige, ciertamente, la petrificación del ordenamiento, pero sí (...), el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales.»

<sup>10</sup> Para Gregorio PECES-BARBA, («La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 1990), la seguridad jurídica es un valor que debiera constar en el art. 1.1 CE.

En nuestra Constitución, el principio de seguridad jurídica viene reconocido expresamente en el art. 9.3, junto con el resto de principios del Estado de Derecho. No faltan, empero, preceptos que en el texto constitucional acuden al término seguridad: ya desde el art. 17.1 para consagrar el derecho fundamental a la libertad y la seguridad, el art. 41, para disponer la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social, o incluso el art. 149.1.29 para atribuir competencia exclusiva al Estado en materia de seguridad pública, sin perjuicio de la potenciales competencias autonómicas en la creación de cuerpos de policía propios, entre otros.

Pues bien, pese a la difícil concreción de qué sea la seguridad jurídica, de lo que no cabe duda es que el principio de seguridad enunciado en el art. 9.3 CE es conceptual y estructuralmente diferente de las otras adjetivaciones del término seguridad que salpican el texto constitucional<sup>11</sup>.

Calificaciones de la seguridad que, tampoco son equiparables entre sí (en un caso confirman un derecho, en otro sientan una obligación para los poderes públicos y, en el último citado, definen un título competencial), pero que guardan un aspecto común, también compartido por la seguridad jurídica<sup>12</sup>; a saber, esa idea, esa noción de seguridad que se traduce habitualmente en certeza, en certidumbre, en estabilidad, en permanencia, en mantenimiento del estado de cosas<sup>13</sup>, sin que tales categorizaciones puedan aplicarse de forma tan rigurosa y estricta a la seguridad jurídica que impidan la modificación normativa o la evolución y cambio de la doctrina jurisprudencial (situación que, por excesiva, también afectaría negativamente a los derechos individuales y a los principios sostenedores del Estado democrático de Derecho)<sup>14</sup>.

Es, pues, el adjetivo «jurídica» el que funge para distinguir un sentido y contenido más propio y diferenciado de la seguridad del art. 9 CE, sentido y contenido que no son de fácil concreción en el abstracto, ni se muestran desconectados de los otros principios del Estado de Derecho que también se recogen en el mismo precepto constitucional.

A esta interconexión se ha referido el Tribunal Constitucional al señalar que la seguridad jurídica «es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad (...), la seguridad jurídica es la suma de esos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad»<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Así lo ha señalado el Tribunal en sus Sentencias 109/1987; 126/1987; 188/1988; 100/1989; 61/1990; 167/1990, entre otras.

<sup>12</sup> Landelino LAVILLA ALSINA, *Seguridad jurídica y función del Derecho*, Discurso leído el 8 de febrero de 1999, en su recepción pública como académico de número. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999, p.16.

<sup>13</sup> *El Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española), define la voz «seguridad» como «[c]ualidad de seguro», y «seguro», como «[c]ierto, indubitable, y en cierta manera infalible», «[f]irme, constante, que no está en peligro de faltar o caerse».

<sup>14</sup> Sobre el cambio y evolución de criterio en la jurisprudencia, debe mencionarse el detallado estudio que se contiene en la segunda parte de Francisco P. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

<sup>15</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio; 97/1987, de 11 de junio; 227/1988, de 29 de noviembre, 150/1990, de 4 de octubre; 174/1988; 203/1998, 225/1998.

No obstante, y dicho esto, el Tribunal no ha llegado más allá respecto al significado del principio de seguridad jurídica<sup>16</sup>, limitando sus declaraciones en la materia a «exponer una noción muy restrictiva de la seguridad jurídica, referida sólo a las cualidades del ordenamiento vigente y no a la legítima confianza del ciudadano en que el contenido de ese ordenamiento no sufrirá modificaciones que alteren sus proyectos vitales, salvo cuando existan razones graves y suficientemente fundadas que lo justifiquen»<sup>17</sup>.

En principio, parece que el Alto Tribunal ha limitado sus aseveraciones más explícitas sobre la seguridad jurídica a la dimensión formal de la misma, referida al legislador y al cumplimiento de los principios normativos mencionados. Sin embargo, lo cierto es que el mismo Tribunal es consciente, y así lo ha manifestado, de que la noción de seguridad jurídica incorpora un cierto valor de estabilidad del ordenamiento, de confianza en que no se verá alterado por razones arbitrarias, injustificadas, desproporcionadas (singulamente, en materias, como los derechos y libertades, de naturaleza más sensible).

Pese a todo, no debe olvidarse que si la seguridad jurídica (en tanto adición de certeza y estabilidad) es un valor a proteger (así lo demanda la sociedad y los individuos), el Estado democrático se fundamenta y construye sobre el principio democrático, cuya primera expresión es la manifestación de la voluntad popular a través de sus representantes legítimamente elegidos y reunidos en el órgano de representación, el Parlamento, por antonomasia. De tal suerte que, entre éste y el resto de los poderes constituidos, se establece una relación de cierta supremacía a favor del primero que, a la postre, se traduce en la primacía, jerarquía primera de la ley en pos de la Constitución, y el sometimiento de los otros poderes públicos a la misma (arts. 97, 103.1 y 117.1 CE, respecto al sometimiento a la ley del ejecutivo, la Administración pública y el poder judicial, respectivamente)<sup>18</sup>. Sin que lo anterior implique que el legislador no esté sometido a la norma, pero, evidentemente, su sujeción es distinta, pues, en sus manos está su reforma; potestad que no puede restringirse en base a un principio abstracto de seguridad jurídica so riesgo no ya de petrificar el ordenamiento sino de afectar, incluso contradecir, el principio democrático y, por tanto, los cimientos del Estado democrático.

La seguridad jurídica, entendida como certeza y continuidad, es predicable también de la aplicación de la ley<sup>19</sup>. Dejando al margen la aplicación que

<sup>16</sup> Así, Enrique BACIGALUPO, «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 140 y ss.

<sup>17</sup> SAINZ MORENO, *op. cit.*, p. 252.

<sup>18</sup> Vinculación que es muy diferente en cada poder: así, en el caso del ejecutivo su vinculación no es sólo respecto de la ley sino también del Derecho, lo que no parece que pueda predicarse de igual modo respecto al poder judicial, en que el punto de sometimiento se encuentra en la ley, y menos aún en el caso del legislativo.

<sup>19</sup> El ciudadano, en el tenor del Tribunal Constitucional, debe disponer de una «expectativa razonablemente fundada (...) en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (Sentencia 36/1991, de 14 de febrero).

se realiza en la órbita del poder ejecutivo y de la Administración pública, la actuación judicial juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, como reza el texto constitucional (art. 117.3 CE), es terreno abonado para el debate sobre la exigencia, y su grado, de estabilidad, de continuidad en las resoluciones judiciales [el objetivo de certeza que asimismo requiere de la claridad de la «norma» (aquí la decisión, la resolución judicial) parece resultar, de plano, menos problemático, otra cosa es su traducción efectiva]<sup>20</sup>.

Si importante resulta para el ciudadano una cierta estabilidad en el sistema normativo, la pretensión de previsibilidad de las decisiones judiciales, la continuidad, por tanto, en el cómo se aplican las normas por jueces y magistrados, es cuestión determinante<sup>21</sup>. De hecho, son numerosos los autores que vinculan la realidad, la efectividad, de un ordenamiento jurídico con la aplicación que del mismo se hace por los tribunales, y su estabilidad con la potencial previsibilidad del contenido de la decisión del juzgador al resolver cada caso concreto<sup>22</sup>.

Los argumentos que se ofrecen para avalar tal posición basculan desde los más teóricos vinculados a la seguridad jurídica como principio del ordenamiento, hasta los más prácticos que relacionan, en este plano, seguridad jurídica del individuo con la protección efectiva de sus derechos. Porque difícilmente sería justificable un ordenamiento que permite que casos sustancialmente idénticos sean resueltos de modo distinto aplicando la misma norma. De origen, una situación así, arrastra ya el riesgo de vulnerar de la igualdad en la aplicación de la ley (recuérdese que el principio de igualdad está imbricando al Estado democrático y a la exigencia de generalidad de la norma)<sup>23</sup>, y, en la medida en que la actuación judicial no satisfaga sus fines y objetivos propios (esto es, la protección y garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos), de afectar al derecho a la tutela judicial efectiva.

<sup>20</sup> De hecho, la «patología» más comúnmente denunciada es la contradicción entre decisiones judiciales, la disparidad entre las mismas (aspecto recogido por todos los autores, independientemente de la corriente doctrinal a la que se adhiran).

<sup>21</sup> Como recuerda LAVILLA ALSINA, (*op. cit.*, p. 75), el poder judicial «es el guardián natural de los derechos fundamentales.»

<sup>22</sup> BACIGALUPO («Jurisprudencia y seguridad jurídica», *cit.*, p. 139), alude a la seguridad jurídica «entendida como la posibilidad de un cálculo apriorístico razonablemente seguro de la manera y el sentido en que los tribunales aplicarán las normas legales, es una consecuencia inmediata del Estado de Derecho.» En este sentido Luis Díez-PICAZO («La interpretación de la ley», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIII, fascículo IV, 1970, p. 721), afirma que la «seguridad jurídica impone que las decisiones sobre casos iguales sean también iguales, que los ciudadanos puedan en una cierta medida saber de antemano cuáles van a ser los criterios de decisión que han de regir sus asuntos», por tanto, la interpretación del juez no es una operación absolutamente libre, sino que ha de hacerse conforme a los criterios conocidos, identificados, en el entendimiento de que el intérprete no realiza una función individual, sino que «cumple una función social». Sentido que parece ser el que mantiene Jesús Ernesto PECES MORATE, («Valor de la jurisprudencia», en *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 21 y 60 y ss.), al considerar la jurisprudencia como una obra colectiva.

<sup>23</sup> Como afirma Luis LÓPEZ GUERRA, («La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 442, 8 de junio de 2000, p. 2), el principio de generalidad del Derecho «propio de las sociedades modernas (...), se vería negativamente afectado si casos similares fueran resueltos, en cada ocasión, de forma diversa.»

En ese caso, no cabría hablar de protección de derechos, ni de verdadera garantía jurisdiccional de los mismos<sup>24</sup>.

Si esto es así, es dable pensar que el principio de seguridad jurídica, a estos efectos, presupone continuidad y estabilidad en la interpretación de la ley realizada por un tribunal, de tal modo que esa forma de interpretación se aplique por ese mismo tribunal a todos los casos iguales que se sometan a su enjuiciamiento, resultando que la respuesta ofrecida por el juzgador en supuestos similares sea también similar (*teoría del autprecedente*)<sup>25</sup>.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo que expresamente declara que «cuando la jurisprudencia ha fijado una determinada interpretación legal, debe ésta ser mantenida, en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre de modo indubitado, la antinomia de ella con el verdadero contenido de la ley»<sup>26</sup>.

De todo ello se sigue que la seguridad jurídica cobrase relevancia en nuestro sistema al proyectarse sobre el recurso de amparo, dado que, aunque no pueda ser el motivo de su interposición, como «valor que ha de informar el ordenamiento jurídico y presidir la conducta de los poderes públicos, muestra relación con derechos fundamentales y puede invocarse junto a ellos», principalmente, con la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE), con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y con el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE)<sup>27</sup>.

Sin embargo, en esa sede, el Tribunal Constitucional ha ofrecido, una vez más, una solución rigurosa y restrictiva de la potencial efectividad de la seguridad jurídica como criterio determinante de la vulneración de los derechos mencionados, destacadamente, el derecho de igualdad en la aplicación de la ley (mayoritariamente invocado a estos efectos).

De hecho, abandonando su posición inicial, ha ido paulatinamente constriñendo el ámbito de este derecho en relación con la vinculación de los tribunales respecto a sus propios precedentes, pasando de una línea jurisprudencial inaugurada en 1981, en la que se abogaba por reconocer esa vinculación, estableciendo ciertos requisitos y aceptado el cambio jurisprudencial, a otra, que parece haber

<sup>24</sup> LÓPEZ GUERRA, «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *cit.*, p. 2; BACIGALUPO, «Jurisprudencia y seguridad jurídica», *cit.*, p. 134.

<sup>25</sup> Así, en la Sentencia 57/1985, de 29 de abril, considera que el Tribunal Supremo está vinculado a sus precedentes interpretativos, pudiendo apartarse de forma razonada y justificada.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994.

<sup>27</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, 62/1982; 133/1987; 119/1988; 12/1989; 133/1989; 150/1989, de 25 de septiembre, 196/1991. En concreto sobre seguridad jurídica y art. 25 CE, José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, «Seguridad jurídica y legalidad penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vinculación del juez a la ley penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 155 y ss. Sobre el principio de legalidad penal y su aplicación más rígida y estricta en el Derecho penal, así como sobre las eventuales dudas que en este ámbito del ordenamiento pueden derivar del reconocimiento de eficacia vinculante a la jurisprudencia, Francisco J. ÁLVAREZ GARCÍA, «Reflexiones sobre el principio de legalidad», en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 297 y ss.

<sup>28</sup> Entre otras, Sentencias 108/1988; 253/1988; 103/1990; y 46/1996.

prevalecido<sup>28</sup>, que considera que el derecho reconocido en el art. 14 protege frente a discriminaciones materiales, no frente a cambios de doctrina<sup>29</sup>.

Por lo que se refiere a las decisiones dimanadas de órganos judiciales distintos, el Tribunal viene expresando que «la igualdad en la aplicación de la ley expresa una línea tendencial a que debe obedecer el ordenamiento jurídico en su conjunto y determina la necesidad de apertura de las oportunas vías de recurso con el fin de que las eventuales divergencias puedan ser reducidas, y la aplicación de la ley unificada, mediante una doctrina jurisprudencial uniforme»<sup>30</sup>.

Pero además la continuidad y estabilidad en las decisiones judiciales que demanda la seguridad jurídica, y que afecta a la igualdad y a la tutela judicial del derecho, precisa también de una uniformidad en la interpretación judicial de la ley, esto es, de la existencia de criterios uniformes que impliquen que los tribunales aplicarán las normas en el mismo sentido ante casos similares. La previsibilidad, que forma parte del contenido de seguridad jurídica, significa que el destinatario de la norma, el ciudadano, puede identificar un modo común de actuar el ordenamiento, no que la decisión final quede al albur de quien decida (sin que suponga lo anterior negar la potestad judicial de interpretación de la ley)<sup>31</sup>.

Lo anterior implica, de suyo, que el sistema debe establecer los medios adecuados para permitir la disposición de los criterios uniformes de interpretación (labor habitualmente atribuida a la jurisprudencia, a la que se reconoce, según los distintos modelos normativos, diferente grado de vinculación), así como determinar qué tribunal, o qué tribunales, tienen capacidad para establecer esos criterios y, consecuentemente, imponerse, de una u otra forma, con mayor o menor intensidad, al resto de los tribunales<sup>32</sup>.

Pues bien, en este punto nuestro Tribunal Constitucional ha vuelto a mostrarse indeciso, o ambiguo. Si en alguna Sentencia ha sostenido que la «función de unificación de la doctrina corresponde a los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria a través de los recursos de casación o revisión, siendo, pues sus criterios los que resultan vinculantes como fuente complementaria del Derecho

<sup>28</sup> Entre otras, Sentencias 108/1988; 253/1988; 103/1990; y 46/1996.

<sup>29</sup> En este sentido, dirá el Tribunal, en la Sentencia 7/1988, que el amparo procede ser estimado cuando «pueda ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión, cuyo sentido diverso al de otras decisiones anteriores, y eventualmente posteriores, se debe realmente al hecho de que se han tenido en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo.»

<sup>30</sup> Sentencia 125/1986, fundamento jurídico 1.

<sup>31</sup> En este sentido, dirá el Tribunal Constitucional que «corresponde a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de superior rango establecer la necesaria uniformidad en la aplicación de la ley en pro de la seguridad jurídica» (Sentencia 2/1983, fundamento jurídico 4), o sostendrá que la condena no podía ser «predecible para el destinatario, en la medida en que se han empleado criterios de interpretación extravagantes para el conjunto de la comunidad jurídica y, en especial, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo» (Sentencia 142/1999, fundamento jurídico 6).

<sup>32</sup> En el mismo sentido, Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, «La unificación de doctrina en el Proyecto de Ley de modificación de la Casación», en *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 37 y ss.

(art. 1.6 Código Civil), sin perjuicio de la evolución de la propia doctrina originada en los órganos superiores o en la confirmación de resoluciones suficientemente fundadas de los inferiores»<sup>33</sup>, y afirmado que «el recurso para su unificación devuelve a la casación su significado, como salvaguardia de la fuerza de la ley más que en interés de los litigantes, sirviendo al principio de igualdad en su aplicación y a la seguridad jurídica, al tiempo que dota de contenido real a la supremacía de su autor, configurada constitucionalmente»<sup>34</sup>, en otras considera que «es patente la falta de fundamentación del presente recurso de amparo en lo que se refiere a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, presuntamente producida al haberse fallado en contradicción con una previa sentencia del Tribunal Supremo. Al hacer esta afirmación, la entidad demandante está confundiendo el principio constitucional de igualdad, que incluye también la igualdad en la aplicación de la ley por un órgano judicial, con una supuesta sumisión del juez a la jurisprudencia de los tribunales superiores y a la del Tribunal Supremo, al decidir recursos de casación por infracción de ley o de doctrina legal»<sup>35</sup>.

Visto así, pudiera parecer que nuestro sistema carece de medios que posibiliten la elaboración de una doctrina jurisprudencial uniforme. No es así. Cuestión distinta es que ni el procedimiento de amparo sea el adecuado para ello, ni el Tribunal Constitucional tenga competencia para erigirse en órgano de unificación de doctrina, competencia que corresponde al Tribunal Supremo<sup>36</sup>.

Lo cierto es que no hay sistema jurídico, propio de un Estado de Derecho, que no establezca instrumentos para garantizar la uniformidad en la aplicación de la ley por los jueces. Habitualmente, los ordenamientos se reconducen a dos modelos, típicamente explicados como opuestos en cuanto a la concepción del juez y su función de creación o aplicación del Derecho y al valor de la jurisprudencia que cada uno sustenta<sup>37</sup>:

- i) el sistema de *stare decisis*, propio de sistemas anglosajones, aunque existen diferencias entre ellos, fundamentado en la vinculación rígida al precedente (vertical y horizontal)<sup>38</sup>,

<sup>33</sup> Sentencia 246/1993.

<sup>34</sup> Sentencia 17/1995.

<sup>35</sup> Sentencia 41/1986, en el mismo sentido Sentencia 160/1993.

<sup>36</sup> Víctor FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 162-163. Sobre esta cuestión ya alertó, así lo recuerda también FERRERES, Pascual SALA SÁNCHEZ, *(La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 26, y p. 34, respectivamente), aseverando que «cuando la contradicción se produce no en el seno de un mismo órgano jurisdiccional, sino entre órganos diferentes, hay lesión del principio de igualdad, aunque ésta no sea revisable en vía de amparo», de modo que el Tribunal Supremo es «el constitucionalmente encargado de proveer a la satisfacción del principio de igualdad cuando de órganos jurisdiccionales distintos se trate.»

<sup>37</sup> Sobre ambos modelos y el valor de la jurisprudencia en cada uno de ellos, Alejandro NIETO, «Visión doctrinal de la jurisprudencia», en *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 124 y ss. Sobre el modelo anglosajón, con una interesante reflexión sobre si nuestro modelo se acerca, como habitualmente se denuncia, al anglosajón en los últimos tiempos, FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

<sup>38</sup> Mauro CAPPELLETTI: «The Doctrine of «Stare Decisis» and the Civil Law: A Fundamental Difference –or no Difference at all?», en *Festschrift für Konrad Zwigert*, Tubinga, 1981, pp. 381-393.

ii) y el modelo europeo-continental, de sometimiento exclusivo de los jueces a la ley, como garantía de su independencia. En este modelo, probablemente ante la evidencia de la necesidad de unos criterios de aplicación uniforme (que son a su vez garantía del sometimiento del juez a la ley), se articula una suerte de reconocimiento de cierta relevancia de la jurisprudencia, sin que llegue a tener carácter vinculante (obligatorio para los tribunales inferiores): nos referimos a los recursos procesales, cuya resolución se atribuye a los tribunales superiores de la jurisdicción (tradicionalmente los tribunales de casación), permiten casar sentencias, pero sobre todo interpretar la ley y establecer los criterios que deben seguirse en su aplicación, unificando así la doctrina jurisprudencial. El tribunal inferior que no sigue la jurisprudencia sentada en la materia por el tribunal superior arrostra el riesgo de ver revocada su decisión<sup>39</sup>.

Pues bien, llegados a este punto de constatación de la necesidad de una interpretación uniforme y estable de la ley, en el que de forma unánime se coincide desde sectores doctrinales en desacuerdo<sup>40</sup>, la cuestión es determinar cuál sea la fuerza de la jurisprudencia, si tiene alguna, y/o si puede imponerse, y hasta dónde puede ser desplegada en el marco de los principios constitucionales, todo ello en aras de proteger la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos. Lo que exige considerar si estos bienes y derechos, principios y valores, poseen la necesaria entidad para imponer a jueces y tribunales el seguimiento de la interpretación uniforme de la ley establecida por el Tribunal Supremo, y si tal sometimiento es compatible con los principios constitucionales de articulación y estructuración del poder judicial (a saber, la independencia judicial)<sup>41</sup>.

Antes ya de abordar la cuestión, y de principio, conviene dejar sentado que en ningún caso el reconocimiento de valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede impedir la evolución jurisprudencial, ni puede suponer merma de las garantías de independencia judicial previstas en la constitución y del sometimiento exclusivo a la ley de los jueces y magistrados (art. 117.1 CE)<sup>42</sup>. De ahí que, incluso los defensores del establecimiento

<sup>39</sup> Sobre la adaptación de estos modelos desde la creación original de las cortes de casación y el recurso diseñado a tal efecto, a la actual función de unificación de doctrina y vértice, última instancia, de la organización judicial, María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN, *La independencia judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 192.

<sup>40</sup> Como señala LÓPEZ GUERRA, («La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *cit.*, p. 2) se acepta unánimemente la necesidad de criterios uniformes, pero ahí termina el acuerdo, los autores no derivan las mismas consecuencias de la premisa dicha.

<sup>41</sup> Sobre la eficacia de los principios, considera Robert ALEXI, (*Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86), que éstos, los principios, «son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que deben ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y las reglas opuestos.»

<sup>42</sup> Luis María DIEZ-PICAZO, (*Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991), a partir de la redacción de los arts. 9.3 CE (principio de legalidad), y 117 CE, considera que la única norma jurídica insoslayable para los tribunales es la ley. Así también lo ha mantenido el Tribunal Constitucional, considerando que el juez no puede prescindir nunca del texto legal (la Sentencia 17/1981).

de este tipo de vinculación, reconozcan que la vinculación no pueda ser absoluta, y que probablemente, «la verdadera cuestión práctica es, en todo caso, la de los límites de la vinculación de los tribunales a la jurisprudencia (sea en sentido horizontal o vertical)»<sup>43</sup>.

## II. DEL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL PAPEL DEL JUEZ Y LA AFIRMACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY

La situación descrita no podía pasar desapercibida a Gobierno y representantes populares (máxime cuando en los últimos años se han incrementado los foros en que se ha abordado la cuestión, los documentos de trabajo elaborados, los informes emitidos, desde diferentes sectores, aunque con protagonismo especial para el judicial)<sup>44</sup>, que sabedores y conscientes de la misma mostraron su preocupación al incluirla en el *Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*<sup>45</sup>. Siguiendo en esa tónica, el Ejecutivo, haciendo uso de las facultades de iniciativa legislativa que le atribuye el art. 87.1 CE, ha presentado ante el Congreso de los Diputados un Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), en actual trámite parlamentario<sup>46</sup>.

Este Proyecto que, introduce novedades de distinta naturaleza y calado, ha actualizado la clásica polémica doctrinal<sup>47</sup> sobre el lugar que ocupa la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico, en concreto acerca de su consideración o exclusión del elenco de fuentes del Derecho<sup>48</sup> y su posible fuerza vinculante y, en su caso, las consecuencias de su eventual imposición legal y los instrumentos que cupiera adoptar para garantizarla.

<sup>43</sup> BACIGALUPO, «Jurisprudencia y seguridad jurídica», *cit.*, p. 135.

<sup>44</sup> Baste ahora mencionar el *Libro Blanco de la Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, 1997, o la «Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones jurisdiccionales», en *Del modo de arreglar la Justicia*, Tribunal Supremo, Madrid, 2000.

<sup>45</sup> Firmado por las principales fuerzas políticas el 28 de mayo de 2001. Puede consultarse en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12, 2001, pp. 309 y ss.

<sup>46</sup> La reforma a la que se alude en texto se recoge en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. Serie A. Proyectos de ley, 27 de enero de 2006. Coetáneamente se presentó el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de justicia de proximidad y Consejos de Justicia. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. Serie A. Proyectos de ley, 27 de enero de 2006. Ambos Proyectos de reforma, aunque presentada y tramitadas de forma distinta, tienen un contenido complementario.

<sup>47</sup> De «*vexata quaestio*», la califica Ramón LÓPEZ VILAS, (*La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 2002, p. 17). Sobre el debate generado alrededor de esta propuesta de reforma, con exposición clara de las diferentes corrientes de opinión y de sus postulados esenciales, PECES MORATE, (*op. cit.*, pp. 15-107), se sitúa en la tesis minoritaria, contraria al establecimiento normativo del valor vinculante de la jurisprudencia.

<sup>48</sup> Entre los partidarios de la concepción de la jurisprudencia como fuente de Derecho cabe mencionar, entre otros, a José CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, Madrid, 1954; José PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, 1951; Carlos DE

Todo ello examinado desde la perspectiva que ofrecen la seguridad jurídica y la protección de la igualdad en la aplicación de la ley por los órganos judiciales (como manifestaciones, incluso, del derecho a la tutela judicial efectiva). Pues, no son otras las razones y motivos en que se justifica el Proyecto reformador, ni distintas las finalidades pretendidas por el mismo (cumpliendo así la seguridad jurídica y, a su través, la igualdad en la aplicación judicial de la ley la doble función de medio y fin en sí mismos)<sup>49</sup>; finalidad promotora de la efectividad de principios constitucionales estructuralmente vinculados al Estado de Derecho a la que también sirven otros contenidos del citado Proyecto de reforma de la LOPJ; a saber, los relativos, por cuanto aquí interesa, a la posición constitucional del Tribunal Supremo (art. 123 CE), su función de corte de casación y de tribunal de unificación de doctrina, el diseño de relaciones y distribución de competencias entre este Tribunal y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, y el recurso de casación.

En torno a esta iniciativa<sup>50</sup> que, como se ha dicho, ha despertado el interés doctrinal y suscitado el debate<sup>51</sup>, las opiniones se enfocan en dos líneas principales cuyos términos máximos consideran que:

- i) la reforma es positiva y necesaria, acorde y respetuosa con los principios y previsiones constitucionales que estructuran el poder judicial en nuestro país, y en concreto con la independencia judicial preconizada

---

LA VEGA BENAYAS, *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Madrid, 1976. Por el contrario, le niegan el carácter de fuente de Derecho, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte General*, tomo I, Madrid, 1949; LUIS DíEZ-PICAZO, «La jurisprudencia», en *El Poder Judicial*, vol. I, Madrid, 1983; MIGUEL ALBADALEJO GARCÍA, «La jurisprudencia», en *Revista de Derecho Privado*, 1970; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, I. Parte General del Derecho Civil*, vol. 1, edición revisada por De Echeverría, 1988; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, Parte General I*, vol. I, Salamanca, 1977; FÉLIX M. CALVO VIDAL, *La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, 1992. Por su parte, FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, (*La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925), mantiene una posición que pudiera considerarse intermedia, en tanto aunque no reconoce a la jurisprudencia el carácter de fuente formal del Derecho la configura como fuente indirecta. KART LARENZ, [*Derecho Civil (Parte General)*], Jaén, 1978], considera que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, pero sí fuente de conocimiento del Derecho y que una jurisprudencia consolidada y estable puede llevar a la creación de un Derecho consuetudinario entendido como vinculante, siempre que reúna los requisitos que a tales efectos se exigen. Valor intermedio también otorga a la jurisprudencia ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Aranzadi, 1969.

<sup>49</sup> En términos similares sostiene LAVILLA ALSINA, (*op. cit.*, 14) que «[e]n la fundamentación —tanto dogmática como descriptiva— del Derecho se ubica la seguridad como “principio” y como “fin”».

<sup>50</sup> El Proyecto prevé un nuevo párrafo para el art. 5.1 LOPJ, del siguiente tenor: «Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo.»

<sup>51</sup> Como era de esperar, la propuesta de una reforma de esta naturaleza ha revitalizado la atención doctrinal por una de las cuestiones clásicas del pensamiento jurídico, en torno a la que se han posicionado los autores, recuperando y renovando argumentos expresados primeramente a través de los medios de comunicación con motivo de un Anteproyecto de reforma de la LOPJ elaborado en 2002 que coincidía en esta materia con el actual Proyecto. A favor de la previsión de la eficacia vinculante de la jurisprudencia se manifestaron entonces, FRANCISCO JOSÉ HERNANDO SANTIAGO, «Jurisprudencia y Seguridad Jurídica», en *ABC*, 19 de julio de 2002; RAMÓN TRILLO TORRES, «La mirada del Estado», en *ABC*, 17 de julio de 2002. Mientras que LUIS DíEZ-PICAZO, «Jurisprudencia y Seguridad Jurídica», en *ABC*, 31 de julio de 2002; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «¿Cambio radical del sistema jurídico español?», en *ABC*, 6 de julio de 2002, lo hacían en contra.

por el art. 117 CE, defendiendo, en consecuencia, y celebrando la prescripción que vendría a establecer la eficacia vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>52</sup>;

- ii) o, por el contrario, niegan lo anterior, y denuncian que la reforma atribuye a la jurisprudencia, entendida y limitada a determinadas resoluciones del Tribunal Supremo (que, sin embargo, no se determinan), un lugar de cuasifuentes del Derecho que en nuestro ordenamiento no le corresponde, resulta de difícil encaje y vulnera el texto constitucional, afectando derechamente a la independencia judicial que quedaría cuando menos mermada sino imposibilitada<sup>53</sup>.

No obstante las divergencias entre ambos grupos, no faltan coincidencias: de principio, todos se muestran de acuerdo en:

- i) la necesidad de una mayor uniformidad en la aplicación de las normas por parte de los tribunales con el fin de reducir y, si es posible, evitar las resoluciones contradictorias, presentes incluso entre Secciones de un mismo Tribunal, favoreciendo así un aumento de seguridad jurídica, y de mejora en la protección prestada por el conjunto del sistema jurídico en el ámbito de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley y la tutela judicial efectiva,
- ii) la aconsejable potenciación de la función unificadora del Tribunal Supremo (pues si una jurisprudencia debe vincular, con independencia ahora del grado de esa vinculación, sólo puede ser la dictada por el órgano superior de la jurisdicción);
- iii) que la vinculación mencionada no puede ser impuesta a los jueces en su grado máximo [que exclusivamente es predicable de la ley, como reza el texto constitucional cuando afirma que jueces y magistrados se encuentran «sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE)], y
- iv) que debe quedar abierta la posibilidad de dar una resolución judicial en sentido distinto, siempre que se motive adecuadamente.

Sea como sea, las principales diferencias no están tanto en el diagnóstico de los problemas, ni tan siquiera en la articulación de las soluciones, sino en el

<sup>52</sup> Postura patrocinada por Enrique BACIGALUPO, «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 129 y ss; Juan DAMIÁN MORENO, «La reforma de la casación y la cuestión en torno al carácter vinculante de la Jurisprudencia», en *La Ley*, núm. 6.344, 21 de octubre de 2005, p. 4; Francisco José HERNANDO SANTIAGO, «Jurisprudencia y Seguridad Jurídica», en *ABC*, 19 de julio de 2002; Francisco HERNANDO SANTIAGO, *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho*, Discurso del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, de 13 de septiembre de 2005, Tribunal Supremo, Madrid, 2005, pp. XIII y ss. Ramón TRILLO TORRES, «La mirada del Estado», en *ABC*, 17 de julio de 2002; Luis LÓPEZ GUERRA, «El valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Derecho y Jueces*, núm. 2, enero, 2003, pp. 3-4. Luis LÓPEZ GUERRA, «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *cit.*, pp. 1-4.

<sup>53</sup> Así lo entienden Luis DÍEZ-PICAZO, «Jurisprudencia y Seguridad Jurídica», en *ABC*, 31 de julio de 2002; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «¿Cambio radical del sistema jurídico español?», en *ABC*, 6 de julio de 2002; PECES MORATE, *op. cit.*, *passim*.

fondo, en la base, en la premisa de la concepción de cada uno de los autores acerca del valor y lugar que cumple a la jurisprudencia en nuestro Derecho<sup>54</sup>, y al poder judicial conforme a la arquitectura de poderes que diseña y articula la Constitución de 1978<sup>55</sup>.

Por demás, no faltan autores que consideran que el reconocimiento legal de la eficacia vinculante de la jurisprudencia no tiene porqué comportar, de suyo, la admisión de la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho<sup>56</sup>. De tal modo que cabría sostener que, en todo caso, una reforma de la LOPJ en el sentido de formalizar su efecto vinculante, no afectaría a su naturaleza jurídica, manteniéndose en la categoría adjetiva de complemento que le atribuye el art. 1.6 del Código Civil<sup>57</sup>.

En cualquier caso, y por lo que ahora interesa, si hay un aspecto en el que el acuerdo es pleno es la conciencia general de que la disparidad (cuando no contradicción) entre resoluciones judiciales que deciden supuestos iguales, provoca incertidumbre, inseguridad ante el ordenamiento jurídico y la Administración de Justicia, que, en los casos más extremos, deslegitiman la actuación judicial y ponen en entredicho la realidad y efectividad del Estado de Derecho y la vigencia de los derechos fundamentales<sup>58</sup>.

Y es que, sin duda, el ciudadano confía la defensa y garantía de sus derechos al poder judicial (primer poder llamado constitucionalmente a su protección y a la reparación de las eventuales conculcaciones). Por eso, las vulneraciones, las omisiones de los derechos producidas, o permitidas, por los tribunales poseen singular entidad, son más sentidas por los individuos que acuden reclamando protección, «justicia» en el decir habitual. Como dijera CONCOR-

<sup>54</sup> Como ha dicho LÓPEZ VILAS, (*op. cit.*, p. 17), la cuestión de la jurisprudencia encierra la propia esencia del concepto de Derecho.

<sup>55</sup> Cuestión directamente unida a la legitimación del poder judicial, y singularmente a la recurrente contraposición entre la legitimación directa del legislativo, emanada del principio democrático de forma inmediata, y la indirecta, o mediatizada a través de la Constitución y la ley, con que se caracteriza de forma habitual al poder judicial. El tema ha sido tratado por Luis LÓPEZ GUERRA, «La legitimidad democrática del juez», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 1, 1997, pp. 43 y ss. También recogido en Luis LÓPEZ GUERRA, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Palestra Edit., Lima, 2001, pp. 33 y ss.

<sup>56</sup> En sentido similar, Francisco BLASCO GASCÓ, («Funciones y eficacia de la norma jurisprudencia», en *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 199), sostiene que «cabe diferenciar y disociar claramente la función normativa y vinculante de la jurisprudencia de su consideración como fuente del ordenamiento jurídico.»

<sup>57</sup> Así también parece entenderlo FERRERES COMELLA, (*op. cit.*, p. 181), cuando manifiesta que el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores «no convierte a la jurisprudencia en fuente del Derecho.» En el mismo sentido Pascual SALA SÁNCHEZ, (*La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo... cit.*, p. 32) manifiesta que «el reconocimiento de un condicionado efecto vinculante a los criterios de interpretación contenidos en las sentencias de casación, no significa (...), sin más el carácter de fuente del derecho.»

<sup>58</sup> Referencias a distintos estudios de opinión pública a cargo de varias instituciones (económicas, sociales y jurídicas), incluyendo una perspectiva económica relativa a la incidencia que el grado de conciencia general (la sensación más extendida en la opinión ciudadana) respecto al nivel de seguridad jurídica que ofrece el ordenamiento puede desplegar en el tráfico mercantil y las relaciones comerciales, pueden consultarse en HERNANDO SANTIAGO, *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho... cit.*, pp. XXIII y ss.

CET, una judicatura arbitraria, subjetiva y descontrolada es el más odioso de los despotismos<sup>59</sup>.

Cierto es que la existencia de diferencias entre resoluciones judiciales no parece que pueda evitarse<sup>60</sup>, algunos consideran que, en su justa medida, resultan, incluso, enriquecedoras<sup>61</sup>.

Al fin y al cabo, jueces y magistrados no son sino individuos que realizan una labor eminentemente intelectual, no mecánica, en la que se imbrican los principios constitucionales de sometimiento a la ley, los conocimientos jurídicos del juez, pero también aspectos personales, subjetivos, y conforman todos ellos, en conjunto, un sustrato individual siempre presente cuando el juez conozca y resuelva el caso concreto sometido a su enjuiciamiento<sup>62</sup>. Dicho de otro modo, sin tener que llegar a supuestos patológicos de subjetivismo (que conducen a la arbitrariedad o a la prevaricación), la actividad del juez al interpretar y aplicar la ley implica cierta subjetividad<sup>63</sup> (a veces incluso prevista en el propio ordenamiento que atribuye al juzgador un margen de discrecionalidad) y libertad<sup>64</sup> (en el bien entendido, como actividad no sujeta a instrucciones y/u órdenes), sometida única y exclusivamente a la ley. Resulta imposible (e impensable) en el ordenamiento actual un juez ventrílocuo de la ley como el descrito por Montesquieu<sup>65</sup>.

Pero además, en nuestro ordenamiento, los jueces y tribunales devienen, por imposición legal (art. 1.7 Código Civil) obligados a resolver los asuntos de que conozcan «ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Sin embargo, el ordenamiento no siempre ofrece una respuesta de forma explícita y clara al supuesto sometido a enjuiciamiento, bien porque no prevé tal, o bien porque la redacción es abierta, ambigua, susceptible de acoger diversas interpretaciones, interpretaciones que pueden ser jurídicamente posibles y admisibles<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> La frase la tomamos de la cita que realiza M. CATTANEO, «Legalità e certezza del Diritto», en *Persona, diritto e dignità humana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Edit. Giappichelli, Torino, 1990.

<sup>60</sup> De hecho, como afirma el profesor José BERMEJO VERA, [*El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Elcano (Navarra), 2005, p. 208], ni siquiera «es fácil averiguar las causas de este –al parecer– inevitable fenómeno que hace temblar toda la teoría central del Derecho».

<sup>61</sup> Concepción que se traduce en quienes consideran que la jurisprudencia es una labor colectiva que implica a todos los tribunales, superiores e inferiores, y que evoluciona a partir del diálogo entre ellos, expresado en sus resoluciones respectivas (por todos, BLASCO GASCÓ, citado).

<sup>62</sup> En las brillantes palabras del profesor DIEZ-PICAZO, («La interpretación de la ley», *cit.*, p. 715), «la llamada aplicación del Derecho al caso concreto no es una simple y automática subsunción de los hechos dentro de la hipótesis general prevista por las normas», «la opinión jurídica no es sólo puramente lógica, sino que (...) se encuentra teñida y entran en su composición factores extralógicos-dialécticos, retóricos y en alguna medida intuitivos.»

<sup>63</sup> Sobre la necesaria acomodación de conceptos estrechamente relacionados como la vinculación del juez a la ley y la eventualidad de una pluralidad de respuestas, soluciones, jurídicas distintas y posibles, Alejandro NIETO: *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.

<sup>64</sup> Porque aceptar la función interpretativa del juez supone reconocerle un margen de libertad. En este sentido también Plácido FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *El juez imparcial*, Comares, Granada, 1997, p. 50.

<sup>65</sup> Como dice Robert ALEXI, (*Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 23), haciéndose eco de la afirmación de Kart Larenz, en punto a que éste constituye uno de los pocos aspectos de la discusión sobre el método jurídico en que existe, en nuestros días, acuerdo general.

<sup>66</sup> Para BACIGALUPO, («Jurisprudencia y seguridad jurídica», *cit.*, p. 133) no hay un único entendimiento de la ley, la ambigüedad del lenguaje, y los diversos métodos interpretativos llevan a posibles interpretacio-

Si esto es así en relación con la norma que, según el juzgador, resulta de aplicación al caso, la primera tarea de éste será proceder a su determinación, lo que se traduce en la elección de una de las posibles interpretaciones de la norma (aquella que el juez considere más adecuada, decisión en la que, seguramente, pesarán además de la valoración del supuesto y los conocimientos normativos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, si procede)<sup>67</sup> y la preterición de las demás<sup>68</sup>. Esta misma operación se desarrollará por (y ante) cada juez y magistrado que se enfrente a un caso igual, cabiendo, pues, que su solución sea distinta, si la interpretación de la norma aplicable es, previamente, diferente<sup>69</sup>.

Acogiendo la expresión de DíEZ-PICAZO, «[l]a interpretación se convierte así en una difícil y delicada tarea en la cual el derecho no se crea, evidentemente, pero sí se recrea (...), el intérprete del Derecho no se limita nunca a repetir una obra determinada, sino que la reconstruye incesantemente. Más aun, el intérprete del derecho, pone en la obra que acomete mucho de su genio creador, porque no le dejaron como en la Quinta Sinfonía de Beethoven una obra terminada»<sup>70</sup>.

A este factor, que puede considerarse ínsito al funcionamiento y esencia de un poder judicial dotado constitucionalmente de un estatuto de independencia, se añaden otros que vienen ciertamente a complicar la labor judicial y singularmente a entorpecer y dificultar la existencia de uniformidad en los criterios de interpretación y aplicación normativa por jueces y tribunales: desde la propia quiebra de la generalidad de la ley, la multiplicidad de normas dotadas del mismo rango de ley (diversos tipos de ley-disposiciones normativas con rango de ley), que ocupan el mismo lugar en la pirámide normativa (luego no responden al principio de jerarquía), y que, sin embargo, son aprobadas por poderes diferentes (ley autonómica-ley estatal), siguiendo procedimientos distintos (ley ordinaria-ley de presupuestos), o limitadas a determinadas materias (ley orgánica-ley ordinaria)<sup>71</sup>; hasta la enorme proliferación de disposiciones

---

nes diferentes. Así, la misión del intérprete es comprender la ley a partir de su análisis lingüístico, pero comparándola con la realidad, la eficacia del Derecho depende de su aplicación. En palabras de Gustavo ZAGREBLESKY, (*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2005, p. 132), el Derecho observado desde la práctica supone que «[l]a jurisprudencia (...), deberá ponerse al servicio de dos señores: la ley y la realidad. Sólo a través de la tensión entre estas dos vertientes de la actividad judicial se podrá respetar esta concepción práctica del derecho.»

<sup>67</sup> Sostiene Nicolás María LÓPEZ CALERA, (*Filosofía del Derecho. Comares*, Granada, 1992, p. 212), que «cuando el juez decide, hay siempre algo nuevo que no estaba en la ley (...), esto no significa una absoluta libertad del juez, ya que en definitiva tendrá que atenerse a esas otras fuentes del derecho, que el formalismo legalista había marginado, como eran la opinión o sentimientos de la comunidad jurídica, la misma jurisprudencia de los tribunales y la ciencia jurídica.»

<sup>68</sup> Según Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, (*Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 259) la interpretación, aceptados los diversos sentidos posibles, «implica una opción o valoración del intérprete».

<sup>69</sup> Como afirma SAINZ MORENO, (*op. cit.*, p. 258), «la aplicación del derecho a cada caso acumula a la inseguridad del imperio de la ley la inseguridad que genera la voluntad personal de quien en último término decide.»

<sup>70</sup> DíEZ-PICAZO, «La interpretación de la ley», *cit.*, p. 720.

<sup>71</sup> Sobre las transformaciones en el concepto de ley, *vid.*, Carlos DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de Ley*, Trotta, Madrid, 2000, *passim*.

que genera la concurrencia de normas de origen internacional, supranacional (Derecho comunitario europeo), estatal, general para todo el territorio del Estado, autonómico, local, sin olvidar el volumen de jurisprudencia dictada por los Tribunales internacionales cuyas decisiones resultan de aplicación en España (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de la Unión Europea<sup>72</sup>), el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, en los casos en que ostentan competencia para resolver en último lugar<sup>73</sup>, o incluso los supuestos en que sectores del ordenamiento son susceptibles de aplicación en diferentes jurisdicciones posibilitando una distinta interpretación y aplicación de la norma en cada una de esas sedes jurisdiccionales<sup>74</sup>.

Lo anterior no es sino un botón de muestra de los elementos externos a los órganos judiciales que explican, en cierta medida, la disparidad entre resoluciones<sup>75</sup>. Hay además elementos estructurales al propio funcionamiento del sistema judicial<sup>76</sup> que, unidos a la sobrecarga de trabajo y a elementos de carácter más sociológico<sup>77</sup>, también contribuyen a la misma.

<sup>72</sup> Al respecto, *vid.*, entre otros, Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, «La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)», en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Madrid, 2001, pp. 283-318, del mismo autor, «Constitución, poder judicial e integración europea», en *Constitución y Poder Judicial, XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 173-218. Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, «La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (II)», en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Madrid, 2001, pp. 319-382. Alejandro SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

<sup>73</sup> Sobre este preocupante fenómeno de inflación normativa y multiplicación de los centros, órganos y poderes, con competencia para emitir normas, y sus indeseables y perniciosas consecuencias, *vid.*, el brillante trabajo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, *passim*. También incide en esta cuestión, BERMEJO VERA, *op. cit.*, pp. 205 y ss. Sobre la aficción a la seguridad jurídica que provoca la proliferación normativa, puede citarse José Luis PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. PECES MORATE, *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>74</sup> Así, las disposiciones incluidas en normas administrativas pero que pueden articularse ante la jurisdicción de lo social, como sería el caso de los conflictos en materia de personal, sin olvidar la necesidad de integrar algunos tipos penales con elementos determinados en otras normas, así, baste como ejemplo, la cuantificación de la deuda tributaria en los supuestos de fraude fiscal. A modo de ejemplo cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, en la que el Tribunal sostiene que «no ignoramos que, en el orden contencioso-administrativo, y, concretamente, en este Alto Tribunal han recaído resoluciones que aceptan la constitucionalidad y legalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario, aunque alguna como el Auto de 4 de abril de 1995, decida la inadmisibilidad por inadecuación de procedimiento, esto es, no entra en el conocimiento de las pretensiones de fondo. No obstante, estas resoluciones que, pertenecen a otro orden jurisdiccional, pese al valor ilustrativo que tienen y que obligan a la ponderación de sus razonamientos, dada su procedencia, no constituyen jurisprudencia para esta Sala de lo Civil, ni, por ello, la vinculan en sus decisiones» (fundamento de Derecho 5).

<sup>75</sup> Considera José BERMEJO VERA, *op. cit.*, p. 205], que resulta «injustificado imputar al sistema judicial más responsabilidades de las que cabe derivar de unas tan evidentes deficiencias de vertebración del Ordenamiento plural.»

<sup>76</sup> A ellos se refería HERNANDO SANTIAGO, *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho...* *cit.*, pp. XV-XVI.

<sup>77</sup> José Juan TOHARIA, (*Opinión pública y Justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 29 y ss.), a partir de distintos trabajos sociológicos, recoge

Pues bien, aunque es sabido que estos factores dificultan la uniformidad de las decisiones judiciales, han contribuido, sin embargo, a situar al poder judicial en un lugar protagónico del sistema normativo (casi complementario del legislador), de modo que la ley, en muchos casos, no puede ser ya entendida separadamente de la interpretación que de la misma ha realizado la jurisdicción, sea la constitucional, sea la ordinaria<sup>78</sup>.

Paralelamente, como ha sugerido GALGANO<sup>79</sup>, cuanto más inseguridad suscita el sistema normativo, más certidumbre se exige del juez<sup>80</sup>. De tal modo que, el ciudadano que no ve cumplidas sus expectativas y que constata que ante supuestos iguales jueces diferentes ofrecen soluciones distintas, se siente desprotegido, desamparado en sus derechos e intereses; incertidumbre e inseguridad ante la actuación judicial que, a la postre, se traduce en desconfianza y deslegitimación de la actuación de este poder público<sup>81</sup>.

De lo antedicho han de ser conscientes poderes públicos y juristas para buscar soluciones adecuadas. Vista la situación actual, parece claro que el diseño del sistema de recursos (incluido el recurso de amparo), no sirve a tales efectos, no ha «corregido» la diferencia entre Sentencias, ni ha potenciado la interpretación y aplicación uniforme, no permite al Tribunal Supremo, sobrecargado de trabajo, realizar con la plenitud requerida su labor uniformadora, mientras el propio sistema cada vez lo reclama con más fuerza, ni es capaz de restituir los derechos afectados de igualdad en la aplicación judicial de la ley y tutela judicial efectiva ni en la vía ordinaria, ni a través del procedimiento de

---

un posible catálogo de razones que apuntan al generalizado auge de la confianza en la decisión judicial frente a la decisión de los actores políticos: la creciente consolidación y expansión de los modelos democráticos, con la consiguiente y creciente fiscalización por los tribunales de los actos y decisiones de los poderes públicos, la defensa de los derechos humanos, la utilización de los tribunales por grupos de intereses o ideológicos que perciben que el sistema judicial puede ofrecer soluciones y respuestas más favorables que las instituciones políticas, el descrédito y/o falta de confianza en los actores políticos, y la aparente canalización o delegación que el poder público ha realizado en los tribunales para la resolución de determinado tipo de conflictos.

<sup>78</sup> Sobre el cambio del papel del Juez, entre otros, Christopher WOLFE, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 23; Mauro CAPELLETTI, *Giudici irresponsabili*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 16; FERRERES COMELLA, [*op. cit.*, pp. 132 y ss.], llama la atención sobre los supuestos en que el Tribunal Constitucional acude a la jurisprudencia ordinaria para interpretar términos legales, en especial en el ámbito penal.

<sup>79</sup> F. GALGANO: «Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile», en *Contratto e Impresa*, 1985, p. 43.

<sup>80</sup> En sentido parecido sostiene Luis María DIEZ-PICAZO, («Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, p. 36), que la existencia de lagunas normativas, el proceso de cierta descodificación, la masificación del tráfico jurídico, entre otras causas, «ha determinado una revalorización del Juez, así como un incremento de la demanda de intervención judicial en el funcionamiento del ordenamiento en su conjunto». No obstante, advierte el autor, ese cambio de paradigma que supone la modificación del papel del juez, sin retornar a la práctica del Juez pasivo de la ley, no debe abocar necesariamente a la asunción de modelos de *judge made law*, pues en nuestro sistema no existen «los elementos de legitimación y control previo» propios del modelo anglosajón, ni en el modo de selección de los jueces, ni en la doctrina del precedente.

<sup>81</sup> Sobre el estado de opinión de la sociedad española en relación con diferentes aspectos de la justicia y del funcionamiento del poder judicial, *vid.*, TOHARIA: *Opinión pública y Justicia. La imagen de la justicia...*, *cit., passim*, y José Juan TOHARIA CORTÉS y Juan José GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

amparo, dados los límites de éste y de las funciones y competencias del Tribunal Constitucional<sup>82</sup>.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha sostenido de forma recurrente que el recurso de amparo no constituye vía idónea para invalidar una sentencia que no sigue los criterios jurisprudenciales de los tribunales superiores<sup>83</sup>, ni para corregir la contradicción entre resoluciones dimanantes de órganos diferentes. Y ello porque, como constata Víctor FERRERES COMELLA<sup>84</sup>, la razón de esa imposibilidad no es de fondo, sino «institucional», «no es que no haya lesión constitucional (la hay); lo que ocurre es que el TC no es el órgano adecuado para remediarla, pues no puede desempeñar indirectamente una función de unificación jurisprudencial que es propia de los tribunales superiores de la jurisdicción ordinaria», a saber, del Tribunal Supremo<sup>85</sup>.

### III. LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA

La posibilidad de reconocer fuerza vinculante a la jurisprudencia está estrechamente relacionada con la posición que ésta ocupe en el sistema jurídico, esto es, su consideración, o no, como fuente del Derecho; concepción que, a su vez, traduce un dilema de naturaleza jurídico-constitucional: el papel que corresponde al poder judicial en la estructuración y separación de poderes y división de funciones, y, a la postre, la calificación de la actividad judicial como de estricta y mera aplicación de la ley, alejada del supuesto concreto<sup>86</sup> (y, por ende, del activismo judicial que es propio a la opción contraria), o, como acogedora de una posición más activa, en tanto la aplicación de la ley al caso

<sup>82</sup> Sobre las exigencias derivadas de la igualdad como valor superior del ordenamiento y la tensión entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial al ejercer sus competencias en la satisfacción de dichas exigencias, así como sus límites, se manifiesta Andrés OLLERO TASSARA, «La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 37 y ss. 229 y ss.

<sup>83</sup> Por todas, Sentencia 57/1994 (fundamento jurídico 4). En algunos casos, especialmente al referirse a sentencias de naturaleza penal, el Tribunal sí ha tenido en cuenta que no se haya respetado el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia 142/1999, dirá el Tribunal que la sentencia condenatoria no era «predecible para el destinatario, en la medida en que se han empleado criterios de interpretación extravagantes para el conjunto de la comunidad jurídica y, en especial, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo» (FJ. 6).

<sup>84</sup> *Op., cit.*, pp. 162-163.

<sup>85</sup> Y así lo sostuvo expresamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 78/1984 (fundamento jurídico 3), y lo ha reiterado posteriormente (Sentencias 56/1990 y 62/1990), al considerar que el Tribunal Supremo posee competencias para conocer y resolver los eventuales recursos de casación que se interpusieran ante él, fundados en infracción de disposición constitucional, ante la necesidad de una interpretación y aplicación uniformes de la Constitución, que sólo en lo que se refiere al recurso de amparo compete al Tribunal Constitucional.

<sup>86</sup> Simple «vocero» o aplicador pasivo de la ley», es la expresión a la que recurre LÓPEZ VILAS, (*op., cit.*, p. 17), para identificar esta opción.

singular que exige la interpretación de la norma incorpora un factor que excede lo meramente aplicativo, para algunos casi creador de Derecho<sup>87</sup>.

Como afirma LÓPEZ VILAS<sup>88</sup>, «el tema de la Jurisprudencia atesora en sus entrañas la propia concepción que cada uno tenga del Derecho y de la función que debe tener aquélla en una sociedad en transformación». Lógica consecuencia de esta trascendencia, la eventualidad de la incorporación a nuestra LOPJ de una previsión que reconozca el valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha revitalizado un debate, que no por recurrentemente tratado cabe dar por zanjado, en el que los autores ponen de manifiesto su propia concepción del ordenamiento y de la división y estructuración de poderes.

En apretada síntesis, cabría decir que los detractores de esta posibilidad recurren fundamentalmente a argumentos tradicionales de naturaleza jurídico-constitucional: a saber,

- i) La estructura de poderes establecida en nuestra Carta Magna, la supremacía del legislador en tanto único poder constituido con legitimación democrática directa; legitimación democrática directa de la que carecería el juez, de lo que se sigue la negativa a que el mismo pueda participar en el momento constitutivo de la creación de Derecho. Dicho de otra forma, la imposibilidad de que el juez ocupe un lugar y posición igual a la del legislador en la estructura de poderes y en la división de funciones estatales, situación a la que conduciría reconocer fuerza vinculante a la jurisprudencia;
- ii) El valor de la ley como expresión de la voluntad popular representada en el Parlamento y garantía de los derechos y libertades de los individuos (garantía que se actualiza, en primer término, por el sometimiento de los poderes públicos a la misma, y singularmente el poder judicial sometido exclusivamente a la ley al «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» –en el decir del texto constitucional–, sometimiento a la ley que constituye la fuente de su legitimidad), no puede predicarse de la decisión judicial<sup>89</sup>. Del mismo modo que no cabe equiparar las funciones atribuidas al Parlamento y las encomendadas a la Jurisdicción, ni sus fundamentos y configuración. Así, frente a los principios de publicidad, control de la actuación y responsabilidad directa ante el electo-

<sup>87</sup> Para algunos autores la actuación judicial es abiertamente creadora de Derecho, aunque se trate de normas singulares sólo aplicables en el supuesto concreto sometido a enjuiciamiento. Sin expresar esta opción de forma significativa, Pascual SALA SÁNCHEZ, *[Libertad y condicionamientos en la realización judicial del Derecho (Aprotación a la teoría de la seguridad jurídica)]*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, p. 14], afirma que «siempre se encontrará en la decisión judicial una actividad innovadora por la que (...), se crean, mediante una auténtica labor de reducción y elección, tanto el derecho como el hecho (...). Es precisamente el alcance de esa actividad creadora e innovadora el que se trata de medir o, en otras palabras, el grado de vinculación del juez respecto del ordenamiento jurídico que ha de aplicar el que se trata de determinar.»

<sup>88</sup> *Op. cit.*, p. 17

<sup>89</sup> Frente a este argumento y a los anteriores, sostiene FERRERES COMELLA, (*op. cit.*, p. 169), que «la jurisprudencia del Tribunal Supremo *adquiere una mayor legitimidad democrática si tiene carácter vinculante para los tribunales inferiores que si carece de él*» (la cursiva es del autor).

rado que fundamentan la elección y constitución de las Cámaras representativas y, consecuentemente, de las normas emanadas de éstas, la actividad judicial no está sometida al control difuso ejercido por el cuerpo electoral, no responde directamente ante el mismo, no explica sus actuaciones y resoluciones sino es mediante el recurso a la ley y por intervención de la misma, por su acatamiento y sometimiento; principio que constituye el fundamento de su legitimación democrática (indirecta, pero presente y necesaria en el Estado democrático)<sup>90</sup>.

- iii) La independencia judicial, concebida, en lo que aquí respecta, a partir de ese sometimiento exclusivo del juez a la ley que excluye la posibilidad de recibir instrucciones, también de los tribunales superiores, en el ejercicio de la jurisdicción;
- iv) Aunque la Constitución configura al Tribunal Supremo como el superior en todos los órdenes, salvo lo relativo a garantías constitucionales, atribuir a determinadas resoluciones dictadas por éste valor vinculante para el resto de los tribunales supondría otorgarle una posición que excedería lo constitucionalmente previsto, al prescribir para sus decisiones un carácter de generalidad que sólo la ley puede recabar para sí<sup>91</sup>.
- v) La renuncia al carácter positivo, innovador, de la crítica y la disidencia.

Mientras, los defensores de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, admitiendo, sin ambages, lo anterior (no puede ser de otro modo dado que los motivos aducidos derivan de modo casi inexorable del ordenamiento y los pilares del Estado constitucional), afirman, teniendo en cuenta la dimensión real de la aplicación judicial y el ámbito concreto, el individuo y las relaciones sociales, en que ésta produce sus efectos, que:

- i) El sometimiento del juez a la ley y la aplicación escrupulosa de la misma no impiden situaciones en que la actuación judicial no puede reconducirse a la de «boca muda que dice las palabras de la ley», bien porque la ley no prevé una solución al caso enjuiciado, bien porque no es clara, bien porque utiliza conceptos jurídicos acuñados por la doctrina y la jurisprudencia<sup>92</sup>.
- ii) El juez está obligado a resolver, como impone el art. 1.7 Código Civil (prohibición de *non liquet*)<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> El sometimiento exclusivo y excluyente del Poder Judicial a la ley, expresión del órgano directamente elegido por aquél que a su vez detenta la soberanía, es presupuesto y consecuencia del art. 1.2 CE: «[l]a soberanía nacional residen en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado», y por tanto de la calificación de España como «Estado social y democrático de Derecho» que recoge el art. 1.1 CE.

<sup>91</sup> Díez-PICAZO, «Jurisprudencia y Seguridad Jurídica», *cit.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, «¿Cambio radical del sistema jurídico español?», *cit.*

<sup>92</sup> En este sentido, FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 156 y ss.; LÓPEZ VILAS, *op. cit.*, p. 175 y ss.

<sup>93</sup> A este respecto, considera Javier DELGADO BARRIO («El juez en la Constitución», en *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 126) que «si el juez debe fallar "siempre", dice la Ley Orgánica del Poder Judicial, "en todo caso", dice el Código Civil, aunque haya silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley, advierte el Código Penal, si el juez debe fallar en todos estos casos, si el juez debe encontrar solución en el ordenamiento jurídico, ello

- iii) El principio de unidad jurisdiccional exige una respuesta judicial uniforme en la aplicación de las normas, evitando las resoluciones contradictorias<sup>94</sup>.
- iv) El principio de seguridad jurídica, fundamento del Estado de Derecho, así como la unidad y plenitud de todo ordenamiento jurídico, también vincula y debe ser cumplido por los órganos del poder judicial.
- v) Los derechos de los individuos, de forma destacada el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva, se ven menoscabados por la aplicación distinta de la misma norma en casos similares.
- vi) En última instancia, la uniformidad en la aplicación de la ley incorpora un elemento de defensa de la propia norma (garantía de la indemnidad de la ley y de que su aplicación se realizará sin desvirtuarla que, como es sabido, está en el origen del recurso de casación y de los tribunales de casación).
- vii) Estas razones justifican el reconocimiento de eficacia vinculante a la jurisprudencia, sin que ello suponga que ésta venga a detentar el lugar que corresponde a la ley, ni el juez el que cumple al legislador<sup>95</sup>.

Un rápido vistazo al catálogo de cualquier biblioteca jurídica permite comprobar que la naturaleza y significación de la jurisprudencia como fuente de Derecho ha constituido y constituye un tema de enorme interés, un tema «comprometido», «inagotable y sin fondo»; razones que ya por sí mismas desaconsejarían que emprendiéramos aquí la osada labor de abordarlo, pero además, aunque la cuestión de la naturaleza jurídica de la jurisprudencia guarda una íntima vinculación con el objeto de este trabajo, no son necesariamente interdependientes, de forma que no es impensable afrontar, e incluso admitir, la vinculación de la jurisprudencia sin necesidad de considerar que ésta sea fuente del Derecho<sup>96</sup>.

---

significa que el deber de prestar la tutela efectiva implica la atribución al juez de una función específica respecto del ordenamiento jurídico mismo. Esta función es de hacer expresa y efectiva la plenitud del ordenamiento jurídico.»

<sup>94</sup> En este sentido se manifiesta Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 284 y ss.

<sup>95</sup> En el mismo sentido, LÓPEZ GUERRA, («La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *cit.*, p. 2), sostiene que el principio de generalidad «exige que los criterios que inspiran la necesaria creación judicial del Derecho en el caso concreto se universalicen (...). Sólo de esa forma se conseguirá una seguridad jurídica fundada en la expectativa de la aplicación uniforme del Derecho.»

<sup>96</sup> BLASCO GASCÓ, («Funciones y eficacia de la norma jurisprudencia», *cit.*, p. 199), mantiene la posibilidad de separar ambas cuestiones. En sentido parecido, BACIGALUPO, («Jurisprudencia y seguridad jurídica», *cit.*, p. 135), señala que la «verdadera cuestión práctica es, en todo caso, la de los límites de la vinculación de los tribunales a la jurisprudencia.» Desde una perspectiva diferente, MARTÍNEZ ALARCÓN, (*op. cit.*, p. 186), sostiene que «[n]o se trata entonces de que el ordenamiento jurídico en cuestión señale expresamente los actos apropiados para producir efectos normativos, es decir, las actividades que pueden predeterminar normativamente la función judicial; se trata de indagar si un ordenamiento jurídico concreto prevé mecanismos capaces de predeterminar normativamente, de alguna manera, la decisión del aplicador del Derecho.» Para LÓPEZ GUERRA, («La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *cit.*, p. 2), se trata de una de esas «disputas básicamente nominalistas» que «raramente pueden conducir a soluciones útiles.»

Así parece entenderlo nuestro ordenamiento que, al menos implícitamente, pues los datos normativos no dejan de ser en este punto ambiguos, reconoce la eventual fiscalización de las decisiones judiciales en punto a su adecuación con la doctrina sustentada a ese respecto por el Tribunal Supremo.

Paradigma de esta ambivalencia, mientras el Código civil expresamente excluye del elenco de fuentes del Derecho a la jurisprudencia y la concede un papel de complemento del ordenamiento (art. 1.6), la Ley de Enjuiciamiento Civil, tempranamente, introdujo, como motivo destacado del recurso de casación, el quebrantamiento de jurisprudencia<sup>97</sup>.

No obstante, y volviendo al Código Civil, pese a que éste no otorga a la jurisprudencia naturaleza de fuente formal de derecho (esto es, carácter de fuente constitutiva, creadora de Derecho), sino que limita su función a interpretar y aplicar el resto de las fuentes, reconoce que dispone de un valor especial, no indiferente al ordenamiento jurídico. En este orden de cosas, la jurisprudencia está, según la redacción del Código Civil, ordenada a complementar «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».

Y aquí es dónde comienzan las mayores imprecisiones, porque qué signifique «complementar» no se especifica en la redacción del Código Civil, ni de la misma puede inferirse con claridad determinante qué pretendía el redactor de 1974, al introducir, y, en esa medida, dar reconocimiento, la mención a la jurisprudencia (que expresamente fue obviada en la redacción primera del Código, omitiendo cualquier referencia a la misma, tanto en la exposición de las fuentes del Derecho, como en el resto del articulado), y atribuir la, tan manida, función «complementaria» del ordenamiento jurídico<sup>98</sup>.

Empero la inconcreción de cuál sea el sentido que se corresponda cabalmente con esa función complementaria y la indeterminación de los efectos que, en su caso, de ella deriven, sí cabe colegir que,

- i) en primer lugar, el redactor, expresa y explícitamente, no quiso extender a la jurisprudencia la condición de fuente formal, creadora, del Derecho (que ésta fuera la intención del legislador no genera discusión alguna), pero,

<sup>97</sup> No es esta una situación que se produzca entonces exclusivamente en España. Como recuerda Ramón CASAS VALLÉS, («Jurisprudencia y sistema de fuentes en el pensamiento de Puig Brutau», en *La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial. Edición homenaje a D. José Puig Brutau*, 2.ª edic. con estudios introductorios. Academia de Jurisprudencia i legislació de Catalunya/Bosch, Barcelona, 2006, pp. 18-19) «en el marco de las ya lejanas revoluciones liberales, el papel de los jueces distó de ser un asunto pacífico. La burguesía que desmanteló el *Antiguo Régimen* para establecer las bases en que aun hoy se asienta nuestra sociedad, tuvo siempre claro que no bastaba controlar la ley si su aplicación quedaba en manos de jueces acaso desafectos y dotados de un amplio arbitrio. Esta evidencia llevó en su día a que el problema de las fuentes y, en concreto, la posición de la jurisprudencia se abordará en las Constituciones. El objetivo era trazar una clara línea divisoria entre creación y aplicación del Derecho, negando a la jurisprudencia la condición de fuente y sometiénola por completo a la ley. Se llegó así a un resultado tranquilizador, en el que aún estamos confortablemente instalados. Pero se trata de una apariencia engañosa.»

<sup>98</sup> Sobre los antecedentes y el proceso legislativo, LÓPEZ VILAS, *op. cit.*, p. 125 y ss.

ii) en segundo lugar, y al mismo tiempo, era lo suficientemente consciente de la importancia real y efectiva de la jurisprudencia en punto a la vigencia y aplicación de un sistema jurídico, que, no sólo la reconoció, sino que además la otorgó una función que sin ser de creación de Derecho, no se identifica con la mera dimensión estrictamente aplicativa, ejecutiva del mismo (de subsunción del supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento en los parámetros normativos).

De no ser así, no tendría sentido dotar de esa función complementaria a la jurisprudencia, toda vez que la jurisprudencia mencionada en el art. 1.6 de nuestra norma civil se personifica en la «doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar» las fuentes formales del Derecho.

Adviértase que el precepto civil alude a interpretar y aplicar, luego asume su carácter distinto y la presencia de ambas tareas en el ejercicio de la función jurisdiccional. Si el ejercicio de la jurisdicción consistiese únicamente en la aplicación subsuntiva, la jurisprudencia carecería de relevancia en sí misma, al no añadir nada al ordenamiento, pues, careciendo de un contenido propio no sería sino el fruto de una actividad mecánica. Reconocer, en estas condiciones, una función complementaria no conllevaría ni efecto, ni contenido alguno.

A contrario, si el ordenamiento reconoce y atribuye una función, algún contenido cabe presuponer que habrá de tener, si es una función complementaria, será para añadir algo al cuerpo principal al que «complementa», algo que el principal, la fuente formal del Derecho, no incorpora de forma directa o expresa, o que necesita ser aclarado, o especificado.

De este modo y a estos efectos, complementar puede significar que la doctrina derivada de la actuación jurisdiccional de interpretar y aplicar la ley por el Tribunal Supremo, acompaña, se añade, al ordenamiento para incorporar algo más al mismo, que no para sustituir, ni suplantar a la ley<sup>99</sup>, pero que sí sirve a la concreción del significado y alcance de aquella<sup>100</sup>. Y que, ese «algo» que añade la jurisprudencia al ordenamiento, pueda referirse a la dimensión más real de las fuentes formales del Derecho en cuanto a que fungen a la resolución de los conflictos entre los ciudadanos, la protección de sus derechos e intereses legítimos, y el control del cumplimiento de la legalidad. Y, además, que esa interpretación y aplicación no sea cualquiera (no lo sería, por tanto, la suma, la recopilación, cuantitativa de resoluciones del Tribunal sobre el mismo tema), sino la que reúna dos condiciones, a saber,

<sup>99</sup> Según LÓPEZ GUERRA, («La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *cit.*, p. 3), «implica reconocer que algo nuevo aporta al mismo (al ordenamiento)».

<sup>100</sup> En este sentido LÓPEZ VILAS, (*op. cit.*, p. 19), define esa función complementaria del ordenamiento, en tanto la jurisprudencia, que no posee carácter normativo en el sentido de generar normas con carácter general y abstracto, «produce, en la realización efectiva del Derecho, desarrollos normativos que, debidamente reiterados, alcanzan una proyección que afecta o puede afectar al sentido y alcance que se le atribuya a las normas.»

- i) ser atribuible al Tribunal que se erige, por disposición constitucional, en el superior de la jurisdicción en nuestro país, salvo la garantía constitucional de los derechos fundamentales que se articula mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 123 CE),
- ii) ser el resultado de una interpretación reiterada en la materia, lo que excluye contradicciones, y exige constancia y estabilidad, luego, asentamiento y mantenimiento de los criterios utilizados en la interpretación por el Tribunal<sup>101</sup>;

Este es el sentido que se trasluce de las palabras de la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 (por el que se realiza la reforma del Código Civil), cuando al referirse al art. 1.6 afirma que «[a] la Jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que, si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta transcendencia normativa».

De forma distinta, la Ley de Enjuiciamiento Civil comprendió y asumió, con anterioridad al Código, la realidad de la jurisprudencia<sup>102</sup>, disponiendo entre los motivos de casación el, llamado, de quebrantamiento de jurisprudencia (modelo que progresivamente se extendió, con particularidades, a los otros órdenes jurisdiccionales). Este desajuste, entre la ley adjetiva y el Código sustantivo, refleja la compleja situación de un legislador que pretendía compatibilizar la concepción jurídica de la jurisprudencia como ajena al orden formal de fuentes del Derecho, con la realidad de reconocer cierta efectividad a la interpretación realizada por el órgano superior de la jurisdicción, a la sazón el Tribunal Supremo, y anunciaba la evolución legislativa futura en favor del paulatino reconocimiento del valor real de la jurisprudencia<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Según BLASCO GASCÓ, («Funciones y eficacia de la norma jurisprudencia», *cit.*, 199), la propia jurisprudencia es un derecho de creación jurisprudencial, en tanto, «es la propia jurisprudencia quién determina qué es jurisprudencia, cómo nace la norma jurisprudencial, cómo vincula, cómo se modifica y cómo se extingue.» Acerca de los requisitos que deben concurrir para que la jurisprudencia produzca efecto vinculante, SALA SÁNCHEZ, *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo...*, *cit.*, p. 37 y ss.

<sup>102</sup> La redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 aludía a la «doctrina legal» en diferentes preceptos (arts. 1687, 1691 y 1692), el término de jurisprudencia se incorporó con la reforma de 1984 y se ha mantenido hasta la vigente LEC de 2001 que ha procedido a su sustitución por «doctrina jurisprudencial» (art. 477). En punto a las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la Constitución vigente en cada momento y la posición de la jurisprudencia, CASAS VALLES, *op. cit.*, pp. 27 y ss. Sobre la historia del recurso de casación y de la jurisprudencia en nuestra legislación y doctrina, PECES MORATE, *op. cit.*, p. 31 y ss. HERNANDO SANTIAGO, *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho...*, *cit.*, pp. XLVI y ss., entre otros muchos.

<sup>103</sup> Esta idea late también LÓPEZ VILA, *op. cit.*, pp. 149 y ss., y expresamente en el siguiente capítulo.

A pesar de las luces y sombras que proyectan ambas normas, lo que si parece claro es que positivamente se otorga alguna relevancia a la jurisprudencia (entendida como «la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo»<sup>104</sup>), y que el legislador de forma progresiva ha incorporado a nuestro ordenamiento disposiciones que, al menos implícitamente, anudan, a esa pretendida transcendencia, algún grado de valor o eficacia para la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>105</sup>.

Pues, al fin y al cabo, si la resolución judicial puede ser objeto de recurso atendiendo al potencial alejamiento del tribunal juzgador respecto a la interpretación y aplicación de la ley realizada por el Tribunal Supremo, será porque, previamente, se acepta que los tribunales inferiores deben seguir la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, luego ésta, en alguna medida, ha de disponer de capacidad, aunque sea menor, para vincular. Como certeramente afirmara DE OTTO<sup>106</sup>, «el valor normativo de la jurisprudencia no es más que el presupuesto que da sentido a la casación misma, y no el contenido de una actividad extrajurisdiccional del Tribunal Supremo», pues, con BLASCO<sup>107</sup>, «[n]o parece muy congruente mantener la no vinculación de la doctrina del Tribunal Supremo con la existencia de un recurso de casación por infracción de la jurisprudencia y otro, en interés de la ley, cuyo único efecto es, precisamente, formar jurisprudencia.»

Consecuentemente, el alejamiento de la misma, de la doctrina determinada por el Tribunal Supremo, arrostra el riesgo de anulación de la decisión, «sanción» en que, cabría decir, se traduce el desconocimiento derivado de esa supuesta vinculación y que se materializa a través de la estimación del correspondiente recurso de casación por el citado Tribunal.

De lo que se sigue, que nuestro ordenamiento reconoce ya un cierto valor vinculante a la jurisprudencia<sup>108</sup>. Sólo así cabría justificar y explicar que un sistema normativo construido sobre los principios de legalidad, jerarquía, publicidad, y sujeción del juez exclusivamente a la ley, prevea la anulación de resoluciones que se alejan de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>109</sup>.

Pues aquí, y a estos efectos, lo relevante no es que el Tribunal Supremo, como órgano superior de la jurisdicción en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (como reza el art. 123 CE), pueda

<sup>104</sup> Diferentes concepciones de la jurisprudencia y su relación y distinción con los términos de doctrina legal, práctica de los tribunales, así como sobre la utilización de los diversos términos en nuestras leyes con especial referencia a la ley procesal civil, *vid.*, Miguel COCA PAYERAS, *La doctrina Legal*, Bosch, edit., Barcelona, 1980, y LÓPEZ VILAS, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

<sup>105</sup> Así, art. 493 LEC, art. 100 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>106</sup> DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, *cit.*, 1995, p. 292.

<sup>107</sup> BLASCO GASCÓ, «Funciones y eficacia de la norma jurisprudencia», *cit.*, p. 202.

<sup>108</sup> En realidad, en la jurisdicción civil y en la contencioso-administrativa, la ley reconoce ya, expresamente, el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los recursos de casación en interés de la ley (art. 493 LEC y art. 100 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

<sup>109</sup> Esta argumentación sirve a LÓPEZ GUERRA, («La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *cit.*, p. 3), para aceptar la eficacia vinculante de la jurisprudencia. También lo interpreta así MARTÍNEZ ALARCÓN, *op. cit.*, p. 185.

revocar las sentencias de órganos jurisdiccionales inferiores, sino el motivo por el que puede hacerlo: no haber seguido la línea jurisprudencial fijada de forma uniforme y constante por él mismo, en otros términos, que el motivo que permite el acceso al recurso y la fundamentación del mismo sea ese alejamiento y que, constatado éste, el Tribunal Supremo tenga potestad para anular la resolución recurrida.

Si la vía de recurso queda expedita por esta causa no puede ser sino porque, aun de forma implícita el ordenamiento acepta (y promueve) la necesidad de una interpretación y aplicación uniforme y constante de la ley; uniformidad y estabilidad que no impiden el cambio y la evolución jurisprudencial (recuérdese que entre los criterios hermenéuticos el art. 3.1 del Código Civil incluye «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», las normas), sea debida ésta (la evolución jurisprudencial) a la propia modificación de criterios por el Tribunal Supremo, o por el convencimiento que produzcan en el órgano superior las razones distintas manifestadas por los tribunales inferiores al motivar sus sentencias<sup>110</sup>, y que esa doctrina la determine el órgano que ocupa la cúspide de la organización judicial<sup>111</sup>.

Con las palabras del mismo Tribunal Supremo, «dentro de la función jurisprudencial, atribuida a este Alto Tribunal por el art. 1.6 del Código Civil, de interpretar y aplicar las leyes, creando de modo reiterado doctrina jurisprudencial, que complementa el ordenamiento jurídico, está la de evolucionar los criterios hermenéuticos en relación con los antecedentes históricos y la realidad social del tiempo en que se han de aplicar las normas, pudiendo cambiar de orientación, siempre que éste cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria, e incluso siendo saludable la revisión constante de la propia doctrina en paridad de la evolución de la sociedad en que ha de aplicarse»<sup>112</sup>.

Cierto es que las consideraciones anteriores son argumentativas, y que no concretan la existencia de una obligación de sujeción de los tribunales inferiores a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni hasta dónde pueda, en su caso, llegar. Siempre cabe sostener que una cosa es el riesgo de anulación de la decisión y otra la obligación de sometimiento. Máxime porque no existe, a día de hoy, previsión expresa al respecto<sup>113</sup>. Pero no cabe dudar que todo ello invita a

<sup>110</sup> Como recuerda PECES MORATE, *op. cit.*, pá. 26, «[e]stando más en contacto con el permanente devenir social los juzgados y tribunales de instancia es lógico que los cambios de orientación surjan de sus decisiones, aunque la estructura piramidal de la institución confiera al Tribunal que está en la cúspide una perspectiva que le permite con mayor probabilidad de acierto, debido al flujo de opiniones y parecer que recibe, constituirse en catalizador del cambio.»

<sup>111</sup> Así parece colegirse de la afirmación del Tribunal Constitucional expresada en relación con los criterios originados por los tribunales superiores de la jurisdicción en punto a señalar que «resultan vinculantes como fuente complementaria del Derecho (art. 1.6 Código Civil) sin perjuicio de la evolución de la propia doctrina en los órganos superiores o en la confirmación de resoluciones suficientemente fundadas de los inferiores» (Sentencia 246/1993, de 19 de julio, fundamento jurídico 3).

<sup>112</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de enero y 12 de diciembre de 1990, relativas a la prescripción de los títulos nobiliarios.

<sup>113</sup> En sentido parecido, señala MARTÍNEZ ALARCÓN, (*op. cit.*, pp. 186-187), la contingencia del recurso de casación y de su resultado, frente a la ausencia de obligación legal de sometimiento a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

replantarse la tajante negativa sobre el valor vinculante de la jurisprudencia y la obligación judicial de seguimiento.

Pues, más allá de la contingencia del recurso de casación y la inexistente obligación legal de seguimiento a ella ligada, la convocatoria a la jurisprudencia para servir como complemento de la ley sólo podrá verse satisfecha si la jurisprudencia «es respetada por los diversos tribunales, en una doble dimensión: vertical y horizontal», en relación a los órganos judiciales inferiores respecto a la doctrina jurisprudencial dictada por los superiores (los atribuidos de la capacidad para formar jurisprudencia), la primera, y, en el ámbito de estos últimos, los superiores, respecto al mantenimiento de los criterios jurisprudenciales «con cierta estabilidad, sin caer en contradicciones, sin perjuicio de la posibilidad de modificarlos en el futuro»<sup>114</sup>.

Cuestión distinta será cómo se articula, con qué grado de exigencia y en que términos es susceptible de ser concebida a la luz de las disposiciones constitucionales sobre el poder judicial, su función y su independencia respecto a otros poderes y entre los mismos órganos judiciales en el ejercicio de la jurisdicción.

Como es sabido, la Constitución no recoge referencia expresa alguna a la jurisprudencia, más allá de la contenida en el art. 161.1, apartado a), que, al regular las competencias del Tribunal Constitucional, dispone que «[l]a 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».

Precepto que concreta y reitera el art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuando, tras recordar el efecto de cosa juzgada y la no revisión de procesos fenecidos en el párrafo primero, establece que «[e]n todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad» (párrafo 2).

Pues bien, aunque de nuevo sin especificar más, la redacción de ambos textos permite aventurar que existe una asunción, tanto por el constituyente como por el legislador orgánico, de la eficacia, del valor, de la jurisprudencia ordinaria, diferente del contenido del fallo (que no se verá afectado), y que, por tanto, se ha de entender como referido a los criterios de interpretación de la norma aplicada por el órgano judicial, a la sazón el Tribunal Supremo, en la resolución del caso (*ratio decidendi*)<sup>115</sup>; criterios que, cumpliendo la función atribuida por el Código Civil, integran y complementan el ordenamiento<sup>116</sup>,

<sup>114</sup> FERRERES COMELLA, *op. cit.*, p. 159.

<sup>115</sup> A este respecto, Luis Díez-PICAZO, («Constitución y fuentes del derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 661-662), afirma que en dicho precepto constitucional a la jurisprudencia del Tribunal Supremo «se la contempla como una doctrina autorizada, con efectivo influjo en los tribunales inferiores», situándola «en un plano intermedio entre las fuentes y las puras operaciones de aplicación».

<sup>116</sup> *Ibidem*.

acompañando a la norma y, lógicamente, viéndose afectados por los avatares que a la misma acontezcan, en este caso, la eventualidad de la declaración de inconstitucionalidad<sup>117</sup>, pero también la posible derogación o modificación legislativa (a la postre la voluntad que prevalece es la del legislador).

Siguiendo con esta perspectiva jurídico-constitucional, esta interpretación, abierta a la posibilidad del valor vinculante de la jurisprudencia (independientemente ahora de cómo pueda traducirse esa vinculación, en el bien entendido de que esa eficacia en ningún caso podrá suponer la suplantación de la ley), o la equiparación de jurisprudencia y ley, debe ser contrastada con previsiones constitucionales habitualmente convocadas en la defensa de una conclusión distinta, en concreto las recogidas en el art. 117.1 CE, y singularmente los principios de independencia judicial y sometimiento exclusivo al imperio de la ley de jueces y magistrados en él consagrados.

Sumisión en exclusiva a la ley, entendida como ley formal dictada por el Parlamento, y principio de independencia judicial cristalizan la radical separación de este poder, el judicial, respecto al resto de los poderes del Estado, a fin de garantizar que éstos últimos no interfirieran en el ejercicio de la función jurisdiccional constitucionalmente atribuida al primero mencionado, esto es, el judicial<sup>118</sup>. La independencia judicial protege así al conjunto y cada uno de los miembros que conforman el citado poder, de tal modo que cabe distinguir una dimensión institucional u orgánica y una de naturaleza individual, dirigidas ambas a proteger el ejercicio de la función jurisdiccional de la potencial interferencia de terceros ajenos al mismo<sup>119</sup>. En el constitucionalismo surgido tras la Segunda Guerra Mundial, esa dimensión orgánica demandará la creación incluso de órganos de gobierno independientes de los otros poderes, singularmente, del poder ejecutivo, que al tiempo encuentran justificación a su existencia, prevista en los máximos textos normativos, y definen su función y

<sup>117</sup> Como señala LÓPEZ GUERRA, «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *cit.*, p. 2), respecto al art. 161.1.a) CE, «[e]n un razonamiento «a contrario», ha de estimarse que, admitida la constitucionalidad de una norma, la jurisprudencia que la interprete sí conservará (“su valor no se verá afectada”), con lo que la Constitución viene a reconocer que ese valor existe», mismo sentido que cabe atribuir al art. 40.2 LOTC (la cursiva es del autor). En parecidos términos, MARTÍNEZ ALARCÓN, (*op. cit.*, 2004, p. 185), considera que «si la declaración de inconstitucionalidad afecta, no sólo a la norma con rango de ley, sino a la jurisprudencia que interpreta la misma, es porque el texto constitucional está atribuyendo a la jurisprudencia parecidos efectos normativos que los que concurren en una norma con rango de ley, en tanto en cuanto aquélla constituye un elemento normativo que predetermina la decisión de los tribunales inferiores.»

<sup>118</sup> El núcleo duro de la independencia judicial determina que, acudiendo a las palabras de DIEZ-PICAZO («Notas de Derecho comparado...», *cit.*, p. 20), «la administración de justicia no debe ser pura manifestación del poder político ni quedar supeditada en manera alguna a aquéllos órganos del Estado que ejercen dicho poder político, y ello porque de nada serviría dictar normas que limitan la actividad de los gobernantes si ulteriormente, en la fase de aplicación contenciosa del Derecho, éstos pudieran influir en la resolución de los litigios». MARTÍNEZ ALARCÓN, *op. cit.*, *passim*.

<sup>119</sup> DIEZ-PICAZO («Notas de Derecho comparado...», *cit.*, p. 20), señala que la independencia judicial puede interpretarse en dos sentidos: como valor, dimensión que atendería a la denominada independencia funcional, sustantiva o decisional, y que se concreta en que «en el ejercicio de la función jurisdiccional, debe estar sometido únicamente a la legalidad o, por expresarlo con precisión, al vigente sistema de fuentes del Derecho», y como garantía, que remite a los instrumentos jurídicos para protegerla, e incluye diferentes facetas: independencia personal, independencia colectiva e independencia interna.

cometido principal en la propia garantía de la independencia del poder judicial. Pero es la dimensión individual, la que protege al juez y magistrado en concreto a la hora de ejercer la potestad jurisdiccional, la que interesa más a nuestros efectos<sup>120</sup>.

En el plano singular que se proyecta sobre cada uno de los miembros del poder judicial, jueces y magistrados, la independencia judicial excluye la posibilidad de que reciban órdenes y/o instrucciones sobre el modo de ejercer la jurisdicción; prohibición que no sólo afecta a los otros poderes del Estado (injerencia externa), sino también a los otros jueces y magistrados, incluso los de un nivel superior, y al mismo CGPJ (interferencia interna), y que impide el ejercicio de funciones inspectoras sobre el contenido de las resoluciones judiciales (resultado de que la potestad jurisdiccional está constitucionalmente atribuida de forma exclusiva y excluyente a jueces y magistrados).

Así lo recoge el art. 12 LOPJ, que dispone que «[e]n el ejercicio de la función jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial» (párrafo 1), prohibiendo a «los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las Leyes establezcan» (párrafo 2), y proscribiendo también que Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o CGPJ, puedan «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» (párrafo 3); y abunda en ello el art. 176.2 LOPJ cuando dice que «[l]a interpretación y aplicación de las leyes hechas por los Jueces y Tribunales, cuando administran justicia, no podrá ser objeto de aprobación, censura o corrección con ocasión o a consecuencia de actos de inspección.»

El significado y las implicaciones de estos contenidos no plantean grandes interrogantes. No obstante, debe notarse cómo el art. 12 LOPJ compatibiliza el principio de independencia judicial (con la consiguiente exclusión de cualquier tipo de instrucción), con la posible fiscalización de la aplicación o interpretación del ordenamiento cuando ésta opere también como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción al resolver los correspondientes recursos. Y es que en ningún ordenamiento jurídico se discute que el principio de independencia admite la revisión jurisdiccional por parte de los tribunales superiores de las decisiones judiciales dictadas por tribunales inferiores, ejercida por vía de recursos,<sup>121</sup>; recursos entre los que destaca el de casación en cuanto «refleja el valor prevalente de la interpretación que el Tribunal Supremo realiza de la legalidad sobre la que pudieran realizar el resto de tribunales inferiores y deja

<sup>120</sup> Dimensión individual que sólo se proyecta sobre los jueces y magistrados, pero que, a su vez, según SALA SÁNCHEZ (*Libertad y condicionamientos en la realización judicial del Derecho...*, cit., p. 17), «potencia la independencia a los órganos –juzgados y tribunales– en los que aquéllos desempeñan su función». Aunque en este último caso debe utilizarse el término autonomía.

<sup>121</sup> En este sentido, MARTÍNEZ ALARCÓN, *op.*, cit., p. 186

vislumbrar, de esta forma, un cierto principio de «jerarquía» en la aplicación de la Ley que no podemos estimar contrario al principio de independencia judicial atendiendo a los fines, irrenunciables en un Estado de Derecho, que justifican este instrumento.<sup>122»</sup>

Pues bien, llegados a este punto es hora de identificar cuáles esos fines. Sin perjuicio de otros susceptibles de ser traídos a colación, sobresalen, los de seguridad jurídica y protección y garantía de los derechos fundamentales, y de forma muy especial en esta materia, el principio de igualdad en la aplicación de la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva, así como la defensa y efectividad del sometimiento de los poderes públicos a los principios de Estado de Derecho; legalidad, jerarquía, publicidad de las normas, seguridad jurídica, por supuesto, pero también proscripción de la arbitrariedad de la actuación pública, y, entre ella la judicial.

Con estos antecedentes, parece que, de un lado, el principio de independencia judicial no merita una interpretación tan rígida que excluya, de plano y con carácter absoluto, cualquier fórmula que suponga la primacía de los criterios de interpretación del Tribunal superior sobre los elucidados por el inferior, y de otro, que el principio de independencia judicial no puede traducirse en un ámbito tal de libertad que, a la postre, sea susceptible de ser utilizado (o incluso entendido) como un escudo con el que amparar cualquier actuación y decisión jurisdiccional, no ya la discrecional (que es legítima), sino incluso los casos, más dudosos y de difícil justificación jurídica, de puro subjetivismo<sup>123</sup>.

Si esto es así, y la casación, a la par que un límite fáctico a la independencia judicial entendida como libertad del juez en la aplicación de la ley<sup>124</sup>, es una nuestra del valor que se reconoce a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que deben seguir los tribunales inferiores so riesgo de ver revocadas sus decisiones, parece que se ha de concluir entendiendo que los márgenes del art. 117 CE no imposibilitan que nuestro ordenamiento consienta en registrar la eficacia vinculante de la jurisprudencia. Situada así la cuestión, se trata ahora de examinar y valorar hasta dónde cabe llevar esa eficacia vinculante, o dicho en otros términos qué tipo de obligación de seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por parte de los tribunales ordinarios resulta compatible constitucionalmente y, por tanto, admisible en el respeto y garantía de los parámetros de la independencia judicial.

<sup>122</sup> MARTÍNEZ ALARCÓN, *op. cit.*, p. 186.

<sup>123</sup> Sobre la independencia judicial y su proyección sobre la capacidad del juez, los límites de la misma, en la interpretación de la ley, Dieter SIMON, *La independencia del juez*. Ariel, Barcelona, 1985, *passim*.

<sup>124</sup> DE OTTO (*Derecho Constitucional...*, *cit.*, p. 292) sostiene que la cuestión de la reducción de «la libertad del juez en la aplicación de la ley ha recibido en los Estados continentales europeos, y en concreto en España, una respuesta específica consistente en atribuir a un órgano *ad hoc*, el Tribunal Supremo o similar, la tarea de elaborar una jurisprudencia, una doctrina acerca del modo en que debe interpretarse la ley. Por esa vía el sistema se ha aproximado al anglosajón del precedente, aunque con la importante diferencia de que la fuerza vinculante corresponde tan sólo a las decisiones de un órgano específico, no a las de cualquier tribunal.»

Porque, que la independencia judicial no se identifique con total y absoluta libertad no implica que pueda verse reducida o afectada sin más consecuencias. Recuérdese que la garantía de independencia judicial protege al juez, pero que su finalidad trasciende de ese estricto ámbito individual para constituirse en garantía de los derechos de los ciudadanos (que pueden estar seguros que la resolución del litigio que les afecta no se verá sometida a los dictados de órganos, internos o externos, ajenos al legalmente predeterminado sino que será resuelto conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico), y del Estado de Derecho<sup>125</sup>. Sin independencia judicial no hay garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, y a su través de los derechos e intereses articulados judicialmente, ni control independiente de la legalidad y sometimiento de los poderes públicos al imperio de la ley.

De lo anterior, la primera conclusión que sigue es la imposibilidad de establecer una vinculación rigurosa a la jurisprudencia de los tribunales superiores, al modo de la establecida en el modelo de *stare decisis* respecto a los precedentes. En los sistemas jurídicos continentales (como el nuestro), una vinculación formal tan extrema tropieza con dos escollos insalvables: el principio de independencia judicial, y, su primera plasmación en el ámbito judicial, el sometimiento exclusivo a la ley.

En efecto, el establecimiento de una obligación de sujeción del juez a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en tal grado supondría que en caso de apartamiento consciente de esa jurisprudencia, el juez pudiera incurrir en un delito de prevaricación, del mismo modo que ocurriría con el alejamiento consciente de la ley<sup>126</sup>. Ley y jurisprudencia quedarían así equiparadas a efectos de sumisión del juez, afectándose directamente el dictado constitucional.

Cierto es que el constitucionalismo actual permite (incluso en ocasiones exige) un concepto de ley no estrictamente literal (más propio del positivismo jurídico más estricto y que comúnmente se entiende superado). De hecho, el texto constitucional está plagado de valores, principios, de dificultosa concreción si no es a través de la interpretación jurídica (que en esta materia es casi recreación jurídica<sup>127</sup>). Así, a título ejemplo, el art. 1.1 abre el articulado de la Carta Magna a los valores y califica como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, el art. 9.1

<sup>125</sup> Así también HERNANDO SANTIAGO, *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho...*, cit., p. LV.

<sup>126</sup> En igual sentido, LÓPEZ GUERRA, «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», cit., p. 3; FERRERES COMELLA (*op. cit.*, p. 218 y ss.) refiere supuestos en que los tribunales inferiores se apartaron de los precedentes en el modelo anglosajón, donde la rigidez de la vinculación lleva incluso a una eventual condena en caso de no seguimiento.

<sup>127</sup> Hasta el punto que algún autor ha advertido del riesgo generado por el carácter menguante de la ley, la aplicación directa de la Constitución de forma desorbitada acudiendo a cláusulas generales siempre que resulten cómodas a la argumentación, o la «acomodación» de la ley a la Constitución, por «vía aproximativa». Así, Luis DIEZ-PICAZO («Constitución, Ley y Juez», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pp. 22-23), denuncia el peligro de que el «Derecho judicial» se convierta en «Derecho casuístico, de justicia material que pretende perpetuarse, sin vinculación directa a la ley», y defiende un nuevo «jacobismo» en defensa y potenciación de la ley.

CE establece la sujeción de los poderes públicos a la Constitución, y, por tanto, a sus valores, e impone la obligación a esos poderes de promover la igualdad, la libertad, en definitiva, la efectividad de los derechos de los ciudadanos (art. 9.2 CE), o el art. 53.1 dispone que el «reconocimiento, el respeto y la protección de los principios» rectores de la vida política y social «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (la cursiva es nuestra), sin olvidar el principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, acuñado por el Tribunal Constitucional<sup>128</sup>.

Lo anterior, así como otras consideraciones de igual naturaleza que seguramente podrían mencionarse también a estos efectos, permite una interpretación de la ley, del sometimiento a sus dictados, menos literal, que admita un lugar para la jurisprudencia, trascendente, pero no que equipare al mismo nivel ley y jurisprudencia, ni mucho menos que ésta última sustituya a la primera en el grado de sometimiento y vinculación al juez<sup>129</sup>.

Como tajantemente afirmó el Tribunal Constitucional «la 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 que la Constitución no exige»<sup>130</sup>.

Con estos referentes, se ha de concluir que no cabe establecer, en los márgenes constitucionales, una vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de cumplimiento tan estricto que excluya que los tribunales inferiores puedan apartarse de la misma al ejercer la función jurisdiccional; función que incluye la capacidad de interpretación de la ley (circunstancia que, vista la apertura constitucional a valores y principios y vencido el tradicional recelo frente al juez, incrementa las posibilidades de resoluciones judiciales distintas en relación con supuestos de hecho similares)<sup>131</sup>.

Por demás, tan férreo sometimiento impediría la evolución jurisprudencial, quedando, cualquier posibilidad de cambio o modificación de la misma, a la entera decisión del Tribunal Supremo, que, por supuesto, es a quien corresponde, pero que, en ese caso, carecería no sólo de incentivos (no se verá

<sup>128</sup> LÓPEZ VILA, *op. cit.*, pp. 159-160. Para el profesor Francisco RUBIO LLORENTE («Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad», en *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*. Centro de Estudios Judiciales, 1990, p. 106 y ss.) la nueva concepción de la ley sitúa al juez en un plano diferente, de modo que su primera valoración la realizara partir del juicio a la misma ley.

<sup>129</sup> En sentido parecido afirma DELGADO BARRIO («El juez en la Constitución», *cit.*, p. 126), «[e]n nuestra Constitución, el juez ha de operar siempre con sometimiento al imperio de la Ley entendido como sujeción al ordenamiento jurídico y esto nos aclara ya la posición del juez respecto del ordenamiento jurídico que, en certera fórmula de HECK, es la de una obediencia pensante. Obediencia, porque el juez ha de obedecer lo que resulta de las previsiones normativas que le proporciona el ordenamiento jurídico. Pensante, porque sobre esa base de las previsiones normativas, y con lealtad al ordenamiento jurídico, ha de construir la solución que mejor contribuya a la realización del modelo de convivencia que traza el ordenamiento, un ordenamiento presidido por la Constitución que ocupa su cúspide.» Así mismo, SALA SÁNCHEZ, *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo...*, *cit.*, p. 21.

<sup>130</sup> Sentencia 125/1986.

<sup>131</sup> Luis DIEZ-PICAZO, «La justicia y el sistema de fuentes del Derecho», en *La Vinculación del Juez a la Ley*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1, 1997, pp. 205-218,

obligado a confrontar y examinar sus argumentos con los de otros tribunales), sino también verá notablemente reducidas las oportunidades para ello: el cumplimiento fiel de una obligación como la mencionada, restringiría los posibles recursos a resolver por este Tribunal.

Sin embargo, reconocer esa facultad del juez de alejarse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo replantea el problema de la efectividad de la vinculación de la misma, en cuanto parece limitarla a su capacidad de persuasión intelectual («*non razione imperii, sed rationis imperio*»)<sup>132</sup>.

Lo que sí cabe es acompañar tal potestad con la obligación de razonar, de justificar, los motivos que llevan a alejarse de la doctrina jurisprudencial<sup>133</sup> y considerar que esa interpretación (la del Tribunal Supremo), o bien no es aplicable al caso concreto que debe resolver<sup>134</sup>, o bien debe ser modificada, corregida, o actualizada<sup>135</sup>.

La justificación, el razonamiento y la exposición de los motivos que han persuadido al juez de que esa era la opción correcta en detrimento de la sustentada por el Tribunal Supremo (que se incardinará lógicamente en la motivación de la sentencia y de forma específica en la *ratio decidendi*), cumple a varios objetivos, de diferente naturaleza, expresivos todos de su notable importancia<sup>136</sup>:

- i) sirve para conocer las razones del tribunal y explicar su decisión, así como la forma en que ha interpretado la ley;
- ii) constituye referente insustituible para la preparación de un eventual recurso frente a la decisión;
- iii) es manifestación externa del cumplimiento por el juez de la legalidad, publicidad, motivación de los actos y el sometimiento a los principios del Estado de Derecho;

<sup>132</sup> LÓPEZ GUERRA («La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *cit.*, p. 2), considera que este tipo de vinculación resulta jurídicamente débil, «al no estar respaldada por mecanismo alguno de exigibilidad.»

<sup>133</sup> En ese sentido, Juan Luis REQUEJO PAGÉS («Juridicidad, precedente y jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, p. 233), sostiene que la transcendencia de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo no deriva tanto de la posición que a este Tribunal confiere el ordenamiento (art. 123 CE y art. 1.6 Código Civil), sino de la necesidad de motivar, de razonar y justificar el alejamiento de la misma. En la misma línea, insiste BLASCO GASCÓ («Funciones y eficacia de la norma jurisprudencia», *cit.*, p. 203), en que la cuestión de la eficacia de la jurisprudencia no se encuentra en que el juez pueda separarse del precedente, ni en que deba seguir necesariamente la doctrina del Tribunal Supremo, sino en que «el juez no se separe (no se debe separar) del precedente (...) sino por razones graves y expresamente motivadas.»

<sup>134</sup> Acudiendo a lo que en la doctrina anglosajona se denomina la técnica del «*distinguishing*», de la diferenciación, que consiste en determinar las diferencias que existen entre los supuestos de hecho de ambos casos de modo que el precedente devenga inaplicable (fórmula del «*non est simile*»).

<sup>135</sup> Antonio XIOL RIOS («El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional», *Revista del Poder Judicial*, núm. 2, 1986, pp. 32-33), se trata de armonizar el valor vinculante de la jurisprudencia con el principio de independencia judicial, siendo posible, en expresión del autor, hablar de «independencia del juez frente a la jurisprudencia», manifestado que «sólo puede garantizarse articulando el valor de ésta (la jurisprudencia) no por la vía de la vinculación incondicional, sino por la vía susceptible de matización de la fuerza vinculante del precedente.»

<sup>136</sup> Se suele decir lo mismo del reconocimiento de la facultad de emitir voto particular. FERRERES COMELLA: *op. cit.*, pp. 227-228.

- iv) constituye el objeto sobre el que en su caso recae la potencial fiscalización de los Tribunales superiores al resolver los posibles recursos, así como el control que queda realizar al Tribunal Constitucional en la resolución de un potencial recurso de amparo por supuesta vulneración del principio de igualdad;
- v) resulta acorde con las exigencias de seguridad jurídica y es presupuesto para la misma;
- vi) muestra el respeto al sometimiento al principio de legalidad, por cuanto la motivación ha de contener la expresión de una interpretación de la ley, que atendiendo a los criterios del Código Civil debe tener en cuenta, entre otros parámetros, su voluntad y espíritu, así como la finalidad pretendida por la norma, una interpretación que, por tanto, ha de ser respetuosa con la ley;
- vii) y, más directamente imbricado con el tema de estudio, ofrece al Tribunal Supremo la posibilidad de contrastar sus propios argumentos con la construcción del tribunal ordinario, decidiendo sobre sus razones (jurídicas), incluso pudiendo adoptarlas y cambiar su jurisprudencia, o por el contrario mantener su línea anterior y revocar la sentencia;

En realidad, los principios hasta aquí mantenidos, en esencia, el reconocimiento de una cierta eficacia vinculante de la jurisprudencia, entendida como la doctrina fijada por el Tribunal Supremo al aplicar e interpretar la ley y el resto de las fuentes del Derecho, y la potestad del juez inferior de desvincularse de la misma siempre que lo justifique suficientemente, como elementos estructurales ambos de la plenitud y efectividad del ordenamiento jurídico, de su unidad, y como determinantes en la garantía de la seguridad jurídica y los derechos del individuo más estrechamente implicados en la actuación judicial (permítasenos recordarlos, el derecho de igualdad en la aplicación de la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva), están presentes en nuestro ordenamiento actual, al igual que en el de los países de nuestra cultura jurídica continental de *civil law*<sup>137</sup>.

El sistema de recursos, y específicamente la casación sería la fórmula posible de articular la eficacia vinculante de la jurisprudencia con la independencia judicial<sup>138</sup>. Este modelo, tradicionalmente seguido por nuestro ordenamiento, que LÓPEZ GUERRA denomina de «vinculación «disuasoria»<sup>139</sup>, parece hoy por hoy el que mejor permite compatibilizar ambos extremos<sup>140</sup>. La cuestión sigue, sin embargo, abierta, en tanto este sistema, como los datos que

<sup>137</sup> Según MARTÍNEZ ALARCÓN (*op. cit.*, p. 192), la casación, en nuestro país y en los europeos de nuestra cultura jurídica, cumple el efecto de la vinculación al precedente en los de *common law*, o *stare decisis*

<sup>138</sup> Así, LÓPEZ GUERRA, «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *cit.*, p. 3; MARTÍNEZ ALARCÓN, *op. cit.*, pp. 192 y ss.

<sup>139</sup> «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 442, 8 de junio de 2000, p. 3.

<sup>140</sup> Igual parecer manifiesta LÓPEZ GUERRA, *Ibidem*.

ofrece la realidad ponen de relieve, no evita las contradicciones jurisprudenciales, ni la inseguridad jurídica, ni se muestra capaz de hacer frente a las posibles afecciones a los derechos, de forma muy llamativa, en el ámbito de la igualdad en la aplicación judicial de la ley<sup>141</sup>.

A esta «encrucijada aparentemente insalvable»<sup>142</sup>, determinada por la contradicción entre el principio de libertad de interpretación, ligado a la independencia judicial y el principio de igualdad en la aplicación de la ley y garantía de la seguridad jurídica, no ha podido sustraerse el Tribunal Constitucional, que ha afirmado, como se dijo, que «la función de unificación de la doctrina corresponde a los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria (...) siendo (...) sus criterios los que resultan vinculantes como fuente complementaria (art. 1.6 del Código Civil)»<sup>143</sup>, o que «el recurso para su unificación (la doctrina) devuelve a la casación su significado, como salvaguardia de la fuerza de la ley (...), sirviendo al principio de igualdad en su aplicación y a la seguridad jurídica, al tiempo que da contenido real a la primacía de su autor, configura constitucionalmente»<sup>144</sup>, pero, también, el Tribunal ha sostenido que no hay que confundir «el principio de igualdad en la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial, con una supuesta sumisión del juez a la jurisprudencia de los tribunales superiores y a la del Tribunal Supremo»<sup>145</sup>, por tanto, los órganos judiciales pueden discrepar y alejarse de los criterios sostenidos y mantenidos por el Tribunal Supremo sin que ello suponga necesariamente una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley<sup>146</sup>, o que «la existencia de una determinada línea jurisprudencial por parte de los tribunales superiores no implica que haya de ser seguida necesariamente por los tribunales inferiores, que en uso de su independencia judicial (art. 117 CE) pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo»<sup>147</sup>.

Con esta perspectiva, el proyecto de reforma que tanta polvareda ha levantado no constituye ninguna modificación radical. De hecho, al margen de las reformas específicas en materia de casación o en otras cuestiones, por lo que se refiere a la consagración real del valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no añade, por sí misma, algo que antes fuera totalmente desconocido para nuestro ordenamiento (se encontraba en él de forma implícita). Pues, de un lado, no establece ninguna sanción para el juez que decida desligarse de la doctrina sentada por el Tribunal superior de la jurisdic-

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> Como la califica Alejandro NIETO, «Visión doctrinal de la jurisprudencia», en *La fuerza vinculante cit.*, p. 118. Del mismo autor, «Valor legal y alcance real de la jurisprudencia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 8-9, 2002, pp. 103-116, y con especial referencia a la jurisprudencia constitucional, «El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Estudios en honor de José Gabaldón López*. Trivium/Asociación Profesional de la Magistratura, Madrid, 1990, págs. 229-254.

<sup>143</sup> Sentencia 246/1993.

<sup>144</sup> Sentencia 17/1995.

<sup>145</sup> Sentencia 41/1986.

<sup>146</sup> Sentencia 160/1993.

<sup>147</sup> Sentencia 165/1990, fundamento jurídico 6.

ción (téngase en cuenta que lo contrario devendría inconstitucional), y de otro, aunque tampoco prevé la posibilidad del juez de alejarse de la jurisprudencia y ofrecer una respuesta al caso elaborada a partir de su propia interpretación, no lo prohíbe<sup>148</sup>. De tal modo que, habida cuenta que esa actuación interpretativa se considera ínsita a la función jurisdiccional, debe entenderse que permanece en el ámbito de actuación judicial<sup>149</sup>.

Visto así, la reforma proyectada, realmente, no parece suponer, en el plano real, más que la recepción expresa y explícita en la ley de ese tácito e implícito reconocimiento de la fuerza vinculante del Tribunal Supremo, sin que quepa esperar mayor eficacia que la que pueda seguirse de su expresa consagración legal y de la mayor efectividad del recurso de casación cuya modificación, entre otros con estos efectos, también se prevé.

En este sentido, esta nueva previsión debe acompañarse de algunas otras reformas, demandadas por la doctrina y por algún sector de la judicatura, que potenciarían la eficacia de la modificación que se pretende introducir en el art. 5 LOPJ, y, de los objetivos y finalidades que con la misma se persiguen, que también han sido incluidas en el Proyecto presentado por el Gobierno.

La Exposición de Motivos del precitado Proyecto de Ley Orgánica identifica como objetivo la intensificación de la función unificadora del Tribunal Supremo, mediante la reforma planeada en materia de recurso de casación para la unificación de doctrina. De manera que, el Tribunal Supremo, constituido como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123 CE), y garante de la igualdad y la seguridad jurídica en la aplicación judicial del ordenamiento estatal, pueda desarrollar y cumplir su función de unificación de doctrina y, sean los Tribunales Superiores de Justicia los órganos en que se residencia, efectivamente, la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma (art. 152.1 CE).

A efectos de esto último, la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia se extiende al conocimiento de todo el Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, independientemente de la sede del órgano judicial que hubiere conocido en la instancia, en tanto, por razón del domicilio de los litigantes, es posible que cualquier órgano judicial del orden civil haya de aplicar normas de Derecho civil propio de una Comunidad Autónoma distinta a la de su sede, atribuyendo, por tanto, a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, la competen-

<sup>148</sup> Como recuerda DIEZ-PICAZO («Notas de Derecho comparado...», *cit.*, p. 20), «la preocupación del constitucionalismo por garantizar la independencia judicial está íntimamente relacionada con la convicción de que el ejercicio de la función jurisdiccional no es algo puramente mecánico y predeterminado en todos sus extremos», de tal modo que «resulta claro que la independencia judicial sólo tiene sentido en la medida en que las resoluciones judiciales añaden algo a las previsiones normativas.»

<sup>149</sup> En este mismo sentido, HERNANDO SANTIAGO (*Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho...* *cit.*, ps. LIII) estima que «el juez dependen de la ley, porque no puede separarse de la ley que le es dada para el cumplimiento de su función, pero la interpretación de la ley forma parte de su función en un Estado de Derecho.»

cia para conocer la revisión de las sentencias dictadas por los órganos judiciales en la respectiva Comunidad Autónoma.

Por lo que se refiere al orden contencioso-administrativo, en lógica correspondencia con lo antedicho, se regula la Sección, dentro de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia competente para conocer del recurso de casación para unificación de doctrina fundado en normas emanadas de la Comunidad Autónoma<sup>150</sup>.

En la reforma del recurso de casación y diseño de las competencias de Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia, el Proyecto toma como inevitable punto de partida la preocupante situación de carga de trabajo que pesa sobre las distintas Salas del Tribunal Supremo y la sentida, manifestada y generalmente admitida necesidad de reformar la casación.

De hecho, la reforma de la casación, aproximando su regulación en las diferentes leyes procesales y atendiendo al «interés casacional», y la restricción del recurso de revisión<sup>151</sup>, con el fin de propiciar un funcionamiento más ágil y eficaz del Tribunal Supremo, así como su función de órgano jurisdiccional superior y órgano garante de la uniformidad de la doctrina en todos los órdenes jurisdiccionales, constituyó uno de los compromisos recogidos en el *Pacto de Estado para la reforma de la Justicia*<sup>152</sup>.

Ya con anterioridad, el *Libro Blanco de la Justicia*<sup>153</sup>, analizaba la situación de cada una de las Salas del citado Tribunal y sugería alternativas de mejora que pasaban, de una forma u otra, por la modificación del recurso de casación:

- i) en relación con la Sala Primera, se planteaba bien la restricción de la casación, bien la atribución a otros órganos de competencias encomendadas por el momento al Tribunal Supremo;
- ii) por lo que se refiere a la Sala Segunda, se propugnaba la opinión de limitar el ámbito del recurso de casación (reduciendo considerablemente las causas y motivos que permiten el acceso a la vía casacional), reconduciendo al Tribunal Supremo a su genuina función de unificación de doctrina, y completando su regulación las previsiones en materia de doble instancia y la ampliación de competencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia;

<sup>150</sup> En cuanto al orden penal, las reformas tienen objetivos diferentes a los vistos, destacando la generalización de la segunda instancia, satisfaciendo así las exigencias del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con este fin se crean dos Secciones (de primera instancia y de apelación) en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, así como una Sala en los Tribunales Superiores de Justicia para garantizar la doble instancia penal de los aforados autonómicos.

<sup>151</sup> De forma que el Tribunal Supremo conozca exclusivamente de los recursos de revisión contra Sentencias firmes de la Audiencia Nacional y/o del propio Tribunal Supremo.

<sup>152</sup> El citado Pacto se suscribió el 28 de mayo de 2001 entre las dos principales fuerzas políticas, Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y Partido Popular (PP). *El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*, puede consultarse en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12, 2001, p. 309 y ss.

<sup>153</sup> Aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, con fecha de 8 de septiembre de 1997. *Libro Blanco de la Justicia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

iii) en cuanto a la Sala Tercera, el *Libro Blanco de la Justicia* insistía en la potenciación de la función unificadora, recomendando restringir el acceso al recurso de casación en función del «interés casacional», o concepto jurídico similar, singularmente en los recursos de cuantía indeterminada y, al mismo tiempo, abrir el recurso a cualquier materia cuyo interés justifique y demande un pronunciamiento del Tribunal Supremo, con independencia del criterio meramente cuantitativo, y manteniendo, con carácter excepcional el recurso de casación en interés de ley<sup>154</sup>.

Por su parte, el *Informe y Propuestas para la mejora de la Justicia*, elaborado por el propio Tribunal Supremo, y aprobado por su Sala de Gobierno el 23 de mayo de 2000 (conocido como *Informe 2000*)<sup>155</sup>, manifiesta la necesidad de redefinir las competencias del Tribunal Supremo a fin «de que pueda desempeñar de manera eficaz las funciones que constitucionalmente le corresponden en orden a la creación de jurisprudencia y unificación de doctrina como medio de salvaguardar la unitaria interpretación del ordenamiento jurídico, instrumento indispensable para garantizar la efectividad de los principios de igualdad, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, al tiempo que asegurar la adecuada armonización de los distintos ordenamientos que integran el ordenamiento jurídico español y el respeto a los preceptos y principios constitucionales»; principios y dictados constitucionales que necesariamente han de constituir premisa insoslayable de la redefinición de competencias entre Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia, y destacadamente los contenidos en los arts. 123 y 152.1 CE, esto es, la superioridad del Tribunal Supremo salvo en materia de garantías constitucionales, de un lado, y la culminación de la organización judicial en el territorio de la Comunidad Autónoma, por otro, todo ello en el marco de un Poder Judicial único, como reclama el art. 117.5 CE.

Con este objetivo, el mencionado *Informe 2000* reclamaba la reforma de la casación, la redefinición funcional de Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia, y la inclusión en la LOPJ de un precepto que dispusiese el valor vinculante de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a los tribunales inferiores de la jurisdicción ordinaria; precepto que, efectivamente, ha pasado a formar parte del Proyecto de reforma.

No obstante, potenciar y garantizar la posición del Tribunal Supremo en el sentido querido, así como asegurar la aplicación de unos criterios uniformes, la efectividad de la disposición acerca de la eficacia vinculante de la jurisprudencia dictada por este órgano, no son cuestiones huérfanas de dificultades, antes bien exigen un serio esfuerzo de adaptación y de reflexión sobre diversos aspectos. De forma harto sintética sobresalen:

---

<sup>154</sup> En concreto para los recursos en materia de personal, pues se estimaban los efectos perversos que pueda tener para el funcionamiento de la Sala el acceso de esta materia a la casación ordinaria.

<sup>155</sup> TRIBUNAL SUPREMO: «Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones jurisdiccionales», recogido en *Del modo de arreglar la Justicia*. Tribunal Supremo, Madrid, 2000.

- i) la necesidad de redefinir y clarificar el ámbito propio del recurso de casación en relación con otros recursos que se ventilan ante el Tribunal Supremo, potenciando los aspectos del recurso «más inmediateamente dirigidos al interés público y a la unificación de doctrina»<sup>156</sup>;
- ii) la identidad y sustantividad de la casación: en nuestro sistema la multiplicidad de formas distintas en que éste se articula y plasma, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones en distintas sedes jurisdiccionales<sup>157</sup>, dificulta determinar cuáles de los recursos sirven a la función de unificar y fijar doctrina, qué decisiones forman parte de esa doctrina jurisprudencial, qué parte de las mismas detenta naturaleza de doctrina jurisprudencial y, por tanto, de capacidad vinculante<sup>158</sup>, y a partir de qué número de Sentencias coincidentes dictadas por el Tribunal Supremo en la misma materia podemos hablar de «interpretación uniforme y reiterada», como reza el Proyecto;
- iii) la definición de la naturaleza y posición del Tribunal Supremo atendiendo a su configuración constitucional (art. 123 CE), y sobre todo con la mira de diseñar un ámbito de actuación propio del mismo en relación con los otros tribunales que le permita cumplir su función y papel constitucional, y singularmente la función de unificación de doctrina que le es propia<sup>159</sup>;
- iv) a estos efectos, destaca la necesaria articulación de sus competencias con las de los Tribunales Superiores de Justicia, con la subsiguiente determinación de ámbitos de actuación y de resolución de recursos y materias<sup>160</sup>,

<sup>156</sup> Luis AGUIAR DE LUQUE, «Poder Judicial y reformas estatutarias», *Revista General de Derecho Constitucional. Reforma de los Estatutos de Autonomía y Pluralismo Territorial*, núm. 1, 2006, pág. 78.

<sup>157</sup> Especial es el caso de la jurisdicción penal.

<sup>158</sup> En similares términos, HERNANDO SANTIAGO (*Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho... cit.*, p. XLV) considera que la diversidad de los recursos de casación con la distinta incidencia en cada orden jurisdiccional «contribuye a difuminar el sentido cabal del recurso de casación dentro de nuestro sistema de Administración de Justicia», y plantea «si no sería oportuno, para el cumplimiento de los fines propios del Tribunal Supremo, la reducción de todos los recursos de casación a uno, siempre que sea posible identificar un denominador común a cada una de las tipologías de recurso de casación existentes.»

<sup>159</sup> En favor del Tribunal Supremo la Constitución (art. 123 CE) establece lo que la doctrina ha denominado la garantía institucional del Tribunal Supremo; garantía que se incluye su obligada existencia, el estar situado en la cúspide de la jurisdicción (con la excepción de la competencia del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales), ser un órgano de jurisdicción nacional que abarque todos los órdenes de la jurisdicción. Más allá, como dice Luis María DIEZ-PICAZO («El poder Judicial. Breves reflexiones sobre 25 años de experiencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, p. 37), la garantía institucional del Tribunal Supremo «no predetermina completamente la naturaleza de las atribuciones de aquél ni, sobre todo, la extensión de las mismas: es evidente que, en la medida en que está en la cumbre de la organización judicial, el Tribunal Supremo difícilmente podrá dejar de cumplir una función de unificación de criterios de interpretación y aplicación de la legalidad», sin que necesariamente deba quedar limitado a ella.

<sup>160</sup> *Vid.*, Luis LÓPEZ GUERRA, «El Poder Judicial en el Estado de las Autonomías», en *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 83-126. Así como los diferentes trabajos recogidos en *Los Tribunales Superiores de Justicia como tribunales de casación en el orden contencioso-administrativo*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004; *Poder Judicial y Estado compuesto: relaciones entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, y *La justicia ante la reforma de los Estatutos de Autonomía*. Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia/Thomson, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2005.

- v) siguiendo con lo anterior, el reconocimiento de la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y su posición como Tribunal unificador y de casación, y la articulación de sus competencias con las residenciadas en los Tribunales de Justicia debiera verse acompañado de una regulación que permita a éstos últimos conocer en determinadas materias de los eventuales recursos de casación (como ya ocurre), pero que también garantice al Tribunal Supremo la posibilidad de fijar jurisprudencia al respecto (singularmente en asuntos de Derecho estatal, o aplicación de normativa comunitaria), solventar las potenciales contradicciones entre Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, o conocer otros recursos si existieren; posibilitar, en suma, la posición propugnada para el Tribunal Supremo
- vi) y, finalmente, muy defendida por unos y criticada por otros<sup>161</sup>, la previsión de un procedimiento de reenvío al modo de la cuestión prejudicial (a partir de la adaptación de alguno de los modelos existentes en el ámbito administrativo, en el comunitario, o, salvando más distancias, en el constitucional), accionable en los casos en que el juez o tribunal inferior considere que no debe seguir la jurisprudencia del Tribunal Supremo (posibilidad defendida en el citado *Informe 2000*, elaborado por el Tribunal Supremo, pero que no ha sido incluida en ninguno de los Proyectos de reforma de la Ley Orgánica 1/1985, del Poder Judicial, en tramitación parlamentaria).

Todo ello, porque como sostiene AGUIAR DE LUQUE<sup>162</sup>, «garantizar que el Tribunal Supremo pueda realizar adecuadamente su función de unificación de doctrina es de suma importancia para que la función jurisdiccional como función pública sirva a las finalidades mismas de su razón de ser en el marco del Estado de Derecho, que no es (...), sino la resolución de conflictos con arreglo a Derecho.»

---

<sup>161</sup> En contra se manifiesta PECES MORATE, *op. cit.*, p. 46 y ss. Por el contrario la defiende Enrique BACIGALUPO, («La aplicación del Derecho Penal y la igualdad ante la ley», en *Poder Judicial y Estado compuesto: relaciones entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 57), con expresa y detallada mención a los sistemas alemán (Ley de Constitución de los Tribunales y Ley para garantizar la unidad de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de la Federación, 1968), y francés (cuyo Código de la Organización Judicial, reformado en 1991, prevé la facultad de los jueces para dirigirse a la Corte de Casación y conocer su opinión sobre una cuestión «nueva» que suponga una dificultad importante y susceptible de aplicación en numerosos litigios). En el mismo sentido pro cuestión, o reenvío, prejudicial Antonio XIOL RIOS, «Evaluación de los aspectos relacionados con la Administración de Justicia en una futura reforma del Estatuto de Autonomía», en *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2004, p. 259 y ss. AGUIAR DE LUQUE, *op. cit.*, pp. 82-83.

<sup>162</sup> *Op. cit.*, p. 79.