



Universidad de Valladolid

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES,
JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN**

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

La vinculación del Juez a la Jurisprudencia

Autor: ANDRÉS BAUTISTA ALCÁZAR

Tutor: MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ

JUNIO DE 2015

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la labor del juez en el dictado de sus resoluciones, con particular atención a los elementos que le vinculan en dicha tarea.

A este respecto estudiaremos con más detenimiento el recurso de casación civil, consagrado por vez primera en la LEC de 1881 y cuya promulgación supuso una línea constante, hasta la actualidad, de la posición que ocupan los jueces ordinarios respecto a los Tribunales Superiores.

Hemos de partir de la existencia de dos sistemas jurídicos diferentes: el del *Common Law* o derecho anglosajón, que fundamenta su operatividad en la aplicación del precedente ubicando a la ley en una posición de subordinación. Y el sistema Continental-Europeo que establece la vinculación y sumisión del juez a la ley, ocupando la jurisprudencia una función subsidiaria consistente en complementar el ordenamiento jurídico. En este último modelo la independencia judicial se preserva mediante un sistema de recursos que permiten a los órganos estructuralmente superiores analizar la corrección de las resoluciones dictadas por los tribunales que ocupan una posición inferior en el organigrama judicial.

Palabras claves: *Juez ordinario, Vinculación, Jurisprudencia, Ley y Recurso de Casación*

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the task of the judge upon the issuance of his resolution, with particular attention to the elements which entail him to the aforementioned task. With regard to this point we shall study deeply the appeal, recognized, for the first time, in the LEC of 1881 and whose enactment stood for a constant line, until today, of the position that ordinary judges occupy compared to the Upper Courts.

We have to consider the existence of two different juridical systems: on one hand that of the *Common Law* or anglo-saxon right, which bases its operability on the precedent application, placing the law in a position of subordination. And on the other hand that of the European Continental system which the judge is linked and submitted to the law, where the jurisprudence plays a subsidiary role which consists of complementing the legal system. In the last, the judicial independence is preserved by a resources system which allow the courts, structurally superior, to study the correction of decisions pronounced by the courts which, in the court system, lay on an inferior position.

Keywords: *Ordinary Judge, Entail, Jurisprudence, Law and Appeal*

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

A.A.P.P.: Audiencias Provinciales.

A.A.V.V.: Autores Varios.

A.P.: Audiencia Provincial.

A.T.S.: Auto del Tribunal Supremo.

Art.: Artículo.

Arts.: Artículos.

C.C.: Código Civil.

C.C.A.A.: Comunidades Autónomas.

C.E.: Constitución Española.

C.P.: Código Penal.

E.E.U.U.: Estados Unidos.

Fj: Fundamento Jurídico.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LJCA: Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

LJS: Ley de Jurisdicción Social.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOTIC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

S.: Siglo.

S.T.C.: Sentencia del Tribunal Constitucional.

S.T.S.: Sentencia del Tribunal Supremo.

T.C.: Tribunal Constitucional.

T.S.: Tribunal Supremo.

T.S.J.: Tribunal Superior de Justicia.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. FUENTES DEL DERECHO.....	3
2.1. Fuentes del Derecho en el Código Civil; Antecedentes históricos.....	3
2.1.1. Título Preliminar del Código Civil de 1888/1889.....	3
2.1.2. Reforma del Título Preliminar de 1973/1974 y Actual Regulación.....	4
2.2. Jerarquía de fuentes del Derecho.....	6
2.2.1. La Constitución.....	6
2.2.2. La Ley.....	7
2.2.3. La Costumbre.....	8
2.2.4. Los principios Generales del Derecho.....	9
2.3. Fuentes del Derecho Procesal.....	9
3. JURISPRUDENCIA. CARACTERIZACIÓN GENERAL.....	12
3.1. Antecedentes históricos.....	12
3.1.1. El valor de la jurisprudencia en Derecho Romano.....	12
3.1.2. Etapas de la jurisprudencia.....	14
3.1.2.1. Etapa I: Concepción Racional del Derecho.....	15
3.1.2.2. Etapa II: Concepción Dialéctica del Derecho.....	16
3.1.2.3. Etapa III: Concepción Sistemática del Derecho.....	16
3.2. La jurisprudencia en el momento presente.....	17
3.2.1. Concepto de jurisprudencia.....	18
3.2.1.1. Jurisprudencia en sentido amplio	18

3.2.1.2. Jurisprudencia en sentido estricto.....	19
3.3. Posición de la jurisprudencia.....	21
3.3.1. La jurisprudencia no es fuente del derecho.....	21
3.3.2. Exigencias de la jurisprudencia.....	22
4. LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO Y EN EL COMMON LAW.....	23
4.1. Sistema anglosajón o Common Law.....	23
4.2. Conclusión.....	26
5. LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY.....	27
5.1. Principios básicos del Poder Judicial.....	28
5.1.1. Principio de Unidad Jurisdiccional.....	28
5.1.2. Principio de Exclusividad Jurisdiccional.....	29
5.1.3. Principio de Independencia y Sumisión al Imperio de la ley.....	31
5.1.3.1. Independencia del Juez ordinario frente a los “órganos superiores”.....	32
5.1.3.2. Independencia del Juez a los “particulares”.....	33
5.1.3.3. Sumisión al Imperio de la Ley.....	34
5.1.4. La imparcialidad.....	36
5.1.4.1. La abstención y recusación.....	37
5.2. Derecho Fundamental al Juez predeterminado por la Ley.....	38
5.2.1. Sentido positivo del Juez predeterminado por la Ley, art.24.2 CE.....	40
5.2.2. Sentido negativo del Juez predeterminado por la Ley, art.117.6 CE.....	41
6. LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA JURISPRUDENCIA, ¿ES LA JURISPRUDENCIA FUENTE DEL DERECHO?.....	44
6.1. El recurso de casación civil. Concepto, antecedentes, caracteres y funciones.....	44
6.2. Posturas a favor y en contra del recurso de casación.....	46

6.3. Interpretación de la ley, breve reflexión sobre el Ius litigatoris e Ius constitutionis.....	49
6.3.1. Seguridad Jurídica.....	50
6.4. Igualdad en la aplicación de la ley.....	51
7. CONCLUSIÓN.....	55
8. BIBLIOGRAFÍA.....	58

1. INTRODUCCIÓN

La figura y las atribuciones propias del juez han sufrido cambios a lo largo de la historia hasta llegar al momento presente.

Ya en la antigua Roma se reconocía al jurisconsulto como creador del Derecho y a su voluntad como criterio a aplicar por el resto de jurisconsultos en supuestos similares; esta línea se va a mantener hasta la época de Justiniano, en la que produce un cambio de sentido, estableciéndose que las resoluciones han de dictarse conforme a la interpretación de las leyes y no en atención a lo establecido por otros jueces.

Enraizando en el derecho romano se van a establecer dos sistemas, por un lado el de derecho Continental-Europeo o Civil Law (seguido en España), y por otro, el Common Law o derecho anglosajón (seguido por Inglaterra y E.E.U.U.); estos modelos se diferencian en la aplicación judicial del derecho, habida cuenta de que en el primero el juez está vinculado a la ley, y en el segundo lo está al precedente, quedando la ley subordinada a la jurisprudencia.

El estudio de este trabajo tiene como principales objetivos determinar la caracterización y posición de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico y la función que tiene ésta a la hora de ser aplicada por los jueces ordinarios; además, analizaremos en profundidad los principios reguladores del estatuto de jueces y magistrados consagrado en la LOPJ con la finalidad de dotarlos de independencia respecto de los órganos superiores.

Para concluir, aludiremos a la forma de resolver los problemas que pueden surgir entre los órganos ordinarios y los superiores cuando aquellos se desvinculan en sus resoluciones de la interpretación legal impuesta por éstos. En este contexto atenderemos a la figura del recurso de casación civil y a su función de preservar la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley, lo que se traduce en la posibilidad de que el órgano *a quem* pueda entrar a conocer de las resoluciones emitidas por el órgano *a quo* para concluir, bien casándolas y anulándolas para que sean nuevamente dictadas por el órgano inferior conforme a la doctrina consolidada, o bien conservándolas si están perfectamente motivadas y justificadas pudiendo producirse, en su caso, un cambio en la doctrina del T.S.

Por lo que se refiere a la estructura del trabajo, hemos considerado útil realizar un estudio de la evolución histórica desde el Derecho Romano hasta la actualidad, secundando

el sistema de fuentes impuesto desde el C.C. en 1889 y su posterior reforma y complementándolo con la implantación del recurso de casación civil en la LEC de 1881, hitos legislativos éstos que perfilan la posición de la jurisprudencia en una línea constante hasta hoy.

2. FUENTES DEL DERECHO

Cuando hablamos de las fuentes del derecho estamos haciendo referencia al modo de producción de las normas jurídicas. El sistema de fuentes del derecho español es plural y complejo, y sus bases las encontramos en el C.C.

De este modo, las fuentes del derecho español pueden ser genéricamente clasificadas en dos grupos:

1. Normas escritas: Constitución y la ley.
2. Normas no escritas: La Costumbre.

En cuanto a los Principios Generales del Derecho, doctrinalmente no existe una posición uniformemente concluyente sobre su conceptualización, si bien, siguiendo a Lasarte podríamos diferenciar dos grupos¹:

- *“Los principios del Derecho natural: Son aquellos criterios que se consideran justos o injustos para la convicción ético-social, y que hay que aplicar en defecto de ley o costumbre.*
- *Los principios lógico-sistemáticos: los que por inducción se encuentran ya recogidos en la ley y en la costumbre de manera general, e incluso en la propia Constitución*

2.1. Fuentes del Derecho en el Código Civil; Antecedentes históricos

2.1.1. Título preliminar del Código Civil de 1888/1889

Como afirma Margarita Serna², podemos encontrar la primera referencia a las fuentes del Derecho español en la redacción del Título preliminar del C.C. de 1888/1889 inspirado en el Código Civil Francés de 1804, en la Ley de Bases de 1885 y en los numerosos proyectos de Código Civil que le precedieron.

¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. “Ordenamiento Jurídico y Fuentes del Derecho”. *Principios de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Derecho de la Persona. 9ª Edición*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 55.

² SERNA VALLEJO, M. “La codificación española y las fuentes del derecho”. *Anuario de historia de derecho español*, núm. 82, 2012, pp 11-36.

En lo que al objeto de nuestro trabajo se refiere, hemos de referirnos a la enmienda que presentó el Senador Augusto Comas a la Base 1º de la Ley de Bases³; con su formulación se planteó por vez primera ante la Cámara⁴ la inclusión de la jurisprudencia como fuente del derecho, si bien la propuesta no fue aceptada por Manuel Silvela en nombre de la Comisión⁵.

Finalmente, cuando se aprueba el Título Preliminar de 1888-1889, se establece en el art.6.2 la enumeración del sistema de fuentes del Derecho español incluyendo en su enunciado: la ley, la costumbre local y los principios generales del derecho y descartando la jurisprudencia como fuente formal de producción del derecho⁶.

2.1.2. Reforma del Título Preliminar de 1973/1974. Regulación actual

La reforma del Título preliminar de 1973/1974 va a mantener el sistema de fuentes del anterior Título Preliminar. La única diferencia que podemos encontrar en cuanto al actual sistema de fuentes, es que el anterior Título hacía referencia a la costumbre local mientras que en este la expresión “local” se elimina, de forma que se incluye a la costumbre de forma general.

³Esta 1ª Base establecía que el C.C. habría de redactarse de manera semejante al proyecto de 1851, en el que se autorizaba a incorporar al texto enseñanzas de la doctrina y a dar soluciones a situaciones nuevas en atención a lo previsto en otras legislaciones.

⁴ La enmienda abrió el debate en las Cortes en relación con las fuentes del derecho. Augusto Comas era partidario de incorporar como fuentes del derecho (en la estructura de su Libro I de C.C.) la costumbre (que ya se incluía) y la jurisprudencia junto con la ley. En su defensa Comas advierte a las Cortes que los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 preveían para la infracción de ley o de doctrina legal el recurso de casación.

⁵ Esta postura fue descartada por Manuel Silvela por iniciativa de la Comisión. La Comisión consideró que la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo hasta la aprobación del Título Preliminar del C.C. debía incorporarse al articulado del Código, pero no se podía formular un reconocimiento general como fuente de derecho, por ser ésta una cuestión reservada a la legislación procesal mediante el recurso de casación.

⁶ Diario de Sesiones del Senado (1885); *Discurso sobre el Código Civil* [en línea] http://www.senado.es/cgi-bin/verdocweb?tipo_bd=IDSH&Legislatura=1884-1885&Pagina=%201661%20&Bis=NO&Apendice2=&Boletin2=&Apendice1=&Boletin1=

(Consulta: 15 de Feb. 2015)

En 1973 se ordena a la Comisión General de Codificación la redacción de un nuevo Título preliminar, en el que se enumeren de manera jerarquizada, directa y sistemática cuáles son las fuentes del derecho español partiendo, en todo caso, de la prevalencia de la ley sobre las demás.

Actualmente, tras la redacción del Título Preliminar del Código Civil las fuentes del Derecho español se encuentran recogidas en el art. 1 del C.C. (en relación con el art.149.1.8ª *in fine* de la C.E.), recordando que su aplicación es, en principio, genérica y no reducida exclusivamente al ámbito civil. Así, el referido art.1.1 del C.C. establece: “*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*” añadiendo en su segundo párrafo “*que carecerán de validez todas las disposiciones que contravengan a otra de rango superior*”.

Es preciso recordar a este tenor el art.149.1.8ª de la C.E, en el que se dispone que la “*determinación de las fuentes del derecho*” es competencia exclusiva del Estado, aunque en el desarrollo de esta función ha de respetar las normas del Derecho foral de aquellas C.C.A.A. que posean compilaciones enraizadas históricamente y fundamentadas en gran medida en normas consuetudinarias.

Retomando la cuestión relativa al concepto de fuentes del Derecho, hemos de precisar que con tal mención se alude a cómo se producen o generan las normas jurídicas que se aplican en nuestro sistema; así, de manera sistemática, podemos hablar de fuentes en dos sentidos diversos en atención al modo de producción:

- Fuente en sentido formal: esto es, la manera que tiene de manifestarse el Derecho a través de la Ley o de la Costumbre.
- Fuente en sentido material: refiriéndonos a instituciones que, debido al reconocimiento de su capacidad normativa, pueden producir leyes, como las elaboradas en las Cortes Generales, Gobierno, Comunidades Autónomas, etc.

Esta visión de nuestro sistema de fuentes es característica de la tradición seguida por la cultura europea continental no siendo secundada, sin embargo, por el Derecho anglosajón o *Common Law*, debido a que este último se desarrolla a partir de precedentes judiciales, esto es, se caracteriza por la creación del Derecho basada en las decisiones de los tribunales, aspectos estos que será ulteriormente analizados.

Retomando el análisis de las fuentes del Derecho contempladas en el art.1.3 y 1.4 del C.C., hemos de recordar que *“la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable...siempre que no sea contraria a la moral o al orden público”*, y que *“los principios generales del derecho solo se aplicarán en defecto de ley o costumbre...”*

Finalmente, y para concluir con el estudio del art.1 del C.C., hemos de aludir a la jurisprudencia que, como dispone en el apartado 6, *“complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”*; de la literalidad del precepto puede deducirse que la jurisprudencia no forma parte del sistema de fuentes del Derecho, ya que la expresión *“complementará”* empleada en esta formulación nos aleja de su intelección en una posición equiparable a la de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2.2. Jerarquía de las fuentes del derecho

2.2.1. La Constitución

El C.C. al enumerar las fuentes del derecho de manera jerarquizada establece en primer lugar a la Ley, a falta de ésta, la costumbre y, solo en defecto de ambas, a los principios generales del derecho. Sin embargo, debido a la ambigüedad del Código, hay una norma suprema no enumerada que debe entenderse ubicada en la cúspide: la Constitución Española de 1978.

La Constitución es la norma suprema (*“ley de leyes”*) y de más alto rango a la que tienen que estar subordinadas las demás normas. Precisamente, y como ya hemos dicho supra, el artículo 149.1.8ª CE atribuye competencia exclusiva al Estado en la determinación de las fuentes del derecho.

Asimismo, en el articulado de nuestra Suprema Norma se consagra en el art.9.1 que *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”* reiterando en el apartado tercero que se garantiza la *“jerarquía normativa”*.

De todo lo expuesto se concluye que para la doctrina española la Constitución no es simplemente una fuente del Derecho, sino una fuente de las fuentes, ya que es una norma directamente aplicable sin necesidad de desarrollo jurídico posterior; en este sentido

son varias las resoluciones judiciales en las que se pone de manifiesto el valor de la Constitución como norma fundamental y suprema, así y entre otras, la SSTC 9/1981 Fj) 3⁷, 16/1982 Fj) 1⁸ y 80/1982 Fj) 1⁹.

En esta misma línea se pronuncia De Los Mozos¹⁰ cuando afirma que la consideración como norma jurídica de la Constitución se demuestra en ciertos preceptos de la misma: “*de una parte el art.9.1 (los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución...); y por otra parte, la disposición derogatoria tercera, que declarará derogadas cuantas normas se opongan a Constitución*”, destacando asimismo que determinados la vinculación directa que poseen algunos de sus contenidos como “*la tutela jurídica inmediata e incluso reforzada a través del amparo constitucional, en sus arts. 53.1 y 2 y 161.b.1*”. En atención a lo expuesto el citado autor extrae las siguientes conclusiones:

- *“Como norma jurídica es de aplicación directa, sin necesidad de su ulterior desarrollo*
- *como norma superior del resto no está supeditada*
- *inspira todo el ordenamiento jurídico y éste debe ser interpretado de acuerdo con la Constitución.”*

2.2.2. La Ley

Antes de proclamarse la superioridad de la Constitución frente al resto de normas, la Ley ocupaba una posición de supremacía sobre las demás, erigiéndose como fuente del Derecho en la cúspide desde el S. XVIII, conformándose como una norma primaria dotada de generalidad.

⁷ STC 9/1981: “*La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico*”.

⁸ STC 16/1982: “*No conviene olvidar que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo [...] es norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento [...] por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales*”

⁹ STC 80/1982: “*Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema [...] algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1 donde se dice que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*”

¹⁰ De los Mozos, J.L. Revisión de la obra de Castan: “*Derecho civil español*”, Salamanca, 1977; Cit. por el Dr. Calvo Vidal en “*La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?*”, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992.

Actualmente, la ubicación de la Constitución en lo alto del sistema de fuentes, ha supuesto que Ley ha bajado una posición en el sistema de fuentes, si bien esta última sigue siendo considerada como una norma primaria y preferente ante las demás como establece, no solamente el C.C., sino también el art. 9.3 CE. cuando alude al “*principio de legalidad*”.

Para una adecuada caracterización de ley podemos acudir a una serie de notas significativas:

- Es habitual el empleo de la expresión “*Fuerza de ley*” que, referida a determinados actos jurídicos, refleja la virtualidad y eficacia que le es inherente.
- Puede derogar o modificar otras normas.
- No puede ser derogada ni contradicha por otra norma de inferior rango.
- La Constitución la dota del carácter de fuente central y alrededor de ella se ordenaran las demás normas del ordenamiento jurídico.
- Emanada del Parlamento y de las Cámaras de las C.C.A.A.
- Es sancionada y promulgada por el Rey.
- Para que adquiera fuerza como tal, tiene que ser publicada en el B.O.E.

2.2.3. La Costumbre

La costumbre es la forma más espontánea de creación del Derecho, es decir, es una práctica que se ajusta a una determinada conducta secundada por una sociedad (no interviene en su elaboración el Poder Legislativo o Ejecutivo) de forma constante y continuada en el tiempo, de forma que termina convirtiéndose en norma jurídica cuyo cumplimiento es obligatorio, si bien se exige que no sea contraria a la moral ni a la razón.

Hemos de recordar en todo caso que, si bien es fuente del derecho con carácter general, no lo es en lo que al derecho procesal se refiere, dada la imposibilidad de un uso reiterado y vinculante constitucionalmente idóneo para crear órganos jurisdiccionales o normas que regulen los ritos procesales.

En todo caso, este modo de creación de derecho actualmente se considera subsidiario, ya que opera en defecto de ley, sin embargo, continúa manteniendo un valor fundamental para algunos ordenamientos y, sobre todo, en aquellas C.C.A.A que conservan su derecho foral propio.

2.2.4. Los Principios Generales del Derecho

Entendemos por tales los conceptos fundamentales e informadores de la organización jurídica de la Nación. Están integrados por principios de derecho tradicional, natural, por las costumbres de una sociedad y por los principios lógico-positivos.

Su función es muy reducida, ya que solamente podrán ser aplicados en defecto de ley y de costumbre, de modo que constituyen una fuente supletoria y subsidiaria como dispone el art.1.4 del C.C: “*los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, pero, paradójicamente, continua afirmando que ello es así sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*”.

Con la mención a los principios generales del Derecho concluiríamos con el estudio de las fuentes del derecho enunciadas en nuestro Código Civil, pero tras el análisis efectuado se nos plantean varios interrogantes, ¿es la jurisprudencia fuente del Derecho? ¿Qué posición ocupa en nuestro sistema de derecho? ¿Qué valor tiene la jurisprudencia en nuestro derecho?

2.3. Fuentes del Derecho Procesal; Divergencia de las fuentes del derecho

Como ya hemos adelantado, la clasificación de las fuentes del Derecho que realiza el C.C. en su art.1 relativa a “*la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*” tiene carácter general, pero en determinadas ramas del ordenamiento jurídico, como acontece con el Derecho penal y el Derecho procesal no resulta operativa de forma que, a falta de ley aplicable, entran en funcionamiento los principios generales del Derecho, ya que la costumbre no es considerada fuente del Derecho procesal.

Concretamente, y para perfilar lo que el Derecho Procesal sea, hemos recurrido a la definición aportada por el profesor Gimeno Sendra¹¹ quien entiende “*que es un sector del Derecho público que regula los presupuestos, requisitos y efectos del proceso*” o, dicho de otro modo “*el conjunto de normas de Derecho público que regula la jurisdicción, los presupuestos procesales, los derechos, posibilidades, cargas y obligaciones procesales, los actos procesales, las resoluciones del órgano jurisdiccional,*

¹¹ GIMENO SENDRA, V. “Caracteres y Fuentes del Derecho procesal”. *Introducción al Derecho procesal. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 8ª edición, ed. Colex Editorial, Madrid, 2013, pág.347.*

la sentencia y sus efectos, así como los medios de impugnación, las medidas cautelares y resoluciones provisionales y el proceso de ejecución”.

De este concepto, y para abordar nuestro objeto de estudio, nos detendremos en “las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional, las sentencias y sus efectos así como los medios de impugnación o los recursos”.

Retomando la aludida alteración del sistema de fuentes en Derecho procesal, hemos de precisar que el primer lugar lo ocuparía la Constitución como se desprende de los art.5 (“*la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a los jueces y tribunales...*”) y 6 (“*los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o disposiciones contrarias a la constitución, las leyes...*”) de la LOPJ¹².

El segundo lugar corresponde a la ley que, que en lo que a las normas procesales se refiere, y continuando con la exposición de Gimeno Sendra, pueden ser de dos tipos:

- Comunes: que son las dispuestas en la LEC.
- Especiales: por ejemplo las incluidas en la LECrim., LJCA, LJS, LOTC, LOPJ.

En el mismo sentido que afirmamos en apartados precedentes, señala el profesor Montero Aroca¹³ que “la legislación procesal es exclusiva del Estado, sin perjuicio de lo que se derive del derecho sustantivo de las C.C.A.A., art.149.6.a) de la C.E.” en el que se dispone que podrán dictar leyes procesales civiles, pero de manera limitada.

Concluimos, por tanto, que la ley es la primera fuente del derecho procesal, pero no sucede lo mismo con la costumbre a la que no puede atribuírsele tal carácter en esta disciplina jurídica. Así, el Fj. 2 de la STS 2191/1998¹⁴ dispone:

¹² España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado. 2 de Julio de 1985, núm. 157, p.p. 20632 a 20678 [consultado 1 de Mayo]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

¹³ MONTERO AROCA, J. y A.A.V.V. “El derecho jurisdiccional”. *Derecho Jurisdiccional I, parte general, 20ª edición*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág.347.

¹⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [internet] Sentencia 2191/1998, de 28 de Abril de 1998 [consultado 1 de Mayo]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2942831&links=la%20costumbre%20no%20es%20fuente%20del%20derecho%20procesal&optimize=20031203&publicinterface=true>

“La costumbre no es fuente del Derecho procesal: no hay una opinio iuris seu necessitatis del Juez ni de las partes, de la repetición de actos en el ámbito del proceso, ni hay usos jurídicos que tengan la consideración de tales. Si la costumbre que se alega es contra legem, es indiscutible su no aplicación al proceso y, si además, no se ha probado, no es ni alegable. Las argumentaciones de este motivo pretenden basarlo en una infracción de costumbre, como si fuera fuente, que va contra la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 709 y su remisión a los 876 y 877 y, además, no ha sido probada la alegada reiteración de actos”.

Otra cosa distinta sucede con los principios general del derecho que, como señala Ortells Ramos¹⁵, sí son fuente de derecho procesal “con idénticas funciones que en otras materias jurídicas”. Una interpretación sistemático-integradora de lo expuesto nos permite concluir que los principios generales del Derecho no son aplicables a falta de ley y costumbre, sino directamente aplicable a falta de ley¹⁶.

Por último hemos de referirnos a la jurisprudencia a la que, como hemos visto, el art.1.6 del C.C. identifica con la doctrina legal sentada por las Sentencias del T.S. que se hayan producido de manera reiterada y a la que atribuye la función de complementar el ordenamiento jurídico.

¹⁵ ORTELLS RAMOS, Manuel y A.A.V.V. “Norma procesal y métodos de conocimiento de la materia procesal”. *Introducción al derecho procesal*. 3ª edición, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pág.372.

¹⁶ MONTERO AROCA, J. y A.A.V.V. “El derecho jurisdiccional”. *Derecho Jurisdiccional I, parte general*, 20ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág.350.

3. JURISPRUDENCIA. CARACTERIZACIÓN GENERAL

3.1. Antecedentes históricos

Un adecuado abordaje de la jurisprudencia hace imprescindible recurrir a su conceptualización histórica, siendo particularmente interesante el análisis del Derecho Romano.

3.1.1. *El valor de la jurisprudencia en Derecho Romano*¹⁷

Tomando en consideración la opinión de estudiosos en la materia como Biondi¹⁸, puede decirse que *“la jurisprudencia romana no pretende formular un sistema de conceptos, sino resolver justa y equitativamente las cuestiones que presenta la vida cotidiana”*.

Ello se traduce en que en el ordenamiento romano la única fuente del Derecho eran las soluciones jurídicas aportadas por los jurisconsultos, de modo que puede decirse que *“el Derecho es el juicio que emite el Jurisconsulto”*¹⁹.

Si atendemos a una perspectiva etimológica, observamos que el término “jurisprudencia” proviene de la expresión *“prudentia iuris”*-traducción de “Frónesis” en clara referencia al *“conocimiento de lo justo y lo injusto”*. Si bien, siguiendo a Cicerón, la “prudentia” no es conocimiento, sino *“rerum expetandarum fungendarum scientia”*, o lo que es lo mismo, “el arte de alcanzar unas cosas y evitar otras”.

Un análisis recopilatorio permite concluir que, la jurisprudencia no es más que la prudentia aplicada al campo del Derecho, y que su función consiste en sugerir lo que es necesario conseguir o evitar en el campo jurídico²⁰.

¹⁷ En lo relativo a este apartado seguimos muy de cerca al estudio realizado por el Dr. Calvo Vidal, en su obra *“La jurisprudencia ¿fuente del derecho?”,* ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, p.p. 63-73.

¹⁸ Vid. BIONDI. B. “Arte y Ciencia del Derecho”. Barcelona, 1953, citado por el Dr. Calvo Vidal en *“La jurisprudencia ¿fuente del derecho?”,* ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, pág. 63.

¹⁹ Vid. ALVAREZ SUAREZ, V. “La jurisprudencia romana en la hora presente”, Madrid, 1966; cit. Dr. Calvo Vidal en *“La jurisprudencia ¿fuente del derecho?”,* ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, pág.64.

²⁰ Vid. BIONI. B. “Arte y Ciencia del derecho”. Barcelona, 1953, Cit. Dr. Calvo Vidal en *“La Jurisprudencia ¿fuente del derecho?”,* ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, pág.64.

Desarrollando las ideas inmediatamente apuntadas, percibimos que para la doctrina romana la jurisprudencia se concebía como un sinónimo de conocimiento de Derecho. En este sentido resulta particularmente interesante la definición de Ulpiano recogida por Zubiri de Salinas: “*Turis prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”²¹ (el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto), formulación ésta en la que se mezclan el Derecho, la moral y la religión y que supone que el juez no sólo ha de tener conocimiento del derecho, sino también de todo lo divino y lo humano.

Para comprender el valor de la jurisprudencia en Roma es interesante, en esta misma línea, el análisis del “*Tus Respondendi Ex Auctoritate Principis*”²² o Derecho a dar respuesta, ejercitado únicamente por aquellos privilegiados a quienes se faculte para emitir dictámenes en nombre del emperador, resultando tal labor restringida, por tanto, a los sectores de juristas con mayores capacidades para desarrollarla. Las decisiones tomadas por estos “*privilegiados*” o “*responsa*” se realizaban caso por caso mediante la emisión de dictámenes, y con independencia de que la misma cuestión sometida a su consideración hubiera sido planteada ante otro jurisconsulto; en la práctica era infrecuente que al resolver se apartaran de las decisiones adoptadas por otros expertos en casos semejantes, salvo que fueran obligados a un segundo dictamen discordante²³.

Lo interesante al objeto de nuestro estudio, es que esta particular forma de resolver fue considerada como derecho vigente dentro del sistema de fuentes, si bien con una serie de requisitos. Para que los “*responsa*” constituyeran fuente del derecho era necesario que existiera una resolución coincidente en los diversos casos consultados; si, por el contrario, ante supuestos iguales se aportaban soluciones diferentes, al juez le asistía la facultad de acogerse a la decisión que estimara más adecuada al caso concreto²⁴.

²¹ Vid. Zubiri de Salinas, F. “¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto” *Revista “Jueces para la democracia”*, núm.50, 2004, pág.52.

²² JÖRS-KUNKEL, W. “Derecho privado romano”, traducción de Prieto, Cit. Dr. Calvo Vidal en “La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, p.p. 69-70.

²³ Vid. ALVAREZ SUAREZ, V. “La jurisprudencia romana en la hora presente”, Madrid, 1966; cit. Dr. Calvo Vidal en “La jurisprudencia ¿fuente del derecho?, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, pág.70.

²⁴ Vid. RODRIGUEZ DEL BARCO, J.: “La jurisprudencia como fuente en el nuevo Título preliminar del Código Civil aprobado por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo”, *Revista de Derecho*

La situación descrita se mantiene en el tiempo hasta que en la época de Justiniano surge una nueva línea de pensamiento; a partir de este momento se impone la obligación de que los jueces resuelvan los casos conforme a lo que disponen las leyes y la justicia y no en atención a lo establecido por otros jueces en sus resoluciones. Ello supuso que a finales de la República en Roma la jurisprudencia quedará relegada a una segunda posición y que, correlativamente, se crearan Asambleas Legislativas compuestas por magistrados iudicantes encargados de suplir, completar y corregir el Derecho Civil en el ejercicio concreto y práctico de la realidad social²⁵.

Precisamente, y en coherencia con estos planteamientos, el Código creado por Justiniano incorporó la prohibición de que los juristas interpretaran las normas, aunque tal veto nunca se llegó a cumplir en la práctica²⁶.

3.1.2. *Etapas de la jurisprudencia*²⁷.

Para realizar un adecuado estudio de la jurisprudencia, y antes de abordar su intelección presente, parece adecuado analizar -siquiera genéricamente- su conformación evolutiva, puesto que ésta varía en atención al momento histórico que tomemos como referente.

Privado, Vol.59, N° 11 (Diciembre), 1975, p.p. 993-1005. Cit. Dr. Calvo Vidal en “La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?”, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, pág. 70.

²⁵ XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche. Departamento de Derecho Universidad Nacional del Sur Bahía Blanca – Argentina.

²⁶ Vid. CALVO VIDAL, F. “Acepciones y conceptos del término jurisprudencia”. “*La jurisprudencia ¿fuente del derecho?*”, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, p.p. 63-73.

²⁷ En lo relativo a este apartado, seguimos muy de cerca el interesante trabajo de Xiol Ríos adoptando, en algunas ocasiones los mismos enunciados asignados a los epígrafes. XIOL RÍOS, J.A. “La jurisprudencia según distintos paradigmas de la Ciencia jurídica”. *EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN* (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, V., ed. Iustel, Madrid, 2007, págs. 552-563.

3.1.2.1. Etapa I: Concepción Racional del Derecho

Para los positivistas y racionalistas la preocupación fundamental en este ámbito era aportar una interpretación racional del Derecho, es decir, pretendían expresar el Derecho a través de proposiciones objetivas; de este modo, el positivismo se fundamentó en el paradigma de la norma.

En lo que a nuestro tema de estudio se refiere, ambas corrientes (racionalismo y positivismo) se muestran reticentes en cuanto al valor de la jurisprudencia, que no consideran como un elemento de construcción lógica del sistema jurídico, sino como una consecuencia de la aplicación de la ley en el dictado de la sentencia; ello significa que cuando el juez dicta sentencia desvinculándose de la ley, se está contradiciendo el ordenamiento jurídico y que, cuando la sentencia aplica adecuadamente la ley no se está añadiendo nada nuevo a la fuerza que ésta despliega hacia la sociedad.

En este contexto ha de entenderse el pensamiento de Montesquieu, quien entendía que la función de los jueces sólo era pronunciar las palabras de la ley. Desde la Revolución Francesa la única función de los jueces era aplicar la ley, ya que ésta era la expresión máxima de la voluntad del pueblo, prohibiéndose, en consecuencia, la interpretación judicial de los Códigos. Precisamente con esta finalidad se creó el Tribunal de Casación, cuya función era controlar la labor de los jueces, si bien la paradoja de su existencia es que, finalmente, él mismo acabó creando jurisprudencia.

En un sentido contrario, y en oposición a las corrientes aludidas, los normativistas atribuyen un valor fundamental a las decisiones judiciales, convirtiendo la jurisprudencia en fuente del Derecho. De esta forma la creación de la doctrina proveniente de los tribunales de casación resulta en alguna medida asimilada a la ley²⁸.

²⁸ XIOL RÍOS, J.A. “La jurisprudencia según distintos paradigmas de la Ciencia jurídica”. *EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN* (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, V., ed. Iustel, Madrid, 2007, págs. 552-554.

3.1.2.2. Etapa II: Concepción Dialéctica del Derecho

En esta Etapa la explicación del Derecho radica en una lógica argumentativa, de forma que cualquier razonamiento jurídico es justificable siempre que se argumente dialécticamente renunciándose, de este modo, a una verdad argumentativa, tópica o sustancial. Esta concepción encuentra reflejo en el precedente propio del Common Law.

De esta proyección destacan dos consideraciones relevantes para la formación de la jurisprudencia en el sistema continental:

- 1- Los órganos inferiores pueden desarrollar la jurisprudencia de los Tribunales de casación través de nuevos argumentos y razonamientos jurídicos sin temor a ser acusados de incumplimiento por sus decisiones.
- 2- Se dota de independencia a los jueces en el siguiente sentido: no hay sometimiento directo de los órganos inferiores a los superiores, sino sujeción indirecta al resultar vinculados aquellos por las resoluciones dictadas por éstos²⁹.

3.1.2.3. Etapa III: Concepción Sistemática del Derecho

Para entender adecuadamente los planteamientos propios de esta etapa es necesario distinguir entre validez y vigencia de la norma. En este sentido, la jurisprudencia se consagra como un conjunto de resoluciones de aplicación de la ley que, mediante la interpretación de ésta y sin apartarse de su contenido, consiguen una postura más cercana a la realidad social.

Esta concepción se basa en la constitucionalidad de las normas, es decir, en que la decisión de los jueces se fundamenta en las normas preestablecidas y escritas con el fin de fomentar la igualdad y la seguridad jurídica. En este sentido se manifiestan varios autores: para Holmes “*el Derecho consiste en lo que dicten los jueces*”, añadiendo que “*de su contradicción nace*

²⁹ XIOL RÍOS, J.A. “La jurisprudencia según distintos paradigmas de la Ciencia jurídica”. *EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN* (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, V., ed. Iustel, Madrid, 2007, págs. 554-557.

la inseguridad jurídica y la negación del Derecho". De forma similar alude Habermas, a la "indeterminación de las decisiones judiciales", identificándola con la imprevisibilidad³⁰.

Implícita en la exposición precedente está la idea de la creación judicial del derecho; se impone por tanto en este punto, precisar qué se entiende por tal. Siguiendo los planteamientos de Victoria Iturralde³¹ la expresión puede entenderse en cinco sentidos:

- 1- *Creación formal*: puede considerarse un mandato, de forma que cada resolución judicial es un acto jurídico normativo tan nuevo como una ley; la decisión judicial crea derecho por ser una decisión.
- 2- *Creación material para un caso concreto* :en este punto la autora parafrasea a Kelsen afirmando "que el proceso de producción de derecho es a la vez aplicativo y creativo" en el sentido de que, en primer lugar y en cuanto labor aplicativa, las normas inferiores siguen los criterios de las superiores y, en segundo lugar, se entiende que "hay creación de derecho porque el juez elige, de entre dos normas posibles, una de ellas".
- 3- *Creación material de una norma particular para un caso concreto por inexistencia de normas*: En este caso, y dada la presencia de una laguna legal por inexistencia de ley aplicable, el juez recurre a la analogía para dictar sus sentencias.
- 4- *Creación material de normas generales*: Sucede cuando una decisión judicial tiene valor de precedente para casos posteriores, como sucede con aquellas sentencias interpretativas del T.C. dotadas de una vinculación *erga omnes*.

3.2.La jurisprudencia en el momento presente

La evolución estudiada pone de manifiesto que el concepto de jurisprudencia ha sufrido variaciones desde el Derecho Romano hasta la actualidad. En todo caso podemos

³⁰ XIOL RÍOS, J.A. "La jurisprudencia según distintos paradigmas de la Ciencia jurídica". *EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN* (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, V., ed. Iustel, Madrid, 2007, págs. 557-560.

³¹ ITURRALDE SESMA, V. "Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas del civil law: el caso español". *Estudios de teoría del Derecho*. Anuario de Filosofía del Derecho, núm.12, 1995, p.p. 401-421.

afirmar que la jurisprudencia no solo consiste en un conocimiento teórico de las reglas y los principios del Derecho, sino que “*es el arte de aplicar el Derecho al hecho*”³².

3.2.1. *Concepto de jurisprudencia*

La conceptualización de lo que la jurisprudencia sea es diversa y variada en la doctrina, si bien tal pluralidad de concepciones pueden reconducirse a dos que toman en consideración un sentido amplio o estricto del término.

3.2.1.1. *Jurisprudencia en sentido amplio*

En este contexto podemos aludir a la opinión de varios autores.

Así, para el profesor Lacruz³³, la jurisprudencia en lenguaje forense y en sentido amplio son “los pronunciamientos o sentencias de los tribunales en cuanto deciden puntos de Derecho, y, por tanto, con cierto valor de precedente”.

En esta misma línea el profesor Lasarte³⁴ entiende que “la jurisprudencia se identifica con los criterios sentados por los Jueces y Tribunales en su cotidiana tarea de interpretación y aplicación del derecho objetivo a los litigios que son sometidos a su conocimiento”.

De igual modo, y en opinión a Xiol Ríos³⁵, “la jurisprudencia ha pasado a ser la doctrina o criterios de interpretación del Derecho establecida por los tribunales, de cualquier clase y categoría, al decidir las cuestiones que se les someten”.

³² Vid. CLEMENTE DE DIEGO, F.M. “La jurisprudencia como fuente del Derecho”, Madrid, 1941. Cit. Dr. Calvo Vidal en “La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, pág. 74.

³³ LACRUZ BERDEJO, J.L y A.A.V.V. “Otras fuentes del derecho”. *La norma jurídica. Elementos del derecho civil, Parte General*, Vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág.173.

³⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. “Ordenamiento jurídico y fuentes del derecho”. *Principios del derecho civil, Tomo I, parte General y Derecho de la persona, 9ª edición*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág.56.

³⁵ XIOL RÍOS, J.A. y A.A.V.V. “Notas sobre la Jurisprudencia”. *El carácter de la jurisprudencia, 2ª edición*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pág.82.

De las aportaciones de estos tres autores podríamos extraer una definición de jurisprudencia en sentido amplio identificada con todas aquellas decisiones emanadas de los Jueces y Magistrados por las que, interpretando el Derecho y sin apartarse de él, resuelven los conflictos que les han sido planteados.

No obstante, esta concepción es tan amplia que resulta inoperante, lo que aconseja acotar de algún modo el concepto que nos ocupa.

3.2.1.2. Jurisprudencia en sentido estricto

A esta línea de pensamiento alude Xiol Ríos³⁶ cuando afirma que “los tribunales están integrados en una estructura que, desde el punto de vista procesal es jerárquica, y van a ser estos los que van a constituir un concepto de jurisprudencia más estricto, ya que se predica solo de la doctrina que emana de ellos”.

En un sentido similar se pronuncian otros autores:

Así, el Profesor Lacruz³⁷ entiende que “en su sentido más estricto y práctico los abogados identifican la jurisprudencia con la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo” añadiendo que “esta jurisprudencia se puede alegar cuando un tribunal inferior se ha apartado de ella, interponiendo el recurso de casación”.

Otros autores como Lasarte³⁸ afirman que “la jurisprudencia coincide con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo”.

En otro orden de cosas, y en lo relativo a las fuentes del derecho empleadas por el juzgador para resolver los conflictos que se someten a su consideración, hemos de aludir a varios preceptos. De este modo, y de conformidad con el art.9.1 de la C.E. los jueces están sometidos, “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Asimismo el art.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que “los Jueces y Tribunales españoles no aplicarán los

³⁶ XIOL RÍOS, J.A. y A.A.V.V. “Notas sobre la Jurisprudencia”. *El carácter de la jurisprudencia, 2ª edición*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pág.82.

³⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L y A.A.V.V. “Otras fuentes del derecho”. *La norma jurídica. Elementos del derecho civil, Parte General*, Vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág.174.

³⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C. “Ordenamiento jurídico y fuentes del derecho”. *Principios del derecho civil, Tomo I, parte General y Derecho de la persona, 9ª edición*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág.56.

reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

A este tenor, y operando una interpretación sistemática de diversos preceptos de la Constitución (arts. 152³⁹, 123⁴⁰ y 161⁴¹) propone Xiol Ríos un concepto de jurisprudencia en sentido estricto, identificándola con “el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrando en las sentencias del T.S., y hoy de los T.S.J., cuando ejercen funciones de casación”⁴².

Aun así, siguiendo el modelo del Common Law, hay necesidad de relacionar todas las decisiones jurisprudenciales entre sí, no en función de criterios jerárquicos, sino sustantivos, ya que estas decisiones actúan unas como premisas de otras. Esto se logra en nuestro sistema mediante la declaración de la jurisprudencia como fuente del Derecho en sentido impropio y en conexión con el sistema de recursos. La jurisprudencia se nos ofrece como una labor jurídica de mediación entre tesis opuestas, nutridas de la realidad social a través de un proceso dialéctico en el que acaban integrándose todos los órganos judiciales del país⁴³.

³⁹ Artículo 152, párrafo 2º: “Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”.

⁴⁰ Artículo 123.1: “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”.

⁴¹ Artículo 161.1.a)” El Tribunal Constitucional [...] es competente para conocer: Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

⁴² XIOL RÍOS, J.A. y A.A.V.V. “Notas sobre la Jurisprudencia”. *El carácter de la jurisprudencia*, 2º edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pág.82. Vid. Xiol Ríos, J.A. “Jurisprudencia civil: 2005-2007 análisis crítico”. *Estudios de derecho judicial*, núm. 133, 2007, p.p. 413-457. Vid. Xiol Ríos, J.A. [en línea]. Notas sobre la jurisprudencia, [Consultado 17 de Junio]. Disponible en: <http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada6/1%20XIOL.pdf>

⁴³ XIOL RÍOS, Juan Antonio. “El diálogo de los Tribunales”. *Revista del Poder Judicial*, núm. 90, 5ª época, 2011, pp. 7-8.

En este último sentido es interesante la intelección de jurisprudencia que sostiene Nabal Recio⁴⁴, quien afirma:

“La jurisprudencia no es una creación del Tribunal Supremo. Es una reelaboración que el Tribunal hace con materiales de muy distinta procedencia, con los estudios doctrinales, con sus propias resoluciones y las que de los tribunales de instancia, con las alegaciones de profesionales y litigantes, indagando en las estructuras lógicas subyacentes en el ordenamiento, en los sistemas de valores que conviven en conflicto dentro de la sociedad. La jurisprudencia representa la aportación de los jueces al proceso continuo de transformación del Derecho”.

3.3. Posición de la jurisprudencia

3.3.1. La jurisprudencia no es fuente del derecho

Llegados a este estadio del análisis previsto podemos abordar cuál es el valor que se otorga a la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, cuál es su ubicación dentro el sistema de fuentes.

Como punto de partida ha de tomarse en consideración lo dispuesto en el art.1.1 del C.C. en el que se omite cualquier mención a la jurisprudencia, y en el apartado 6 del mismo artículo 1, donde se establece que *“la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico”*⁴⁵.

Tomando en consideración estos preceptos podemos decir que la jurisprudencia no forma parte de nuestras fuentes del derecho y que el juez se encuentra vinculado únicamente a la ley (art.117.1 C.E.), de forma que su desvinculación de ésta le deslegitimaría como juez, pudiendo entender que incurre, incluso, en el tipo de la prevaricación (arts. 446 y ss. C.P.).

⁴⁴ Cit. por Xiol Ríos, Juan Antonio. *“El diálogo de los Tribunales”*. Revista del Poder Judicial, núm. 90, 5ª época, 2011, pág. 8. Cit. *“La jurisprudencia según los distintos paradigmas de la Ciencia jurídica”*. EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, Vicente, ed. Iustel, Madrid, 2007, pág. 557.

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L y A.A.V.V. *“Otras fuentes del derecho”*. *La norma jurídica. Elementos del derecho civil, Parte General*, Vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág.179.

A este respecto, y siguiendo al profesor Lasarte⁴⁶, entendemos que la primacía de la ley es innegable de modo que la actividad jurisdiccional, aun teniendo una función nobilísima, es secundaria a la expresión de la voluntad general. De ello se derivan una serie de consideraciones:

- 1- La tarea legislativa le corresponde a las Cortes Generales porque son quienes asumen la representación nacional, mientras que los Jueces y Magistrados tienen por función administrar justicia conforme al sistema de fuentes establecido.
- 2- En nuestro sistema jurídico el Juez no está facultado para crear libremente Derecho según sus convicciones y criterios ético-jurídicos.
- 3- El imperio de la ley, abstracto y general, es la mejor forma de garantizar el principio de igualdad que emana del artículo 14 de la C.E.

3.3.2. *Exigencias de la jurisprudencia*

Para que la jurisprudencia sea considerada como tal, es preciso que concurren una serie de requisitos:

- En primer lugar, la reiteración del mismo criterio interpretativo en varias resoluciones judiciales⁴⁷.
- Únicamente integran tal concepto el fallo y los fundamentos de derecho de las sentencias.

⁴⁶ En este sentido vid. LASARTE ÁLVAREZ, C. “ordenamiento jurídico y fuentes del derecho”. *Principios del Derecho civil, Tomo I, Parte General y Derecho de la persona, 9º edición*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 57.

⁴⁷ Es suficiente a estos efectos la existencia de, al menos, dos resoluciones judiciales en idéntico sentido.

4. LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO Y EN EL COMMON LAW

4.1. Sistema anglosajón o Common Law

Como es sabido, en la actualidad se distinguen básicamente dos tipos de sistemas jurídicos: el sistema Continental-Europeo (ya abordado en el punto 2), y el sistema anglosajón o Common Law (imperante en América y Reino Unido).

En el modelo del Common Law puede decirse que la legislación es fuente subsidiaria del Derecho civil, ya que lo que resulta aplicado prioritariamente por los jueces son las sentencias procedentes de los Tribunales Superiores⁴⁸.

Siguiendo las explicaciones del Profesor Lacruz, puede decirse que el sistema inglés encuentra su origen en los denominados “Tribunales del Rey”, órganos que recorrían el país juzgando en nombre del monarca y cuya función era la de unificar la pluralidad de reglas e interpretaciones utilizadas por las jurisdicciones señoriales. En la resolución de los conflictos estos tribunales aplicaban frecuentemente las reglas tradicionales, en otras ocasiones los principios del derecho romano adaptados al sistema inglés y, con más frecuencia, tomaban en consideración criterios de justicia de oportunidad.

La creación del Common Law se enraíza, por tanto, en la capacidad de la Corona para orientar el sistema judicial hacia un modelo en el que se unificaban las costumbres locales de los condados⁴⁹. Esto va a provocar que, en etapas posteriores, los precedentes se conviertan en una fuente abundante de resoluciones jurídicas, dando lugar a lo que conocemos como Common Law.

En esta línea evolutiva, desde finales del S. XIII se permite a los jueces aplicar la doctrina anterior en la resolución de los casos quedándoles vedado, sin embargo, el establecimiento de nuevos principios, de modo que serán únicamente las antiguas sentencias las que sirvan para juzgar los nuevos casos.

⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L y A.A.V.V. “Otras fuentes del derecho”. *La norma jurídica. Elementos del derecho civil, Parte General*, Vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág.180.

⁴⁹MARTÍNEZ-TORRON, Cit. por RUIZ-CAPILLAS, J. “La escisión de Inglaterra: el Common law”. *Ius commune y common Law*. Cuadernos de Historia del Derecho, 2008, pág. 336.

Pero en realidad no será hasta el S. XIX⁵⁰ cuando se consolide la doctrina del precedente, ya que en aquella época existían muy pocas normas escritas, de forma que eran los abogados y su práctica forense quienes se encargaban de recordar a los jueces la resolución judicial que se había aplicado anteriormente ante un caso semejante; ello condujo al establecimiento de un sistema de publicación de sentencias -los “*law reports*”⁵¹- y al implícito reconocimiento de que los jueces crean Derecho en lugar de limitarse a aplicarlo⁵².

Es preciso poner de relieve que el precedente o Common Law anglosajón despliega su fuerza vinculante en dos sentidos o dimensiones, una vertical y otra horizontal⁵³:

La dimensión vertical: Se traduce en que los tribunales inferiores están sometidos no al Derecho como tal, sino a la interpretación que del mismo hacen los tribunales superiores.

Esta proyección supone dos características inexistentes en el derecho Continental Europeo, ya que:

- 1- Los jueces anglosajones no ingresan en una estructura jerarquizada funcional regida por un Estatuto común y propio de Jueces y Magistrados; es decir, en el modelo europeo los tribunales superiores no tienen capacidad para “disciplinar” a los inferiores, únicamente existe un sistema de recursos establecidos para asegurar

⁵⁰ Vid. MAGALONI KERPEL, A.L., “el precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano”, ed. McGrawHill, 2001, pág. 8 (nota 16), Cit. por FERRERES COMELLA, V. y A.A.V.V. “el papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado”. *La jurisprudencia como fuente del derecho, interpretación creadora y arbitraria (edición homenaje a D. José Puig Brutau, 2º edición*, ed. Bosch, Barcelona, 2006, pág. 76.

⁵¹**Law reports:** colecciones de libros que contienen la jurisprudencia de un determinado Tribunal o de un determinado territorio.

⁵² RIVERO ORTEGA, R. “Precedente: Sentencia anterior que establece un criterio a tener en cuenta”. *Precedente, Jurisprudencia, y Doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho*, Revista de Administración Pública núm. 157 (enero-abril 2002), p.p. 89-118.

⁵³ Cit. por FERRERES COMELLA, V. y A.A.V.V. “el papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado”. *La jurisprudencia como fuente del derecho, interpretación creadora y arbitraria (edición homenaje a D. José Puig Brutau, 2º edición*, ed. Bosch, Barcelona, 2006, pág. 81.

la convergencia entre los tribunales inferiores y los criterios establecidos por los superiores⁵⁴.

Lo que se quiere decir es que el sistema Continental Europeo está sujeto a una estructura jerarquizada desde un punto de vista orgánico, ya que existe un sistema de ascensos de jueces y magistrados conforme al cual el inferior puede ir ascendiendo hasta posicionarse en la misma situación que los Tribunales Superiores. Lo mismo puede decirse desde el punto de vista procesal, ya que a través de los recursos pueden corregirse las sentencias de los órganos inferiores si se apartarán de la doctrina establecida sin una suficiente motivación⁵⁵.

- 2- En el Derecho anglosajón, a diferencia del civil law, es poco común el recurso de casación y el acceso a los Tribunales Supremos.

La dimensión horizontal: Alude a la fuerza vinculante del Common Law a lo largo del tiempo y, aunque cabe la posibilidad de modificación o revocación de los precedentes a través del overruling, ha de tenerse en cuenta dos aspectos:

- 1- Sólo el tribunal que creó el precedente puede decidir sobre la vigencia de éste, lo que supone que los tribunales inferiores tienen prohibida su no aplicación (aun cuando crean que no deben ser aplicados) hasta que el tribunal superior no determine que carecen de fuerza.
- 2- Aunque el tribunal superior puede modificar o revocar el precedente, existe una presunción a favor de su mantenimiento, de forma que se impone su respeto por parte de todos los jueces mientras no sea revocado.

⁵⁴ Vid. DAMASCA, Mirjan, *"The Faces of Justice and State Authority"*. A comparative Approach to the Legal process, Yale University Press, New Have, 1986, págs. 36-37; Cit. por FERRERES COMELLA, V. y A.A.V.V. "el papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado". *La jurisprudencia como fuente del derecho, interpretación creadora y arbitraria (edición homenaje a D. José Puig Brutau, 2º edición*, ed. Bosch, Barcelona, 2006, pág. 81.

⁵⁵ Vid. FERRERES COMELLA, V. y A.A.V.V. "El reconocimiento oficial del carácter vinculante de la jurisprudencia en los países del Common Law". *El carácter de la jurisprudencia, 2º edición*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pág. 51.

4.2. Conclusión

Tras el análisis efectuado sobre los sistemas Continental-Europeo y el anglosajón o Common Law, podemos concluir estableciendo algunas diferencias esenciales entre ambos:

El sistema continental se fundamenta en el principio “*res iudicata*” es decir, la fuerza jurídica de la sentencia no va más allá del caso concreto planteado; mientras que el sistema anglosajón se basa en el “*stare decisis*”, lo que supone atribuir eficacia vinculante general al precedente judicial y no meramente orientativo o ilustrativo⁵⁶. Así, este sistema consagra a la jurisprudencia como verdadera fuente del Derecho, de forma que cada sentencia actual se fundamenta en resoluciones anteriores recaídas en casos similares y las resoluciones cumplen el papel que se asigna aquí a la ley⁵⁷.

⁵⁶ XIOL RÍOS, J.A. “La jurisprudencia según los distintos paradigmas de la Ciencia Jurídica”. *EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN (Estudios en homenaje al Profesor Almagro Nosete)*, Gimeno Sendra, Vicente, ed. Iustel, Madrid, 2007, pág.555.

⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. y A.A.V.V. “otras fuentes del Derecho”. *La norma jurídica. Elementos del derecho civil, Parte General*, Vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 180.

5. VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY

Abordamos en este apartado el sometimiento de los tribunales a la ley.

A este respecto, el art.9.1 de la LOPJ dispone que *“Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley”*. En un sentido similar, el art.1 de la LEC establece que *“en los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”*.

De igual modo, y con el objetivo de estudiar detenidamente la vinculación a la que están sometidos los Tribunales, es necesario analizar el art.117 de la C.E., precepto incluido en el Título VI, relativo al Poder Judicial. Este artículo consagra tres principios básicos:

- 1- Principio de Unidad jurisdiccional, recogido en el art.117.5 de la C.E. y completado por el art.3.1 de la LOPJ: *“La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”*.
- 2- Principio de Exclusividad, art.117.3 de la C.E. desarrollado por el art.2.1 de la LOPJ: *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales”*.
- 3- Principio de Independencia judicial, art.117.1 de la C.E. pronunciándose al respecto de manera general y de forma casi idéntica el art. 1 también de la CE al disponer que *“la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley”*.

4.- Derecho al Juez legal, reconocido de forma positiva en el art.24.2 de la C.E. *“derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley”* y de forma negativa en el art.117.6 cuando prohíbelos Tribunales de excepción⁵⁸.

Además de estos principios, el art.14 de la C.E. consagra el derecho fundamental a la igualdad, que proyectado en el ámbito del Poder Judicial se traduce en la no arbitrariedad de las decisiones que tomen los Jueces y Tribunales ante situaciones sustancialmente

⁵⁸ MONTERO AROCA, J. y A.A.V.V. “Los principios políticos del Poder Judicial”. *Derecho Jurisdiccional I, parte general, 20ª edición*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.p. 76 y 101

iguales, ello exige que toda desvinculación de la jurisprudencia que se produzca en sus resoluciones ha de ir acompañada de una razonada motivación que la justifique.

5.1. Principios básicos del “Poder” Judicial

5.1.1. Principio de Unidad Jurisdiccional

El apartado quinto del art.117 de la Constitución dispone que *“el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”*.

Del análisis de este precepto podemos deducir que consagra la existencia de un cuerpo único de jueces y magistrados regulado en la LOPJ, resultando excluidas las llamadas *“jurisdicciones especiales”* creadas por el régimen franquista.

Para abordar la problemática de las jurisdicciones especiales es particularmente útil la consulta del trabajo realizado por Gimeno Sendra⁵⁹; en este contexto distingue el Autor dos puntos de vista, uno formal, conforme al cual lo que caracteriza a estas jurisdicciones es su no pertenencia a un cuerpo único y, por ende, su ausencia de regulación en la LOPJ; y otro material, identificado con la falta de independencia de los jueces y magistrados que la integran.

Así, el principio de unidad jurisdiccional tiene un doble significado⁶⁰:

- 1- *“Establece la regla general sobre cuál es el poder constitucionalmente habilitado para organizar la Jurisdicción, en el sentido de constituirla y ordenar sus órganos y sus potestades.*
- 2- *Establece un criterio de organización de la Jurisdicción consistente en unificar el régimen de las garantías de los jueces.”*

⁵⁹ GIMENO SENDRA, V. *“El principio de la Unidad Jurisdiccional”*. *Introducción al Derecho procesal*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 8ª edición, ed. Colex Editorial, Madrid, 2013, p.p. 63 y 64.

⁶⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel y A.A.V.V. *“El principio de la unidad jurisdiccional”*. *Introducción al derecho procesal*. 3ª edición, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p.p.93 a 98.

En este sentido destaca además Montero Aroca⁶¹ que la jurisdicción es indivisible, de modo que todos los órganos jurisdiccionales poseen la totalidad de potestad jurisdiccional, otra cosa es la competencia que se distribuye legalmente entre los distintos Jueces y Tribunales para que conozcan de determinadas materias. Por lo tanto esta unidad jurisdiccional supone la incardinación de los Tribunales en el Judicial, para lo que se exige que cumplan determinadas exigencias:

- 1- *Como órganos han de estar regulados en la Ley orgánica del Poder Judicial.*
- 2- *Los jueces que los integran deben tener la condición de técnicos (haber demostrado su conocimiento del derecho) y de carrera (concebida ésta como cursus).*
- 3- *Han de constituir un cuerpo único, como dispone el art.112.1 de la CE,.*
- 4- *Toda la actividad se gestionara por el Consejo General del Poder Judicial, por lo que otros poderes no pueden tener participación en esta área.*

En conclusión, el fundamento de la unidad jurisdiccional supone que todos los órganos jurisdiccionales estarán formados por jueces y magistrados regidos por un estatuto personal regulado por la propia LOPJ en su Libro IV y que, además, cada juez y magistrado ha de gozar de total independencia, sin que ningún “superior” pueda dictarle órdenes ya que se encuentran sometidos únicamente al imperio de la Ley y del Derecho.

Este principio hay que relacionarlo con el art.117.3 de la C.E. y 2.1 de la LOPJ, por el que se establece que la potestad jurisdiccional pertenece en exclusiva a los juzgados y tribunales.

5.1.2. Principio de Exclusividad Jurisdiccional

El principio de exclusividad jurisdiccional se regula en el apartado tercero del art.117 de la C.E. disponiendo que *“el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales*

⁶¹ MONTERO AROCA, J. y A.A.V.V. “Los principios políticos del Poder Judicial”. Derecho Jurisdiccional I, parte general, 20ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág.79 y 80.

*determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*⁶², encontrándose desarrollado por el art.2.1 de la LOPJ que establece: “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional [...] corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales*”⁶³.

De la exposición de motivos de la LOPJ se destaca, tal y como dice el art.1 de la C.E., que España es un Estado social y democrático de derecho en el que la jurisdicción es expresión de la voluntad popular, si bien necesita de unos órganos únicos y exclusivos encargados de aplicar las normas y a los que están sometidos tanto particulares como poderes públicos.

El monopolio de la potestad jurisdiccional corresponde, por tanto, al Estado (excluyendo cualquier regulación de las C.C.A.A. en esta materia), pero, además de referirse al ámbito estatal, la C.E. y la LOPJ aluden también al ámbito internacional en cuanto que:

- 1- *“El art.93 de la C.E. permite, mediante ley orgánica, autorizar la celebración de tratados internacionales por los que se atribuya a una institución internacional el ejercicio de potestades derivadas de la Constitución;*
- 2- *De la misma manera, en el art.2.1 in fine de la LOPJ, se dispone: El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes y en los tratados internacionales*⁶⁴.

Estas dos normas son, a decir de Montero Aroca, las que dan soporte constitucional y orgánico a tres de los más altos tribunales internacionales: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y el Tribunal Penal Internacional.

⁶² España. Constitución española de 1978. *Boletín Oficial del Estado*. 29 de Diciembre de 1978, núm. 311, p.p. 29313 a 29424 [consultado 8 de Mayo]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229

⁶³ España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*. 2 de Julio de 1985, núm. 157, p.p. 20632 a 20678 [consultado 8 de Mayo]. Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-12666

⁶⁴ MONTERO AROCA, Juan y A.A.V.V. “Los principios políticos del Poder Judicial”. *Derecho Jurisdiccional I, parte general, 20ª edición*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág.85.

El principio de exclusividad se basa en la idea de que la potestad de “*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*” no puede recaer ni en los particulares, dando paso así a un derecho de autodefensa, ni ser concedida al resto de funcionarios; así se establece en el C.P., poniendo en relación los arts. 620.2 y 455.1, que castigan con penas de multa a los particulares que “*amenacen, coaccionen...o realicen un derecho propio, actuando fuera de las vías legales*”. Lo único a lo que no se opone el art.117.3 es a que se diriman determinados conflictos intersubjetivos mediante los denominados “*equivalentes jurisdiccionales*”, esto es el arbitraje y únicamente cuando concurren las condiciones legalmente previstas para ello⁶⁵.

La exclusividad puede entenderse, además, en un sentido negativo⁶⁶ así, el apartado cuarto del art.117 y el art.2.2 de la LOPJ disponen que “*los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*”, de esta forma la exclusividad exige que cualquier otra función que se les asigne deba estar atribuida por la ley y sea concebida en garantía de un Derecho.

5.1.3. Principio de Independencia judicial y sumisión al imperio de la ley

La independencia judicial es la nota más característica y esencial que conforma el estatuto de jueces y magistrados, dotándolos de autonomía respecto a los demás poderes, instancias, etc. en la labor de ejercicio de la potestad jurisdiccional.

El principio de independencia judicial se encuentra consagrado en el apartado del art.117 de la C.E. y es desarrollado por el art.1 de la LOPJ, que dispone: “*la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley*”⁶⁷.

Es preciso aclarar en este punto que la independencia a la que aludimos no tiene un carácter absoluto e identificado con una actuación arbitraria o puramente decisionista, -el

⁶⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. “La exclusividad de la jurisdicción”. *Introducción al Derecho procesal*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 8ª edición, ed. Colex Editorial, Madrid, 2013, pág.75.

⁶⁶ MONTERO AROCA, Juan y A.A.V.V. “Los principios políticos del Poder Judicial”. *Derecho Jurisdiccional I, parte general, 20ª edición*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág.87.

juez no puede considerarse como creador del Derecho⁶⁸ - sino que se predica respecto de los demás poderes públicos, de los magistrados integrados en órganos superiores y de los propios órganos de gobierno del judicial, suponiendo por tanto que el juez se encuentra única y exclusivamente sometidos al imperio de la ley.

5.1.3.1. Independencia del juez ordinario frente a los “órganos superiores”

Con carácter previo al abordaje de esta materia, y para evitar las posibles confusiones que el enunciado pueda provocar, es necesario poner de relieve que dentro de la organización del Poder Judicial no hay órganos superiores ni inferiores ya que su actuación no está informadas por el principio de jerarquía, tal es así que el único sometimiento que tiene el juez va a ser exclusivamente a la ley.

En este sentido se pronuncia el art.12 de la LOPJ, que consagra que los jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional son independientes tanto de sus superiores como de los propios órganos de gobierno del poder judicial (12.1 LOPJ), que los aludidos órganos superiores no podrán corregir las resoluciones de los jueces inferiores salvo cuando conozcan de los recursos interpuestos frente a ellas (12.2 LOPJ) y que tampoco podrán dictar instrucciones sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional (12.3 LOPJ).

De la lectura y explicación de este artículo se puede deducir que dentro del organigrama judicial tiene la misma independencia un “órgano superior” como puede ser el T.S., como el “órgano más inferior” como sería el Juez de Paz.

El incumplimiento de las previsiones del art.12 LOPJ, supone la comisión de una falta que, en atención a su entidad, puede calificarse de leve, grave o muy grave (art.416 LOPJ).

Se consideran faltas muy graves las intromisiones o presiones en el ejercicio jurisdiccional de otro juez o magistrado (art.417.4 LOPJ), al igual que será una falta grave el interés que despierte el conocimiento de un determinado asunto por parte de otro juez o magistrado sobre la actividad jurisdiccional del juez competente para conocer.

⁶⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel y A.A.V.V. “La independencia Judicial”. *Introducción al derecho procesal*. 3ª edición, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p.p.61 a 78, especial referencia a págs. 63.

Si bien la legislación reconoce el la independencia de los jueces, es necesario que contemple algunas previsiones conducentes a garantizarla; en este sentido hemos de aludir a la inamovilidad judicial proclamada en el art.117.1 de la C.E. cuando dice que los jueces y magistrados “*serán independientes, inamovibles...*” y en el art.15 de la LOPJ al establecer que “*los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta Ley*”, de modo que tales situaciones exigen la concurrencia de la causa legal que las provoca, evitando su apreciación arbitraria.

5.1.3.2. Independencia de los jueces frente “a los particulares”

La independencia del juez frente a la sociedad se asegura mediante dos medidas que Gimeno Sendra sistematiza en preventivas y represivas.

Las preventivas, van dirigidas a preservar la imparcialidad y prestigio de los jueces y magistrados, esto es, a dotar a determinadas personas, distinguidas por su saber, de una potestad independiente de los demás y a que, además esta independencia sea percibida como tal a los ojos de la sociedad⁶⁹.

Mecanismos para garantizar tal imparcialidad frente a la sociedad son los sistemas de ingreso en la carrera judicial contemplados en el art.301 y ss de la LOPJ que exigen la concurrencia de una serie de requisitos de capacidad, etc. así como la necesidad de superar el examen previsto y el curso de formación⁷⁰; además de esta existen otras dos vías que permiten el acceso mediante el llamado cuarto y quinto turno restringido a juristas de reconocido prestigio que, además, cumplan con las exigencias legalmente previstas⁷¹.

⁶⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. “La exclusividad de la jurisdicción”. *Introducción al Derecho procesal*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 8ª edición, ed. Colex Editorial, Madrid, 2013, pág.88 y 89.

⁷⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL [en línea], *Acceso a la carrera judicial: Jueces y Fiscales*, [Consultado 16 de Junio]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-Carrera-Judicial--Jueces-y-Fiscales>

⁷¹ MINISTERIO DE JUSTICIA [en línea], *Acceso a convocatorias por perfiles profesionales: Carrera judicial*, [Consultado 16 de junio]. Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/empleo-publico/acceso-convocatorias-perfiles/carrera-judicial>

Por otro lado, las medidas represivas están más vinculadas a que la sociedad respete esa independencia otorgada a los jueces y magistrados (art.13 LOPJ); de esta forma, en el caso de que se sientan inquietados o perturbados en su independencia podrán dirigirse ante el Consejo General del Poder Judicial, haciéndolo constar en el juzgado o tribunal competente para llevar a cabo el procedimiento adecuado (art.14.1 LOPJ), en el caso de que tal situación no sea denunciada por el juez, podrá actuar en este sentido el Ministerio Fiscal a quien, según dispone el art.14.2 de la LOPJ y 124.1 de la C.E., le corresponde velar por la independencia de los Tribunales.

5.1.3.3. Sometimiento al imperio de la ley

Como punto de partida para el análisis de este punto, hemos de precisar que por ley a estos efectos ha de entenderse la referida norma en su sentido más amplio, inclusivo de la Constitución.

A este respecto, y en atención al principio de jerarquía normativa, dispone el art.5.1 de la LOPJ que *“la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”*; además, la propia Constitución establece en el art.97 que *“el Gobierno [...], ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”* de forma que *“los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”* (art.9.1),añadiendo con posterioridad que es función de los tribunales controlar *“la potestad reglamentaria...”*(art.106). Este último precepto ha de ponerse en relación con el art.6 de la LOPJ que impone que *“los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”*.

Del análisis de los estudios realizados por Ferreres Comella⁷² y Maestre Delgado⁷³, se puede llegar a la siguiente conclusión: Por *“ley”* no solo hay que entender la producida

⁷² FERRERES COMELLA, Víctor y A.A.V.V. “Notas sobre la Jurisprudencia”. *El carácter de la jurisprudencia, 2ª edición. Fundación Coloquio Jurídico Europeo*. Madrid, 2010, pág.58

⁷³ MAESTRE DELGADO, Juan Francisco. “Un análisis de la significación de la jurisprudencia en el ordenamiento español”. *Sobre el valor de la jurisprudencia en derecho español*. Revista General de Derecho Público comparado 3, 2008, pág.7.

mediante el procedimiento legislativo en Cortes, sino cualquier forma de producción que revista tal nombre aunque no provenga de la voluntad general; de este modo se incluirían en este nomen los decretos leyes y legislativos y los tratados internacionales y reglamentos.

La obligación que existe para el juez de aplicar la ley resulta exceptuada únicamente en dos supuestos:

- En el caso de reglamentos, estos pueden ser inaplicados por los jueces y magistrados si son contrarios a la Constitución, a la ley y al resto del ordenamiento jurídico.
- En el caso de las leyes preconstitucionales; los jueces ordinarios pueden controlar su legalidad bien directamente, dejando de aplicar la norma, bien indirectamente planteando una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

Pero, fuera de estos supuestos, el juez inaplicar una ley sin más sino que, en caso de duda, debe operar de la siguiente forma:

- Si se trata de una norma post-constitucional, el juez o magistrado puede realizar un análisis de su validez, pero a quien le corresponde declarar su inconstitucionalidad es al TC.
- Si el juez o magistrado considera que la ley es contraria al Derecho comunitario pueden inaplicarla en algunos casos, pero si la resolución que recaiga en el proceso en cuestión no es recurrible en derecho interno, está obligado a plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE.

Hemos de precisar en este contexto que la ley no se impone como un mandato para que los jueces y magistrados dicten sentencia, puesto que sentenciar supone un juicio personal, no solo en la determinación de si son o no ciertos los hechos, sino también en la concreción de la norma singular, ya que dispone de una norma general y abstracta en cuya aplicación intervienen una serie de razonamientos y juicios de valor, en los que siempre estará implícita su aportación personal.⁷⁴

⁷⁴ ORTELLS RAMOS, M. y A.A.V.V. “La independencia Judicial”. Introducción al derecho procesal. 3ª edición, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p.p.61 a 78, especial referencia a págs. 68.

Ello no contradice lo dispuesto en el art.127.1 de la C.E. reiterado por el art.395 de la LOPJ, preceptos que prohíben a jueces y magistrados pertenecer a partidos políticos⁷⁵ ya que esta garantía, prevista en aras de la independencia, no excluye que puedan secundar una u otra ideología sino que trata de evitar la figura del juez político.

Además el juez, a la hora de aplicar Derecho, debe realizar una interpretación coherente y razonada poniendo especial énfasis en el asunto a tratar, puesto que no debe resolver contradiciendo la jurisprudencia emitida por los Tribunales Superiores habida cuenta que ello supondría generar un estado de inseguridad jurídica y, en su caso, vulnerar el art.14 de la C.E.⁷⁶.

El principio de independencia y sumisión del juez a la ley hay que complementarlo con el de legalidad, que a la vez es presupuesto de la imparcialidad. Abordamos, por tanto, estos aspectos.

5.1.4. Imparcialidad

Para el análisis de esta garantía es necesario partir del diseño del proceso como institución en la que existen dos partes que defienden intereses particulares, propios y contrapuestos, y un tercero imparcial, que es el juez encargado de resolver dicho conflicto aplicando la ley al caso concreto.

La imparcialidad se identifica con la figura del juez ajeno a influencias externas e internas. Así, quien decide tiene que ser imparcial, y la imparcialidad la otorga la exclusiva sumisión a la ley⁷⁷.

⁷⁵ ARNALDO ALCUBILLA, E. “Sinopsis artículo 127” [en línea]. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther. Edi. Diciembre 2003, Madrid. [consultado 9 Mayo]. Disponible en: <https://mail.google.com/mail/u/0/#search/normas+tfq/14bc0872244497c8?projector=1>

⁷⁶ GIMENO SENDRA, V. “La independencia de jueces y magistrados”. *Introducción al Derecho procesal*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 8ª edición, ed. Colex Editorial, Madrid, 2013, pág.101.

⁷⁷ ASÍS ROIG, Rafael. “Derechos en la argumentación judicial”. *Los derechos y la argumentación judicial*. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 10, Madrid, p.p. 13 a 33, especial mención pág.24.

A este respecto, y para evitar dicha parcialidad, la LOPJ regula dos tipos de garantías en el Libro III, Título II, Capítulo V, relativo a la Abstención y Recusación (arts. 217 a 228) de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones. Así, el art.217 dispone que *“el juez o magistrado en quien concurra alguna de las causas establecidas legalmente se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse”*.

Analizamos más detenidamente estas figuras.

5.1.4.1. Abstención y Recusación

Por lo que respecta a la abstención, ésta opera a instancias del propio juez o magistrado quien solicitará apartarse del caso alegando y poniendo en conocimiento del tribunal competente la concurrencia de alguna de las causas recogidas en el art.219⁷⁸ de la LOPJ.

⁷⁸**Artículo 219:** Son causas de abstención y, en su caso, de recusación: 1.^a El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal. 2.^a El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa. 3.^a Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas. 4.^a Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. 5.^a Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes. 6.^a Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo. 7.^a Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes. 8.^a Tener pleito pendiente con alguna de éstas. 9.^a Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes. 10.^a Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa. 11.^a Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia. 12.^a Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa. 13.^a Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo. 14.^a En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que

La abstención tendrá que ser estudiada por el órgano a quien se atribuiría competencia funcional para conocer de los recursos contra las sentencias del juez abstenido (art.221.1 LOPJ) y resolverá, bien denegando la abstención (pudiéndose instar por las partes la recusación) lo que supondrá que el juez continúe conociendo del asunto (art.221.3 LOPJ); o bien, admitiéndola, supuesto en el que el juez dictara auto expresando los motivos por los cuales se aparta del asunto y se ordenará la remisión de los autos a su sustituto (art.221.4 LOPJ). La abstención y, en su caso, la sustitución, deberán ser comunicadas a las partes, incluyendo el nombre del juez o magistrado que conocerá a partir de ese momento del asunto (art.222 LOPJ).

En cuanto la recusación, el juez no solicita que se le aparte del caso, sino que serán las partes mediante un acto de postulación, las que interesan su sustitución por entenderlo incurso en alguna de las causas previstas en el art.219 de la LOPJ.

La recusación deberá proponerse en un plazo de 10 días desde que se conozca la identidad del juez o magistrado (art.223.1.1º LOPJ) ante el órgano que sería funcionalmente competente para conocer de los recursos contra las sentencias que el juez dicte o, si se trata de un órgano colegiado, ante el magistrado que por turno corresponda según su antigüedad (art.224 LOPJ).

5.2. Derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley

Para poder abordar adecuadamente este tema es necesario realizar una breve reseña histórica sobre el origen y ulterior evolución de esta figura.

Ya en la época de la Revolución Francesa comenzó a apreciarse un verdadero rechazo hacia las instituciones del Antiguo Régimen y, entre ellas, a la figura de las

hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1.ª a 9.ª, 12.ª, 13.ª y 15.ª de este artículo. 15.ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso. 16.ª Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.

avocaciones, que suponía la arbitraria asunción de las competencias de un órgano inferior por parte de otro superior⁷⁹ sin que existiera previsión legal al respecto. Además, también eran frecuentes en este contexto los juicios celebrados por y ante comisarios, así como las actuaciones de jueces de atribución manifestaciones, todas ellas, de la existencia de un sistema totalmente arbitrario. El escenario descrito provocó una reacción dirigida a evitar los tribunales de excepción e imponer, correlativamente, la figura del juez imparcial.

En el derecho americano, la idea de “*juez justo*” se persigue, entre otros aspectos, imponiendo la proximidad entre juzgador y juzgado mediante la figura del “*juez del lugar*” o juez natural; ello supuso la consagración en la Constitución Federal de 1791 del Derecho a un juicio justo, rápido y público en el que se incluía la referida garantía⁸⁰.

Por lo que al derecho español se refiere, desde la Constitución de 1812 se abandona la concepción del juez autómatas al que Montesquieu alude como un ser inanimado, como “*la boca que pronuncia las palabras de la ley*”⁸¹, exigiendo la legalidad del juez ante la toma de conciencia de la complejidad de la ley y la posibilidad de variadas interpretaciones. El actual art.24.2 de la Constitución de 1978 consagra como derecho fundamental el de ser juzgado por el “*Juez predeterminado por la ley*”⁸².

Como hemos dicho anteriormente, y así lo recogen la mayoría de los autores, el derecho que nos ocupa puede ser enfocado desde dos puntos de vista diferentes: 1) uno positivo, previsto en el art.24.2 de la C.E. que dispone: *todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley*; 2) y otro negativo, recogido en el art.117.6 de la C.E., en el que se “*prohíben los Tribunales de excepción*”.

⁷⁹ Enciclopedia Jurídica U.N.E.D. [en línea] Enciclopedia Jurídica U.N.E.D., edición 2014 [consultado 11 Mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.uned-derecho.com/diccionario/>

⁸⁰GARCÍA ROCA, J. “El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”. *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 34. Enero – Abril, 1992, p.p. 269 a 282, especial referencia a págs. 272 y 273.

⁸¹ Vid. Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, ed. Tecnos, Madrid, 1972, pág.156, Cit. GARCÍA ROCA, J. “El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”. *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 34. Enero – Abril, 1992, pág. 273.

⁸² Vid. GARCÍA ROCA, J. “El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”. *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 34. Enero – Abril, 1992, pág. 273.

5.2.1. Sentido Positivo del Juez predeterminado por la ley, art.24.2

Hemos de entender que el juez ordinario es el juez cierto, imparcial y no establecido *ad hoc* (en atención a un caso concreto), por ello la mención que la doctrina hace al juez “*natural*” (identificado, más bien, con “*el juez del lugar*”), hay que entenderla referida a aquél al que corresponde conocer en aplicación de las garantías de legalidad, imparcialidad e independencia proclamadas en la LOPJ⁸³. Se trata, como hemos dicho, de un derecho fundamental de contenido procesal desarrollado, entre otras, por la LOPJ e instaurado con el objetivo de garantizar la imparcialidad e independencia de los órganos jurisdiccionales prescindiendo del orden jurisdiccional que tomemos como referente.

En este sentido y siguiendo el estudio jurisprudencial realizado por Rizó Gómez⁸⁴ y de la Oliva⁸⁵ (analizando la jurisprudencia del T.C. –SSTC 47/1983, 101/1984–) puede concluirse que el juez predeterminado es el idóneo para “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y esto solo puede conseguirse cuando sea el órgano competente objetiva, funcional y territorialmente y, además, cumpla con los siguientes requisitos:

- 1- *Legalidad: el órgano ha de ser creado por una norma jurídica, excluyendo las disposiciones procedentes del Ejecutivo, y ha de encontrarse investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso.*
- 2- *Generalidad: Con estas exigencias se pretende evitar la creación de jueces ad hoc; se excluye, por tanto, que su régimen orgánico y procesal puede calificarlo de órgano excepcional.*
- 3- *Predeterminación: la ley tiene que contener criterios de determinación del juez competente para conocer. La predeterminación debe ser anterior a los hechos que se deben enjuiciar.*

⁸³ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. y A.A.V.V. “El derecho a la Tutela Judicial Efectiva”. *Manual de Derecho Constitucional, vol.II, 3º edición*, ed. Tecnos, Madrid, 2008. Pág.267

⁸⁴ Vid. RIZO GÓMEZ, B. “Predeterminación de la Jurisdicción y la competencia”. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y la predeterminación de la competencia. Principios que deben inspirar toda reforma competencial del sistema judicial español*. Diario la Ley, núm. 8372, ed. La Ley, 2014. p.p. 4 a 8.

⁸⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A. y A.A.V.V. “El derecho fundamental al juez predeterminado por la ley”. *Derecho procesal, introducción*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, p.p.303 a 319, especial referencia págs. 304 y 305.

Además de su recepción constitucional como derecho fundamental en el art.24.2, la figura del juez legal se encuentra recogida en varios textos internacionales⁸⁶, entre los que cabe citar:

- El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 1950, art.6.1: *“toda persona tiene derecho a que su causa se oída [...] por un tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley”*.
- La Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento Europeo de 16 de Mayo de 1989, art.19.1: *“toda persona, cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho a un proceso efectivo por un juez predeterminado por la ley”*.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, art.14.1: *“toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”*.

5.2.2. Sentido negativo del Juez predeterminado por la ley, art.117.6

Como hemos apuntado, el sentido negativo del juez ordinario predeterminado por la ley se encuentra reflejado en el art.117.6 C.E., que consagra la prohibición de los tribunales de excepción, identificados con aquellos que no reúnen las garantías de creación por ley previa y general, de forma que estatutariamente el órgano así creado carece de la necesaria independencia.

Podría considerarse que lo expuesto puede colisionar con el apartado quinto del art.117, precepto que establece que *“la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”* y que encuentra desarrollo en el art.3 de la LOPJ, que proclama que la jurisdicción militar no forma parte de la unidad jurisdiccional, aunque queda supeditada su actuación al ámbito estrictamente castrense.

⁸⁶ SÁNCHEZ RUBIO, A. “Art. 24 de la C.E. y su garantía constitucional. Antecedentes”. *Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional*. Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXI, 2003, p.p. 601 a 161, con especial referencia a pág.606.

Una interpretación sistemática de estos preceptos en conexión con el art.53.2 de la C.E. que reconoce que *“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios...”*, nos llevaría a excluir a la jurisdicción militar de esta función tuitiva de los derechos fundamentales, dado que la expresión *“juez ordinario”*, empleada por este último precepto, conlleva la expulsión de su ámbito operativo.

Sobre esta cuestión tuvo ocasión de pronunciarse el T.C. en la STC 113/1995, de 6 de Julio de 1995⁸⁷ en los siguientes términos: *“la distinción introducida por el apartado quinto del art. 117 de la Constitución revela que la jurisdicción militar es ajena a la ordinaria, y que se trata de introducir, en el único Poder Judicial, una estructura jurisdiccional especial (esto es, no ordinaria), con sus propias pautas de conducta, sean más o menos similares a las de la jurisdicción ordinaria, para supuestos específicos, sin que tal estructura pueda sobrepasar el ámbito estrictamente castrense (al margen de los supuestos de estado de sitio)[...] sólo en el art. 53.2 se refiere de modo expreso a los «Tribunales ordinarios» como tales, para atribuirles con exclusividad la protección de determinados derechos fundamentales. Por Tribunales ordinarios hay que entender, pues, los de la jurisdicción ordinaria, con exclusión de los pertenecientes a la jurisdicción militar”*; se concluye de este modo, que la jurisdicción militar no puede salvaguardar los derechos y libertades fundamentales proclamados por la Constitución, habida cuenta que los tribunales que la integran no tienen el carácter de *“ordinarios”* que exige el precepto constitucional. El T.C. resolvió en este sentido: *“siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el art. 117.5 C.E. impide una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios. El art. 117.5 C.E. no deja lugar a dudas del propósito constitucional de limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la jurisdicción militar sólo pueda conocer de lo estrictamente castrense [...] la Constitución, exige una regulación legal de la jurisdicción militar que sea acorde con los principios constitucionales, de modo que el resultado querido o permitido por la Norma fundamental es la de unos órganos que, adaptados a los principios de la Constitución, en su estrecho ámbito competencial, presten la*

⁸⁷ España. Tribunal Constitucional (Pleno) [en línea]. Sentencia núm.113/1995, de 6 de julio de 1995, [Consultado 12 de mayo]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2967>

tutela judicial efectiva sin indefensión y con todas las garantías a que se refiere el art. 24 de la Constitución”.

6. LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA JURISPRUDENCIA ¿ES LA JURISPRUDENCIA FUENTE DEL DERECHO?

Después de abordar cada uno de los puntos anteriores y analizar las funciones que tienen encargadas los jueces y magistrados, procede someter a debate todo lo expuesto.

En lo que al objeto de nuestro trabajo se refiere, existen posturas divergentes: algunas propician la conceptualización de la jurisprudencia de un modo próximo al sistema anglosajón del precedente o Common Law, mientras que otras defienden la conformación establecida y reconocida en la LEC de 1881. A este respecto, ésta última Norma consagró el recurso de casación como instrumento útil para materializar la efectiva evolución del derecho, favoreciendo su adaptación a la realidad social predominante en cada momento. Precisamente en atención a esto último, creemos conveniente estudiar de una manera más exhaustiva el recurso de casación en el ámbito civil.

6.1. El recurso de casación civil. Concepto, antecedentes, caracteres y funciones

Podemos definir el recurso de casación como aquél medio de impugnación extraordinario del que conoce el TS, que puede interponerse frente a las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando concurren los requisitos de la LEC:

La actual intelección del recurso de casación resulta de algún modo anticipada en la Exposición de Motivos de la LEC, cuando dice que ha de concebirse, *“no como tercera instancia, [...] sino como el último paso necesario, en muchos casos, hacia la definición del Derecho en el caso concreto”*, es decir, se trata de un recurso extraordinario con el cual no se accede a una instancia más en la que se enjuicie nuevamente el asunto, sino de un medio de impugnación que posibilita revisar la correcta aplicación de la ley.

Desde una perspectiva histórica, el origen del recurso de casación se encuentra en la Revolución francesa, contexto en el que se articula todo un entramado de instituciones conducente a proteger los derechos de los particulares frente el poder político y a imposibilitar la creación judicial del derecho.

En lo que a nuestro País y ordenamiento jurídico se refiere, será durante el S. XIX, con la promulgación de la LEC de 1881, cuando se instaure y regule por primera vez este medio de impugnación.

Tras sucesivas reformas del modelo original, su regulación actual se encuentra en el art.477 de la vigente LEC⁸⁸, precepto que permite recurrir en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las A.A.P.P.

“Artículo 477 Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación:

1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

- 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

- 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

- 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

⁸⁸ España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*. 8 de Enero de 2000, núm. 7, p.p. 575 a 728 [Consultado 15 de Mayo]. Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2000-323

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

De la lectura de este artículo se concluye que, fiel a su condición de recurso extraordinario, existe un acceso limitado al recurso de casación únicamente posible en los supuestos previstos en el art.477.

El problema que se plantea con estos límites (justificados también en el intento de evitar una abrumadora carga de trabajo para el TS contraria a la correcta y expeditiva resolución de los recursos) es si puede resultar vulnerado el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art.24.1 CE. La respuesta ha de ser negativa si se toman en consideración varios aspectos: que a estos fines existen otros medios impugnación previos a la casación que permiten revisar la corrección de las resoluciones judiciales, el ya aludido carácter extraordinario que informa a la casación y la específica función que está llamado a cumplir.

6.2. Posturas a favor y en contra del recurso de casación

Tal y como hemos adelantado en la exposición, existen diversas posturas en relación con la casación si bien, de forma sintética pueden agruparse en dos: aquellas que defienden el sistema de casación a través de los recursos, seguidas por *PACHECO, RUGGIERO, BONNECASE, DE BUEN, DE CASTRO Y BRAVO, DÍEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS o ZULETA PUCEIRO*; y aquellas otras que se oponen a su existencia, al estimar que la jurisprudencia es fuente del Derecho y que, por tanto, ha de reconocérsele su valor vinculante y la obligatoriedad de su aplicación por tribunales ordinarios. Estos planteamientos son defendidos entre otros, por *MANRESA, D'ORS, PUIG BRUTAU, CLEMENTE DE DIEGO, OGAYAR AYLLÓN, CASTÁN TOBEÑAS, LEGAZ LACAMBRA, CAPITANT, BOULANGE y PACCHIONI*)⁸⁹.

⁸⁹ PECES MORATE, J. E. “La jurisprudencia como guía en la función de Juzgar”. EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, Vicente, ed. Iustel, Madrid, 2007, pág. 421.

Comenzando por esta última proyección, los autores que la defienden estiman que la jurisprudencia, al igual que en sistema del Common Law, debería pertenecer al sistema de fuentes establecido lo que se traduce, por un lado, en admitir que los altos tribunales tienen la posibilidad de crear Derecho de obligada aplicación para los tribunales inferiores y, por otro, que ante situaciones iguales ha de aplicarse la misma solución, sin permitir que el Juez o Magistrado pueda realizar otra interpretación ni siquiera para adecuarse a la realidad social del momento; habida cuenta de que la vinculación a la doctrina es semejante a la de la ley, solo puede cambiar su interpretación el Tribunal que la dictó.

Dicho de otro modo, quienes secundan estos planteamientos atribuyen a la jurisprudencia un valor similar e incluso superior a la propia ley, ya que consideran que el juez al interpretar y aplicar la ley al caso concreto, convierte la norma general y abstracta en singular y particular; con ello le otorgan un valor vinculante y precedente para que, en el caso de plantearse un supuesto de hecho igual, le sea aplicada la misma consecuencia jurídica.

De lo expuesto, puede concluirse que el órgano ordinario está vinculado a la jurisprudencia antes que a la ley de forma que, ante un supuesto de hecho igual el juez ordinario ha de aplicar la doctrina del Tribunal Superior sin poder apartarse de ella aunque tenga motivos suficientemente motivados y razonados para hacerlo ya que, si dicho juez se apartara se le impondría una sanción disciplinaria.

Por el contrario, la otra postura a la que nos hemos referido es contraria a que la jurisprudencia sea considerada como fuente del derecho, porque entienden que el mejor modelo para salvaguardar la independencia judicial es el sistema de recursos. Ello significa que en aquellos supuestos en los que el juez se aparte de la jurisprudencia preexistente por adoptar una interpretación legal más ajustada a la realidad social del momento, la parte agraviada puede recurrir dicha resolución provocando su revisión por el TS lo que, en caso de que éste asuma ese nuevo modo de entender la ley, genera un sistema de retroalimentación jurisprudencial.

Siguiendo este planteamiento con el que nos identificamos en gran medida, se concluye que no podrá imponerse sanción alguna al juez que se aparta de la jurisprudencia establecida por el T.S., si tal desvinculación está arropada por una fundamentación razonada y motivada. Ello es así porque, como disponen los arts. 117.1 de la C.E. y 1 de la LOPJ, el juez se encuentra exclusivamente sometido al imperio de la ley, dejando al sistema

de recursos y a los tribunales superiores la función de analizar si dicha argumentación se ajusta a la realidad de la situación provocando, de este modo, un cambio jurisprudencial o si, por el contrario, carece de justificación la separación de la doctrina instaurada, procediendo en este caso el T.S. a resolver conforme a ésta.

Una solución intermedia que permite eludir un complejo entramado de recursos es la defendida por Ferreres Comella. Para el autor sería conveniente crear en este ámbito una “cuestión prejudicial” de la que conocería el T.S. en aquellos casos en los que el juez ordinario fuera a resolver desvinculándose de su jurisprudencia. La opción se revela efectivamente útil dado que la exigencia de previo pronunciamiento por parte el Alto Tribunal, y la suspensión del dictado de la sentencia por el juez hasta que ésta se produzca evitan dilaciones procesales innecesarias, al tiempo que disminuyen los costes inherentes al sistema de recursos⁹⁰.

Si establecemos una comparación entre la regulación contenida en los citados arts. 117.1 de la C.E. y 1 de la LOPJ preceptos en los que se establece que los jueces se encuentran “*sometidos al imperio de la ley*”, y la incluida en el art.1.6 del C.C. donde se afirma que “*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo...*”, se concluye que la expresión “*complementara*” no incorpora ni encarna la idea de sumisión del juez ordinario a la jurisprudencia de los tribunales superiores, pudiendo entenderse más bien, que en el caso de producirse situaciones iguales podrá citarse la doctrina establecida por el Tribunal Superior como justificación de la resolución para complementar al ordenamiento jurídico, pero que nunca podrá suplantar el valor de la ley o el sistema de fuentes preestablecido.

De ello se infiere que, mientras la no sumisión del juez a la ley supone la comisión del delito de prevaricación tipificado en los arts.446 a 449 del C.P., tal consecuencia negativa no sucede si el juez se aparta de la jurisprudencia.

Esta es la proyección implícita en la Exposición de Motivos de la LEC en cuyo Apartado XIV afirma que “*en un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante -sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo-, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al*

⁹⁰ FERRERES COMELLA, V. y A.A.V.V. “La articulación específica de la tesis favorable a la fuerza vinculante de la jurisprudencia”. *El carácter vinculante de la jurisprudencia. 2ª edición. Fundación Coloquio Jurídico Europeo*. Madrid, 2010, pág.70.

precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica”, añadiendo en el Apartado XV que *“la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante. Esa autoridad, nacida de la calidad de la decisión, de su justificación y de la cuidadosa expresión de ésta, se está revelando también la más importante en los sistemas jurídicos del llamado “case law”. Y ha sido y seguirá siendo la única atribuible, más allá del caso concreto, a las sentencias dictadas en casación⁹¹”*.

6.3. Interpretación de la ley, breve reflexión sobre el Ius litigatoris e Ius constitutionis

Tradicionalmente la función del recurso de casación ha sido la de proteger el Ius constitutionis (igualdad en la aplicación de la ley y unificación de jurisprudencia) para garantizar la correcta aplicación de la ley y del derecho objetivo de forma directa, sin tener en cuenta los derechos subjetivos de las partes o Ius Litigatoris (igualdad de los ciudadanos ante la ley y seguridad jurídica)⁹².

A este respecto el T.S. ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el recurso de casación en varias resoluciones. Así, el A.T.S. 1076/2002⁹³ de 22 de octubre, alude a la ya referida potenciación del *ius constitutionis* en detrimento del *ius litigatoris* afirmando que *“esa preponderancia de lo general sobre lo particular se patentatiza en el recurso de casación por interés casacional, en el que se conjuga el tradicional recurso de casación con otro de naturaleza unificadora...”*

⁹¹ PECES MORATE, J. E. “La jurisprudencia como guía y modelo en la función de juzgar”. EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, Vicente, Madrid, pág. 468. Vid. España.

“Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”. *Boletín Oficial del Estado*. 8 de Enero de 2000, núm. 7, p.p. 575 a 728 [Consultado 17 de Mayo]. Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2000-323

⁹² ESCALADA LÓPEZ, M. L. “Regulación del recurso de casación. Funciones nomofiláctica y unificadora .El recurso de casación civil y su intelección como instrumento realizador de la igualdad en la aplicación de la ley. Justicia. Revista de derecho procesal, 2011, págs235 y 236.

⁹³ SAAVEDRA GALLO, P. “El acceso a la aplicación uniforme de la ley civil”. EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, Vicente, Madrid, pág. 503, vid. Auto del Tribunal Supremo 1076/2002. Para el TS, pues, la principal finalidad de la casación civil vigente consiste en la unificación de doctrina jurisprudencial, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Los recursos..., cit., pág.112).

No obstante, de lo expuesto se infiere que la labor propia de este medio de impugnación no es exclusivamente garantizar la correcta aplicación a la ley, sino que también tiene como objeto unificar la doctrina mediante la aplicación igualitaria del derecho en supuestos esencialmente iguales, salvo que el juez encuentre motivos justificados para apartarse de ella.

6.3.1. Seguridad Jurídica

Un aspecto que no debe obviarse por su relevancia en el tema que nos ocupa es el relativo a la seguridad jurídica como valor inherente al concepto de justicia.

A este respecto, el art.9.3 de la C.E., dispone: *“la Constitución garantiza [...] la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

En lo que al objeto de nuestro trabajo se refiere se revela necesario abordar e intentar resolver la problemática que se suscita cuando, por una parte, la desvinculación del juez de la doctrina jurisprudencial del TS puede generar inseguridad jurídica y, por otra parte, la sujeción del juez a la jurisprudencia puede entrañar vulneración del principio de independencia judicial.

Una posible solución para evitar la inseguridad jurídica y respetar, simultáneamente, la independencia judicial es diseñar un sistema en el que, estando el juez sometido a la ley y debiendo resolver conforme a la doctrina jurisprudencial, se le permita apartarse de la misma si contextualmente lo cree necesario, debiendo motivar especialmente el por qué de tal desvinculación. Es evidente que la motivación es una exigencia ineludible en cualquier sentencia ex art. 24 CE. y que su ausencia permitiría interponer recurso por infracción procesal (art.469 y 470 de la LEC) al tratarse de un derecho fundamental de esta naturaleza, sin perjuicio de su acceso al propio recurso de casación por concurrir “interés casacional” (art. 477.2.3 LEC)⁹⁴.

⁹⁴**Artículo 470:** 1. El recurso extraordinario por infracción procesal se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla.

Artículo 469: 1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos: 1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional. 2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. 3.º Infracción de las

A este tenor afirma Garrido Gómez que “el T.C. intenta conciliar el principio de igualdad y el de independencia judicial, requiriendo que concurran la identidad del órgano judicial, la identidad sustancial de los supuestos de hecho que se enjuician, y la ausencia de una fundamentación adecuada que justifique el cambio de criterio interpretativo en términos de generalización”⁹⁵.

Sólo a partir de este principio puede llevarse a cabo la protección de los derechos, evitando la inseguridad jurídica que podría derivarse de que un juez o magistrado se apartara de la doctrina del más alto tribunal sin dar ninguna explicación razonada de su cambio de criterio, esto es, sin emitir ninguna resolución motivada y fundada en derecho del por qué de ese cambio.

6.4. Igualdad en la aplicación de la ley

Para concluir con la exposición hemos de referirnos a la igualdad, principio consagrado en el art. 14 de la CE y plenamente exigible en la actuación de jueces y magistrados, cuya traducción en este ámbito supone excluir la discriminación derivada de la existencia de resoluciones distintas dictadas por un mismo juez o tribunal en supuestos esencialmente iguales.

Al respecto merece ser citada la STC 49/1982⁹⁶ en su Fundamento jurídico 2, en la que establece una distinción entre “igualdad ante la ley” e “igualdad en la aplicación de la

normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. 4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución

⁹⁵ GARRIDO GÓMEZ, M. I. “La igualdad en la aplicación de la ley judicial”. *El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad*. Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV, 2011, págs. 32 y 33, vid. BILBAO UBILLOS Y REY MARTÍNEZ (2003): 116 y 117.

⁹⁶ España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) [en línea]. Sentencia núm.49/1982, Fundamento jurídico 2, de 14 de Julio de 1982, [Consultado 21 de Mayo]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/91>. Cit. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “El deber de los tribunales de respetar sus propios precedentes, como consecuencia de la extensión del artículo 14 CE a la igualdad en la aplicación de la ley”. *El Artículo 14 de la Constitución en la aplicación de la ley por los tribunales*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N.º. 5, 2001, págs. 55-78. Cit. GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel. “La igualdad en la aplicación de la ley judicial”. *El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad*. Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV, 2011, p.p. 27 a 48. Cit.

ley” en los siguientes términos: *“la regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”*.

En aplicación de lo dispuesto en esta Sentencia y siguiendo los planteamientos de Asís Roig⁹⁷ sobre las formas de igualdad, podemos distinguir:

- 1- *“La igualdad como no discriminación*
- 2- *La igualdad como exigencia de diferenciación”*

Para el autor la *igualdad como no discriminación* se identificaría con la igualdad ante la ley a la que alude la citada STS 49/1982, que se traduce en la necesidad de tratar de forma igual a todos los ciudadanos de forma que, ante la existencia de dos casos sustancialmente iguales planteados ante el mismo juzgado o tribunal, éste debería resolver también de igual modo, ya que una solución diversa vulneraría el art.14 de la C.E.

Por lo que respecta a la *igualdad como exigencia de diferenciación*, ésta se identificaría con la igualdad en la aplicación de la ley; en este contexto estaría justificado un trato desigual por parte de juzgador siempre y cuando esa decisión no sea consecuencia de la arbitrariedad, es decir, *“cuando en el caso se presentan ciertas circunstancias que justifican un trato desigual”*. De este modo un mismo juez podría resolver de forma diversa dos supuestos iguales si ello no es producto del puro arbitrio, sino de un cambio de parecer del juzgador motivado en la evolución fundamentada de su criterio, en la consideración de otros aspectos que contextualizan el caso, etc. En este caso el juez o magistrado podrá apartarse de sus propias resoluciones siempre y cuando aporte una motivación suficientemente razonada del porqué de esa separación y de la conveniencia de la nueva intelección instaurada.

ORTELLS RAMOS, Manuel. “El Tribunal Supremo español: un Tribunal en busca de identidad”. *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el Recurso de Casación. CASACIÓN (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete)*, Gimeno Sendra, Vicente, Madrid, pág. 86.

⁹⁷ ASÍS ROIG, R. F. “Alcance de la obediencia al Derecho del Poder judicial”. *Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial*. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, N° 15-16, 2, 1994, págs.913-928, especial referencia a págs.918 y 919.

De lo expuesto que se concluye, secundando a Ortells Ramos⁹⁸, que *“una resolución judicial viola el principio de igualdad cuando:*

- 1- *La resolución con la que se compara la resolución impugnada como lesiva haya sido dictada por el mismo órgano jurisdiccional.*
- 2- *Los casos enjuiciados con los que son comparados son sustancialmente iguales.*
- 3- *La resolución impugnada sea contrastada con la que se invoca en comparación, representativa de un cambio de criterio jurisprudencial”*

Continúa afirmado el citado autor, que *“La lesión de la igualdad en la aplicación de la ley deberá estimarse si concurren los requisitos anteriores y quedará excluida si la resolución ha justificado el cambio de criterio”*.

De este modo, cuando nos encontramos con una situación como la descrita, será la resolución que recaiga en casación la que determine si está justificada la desvinculación del juez de la doctrina precedente o si, por el contrario, la misma responde a criterios arbitrarios o puramente decisionistas. En este segundo caso el TS *“casara”* la sentencia recurrida anulando la decisión para que el órgano *a quo* dicte una nueva conforme a la jurisprudencia consolidada. Por el contrario, si el cambio se ha producido de forma motivada y razonada, el TS no casará la sentencia, conservando ésta plenamente su validez y pudiendo incluso contribuir a retroalimentar la renovación jurisprudencial mediante la adecuación de las resoluciones a la realidad social vigente y la superación de planteamientos devenidamente obsoletos.

Continuando con el análisis de la STS 49/1982, el FJ 2º de la misma afirma que *“distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la Ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que cohererarse con el*

⁹⁸ORTELLS RAMOS, M. “El Tribunal Supremo español: un Tribunal en busca de identidad”. *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el Recurso de Casación (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete)*, Gimeno Sendra, Vicente, Madrid, págs.86 y 87.

principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales”.

Puesto que en este caso no existe identidad de órgano dado que las resoluciones distintas han recaído en juzgados también distintos, la solución proviene del recurso de casación para la unificación de doctrina; en estos supuestos, el TS dictará una sentencia en la que se establecerá una solución unitaria aplicable a todos los casos, quedado incólume el estado de cosas creado por cada una de las resoluciones en conflicto.

7. CONCLUSIÓN

1. El establecimiento de un sistema de fuentes y la determinación de la prelación o jerarquía entre ellas ha sido una cuestión altamente debatida a lo largo de la historia.

Será en la época de la codificación cuando el C.C. de 1889 fije las fuentes del derecho, resultando reformado en 1974 y conservándose su redacción hasta la actualidad.

De este modo, y conforme al art. 1 del C.C las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Dentro de la mención a la ley ha de entenderse necesariamente comprendida la C.E. de 1978, norma que ocupa una posición más privilegiada que la ley al ser considerada "*ley de leyes*", colocándose en la cúspide del ordenamiento jurídico.

2. El Derecho Procesal no se rige indiscriminadamente por la prelación de fuentes consagradas con carácter general en el art. 1 del C.C, ya que la costumbre carece de virtualidad a estos efectos de modo que, a falta de ley aplicable es preciso acudir a los principios generales del Derecho.

La jurisprudencia no forma parte del sistema de fuentes, habida cuenta que su única función es complementar el ordenamiento jurídico.

3. Para caracterizar a la jurisprudencia hay que remontarse a la época romana, donde se entendía que "*el Derecho es el juicio que emite el jurisconsulto*"⁹⁹, concibiéndola, por tanto, como sinónimo de conocimiento del Derecho.

En la actualidad muchos autores han defendido un concepto más estricto, identificando la jurisprudencia con la existencia de al menos dos resoluciones coincidentes del TS recaídas en supuestos esencialmente iguales.

4. Por la posición que ocupa en el sistema de fuentes, la jurisprudencia no es fuente del Derecho, ya que su única función consiste en complementar al ordenamiento jurídico; no existe una vinculación del juez a la jurisprudencia equiparable a su sujeción de éste a la ley.

⁹⁹ Vid. ÁLVAREZ SUAREZ, V. "La jurisprudencia romana en el ahora presente", Madrid, 1966; Cit. Dr. Calvo Vidal en "la jurisprudencia ¿fuente del derecho?, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, pág.63.

5. El sistema continental se fundamenta en el principio “*res iudicata*”, es decir, la fuerza jurídica de la sentencia no va más allá del caso concreto planteado; mientras que el sistema anglosajón se basa en el “*stare decisis*” que supone atribuir eficacia vinculante general al precedente judicial y no orientativa o ilustrativa¹⁰⁰. Así, este sistema consagra a la jurisprudencia como verdadera fuente del Derecho, de forma que cada sentencia actual se fundamenta en resoluciones anteriores recaídas en casos similares, esto es, la “*ratio decidendi*” es idéntica, de forma que las resoluciones cumplen el papel de la ley¹⁰¹. Este sistema es inconcebible en el Continental-Europeo debido a la jerarquía de fuentes que impera y a que, en consecuencia, el juez está sometido a la ley y en caso de apartarse de ella estaría incurriendo en prevaricación castigado por el C.P.

6. El juez está sometido únicamente al imperio de la ley-

El art.117 de la C.E. consagra los principios que identifican y conforman el Judicial: Unidad, Exclusividad e Independencia. Además, hemos de tener en consideración en este ámbito el art.14, que establece la igualdad en sentido de no arbitrariedad y el art.24.2 consagrador del derecho al juez predeterminado por la ley y excluyente de los tribunales de excepción.

7. Los Jueces y Magistrados se encuentran regidos por un Estatuto personal regulado por la LOPJ en atención a los principios anteriormente citados, estableciendo un sistema de sanciones leves, graves o muy graves en el caso de comisión de infracciones en el ejercicio de su cargo.

La concurrencia de circunstancias que hagan desmerecer la imparcialidad del juez permite su abstención de oficio o la recusación a instancia de parte.

8. Existen diferentes posturas a favor y en contra de considerar a la jurisprudencia como fuente del Derecho; la resolución de este dilema en sentido positivo supondría otorgar preponderancia a esta en detrimento de la primordial primacía de la ley.

¹⁰⁰ XIOL RÍOS, J.A. “La jurisprudencia según los distintos paradigmas de la Ciencia Jurídica”. *EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN (Estudios en homenaje al Profesor Almagro Nosete)*, Gimeno Sendra, Vicente, ed. Iustel, Madrid, 2007, pág.555.

¹⁰¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y A.A.V.V. “otras fuentes del Derecho”. *La norma jurídica. Elementos del derecho civil, Parte General*, Vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 180.

9. Para solventar los problemas de disparidad en la interpretación judicial de la ley se articula el recurso extraordinario de casación civil.

Este medio de impugnación se reconoce por primera vez en la LEC de 1881 con la finalidad de que el T.S. controle la correcta aplicación de la ley y revise las decisiones dictadas por órganos superiores cuando se aparten de la doctrina establecida. Además, se atribuye a la casación la labor de unificar la doctrina mediante la aplicación igualitaria del Derecho en supuestos esencialmente iguales, salvo que el juez encuentre motivos justificados para apartarse de ella.

10. Por último, como fundamento de nuestro estudio, hay que concluir que la jurisprudencia no es fuente del Derecho. Ningún Juez o Magistrado está en posición de subordinación respecto a los Tribunales Superiores, sino que aplicando la ley pueden apartarse de su doctrina siempre y cuando tengan razones suficientes y motivadas para ello.

Mediante el recurso de casación se preserva la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley, habida cuenta de que cuando el recurso accede al T.S. este tendrá que determinar si la desvinculación del órgano inferior a la doctrina se encuentra justificada (el T.S. podrá cambiar de los criterios hasta entonces imperantes) o no; en este caso el T.S. casará la sentencia anulando la decisión, para que el órgano a quo dicte una nueva conforme a la doctrina consolidada.

8. BIBLIOGRAFÍA

Libros Citados

- ASÍS ROIG, R. F. *Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial*. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, Nº 15-16, 2, 1994, págs.913-928, especial referencia a págs.918 y 919.
- ASÍS ROIG, Rafael. “Derechos en la argumentación judicial”. *Los derechos y la argumentación judicial*. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 10, Madrid.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. y A.A.V.V. *Manual de Derecho Constitucional, vol.II, 3º edición*, ed. Tecnos, Madrid, 2008. Pág.267
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *El Artículo 14 de la Constitución en la aplicación de la ley por los tribunales*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº. 5, 2001.
- CALVO VIDAL, F. “*La jurisprudencia ¿fuente del derecho?*”, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, p.p. 64-73.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y A.A.V.V. “El derecho fundamental al juez predeterminado por la ley”. *Derecho procesal, introducción*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, p.p.303 a 319, especial referencia págs. 304 y 305.
- ESCALADA LÓPEZ, M. L. *El recurso de casación civil y su intelección como instrumento realizador de la igualdad en la aplicación de la ley*. Justicia. Revista de derecho procesal, 2011.
- FERRERES COMELLA, V. y A.A.V.V. “el papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado”. *La jurisprudencia como fuente del derecho, interpretación creadora y arbitraria (edición homenaje a D. José Puig Brutau, 2º edición*, ed. Bosch, Barcelona, 2006.
- FERRERES COMELLA, V. y A.A.V.V. *La jurisprudencia como fuente del derecho, interpretación creadora y arbitraria (edición homenaje a D. José Puig Brutau, 2º edición*, ed. Bosch, Barcelona, 2006.
- GARCÍA ROCA, J. *Revisa española de Derecho Constitucional*, núm. 34. Enero – Abril, 1992.

- GARRIDO GÓMEZ, M. I. “La igualdad en la aplicación de la ley judicial”. *El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad*. Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV, 2011.
- GIMENO SENDRA, V. El Tribunal Supremo, su Doctrina Legal y el Recurso de Casación (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), ed. Iustel, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, V. *Introducción al Derecho procesal. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 8ª edición, ed. Colex Editorial, Madrid, 2013.*
- ITURRALDE SESMA, V. *Estudios de teoría del Derecho*. Anuario de Filosofía del Derecho, núm.12, 1995.
- LACRUZ BERDEJO, J.L y A.A.V.V. *La norma jurídica. Elementos del derecho civil, Parte General*, Vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 1998.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Derecho de la Persona*. 9º Edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- MAESTRE DELGADO, Juan Francisco. *Sobre el valor de la jurisprudencia en derecho español*. Revista General de Derecho Público comparado.
- MONTERO AROCA, J. y A.A.V.V. *Derecho Jurisdiccional I, parte general, 20º edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.*
- ORTELLS RAMOS, Manuel y A.A.V.V. *Introducción al derecho procesal*. 3ª edición, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- RIVERO ORTEGA, R. *Precedente, Jurisprudencia, y Doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho*, Revista de Administración Pública núm. 157 (enero-abril 2002).
- RUIZ-CAPILLAS, J. *Ius commune y common Law*. Cuadernos de Historia del Derecho, 2008.
- SÁNCHEZ RUBIO, A. *Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional*”. Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXI, 2003.
- SERNA VALLEJO, M. *Anuario de historia de derecho español*, núm. 82, 2012.

- XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche. Departamento de Derecho Universidad Nacional del Sur Bahía Blanca – Argentina.
- XIOL RÍOS, J.A. y Ferreres Comella, V. *El carácter de la jurisprudencia, 2º edición*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio. *Revista del Poder Judicial*, núm. 90, 5ª época, 2011.

Autores citados en libros

- JÖRS-KUNKEL, W. “Derecho privado romano”, traducción de Prieto, Cit. Dr. Calvo Vidal en “La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992.
- ALVAREZ SUAREZ, V. “La jurisprudencia romana en la hora presente”, Madrid, 1966; cit. Dr. Calvo Vidal en “La jurisprudencia ¿fuente del derecho?, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992.
- BIONDI. B. “Arte y Ciencia del Derecho”. Barcelona, 1953, citado por el Dr. Calvo Vidal en “La jurisprudencia ¿fuente del derecho?, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992.
- CLEMENTE DE DIEGO, F.M. “La jurisprudencia como fuente del Derecho”, Madrid, 1941. Cit. Dr. Calvo Vidal en “La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, pág. 74.
- DAMASCA, Mirjan, *“The Faces of Justice and State Authority”*. A comparative Approach to the Legal process, Yale University Press, New Have, 1986, págs. 36-37; --
- De los Mozos, J.L. Revisión de la obra de Castan: *“Derecho civil español”*, Salamanca, 1977; Cit. por el Dr. Calvo Vidal en “La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992.
- MAGALONI KERPEL, A.L., “el precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano”, ed. McGrawHill, 2001, pág. 8 (nota 16), Cit. por FERRERES COMELLA, V. y A.A.V.V. “el papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado”. *La jurisprudencia como fuente del derecho, interpretación creadora y arbitraria (edición homenaje a D. José Puig Brutau, 2º edición*, ed.Bosch, Barcelona, 2006.

- MARTÍNEZ-TORRON, Cit. por RUIZ-CAPILLAS, J. “La escisión de Inglaterra: el Common law”, *Ius commune y common Law*. Cuadernos de Historia del Derecho, 2008.
- Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, ed. Tecnos, Madrid, 1972, pág.156, Cit. GARCÍA ROCA, J. “El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”. *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 34. Enero – Abril, 1992.
- PECES MORATE, J. E. “La jurisprudencia como guía en la función de Juzgar”. *EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN* (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, Vicente, ed. Iustel, Madrid,
- RODRIGUEZ DEL BARCO, J.: “La jurisprudencia como fuente en el nuevo Título preliminar del código civil aprobado por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo”, *Revista de Derecho Privado*, Vol.59, Nº 11 (Diciembre), 1975, p.p. 993-1005. Cit. Dr. Calvo Vidal en “La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?”, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992.
- SAAVEDRA GALLO, P. “El acceso a la aplicación uniforme de la ley civil”. *EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN* (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, Vicente, Madrid, pág. 503, vid. Auto del Tribunal Supremo 1076/2002.
- XIOL RÍOS, J.A. “La jurisprudencia según distintos paradigmas de la Ciencia jurídica”. *EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN* (Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete), Gimeno Sendra, V., ed. Iustel, Madrid, 2007.
- Zubiri de Salinas, F. “¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto” *Revista “Jueces para la democracia”*, núm.50, 2004.

Páginas web consultadas

- ARNALDO ALCUBILLA, E. “Sinopsis artículo 127” [en línea]. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther. Edi. Diciembre 2003, Madrid. [consultado 9 Mayo]. Disponible en:

<https://mail.google.com/mail/u/0/#search/normas+tfg/14bc0872244497c8?projector=1>

- Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es>
- Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- Buscador jurisprudencia del Tribunal Constitucional: <http://hj.tribunalconstitucional.es/>
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL [en línea], [Consultado 16 de Junio] <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-Carrera-Judicial--Jueces-y-Fiscales>
- Dialnet: <http://dialnet.unirioja.es/>
- Diario de Sesiones del Senado (1885); *Discurso sobre el Código Civil* [en línea] http://www.senado.es/cgi-bin/verdocweb?tipo_bd=IDSH&Legislatura=1884-1885&Pagina=%201661%20&Bis=NO&Apendice2=&Boletin2=&Apendice1=&Boletin1
≡ (Consulta: 15 de Feb. 2015)
- Diario la Ley: <http://0-diariolaley.laley.es.cisne.sim.ucm.es/>
- Enciclopedia Jurídica U.N.E.D. [en línea] Enciclopedia Jurídica U.N.E.D., edición 2014 [consultado 11 Mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.uned-derecho.com/diccionario/>
- Iustel: <http://0-www.iustel.com.almena.uva.es/default.asp?>
- La ley digital.es: <http://0-laleydigital.laley.es.almena.uva.es/>
- Lex Nova portal jurídico: <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia>
- MINISTERIO DE JUSTICIA [en línea], [Consultado 16 de Junio]. Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/empleo-publico/acceso-convocatorias-perfiles/carrera-judicial>
- Noticias jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/>
- VLex: <http://0-app.vlex.com.cisne.sim.ucm.es/>

Legislación consultada

- Constitución española de 1978.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Jurisprudencia consultada

- **STC 113/1995** de 6 de Julio de 1995.
- **STC 16/1982** de 28 de abril de 1982.
- **STC 49/1982** de 14 de Julio de 1982.
- **STC 80/1982** de 20 de diciembre de 1982.
- **STC 9/1981** de 29 de enero de 1987
- **STS 2191/1998** de 28 de Abril de 1998.