

EL SOMETIMIENTO DEL JUEZ A LA LEY, LA CERTEZA Y LA FUERZA VINCULANTE DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Juan IGARTUA SALAVERRÍA
Universidad del País Vasco (España)

RESUMEN

El sometimiento del juez a la ley está comprendido en el más general “principio de legalidad”, cuya consagración jurídico-positiva aconteció en el siglo XVIII (en Europa, sobre todo, tras la Revolución Francesa). Pero la relación entre el Juez y la Ley, que en aquel contexto no plantaba problemas (el juez debía aplicar la ley, supuestamente *certa et clara*), se inserta ahora en un marco (teórico, político e institucional) muy diferente. En el interior de un sistema, la alteración de uno de sus elementos suele entrañar la necesidad de modificar algunos de los restantes, o de todos; de lo contrario, el sistema o bien se desestructura, o bien se convierte en otro distinto. En una inicial relación triangular entre Ley, Juez y Certeza, la posterior redefinición de la Ley en clave post-positivista pero manteniendo inalterado el concepto positivista primigenio de Certeza, acarrea la desnaturalización del Juez constitucional (el cual pierde uno de sus atributos esenciales: la independencia).

ABSTRACT

The judge's submission to Law falls within the overall “principle of legality”, whose legal positivist establishment occurred in the 18th century (about all in Europe, after the French Revolution). But the relation between judge and Law, which in that context was without problems (the judge had to apply the Law supposedly certain and clear), is now in a very different theoretical, political and institutional framework. Inside the system, the alteration of one of its elements usually entails the need to modify some or all of the rest; otherwise, the system either loses its structure or comes something different. In the initial triangular relationship between Judge, Law and Certainty, the subsequent redefinition of Law in a post-positivist key, but maintaining unchanged the original positivist concept of positivist Certainty, brings about the loss of the nature of the constitutional judge (who loses one of his essential attributes, independence).

A veces, merced a la lectura de un texto (sin la que no se cobraría conciencia de determinadas cosas) uno descubre razones incluso para distanciarse de aquél. Eso me ha sucedido con un vigoroso trabajo de un dilectísimo colega¹ y que posee el aliciente adicional de reflejar una línea de pensamiento con acreditados adeptos tanto en la academia² como en el estamento judicial³ (dentro del cual no ha faltado la concordante voz del mismísimo Presidente del TS y del CGPJ⁴). Gracias al susodicho estudio (y vaya mi reconocimiento por delante) he caído en la cuenta de que la tesis de “la sujeción del juez a la ley” está necesitada de una revisión a fondo y no de ocasionales parcheos para tapar los puntos de fuga que surgen por aquí y por allí.

El sometimiento del juez a la ley está comprendido en el más englobante “principio de legalidad”, cuya consagración jurídico-positiva aconteció en el siglo XVIII (en Europa, sobre todo, tras la Revolución Francesa). Pero la relación entre el Juez y la Ley, que en aquel contexto era aporoblemática (el juez debía aplicar la ley, supuestamente *certa et clara*), se inserta ahora en un marco (teórico, político e institucional) muy diferente. La conveniencia (la urgencia, más bien) de un examen en profundidad se impone cuando por añadidura, como en este caso, las recontextualizaciones parciales portan, encima, el germen de alguna contradicción (o así me lo parece). Anticiparé mi diagnóstico: en el interior de un sistema, la alteración de uno de sus elementos suele entrañar la necesidad de modificar algunos de los restantes (o todos); de lo contrario, el sistema o bien se desestructura, o bien se convierte en otro distinto. Es el precio que de ordinario se paga cuando se introducen innovaciones sin haber destronado previamente los viejos planteamientos. Por lo mismo, en una inicial relación triangular (de matriz protopositivista) entre *Ley-Juez-Certeza*, la posterior redefinición de la *Ley* en clave post-positivista pero manteniendo inalterado el concepto positivista primigenio⁵ de

1. F. J. EZQUIAGA GANUZAS, “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en J. MALEM, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2003.

2. Cfr. por ejemplo F. LAPORTA, “Vindicación del precedente judicial en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, nº 1. También V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, Ed. Civitas, 2002.

3. Entre otros, E. BACIGALUPO, “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, en J. SAMPER, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2001; así como C. AUGER LIÑÁN, “La jurisprudencia como posible fuente del ordenamiento jurídico”, en R. TRILLO, E. BACIGALUPO y P. LUCAS, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2004.

4. F. J. HERNANDO SANTIAGO, *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho* (Discurso leído en el acto de inauguración del año judicial 2005), Madrid, Tribunal Supremo, 2005; esp. pp. LXXVI-LXXXIII.

5. Me interesa acentuar la palabra “primigenio” porque, en lo que atañe a la concepción de la “certeza”, hay diferencias entre el positivismo primero y el positivismo posterior (pongamos por caso a Kelsen y Hart) (Cfr. S. BERTEA, “La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, nº 1; pp. 134-144).

Certeza, acarrea la desnaturalización del *Juez* constitucional (el cual pierde uno de sus atributos esenciales: la independencia). Eso es, en síntesis, lo que intentaré mostrar en las páginas venideras.

1. BREVE SEMBLANZA DE LA POSTURA DE LA QUE DISCREPARÉ

El autor al que —según anuncié— tomo como referencia, adopta un doble enfoque para analizar el problema de “la sujeción del juez a la ley”: un punto de vista *objetivo* y otro punto de vista *subjetivo*⁶.

Desde el primero (o sea el *objetivo*) —calificable “como la perspectiva ‘clásica’”— el sometimiento del juez a la ley se resume en una serie de obligaciones intrínsecas a la función judicial cuyo análisis soslayaré por no ser objeto de mi discrepancia. El segundo (es decir el *subjetivo*) nos confronta —en estimación de nuestro autor— con “una segunda manifestación importante de la sujeción del juez a la ley que, sin embargo, no suele ser tomada en consideración al analizar sus implicaciones” y que “es su carácter garante de la seguridad o certeza jurídica de los destinatarios de las normas, al ser un requisito necesario para poder prever las consecuencias jurídicas de los comportamientos propios y ajenos”; para lo cual “es necesaria la concurrencia simultánea de dos requisitos: a) que sea posible conocer lo que la ley dice; y b) que el juez se sujete a la misma”⁷. Ambas condiciones comparecen en los casos llamados “fáciles”; aquellos en los que “la disposición es unívoca en su significado, éste es consistente y satisfactorio para el operador jurídico, por lo que habrá consenso en que ésa es la solución normativa correcta; en definitiva será posible conocer cuál es la norma jurídica que ofrece la solución normativa de un caso”. Cosa distinta ocurre con los denominados casos “difíciles”, que se producen “por la indeterminación del lenguaje usado para redactar las disposiciones, porque se pone de manifiesto una antinomia o una laguna o porque el juez no comparte la solución normativa”; de manera que “sus consecuencias serán que no cabe en relación a ellos hablar de solución correcta; su solución puede requerir sopesar las disposiciones en conflicto, utilizar los principios o acudir a juicios morales; y el conocimiento de las normas que los resuelven no es posible ya que éstas no preexisten, sino que deben ser ‘construidas’”. Y en relación con la certeza “el gran problema que plantean los casos difíciles es que pueden ser resueltos de modo diverso, a menudo dependiendo de las valoraciones del juez y, por tanto, es complicado prever la decisión judicial”⁸.

¿Qué hacer, entonces? Nuestro autor, tras tomar nota de que —incluso si el sistema no otorga fuerza vinculante a los precedentes— tanto los operadores

6. Ambas dimensiones (objetiva y subjetiva) también han sido destacadas, con anterioridad, en un notabilísimo libro de A. E. PÉREZ LUÑO (*La seguridad jurídica*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991; pp. 21-22).

7. F. J. EZQUIAGA, *cit.*, pp. 47-48.

8. F. J. EZQUIAGA, *ibid.*, p. 48.

jurídicos (por pragmatismo) como los dogmáticos (para verificar sus tesis) suelen contar con la jurisprudencia de los tribunales más importantes, infiere que “hay muchas ocasiones en las que la indagación jurisprudencial es un camino seguro para prever una decisión futura ya que los jueces y tribunales frecuentemente aplican las mismas normas jurídicas que los tribunales superiores” (aunque —puntualiza él— “hay otras ocasiones en las que eso no es así”; por ejemplo, “cuando debe ser resuelto un caso completamente nuevo”, o “cuando los tribunales superiores carecen de una opinión clara y estable sobre un asunto”, o cuando la misma “forma lingüística” en la que se expresa la doctrina legal puede ser interpretada de “diferentes modos”, o —en fin— cuando “los criterios de los tribunales superiores” experimentan con relativa frecuencia “giros jurisprudenciales”)⁹. A la vista de ese panorama, la solución (cautelosa, es verdad, como patentiza el inicial “tal vez”) sería ésta: “tal vez fuera conveniente articular medidas de vinculación de la jurisprudencia y transformar el deber de sujeción del juez a la ley en un *deber de sujeción del juez a la ley y a la jurisprudencia*”¹⁰.

La verdad es que otros autores sostienen una opinión más audaz; es decir, su defensa del precedente vinculante no se confina en una propuesta de *lege ferenda* sino se extiende a una proclama de *lege lata*. O sea, la vinculatoriedad del precedente sería una tesis abierta a dos lecturas: unos “dicen que la vinculación ya existe de modo que nada debe ser añadido, y algunos más afirman esa falta de vigor actual pero que, a cambio, debería iniciarse una firme andadura en tal dirección”¹¹.

Pues bien, para fijar el volumen del desacuerdo que se manifestará en estas páginas, exploremos el juego combinatorio a que puede dar lugar este par de asertos (o sea: “el precedente *es* vinculante” y “el precedente *debe* ser vinculante”) y sus correspondientes negaciones (es decir: “el precedente *no es* vinculante” y “el precedente *no debe* ser vinculante”). Saldrían cuatro combinaciones posibles: el precedente *es* vinculante y *debe* serlo; el precedente *es* vinculante pero *no debe* serlo; el precedente *no es* vinculante pero *debe* serlo; el precedente *no es* vinculante y *no debe* serlo. Será esta cuarta postura la que aquí se sufragará (pero tras las oportunas estipulaciones semánticas).

2. CONVENCIONES Y ACLARACIONES

Antes de adentrarme en la discusión, estipularé y perfilaré el uso de algunas nociones de curso corriente en el ámbito concreto que ahora nos concierne¹².

9. F. J. EZQUIAGA, *ibid.*, pp. 49-50.

10. F. J. EZQUIAGA, *ibid.*, p. 51.

11. F. J. HERNANDO SANTIAGO, *cit.*, p. LXXVII.

12. Pero que constituye el “punto de intersección” de variados y centrales problemas de teoría del derecho, que van del tema de las fuentes del derecho al de la interpretación jurídica, del papel

A. “*Precedente judicial*” y *términos afines*.— Existe una indisimulada propensión a intercambiar (dándolos por sinónimos) vocablos o expresiones como “precedente judicial”, “jurisprudencia”, “doctrina legal”, etc., y que sin embargo no lo son (aunque, la verdad, eso tampoco suele inducir a grandes confusiones). Y por si en este mismo trabajo (bien en mi texto o en el de las citas) se incurre en alguna inconstancia terminológica (lo que inevitablemente acontecerá), tomo la precaución de explicitar unas mínimas convenciones¹³.

Por “jurisprudencia” (del Tribunal X) suele entenderse, primariamente, un conjunto de “sentencias” (o incluso sólo una) provenientes del órgano judicial pertinente. De su lado, como las sentencias contienen una decisión (*decisum*) y su correspondiente fundamentación (o *ratio decidendi*), hablar de “precedente” puede implicar la referencia al *decisum* de una (o varias) sentencia(s) anterior(es), bien a su *ratio decidendi*, o bien a ambas cosas; aunque, por lo común, es la *ratio decidendi* lo que se denota con aquella palabra (“precedente”); de manera que, si dos casos iguales han sido resueltos sucesivamente de la misma forma pero con fundamentos jurídicos distintos, no suele considerarse a la primera resolución como precedente de la segunda. Y, finalmente, la “doctrina jurisprudencial” hace mención al significado de la(s) “proposición(es) jurídica(s)” mediante la(s) cual(es) se formula la *ratio decidendi* de la(s) resolución(es) anterior(es).

En lo que sigue, me ceñiré a lo que he denominado “doctrina jurisprudencial”. Y, de cualquier modo, deberán tomarse como sinónimos suyos los vocablos “jurisprudencia” y “precedente” si acaso (seguro que sí) afloran en este trabajo por respeto a la literalidad de algunas citas.

B. “*Relevancia*” y “*fuerza vinculante*” de la *doctrina jurisprudencial*.— A todo el mundo le consta que, de ordinario, los tribunales inferiores invocan (en previsión de ulteriores recursos) la doctrina emanada de tribunales superiores (más, tratándose del TS); y que cualquier tribunal tiene a gala (por lo que significa de igualdad en la aplicación de la ley) remontarse a la propia doctrina observada con regularidad, lo cual genera además un plus de persuasividad.

Ahora bien, ¿de qué naturaleza es esa “relevancia”? De dos tipos¹⁴. Puede ser una relevancia “formal” (o *de iure*) si la influencia que la doctrina jurisprudencial ha de tener depende de reglas jurídicas (escritas o no escritas). Y se trataría de una relevancia “empírica” (o *de facto*) si la influencia la doctrina jurisprudencial

de la jurisdicción a la jerarquía de los tribunales, de la evolución del derecho a la función de los tribunales supremos (cfr. M. TARUFFO, “Presentazione”, *Ragion pratica*, 1996, n° 6; p. 7).

13. Para lo cual me he servido de indicaciones encontradas en P. CHIASSONI (“Il fascino discreto della *Common Law*. Appunti sulla ‘rilevanza’ dei precedenti giudiziari”, en M. BESSONE, E. SILVESTRI y M. TARUFFO, *I metodi della giustizia civile*, Padua, Ed. Cedam, 2000; pp. 4-5), en A. NIETO (“Visión doctrinal de la jurisprudencia”, en J. SAMPER, *cit.*, pp. 112-114) y en A. PIZZORUSSO (“La posición constitucional del Tribunal Supremo”, en R. TRILLO, E. BACIGALUPO y P. LUCAS, *cit.*, p. 29).

14. Cfr. P. CHIASSONI, *cit.*, pp. 11-12.

precedente obedece a otros factores. Nada empece (más bien al contrario) a que esta segunda relevancia se sume a la primera.

La discusión suscitada por estos pagos se enfoca exclusivamente en la “relevancia formal” de la doctrina jurisprudencial; o, dicho con palabras más habituales, en si tal doctrina es o no jurídicamente “vinculante”. Y a ésas me atenderé. Sin embargo, el debate corre el riesgo de enviarse si el dilema se presenta —y así se estila— como una simple y tremenda opción entre un “sí” y un “no”, sin parar mientes en que la vinculación jurídica de la doctrina de los tribunales (como enseña el derecho comparado¹⁵) admite distintas intensidades. Por eso, conviene que la cuestión relativa a la “vinculación” o no de la doctrina jurisprudencial se acompañe de otra referente a su concreta *fuerza* vinculante (si se concediera que existe vinculación, claro está).

Sin necesidad de montar una minuciosa escala de los diversos grados de intensidad que cabe distinguir en la fuerza vinculante de la doctrina jurisprudencial¹⁶, contentémonos (porque no nos hace falta más) con esta tríada¹⁷: *a*) doctrina jurisprudencial meramente *persuasiva* (los jueces están obligados a mencionar los precedentes doctrinales pertinentes si los hubiera, pero pueden separarse de ellos sin asumir ninguna carga argumentativa); *b*) doctrina jurisprudencial *prejuzgante* (los jueces, además de mencionar la doctrina pertinente si la hubiera, están obligados a seguirla a menos de que les sea posible aducir “buenas” o “serias”, o “graves” razones para separarse de ella); *c*) doctrina jurisprudencial *incondicionadamente vinculante* (los jueces deben mencionar la doctrina pertinente si la hubiera y, encima, tienen la obligación de seguirla en cualquier caso, aunque haya “buenas” o “serias”, o “graves” razones para separarse de ella).

3. LA CONTROVERTIDA FUERZA VINCULANTE DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Sin más preámbulos, iré al grano intentando responder a esta pregunta: ¿qué fuerza jurídica tiene —si la tiene— la doctrina jurisprudencial con relevancia formal?; o más centradamente: ¿hasta qué punto vincula —si vincula— a los tribunales inferiores la doctrina jurisprudencial del TS?

15. Cfr. M. TARUFFO, “Per un’analisi comparata del precedente giudiziario”, *Ragion pratica*, 1996, n° 6; pp. 59-62.

16. Varios autores han acometido esa tarea con distintos resultados. Por ejemplo, M. TARUFFO (“Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, n° 1; pp. 26-27), A. AARNIO (“I precedenti e la loro validità”, *Ragion pratica*, 1996, n° 6; p. 13), y L. LÓPEZ GUERRA (“La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2000, n° 442; p. 3).

17. Que extraigo de P. CHIASSONI, *cit.*, pp. 12-15.

Como los desacuerdos al respecto afectan a la interpretación de preceptos ubicados en distintos niveles del ordenamiento (es decir, tanto de legalidad ordinaria como de rango constitucional), voy a proceder examinándolos por separado.

A. En el plano de la legislación ordinaria.— Limitándome a lo más nuclear, la disputa se ha venido nutriendo de la tensión entre dos disposiciones de difícil conciliación. Por un lado se encuentra el art. 1 del Código civil, consagrado a establecer las fuentes del ordenamiento jurídico y cuya nómina no incluye la “jurisprudencia” (expresamente relegada a la subordinada función de “complementar” el ordenamiento); lo que da pie a este raciocinio: si la jurisprudencia del TS no es fuente del ordenamiento jurídico, entonces carece de fuerza vinculante. A conclusión opuesta se ha llegado invocando el art. 1692, 5º de la anterior LEC, donde se lee que el recurso de casación podrá fundarse en “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia”; y de ahí se colige —para empezar— que la jurisprudencia tiene valor normativo pues sólo en tal tesitura cabe hablar de “infracción”; y —para continuar— también se seguiría que la jurisprudencia forma parte del ordenamiento ya que la casación puede anular una sentencia sólo si ésta infringe el ordenamiento¹⁸.

Es evidente que, al día de hoy, la controversia debe proponerse en otros términos ya que la nueva LEC, en su art. 477. 1, contempla como “motivo único” para fundar el recurso de casación “la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Léase bien: “infracción de normas”, no de normas y de jurisprudencia o doctrina legal. Parece reveladora la desaparición de toda referencia, directa o indirecta, a la jurisprudencia; y, de paso, se esfuma la al menos presunta antinomia (entre lo dispuesto por el vigente Código civil y la anterior LEC) subrayada en el párrafo anterior. No obstante, de seguido, se arguye que la infracción de doctrina jurisprudencial se reintroduce mediante la inclusión de la figura del “interés casacional”¹⁹ (cuya definición empieza así: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo...”, según reza el art. 477. 3 LEC). A lo que, con no menor presteza, se replica que “el ‘interés casacional’ por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo (...), posibilita la admisión de la impugnación, no la casación de la sentencia que es cosa distinta (...) la oposición de la sentencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sólo condiciona la admisión del recurso, no su acogida, que siempre exige la infracción de una norma”²⁰; puntualización ésta del todo pertinente, pues mientras

18. Por si no he compendiado bien esta segunda postura, tomo la precaución de remitir a la consulta de I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 6ª reimpresión, Barcelona, Ed. Ariel, 1998; pp. 296-298.

19. Cfr. p. ej. E. OSORIO ACOSTA, “Artículo 477”, en A. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2004; p. 2331.

20. M. MORÓN, “Precisiones y significación constitucional del recurso de casación”, *La Ley*, 2004, nº 6129; pp. 3-4 (cursivas mías) y bibliografía allí citada.

que si el TS aprecia una infracción de norma aplicable debe casar forzosamente la sentencia recurrida, cuando aquél detecta un contraste entre la resolución impugnada y la doctrina jurisprudencial tiene en su mano dos opciones: o acoger el recurso anulando la sentencia o imprimir un *revirement* a la jurisprudencia²¹. Y eso mismo vale, si no me equivoco, en los recursos por “interés de ley” y para la “unificación de la doctrina”²². Lo cual denotaría que la contradicción con la doctrina del TS es, en rigor, una “condición de acceso” al recurso de casación y no un “motivo” del mismo²³.

Creo que lo antedicho permite inferir, de momento y sin mucho alambique, que la doctrina jurisprudencial no vincula al modo (por la misma *ratio* y con idéntico alcance, quiero decir) en que sí vinculan las normas legales; aunque, por otra parte, alguna eficacia habrá de suponersele so pena de condenarla al rincón de los trastos inútiles²⁴. Pero lo conseguido resulta insatisfactorio por partida doble. Primero, porque es poco; queda por saber si, no obstante lo visto, la doctrina posee o no alguna fuerza vinculante (siquiera *sui generis*) y en qué se traduce caso de tenerla. Segundo, porque se tiende a confinar el esfuerzo (y, a veces, hasta

21. El TS no está obligado a seguir su doctrina; puede variarla razonando el cambio de criterio (A. DESDENTADO BONETE, “La unificación de la doctrina y el Tribunal Supremo. La experiencia del orden social”, en R. TRILLO, E. BACIGALUPO, P. LUCAS, *cit.*, p. 387).

22. Tal vez induzca a cierta desorientación leer en el art. 493 LEC: “La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley (...) se publicará en el BOE y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, *vinculando* en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo” (cursiva mía). ¿Qué entenderemos por “vinculando”? En nuestro auxilio acude la “Exposición de Motivos” de la LEC (XV) para aclarar que: “Entre las sentencias que dicte el Tribunal Supremo en virtud de este instrumento (recurso en interés de ley) (...) no faltará una doctrina jurisprudencial que sirva de guía para la aplicación e interpretación de las normas procesales en términos de seguridad jurídica e igualdad, compatibles y armónicos con la *libertad de enjuiciamiento* propia de nuestro sistema y con la oportuna *evolución* de la jurisprudencia. En este punto, y para terminar lo relativo a los *recursos extraordinarios*, parece oportuno recordar que, precisamente en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar. Esa autoridad, nacida de la calidad de la decisión, de su justificación y de la cuidadosa expresión de ésta (...) seguirá siendo la única atribuible, más allá del caso concreto, a las sentencias dictadas en casación” (cursivas mías). Y un poco antes (“Exposición de Motivos”, XIV) se puede leer: “En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante —sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo—, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica”.

23. Distinción de J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, “Los recursos de casación en interés de la ley en el anteproyecto de ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, 2005, n° 6345; p. 2.

24. En efecto, lleva toda la razón quien diga que “yo no encuentro fundamento alguno en la posición que afirma que, tras una sentencia de casación que unifica la doctrina, cualquiera de los órganos judiciales concernidos pueda continuar sin más con su línea interpretativa discrepante. Me parecería, no sólo una pérdida de tiempo inconcebible, sino una auténtica burla al Derecho que esto estuviera consentido por el ordenamiento” (F. LAPORTA, *cit.*, pp. 272-273).

con rebuscamiento²⁵) en el análisis de la legislación y a despachar con faenas de aliño el examen de la normativa constitucional, invirtiendo de ese modo el vector interpretativo (que acostumbra y debe proyectarse desde la Constitución a la legislación y no al revés). Empezar por lo segundo arrojará luz para responder después a lo primero.

B. El maltrecho art. 117. 1 de la Constitución.— Sería una falsedad imputar a nadie el soslayar la obligada referencia al art. 117. 1 CE (“La justicia *emana del pueblo* y se administra en nombre del Rey por *Jueces y Magistrados* integrantes del poder judicial, *independientes*, inamovibles, responsables y *sometidos únicamente al imperio de la ley*”) pero no tanto el de haberlo tratado con escaso miramiento. El énfasis que acabo de poner en determinadas palabras del artículo transcrito anticipa el itinerario que pienso seguir en la fundamentación de mi postura.

a) El sometimiento del juez únicamente a la ley.— Tomar al pie de la letra la palabra “ley” no es —pese a la opinión de quienes intentan incluir a la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico para dotarla de fuerza vinculante— una opción candorosa y olvidadiza del carácter casi geriátrico de aquella doctrina revolucionaria en la que “el derecho se entendía reducido a la ley del Cuerpo legislativo”, siendo así que “reducir el derecho a la ley parlamentaria cuando la propia Constitución reconoce otras normas significa hacer de éstas algo carente de toda eficacia, en cuanto que el juez no estaría obligado a aplicarlas en ningún caso”²⁶. Y aunque la propia CE —que en su art. 9. 1 dice: “Los ciudadanos y los poderes públicos (el poder judicial es uno de ellos) están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”— parezca avalar esa interpretación, me empeñaré en mostrar que el vocablo “ley” no es, en el perímetro del art. 117. 1 CE, una mera *survivance* terminológica de épocas pretéritas y por tanto desfasada²⁷.

25. Tal me parece el, por lo demás, encomiable empeño de F. LAPORTA en fundamentar la fuerza vinculante (eso sí, sin matices) de la jurisprudencia del TS mediante razonamiento que transcribo para no desvirtuarlo: “Me gustaría ahora hacer una consideración sistemática a la vista del tenor literal del art. 102.a).2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y del artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral. En ambos casos, en el primero explícita y en el segundo tácitamente, se excluyen del recurso de casación para la unificación de doctrina aquellos supuestos en los que quepa ya el recurso de casación ordinario. Esto sólo puede tener un significado comprensible: que el legislador supone que el recurso de casación común es ya un recurso de unificación de doctrina, con lo que las consideraciones que valen para éste valdrían igualmente para todos los recursos de casación: el carácter vinculante de su doctrina y la eventual posibilidad de *prevaricar* al ignorarla a sabiendas o por ignorancia inexcusable” (*cit.*, p. 273; la cursiva es mía).

26. I. DE OTTO, *cit.*, p. 300.

27. A tal efecto, me serviré cuantosamente del convincente análisis que, referido a una fórmula similar contenida en la Constitución italiana (“I giudici sono soggetti soltanto alla legge”), ofrece R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Turín, Ed. Giappichelli, 1995. En ese libro se exponen, de manera más completa y pulcra, los argumentos que utilizaré.

i. De entrada, llamaré la atención sobre el entronque de la jurisdicción en la soberanía popular (“La justicia *emana* del *pueblo*...”, así se inicia el art. 117. 1 CE) y sobre la locución “imperio de la ley” del mismo artículo que vuelve a aparecer en el Preámbulo de la CE asociada a la “voluntad popular” (al proclamarse la voluntad de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el *imperio de la ley* como *expresión de la voluntad popular*”). La CE instituye, por tanto, una estrecha conexión entre soberanía popular y función jurisdiccional, más precisamente: una relación de dependencia de ésta respecto de aquélla.

ii. Pero ¿de qué manera se subordina la función jurisdiccional a la soberanía popular?²⁸ Podrían considerarse tres principales modos de subordinación: el *primero* consistiría en atribuir la función jurisdiccional a órganos elegidos a semejanza de los órganos legislativos; el *segundo* estribaría en someter los órganos jurisdiccionales a alguna forma de control político a cargo de los órganos legislativos; el *tercero* radicaría en subordinar estructuralmente la función jurisdiccional a la legislativa, o sea a vincular a los órganos jurisdiccionales a aplicar la ley y sólo la ley. Indudablemente, nuestra Constitución ha elegido la tercera modalidad. Por tanto, el art. 117. 1 debe entenderse en el sentido de que la función jurisdiccional está estructuralmente subordinada a la legislativa; lo que, a su vez, implica que toda decisión jurisdiccional debe fundarse en la ley y ser conforme a ésta (¡ojo! “en la ley” y no genéricamente en el derecho objetivo, pues no todo el derecho objetivo es manifestación de la soberanía popular).

iii. Ahora ya podemos preguntarnos abiertamente si el término “ley” del art. 117. 1 ha de ser interpretado como “ley en sentido material” (sinónimo de “derecho objetivo”, como propugna la postura que combato) o como “ley en sentido formal” (según mi opinión, incluyendo también los actos que tienen fuerza o valor de ley ordinaria)²⁹. Para orientarnos en la elección, reparemos en que el art. 117. 1 prescribe el *sometimiento* del juez al *imperio* de la ley. Según una comprensión no controvertida de ambas palabras³⁰, el juez estaría ante un *deber incondicionado de aplicar la ley*, lo cual supone cuando menos que *en ningún caso* puede el juez *rehusar* aplicarla (sí, *suspender* la aplicación de la ley cuando surjan dudas

28. Sigo a R. GUASTINI, *ibid.*, pp. 95-98.

29. En lo que sigue me baso, con los ineludibles retoques, en R. GUASTINI, *ibid.*, pp. 104-108.

30. También L. M. DÍEZ PICAZO considera “significativo” el que “el art. 117 no diga que los jueces están sometidos a la ley, sino al ‘imperio’ de la ley. Esta palabra que evoca una supremacía incontestable, no es utilizada con respecto a las normas infralegales. Sería simplemente ridículo hablar del ‘imperio del reglamento’. La ley está dotada de imperio porque, a diferencia de las otras fuentes del Derecho, es expresión de la voluntad popular; y esto, en democracia, dista de ser una característica trivial” (“Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el derecho español”, en R. TRILLO, E. BACIGALUPO, P. LUCAS, *cit.*, p. 402). De lo dicho también se infiere que, hablando de las obligaciones de los jueces, sea impropia la locución “sometimiento al Derecho” muy del gusto de R. DE ASÍS, *El Juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005; pp. 59 y 60.

sobre su constitucionalidad). Tras esta precisión interesa saber si, cuando decimos que los jueces están incondicionadamente obligados a aplicar la ley, nos estamos refiriendo a cualquier fuente de “derecho objetivo” o a la “ley formal” (y actos normativos equiparados). Damos por descontado que los jueces están obligados a aplicar el derecho objetivo (sea cual fuere la fuente de la que provenga), pero ¿están *incondicionadamente* vinculados a aplicar “todo” el derecho o pueden rechazar legítimamente la aplicación de una u otra de sus fuentes? Mientras que los jueces en ningún caso están autorizados a desaplicar la ley formal (y los actos con fuerza de ley), sin embargo les es dado y obligado desaplicar, por ejemplo, todo acto normativo de la Administración pública que contraste con la ley formal. Por tanto, incurre en una falacia quien intente ponernos contra la pared mediante este dilema: o el concepto de “ley” engloba todas las normas del ordenamiento o, de lo contrario, hay normas que el juez no estaría obligado a aplicarlas en *ningún caso*³¹. Ahora bien, lo que distingue a la “ley” formal de las normas infralegales es que las primeras obligan —como se ha subrayado— incondicionadamente (es decir: *en todo caso*) y las segundas condicionadamente (es decir: *no en todo caso*, cosa bien diversa a “en ningún caso”).

iv. ¿Qué contenido habremos de atribuir al adverbio “únicamente” (“sometidos *únicamente* al imperio de la ley”)? Es una palabra que, en este entorno, tiene cuatro implicaciones³²: *primera*, que el sometimiento sólo a la ley no significa que no lo estén también a la Constitución; pues si la ley formal está subordinada a la Constitución, es obvio que el sometimiento a la ley implica *a fortiori* el sometimiento a la Constitución (y a normas de rango constitucional); *segunda*, que los jueces no están sometidos a la jurisprudencia del TS pues ésta no tiene fuerza de interpretación auténtica, esto es: fuerza de ley, de suerte que sería inconstitucional una ley (ordinaria) que pretendiera introducir la regla de la jurisprudencia vinculante; *tercera*, que los jueces no están incondicionadamente obligados a aplicar actos de la Administración pública, incluidos los reglamentos; y *cuarta*, que los jueces gozan de total autonomía de juicio, de modo que no están sometidos a órdenes o directivas políticas de quien fuere acerca de cómo juzgar.

b) ¿Juez “independiente” o juez “burócrata”?.— La expresa alusión del art. 117. 1 CE (y reiterada en los arts. 124. 1 y 127. 2 de la misma) a jueces y magistrados “independientes” (y que no pocos han asimilado a la independencia del aparato judicial³³ frente a los otros poderes del Estado) tal vez sea insuficiente

31. Me refiero a la última cita de I. DE OTTO y forma parte de una tesis que ha sido calificada —encomiásticamente creo (y no lo entiendo)— como “la provocadora tesis de Ignacio de Otto” (C. AUGER LIÑÁN, *cit.*, p. 375).

32. Que extraigo de R. GUASTINI, *cit.*, pp. 120-128.

33. Concepción que, en su día, fue denunciada por la corriente italiana “Magistratura democratica” (cfr. L. PEPINO, “Appunti per una storia di Magistratura democratica”, *Questione giustizia*, 2002, n° 1; p. 128), pero que aflora —me parece— en el ya citado discurso del Presidente del TS

para despejar la extrañeza provocada —como exteriorizan estas palabras— por el argumento “que dice que el sometimiento del juez al precedente atentaría contra la independencia judicial. Confieso que no sé cómo ha sido posible que se extienda semejante idea”³⁴. Pero si enlazamos la “independencia” del juez (es decir: de todos y cada uno de ellos) con el planteamiento anterior sobre el sometimiento de éste “únicamente al imperio de la ley” (donde el acento recae sobre el adverbio “únicamente”³⁵), es claro que “este sometimiento incondicionado a la ley no admite intermediarios”; y “si la jurisprudencia tuviera fuerza vinculante en sentido fuerte, se interpondría entre el juez y la ley, vulnerando lo ordenado por el art. 117 de la Constitución”³⁶.

La ligazón entre la sumisión exclusiva a la ley y la independencia judicial habilita una perspectiva para percibir qué se cela en el trasfondo de los alegatos en pro de disociar “juez independiente” y “juez no sometido a la jurisprudencia”: ni más ni menos que una visión “burocrática” de la administración de justicia. En efecto, ése es el preocupante mensaje que se destila, por ejemplo, de la siguiente cita a propósito de “la objeción de que el juez no puede estar vinculado a la jurisprudencia porque con ello quedaría sometido al Tribunal Supremo y perdería su independencia”. Y a la que se responde así (cursivas mías):

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

y del CGPJ cuando, postulando la vinculatoriedad de la jurisprudencia, dice: “Tampoco se afectará a la independencia judicial. Como es sabido, esa independencia no es otra cosa que una garantía institucional encaminada a asegurar la sujeción exclusiva, sin injerencias o presiones, de los Jueces al imperio de la Ley” (F. J. HERNANDO SANTIAGO, *cit.*, p. LXXXIII).

34. F. LAPORTA, *cit.*, p. 276.

35. Indicación tomada de G. BORRÈ (a propósito de “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”), quien agrega: “Es una norma que (...) antes que la fidelidad a la ley, ordena la desobediencia a lo que no es ley. Desobediencia al pasoliniano ‘palazzo’, desobediencia a los potentados económicos, desobediencia a la misma interpretación de los otros jueces y por tanto libertad interpretativa. Por tanto pluralismo, por tanto legítima presencia de diversas posiciones culturales e ideales en el interior de la magistratura. De otra parte ¿qué es el pluralismo de las ideas sino la sal de la independencia, que la hace ser comparación responsable y no subjetivismo y casualidad?” (“Le scelte di Magistratura democratica”, en L. PEPINO, *L’eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Milán, Ed. Franco Angeli, 2001, p. 235).

36. L. M. DÍEZ PICAZO, *cit.*, p. 403.

este modo aproxima el sistema de jurisdicción dispersa al *ideal del juez único*. Afirmar que la independencia del juez lo desvincula de la jurisprudencia, de la doctrina del tribunal en que culmina esa organización, significaría *negar toda posibilidad de conducir a la unidad* la Justicia dispersa y convertir la *dispersión* misma en un *valor*, inutilizando la garantía que para el ciudadano supone la estructura en instancias o grados”³⁷.

Con el “ideal del juez único” se aboga (a lo peor, sin saberlo) por un modelo de administración de justicia que encontró su más cumplida expresión en la ley napoleónica sobre el orden judicial, allá por el año 1810. Tal modelo (burocrático) se inspiró en la concurrencia de dos factores³⁸. Uno, el de la desconfianza de los revolucionarios franceses hacia los jueces del Antiguo Régimen (que continuaban en ejercicio) y la necesidad de evitar fenómenos de independencia o de conflicto —como en el pasado— con el poder central (lo que empujó a montar un sistema que asegurara el control de los jueces por el poder político). El otro (que ha gozado de larga e intensa influencia en los sistemas de la Europa continental) era la tendencia a concebir el *status* del juez a semejanza del funcionario estatal y la organización judicial según el esquema de la organización administrativa (en pos de una racionalización del sistema judicial —habida cuenta de la codificación del derecho sustancial y procesal— y de una eficiencia en la administración de la justicia). En una burocracia jerárquicamente estructurada, el poder desciende de arriba a abajo según la regla de que el poder del órgano superior engloba el del órgano inferior y por tanto lo controla íntegramente. El funcionario que se inserta en esta organización (para lo que no ha sido elegido por la comunidad social y por tanto no la representa) asume características específicas: como sólo debe ejercer tareas determinadas, el criterio de selección tiende a ser el de la capacidad técnica; y como sólo realiza labores limitadas, el funcionario ni elige ni crea: ejecuta reglas y directivas de manera impersonal, uniforme, según procedimientos repetitivos y estandarizados. Obviamente: subordinación, impersonalidad, asepsia valorativa, profesionalidad, es lo que conviene para el óptimo funcionamiento de un *poder central autoritario* en general, y en particular tratándose de los jueces.

Precisamente, la sumisión del juez a la jurisprudencia del TS es lo que faltaría, entre nosotros, para la “restauración del viejo modelo burocrático, que aseguraría la correspondencia de cada resolución a los criterios, siempre más fiables, *del superior*” y, de paso, para colmar “la irresponsable añoranza, como factor de certeza, de cierto tipo de vinculación al precedente judicial, sólo posible al precio de la falta de independencia del juez”³⁹. Ya que sí, para completar el invento

37. I. DE OTTO, *cit.*, pp. 300-301.

38. Sigo a M. TARUFFO, “Il modello burocratico di amministrazione della giustizia”, en M. BESONE, E. SILVESTRI, M. TARUFFO, *cit.*, pp. 359-361; y también a P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Democracia con jueces”, en J. MALEM, J. OROZCO, R. VÁZQUEZ, *cit.*, pp. 256-257.

39. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *cit.*, p. 253.

napoleónico, contamos con una forma políticamente condicionada de acceso al cargo de magistrado del TS (es decir: mediante selección a cargo de un CGPJ que reproduce, tanto en su conformación como en su funcionamiento, “la dinámica de enfrentamiento entre partidos”, lo cual contribuye a que “se resientan los deseables niveles de independencia de los jueces”, no sólo interna sino también externa, y “la confianza de los ciudadanos en la existencia de un poder judicial no sometido a los vaivenes y coyunturas partidistas”⁴⁰) entonces la interna organización judicial jerárquica y piramidal es el más potente vehículo “de sintonía entre la magistratura y el sistema de poder político y económico”, por la sencilla razón de que a éste le resulta “más fácil condicionar desde el exterior a un vértice (o un sistema de vértices) que no a un poder difuso”⁴¹.

La propensión, de inconfundible pedigrí jacobino, a equiparar la organización judicial a la de las Administraciones Públicas (en las que, merced, al principio de “jerarquía”⁴², “la existencia de una pluralidad de órganos no empece a las manifestaciones de una voluntad unitaria hacia el exterior”) no advierte que el Poder Judicial es, por contra, “una organización policéntrica y descentralizada: todos y cada uno de los órganos judiciales encarna, por sí solo, el Poder Judicial. Esta es la razón por la que la función de juzgar es ‘personalizada’: los jueces, lejos de ser intercambiables han de estar predeterminados por la ley”⁴³ (requisito que, por ejemplo, no afecta a los fiscales). En otras palabras: “Mientras el funcionario actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE), el juez al aplicar la ley no tiene superiores; ejercitando la potestad jurisdiccional no hay ni superior ni inferior, no hay jerarquía; cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejercita la potestad sólo vinculado a la ley”⁴⁴.

Pero ¿cuál es la contrapartida de todo ello? ¿Acaso despojar al tribunal de casación de su idiosincrásica función, la nomofilaquia, “negando toda posibilidad de conducir a unidad la justicia dispersa”? ¿Tal vez “convertir la dispersión misma en un valor” renunciando a la certeza jurídica? Ni lo uno ni lo otro.

40. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, “Una reforma necesaria pero insuficiente (A propósito de la Ley Orgánica 2/2004, de modificación del sistema de designación de determinados cargos judiciales)”, *Jueces para la Democracia*, 2005, nº 52; p. 5.

41. L. PEPINO, “Appunti per una storia...”, p. 140.

42. La transposición de ese principio al ámbito judicial explica opiniones como ésta: “Me refiero a la estructura jerárquica de la organización de los tribunales, que no se entiende muy bien si se excluye la vinculatoriedad de las interpretaciones (y no sólo de los fallos particulares) emitidas por los órganos superiores (...) donde hay jerarquía judicial tiene que haber un principio de aceptación del precedente” (F. LAPORTA, *cit.*, p. 273).

43. L. M. DíEZ PICAZO, *cit.*, pp. 407-408.

44. J. MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 103.

4. UNA CASACIÓN RECONTEXTUALIZADA

El funcionamiento de la casación se basa en dos presupuestos afectados ambos por la relatividad histórica: el uno referente a la *ley*, el otro concerniente a la *relación* entre el juez y la ley⁴⁵; dos asuntos curiosamente soslayados o —a lo sumo— despachados con alarmante celeridad⁴⁶ por la mayoría de quienes abogan a favor de la sujeción del juez a la jurisprudencia del TS.

Conocida es la vieja idea (mito, más bien) positivista de la ley “simple y clara” cuyo significado es una realidad dada, cristalizada y formalmente definida; de manera que el juez se convierte en “boca” de aquella limitándose a *leerla* (o a *descubrirla*, mediante una interpretación meramente reconocitiva, si la formulación lingüística fuera eventualmente imperfecta). Pues bien, de acuerdo con estas premisas, el Tribunal de casación no fue instituido para crear una regla que prescribiera una aplicación uniforme de la ley (esto sería una consecuencia y la “certeza” su corolario) sino para “controlar su aplicación comparándola con un patrón que no es la voluntad del tribunal supremo sino la ley misma: una ley cuyo significado sería cognoscible sin que sea necesario interpretarla”⁴⁷ y si —según se admitió más adelante— fuera preciso interpretarla, dado que se partía de la presuposición de que toda norma tiene un significado objetivamente dado y que corresponde a la Casación descubrirlo, entonces “es *este* significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en los que aquella norma encuentra aplicación”⁴⁸. Por tanto, asumida la creencia de que “toda norma tiene un significado objetivo”, este significado “constituye el alfa y el omega de la función de la Casación” para el positivismo⁴⁹; de modo que lo que debe ser uniforme es la interpretación *verdadera* de la ley, no otra cosa. Eso explica que en la visión tradicional del iuspositivismo el interés por el precedente se reduzca a bien poco, pues no tiene otro valor que el de ejemplificar e ilustrar la voluntad de la ley, entendida como una voluntad enteramente formada en el momento en que se emana la ley misma⁵⁰.

Pues bien, hoy nos movemos en otras coordenadas (culturales y epistemológicas). Curados ya de la ingenuidad que profesaba el pensamiento ilustrado en lo tocante a la ley como objeto de lectura pasiva, la actualidad enfrenta al juez con inéditos problemas de jerarquía entre fuentes, con la fragmentación de textos legislativos,

45. G. BORRÈ, “La Corte di cassazione oggi”, en M. BESONE, *Diritto giurisprudenziale*, Turín, Ed. Giappichelli, 1996; p. 161.

46. Como es el caso del Presidente del TS y del CGPJ cuando escribe: “La independencia (judicial) es objetiva, funcionalmente afectada al imperio de la ley y previsible pues su contenido es el contenido de la ley” (F. J. HERNANDO SANTIAGO, *cit.*, p. LXXXIII).

47. M. TROPER, “La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto”, *Ragion pratica*, 1996, n° 6; p. 71.

48. M. TARUFFO, “La Corte di Cassazione e la legge”, ahora en su libro *Il vertice ambiguo*, Bolonia, Ed. Il Mulino, 1991; pp. 70-71.

49. M. TARUFFO, “La Corte di Cassazione...”, p. 73.

50. V. MARINELLI, “Precedente giudiziario”, *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento VI*, 2002; p. 875.

con la sobreabundancia y la mala técnica en la redacción de las leyes, con leyes que no son fruto de una sociedad homogénea y por tanto traspasan a los órganos judiciales incertidumbres no resueltas en sede parlamentaria, con leyes que por incongruencia con la Constitución demandan su adecuación a ésta, etcétera⁵¹. Y nada remedia la imagen del juez como “boca de la Constitución” (no ya “boca de la ley”, como antaño) pues el texto constitucional, en cuanto resultado de un pacto, aparece plagado de tensiones y claroscuros en los que el intérprete se ve constreñido a penetrar de una forma que, lejos de ser contemplativa, entraña una actividad de balance, de sutil sopesamiento de los valores en juego que la misma Constitución pluralistamente expresa⁵². En situación tal, se hace insostenible (dudo que alguien la defienda conscientemente) la clásica teoría de la interpretación —el formalismo interpretativo— porque ya no nos hallamos (la verdad es que antes tampoco) ante un significado preformado, “objetivo”, de la ley que al juez corresponde “declarar” nada más. La interpretación ostenta inevitables perfiles valorativos por ser una “elección” entre opciones posibles (en atención al texto, al sistema en el que la norma se inserta y al contexto social en el que funciona); y elegir supone “privilegiar” unos u otros elementos de valoración. Y esto, lejos de acontecer sólo en la determinación de conceptos genéricos o mudables, “es una constante de toda actividad interpretativa, como demuestra el modificarse de las orientaciones de la misma Casación, en teoría garante de la nomofilaquia. Inútil decir que el fenómeno adquiere dimensiones particularmente agudas en un ordenamiento caracterizado por una producción legislativa aluvial y contradictoria”⁵³. Entonces, carece de sentido decir que la interpretación determina el significado “verdadero” de la ley; como mucho, puede determinar un significado en base a criterios aceptables pero de ningún modo absolutos (porque éstos no existen)⁵⁴. Por tanto, ¿qué legitimidad ostenta la Casación para imponer a los tribunales inferiores una precisa interpretación? ¿Quizás porque *manda más*; en cuyo caso se trataría de una legitimación de la autoridad en estado puro (que no merece ni

51. G. BORRÈ, “La Corte di cassazione oggi”, pp. 161-162.

52. G. BORRÈ, “Md e Questione giustizia. I compiti che ci aspettano”, en L. PEPINO, *L’eresia...*, p. 262.

53. L. PEPINO, “L’attualità di un’eresia. Contributi per una storia de Magistratura democratica”, en *L’eresia...*, pp. 30-31.

54. Planteamiento que, por desgracia, aún cuenta con resistencias, incluso en sede académica, como se desprende de estas palabras (con las que se despacha el argumento de la “independencia” judicial contra la pretensión de conferir carácter vinculante a la jurisprudencia del TS): “el que los jueces sean independientes no significa que las soluciones que ofrezcan a los litigantes para la resolución de sus conflictos tengan que ser contrarias a lo que establezcan las leyes. Si la elección o interpretación es errónea o arbitraria, el derecho debe disponer de los medios para corregir esta situación. El sometimiento del juez a la ley constituye una de las garantías básicas de nuestro Estado de Derecho (art. 117.1 CE) (...). La independencia judicial y el deber de sometimiento a la ley no son conceptos incompatibles sino necesariamente complementarios” (J. D. MORENO, “La reforma de la casación y la cuestión en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia”, *Diario La Ley*, 2005, n° 6344; p. 3).

ser discutida⁵⁵)? ¿O, tal vez, porque *sabe más*; es decir: porque se presupone el acierto de las sentencias dictadas por magistrados de la mayor profesionalidad? Pues tampoco; el acierto y la profesionalidad operan en planos distintos y bien puede faltar el primero aun en presencia de la segunda⁵⁶.

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

Dejando sentado que “interpretar” consiste en atribuir uno de los significados posibles a un texto legal y que un significado es “posible” si se apoya en criterios de interpretación aceptados, hay que dar un paso más: si bien no existen criterios absolutos, con todo unos suelen ser —comparativamente— “mejores” que otros; de forma que la interpretación “correcta” sería (provisionalmente) la que se sustenta en los criterios que (en un momento dado) se tienen por mejores. O sea: el resultado de una interpretación no es correcto de por sí sino en función de las “razones” que la justifican⁵⁷.

Pero la función nomofiláctica, aun privada de sus tradicionales sostenes, no pierde sin embargo su razón de ser incluso en este nuevo contexto “aunque más ardua a practicarse, porque no está socorrida por lógicas autorreferenciales y por el principio de autoridad, sino confiada a las propias ‘buenas razones’”⁵⁸; es decir, debe “hacer revivir en clave de racionalidad y buen gobierno” la unidad de la jurisprudencia⁵⁹. De ese modo, la nomofilaquia no significará la elaboración de una doctrina en la sede central y padecida en la periferia sino “un ‘hacerse’, un procedimiento que tiende a la unidad pero afrontando la diversidad, no percibida ya como negatividad a remover sino como momento fisiológico del recorrido a realizar”⁶⁰. La nomofilaquia no bloquea por tanto las nuevas soluciones sino pone una “regla de juego” obligando a argumentar las innovaciones (carga que también

55. Cfr. M. TARUFFO, “La Corte di cassazione...”, pp. 85-86.

56. G. ROMEO, “Nomofilachia pallida madre”, *Questione giustizia*, 1999, n° 4; p. 608.

57. Cfr. M. TARUFFO, “La Corte di Cassazione...”, pp. 89-90.

58. G. BORRÈ, “La Corte di cassazione oggi”, p. 162. Lo cual está muy alejado de la siguiente caricatura descalificatoria: “... poco juego tiene dentro de esa independencia la *libertad de criterio* del Juez (...). El *criterio* resulta subjetivo, personal y por tanto imprevisible” (F. J. HERNANDO SANTIAGO, *cit.*, p. LXXXIII).

59. G. BORRÈ, *ibid.*, p. 159.

60. G. BORRÈ, “Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni: un primo tentativo di sintesi”, en L. PEPINO, *L’eresia...*, pp. 200-201. Eso indica que hay un método de unificación alternativo, dialogante y racional, frente a la solución, autoritaria y dogmática, que recogen estas palabras (cursivas mías): “Ningún problema existe, pues, en mi opinión para unificar los criterios a través de la jurisprudencia, siempre y cuando nos mantengamos dentro de los confines de la ley, es decir de la *mejor interpretación y aplicación de la ley hechas por el Tribunal Supremo*” (F. J. HERNANDO SANTIAGO, *cit.*, p. LXXXIII).

ha de soportar la propia Casación⁶¹; aspecto que sorpresivamente descuidan —al menos en su práctica⁶²— magistrados del TS muy celosos de la vinculatoriedad de la jurisprudencia —¿o sólo vale ésta en sentido vertical descendente?—).

Finalmente ¿cuál sería la fuerza vinculante de la jurisprudencia del TS? En principio —como afirma uno de sus integrantes minoritarios— “se impone a los demás jueces y tribunales ‘non razione imperii sed rationis imperio’(...) y, por consiguiente, éstos podrían separarse de ella siempre que la justicia del caso lo requiera y se razone de forma lógica y suficiente sin necesidad de plantear previamente sus argumentos ante aquél, pues su función dentro del sistema jurídico es idéntica salvo su diferente posición institucional y procesal”⁶³. Pero, en reciprocidad, la sentencia que se separa argumentadamente de la jurisprudencia del TS obligará a éste —si aquélla es recurrida en casación— a reexaminar críticamente su propia doctrina para ver si la diformidad tiene o no razón de ser⁶⁴. Si lo primero, se cambia la jurisprudencia; si lo segundo, se casa la sentencia impugnada. La interpretación uniforme no se *impone* autoritariamente, se *consigue* dialógicamente; y no con carácter *definitivo* sino *hasta la próxima* (en que cualquier juez o tribunal —incluso el mismo TS— alumbre una nueva interpretación con mejores credenciales).

Justo es reconocer que en nuestro TS, incluso hoy día, junto a este nuevo modelo de nomofilaquia, que a duras penas se abre paso, perdura como mayoritario el tradicional⁶⁵. En el fondo es una bien conocida pugna entre dos “políticas” de nomofilaquia que un autor italiano caracteriza así: “la una propensa a declinar la función en sentido tendencial, dialéctico y colectivo, en consonancia con una realidad socio-jurídica dominada ya por el pluralismo y el movimiento, abierta al diálogo con los jueces de instancia, según un módulo bi-direccional y no rígido de lo alto hacia lo bajo, no tan encadenada al valor (vagamente autoritario) de ‘una certeza a toda costa’; la otra, más tradicional, decidida a posponer las exigencias del pluralismo interpretativo a aquellas de la certeza jurídica y de la igualdad de tratamiento en los casos análogos”⁶⁶.

61. En eso estarían en pie de igualdad el TS y los tribunales inferiores: “Si el TS no puede quedar vinculado a sus propios errores, no hay razón ni justificación para que venga obligado a seguirlos el resto de los jueces o tribunales hasta tanto aquél los corrija o enmiende” (J. E. PECES MORATE, “Valor de la jurisprudencia”, en J. SAMPER, *cit.*, p. 64).

62. Me atrevo a recomendar la deliciosa lectura del artículo, finisimamente crítico, de J. HERNÁNDEZ GARCÍA, “La importancia del método decisonal y la vinculación al propio precedente: Notas de urgencia a propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2006”, a publicarse en la revista *Jueces para la Democracia*. A lo que parece, y por desgracia, tampoco la doctrina del Tribunal Constitucional exhibe, en orden a amparar la igualdad en la aplicación de la ley, ideas firmes acerca de las exigencias en la fundamentación del cambio de criterio interpretativo (cfr. A. OLLERO, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; pp. 57-60).

63. J. E. PECES MORATE, *cit.*, pp. 106-107.

64. J. E. PECES MORATE, *ibid.*, p. 92.

65. Cfr. J. E. PECES MORATE, *ibid.*, pp. 20-21.

66. E. CARBONE, “Quattro tesi sulla nomofilachia”, *Politica del diritto*, 2004, n° 4; p. 599.

5. POR UN NUEVO CONCEPTO DE “CERTEZA”

Si la certeza jurídica va asociada a la nomofilaquia, tampoco aquélla podrá presentarse como un objetivo absoluto y abstracto sino como un valor tendencial. La certeza “no puede convertirse en un obstáculo para la consecución de la justicia del caso ni en una rémora para la evolución del Derecho”⁶⁷. Pero entiéndase bien: la idea de nomofilaquia aquí expuesta exigiría “no modificar, mientras sea razonable, una jurisprudencia, porque la certeza del derecho es un valor positivo, fuente de igualdad al menos formal y de racionalidad en el vivir de los consociados; pero también, y simultáneamente, hacerse cargo de nuevas posibilidades de lectura cuando éstas estén maduras y vengán empujando razonadamente. En esta doble sensibilidad reside probablemente el significado más aceptable y más útil de la nomofilaquia”⁶⁸. Pero hemos de ahondar más, porque tampoco se trata de aceptar resignadamente una rebaja en las pretensiones de certeza que a todos nos hubiera gustado (lo que ya hicieron algunos positivistas —Kelsen entre ellos— de segundas o terceras hornadas) sino de algo más.

La clase de “certeza” (formal) que suelen esgrimir —bien como razón fundante o siquiera coadyuvante— quienes abogan por la vinculatoriedad incondicionada de la jurisprudencia casacional, encaja a la perfección en el sistema burocrático de organización judicial que nada tiene que ver con la constitucional sujeción del juez a la ley, y sí con su dependencia político-administrativa y la consiguiente homogeneidad ideológica que así se logra⁶⁹. Por eso, nos apremia la necesidad de definir la certeza del derecho en términos originales; empresa en la que —por fortuna— el debate jurídico post-positivista⁷⁰ (aun no profesando una teoría unitaria sobre la certeza jurídica) comparte sin embargo algunos planteamientos de fondo;

67. J. E. PECES MORATE, *cit.*, p. 66. Pero, además de que el valor de la “certeza” debe *contrapesarse* con otros valores (fundamentalmente el de la “justicia”), a veces se pasa por alto que hay varias clases de precedentes y que, cada una de ellas, se rige por distintas reglas para su abandono. Así no es lo mismo un precedente “interpretativo” que un precedente *praeter legem* (en el primero, que se limita a atribuir un sentido a una disposición legislativa, su abandono supone menor dosis de dramatismo que en el segundo (consistente en la creación de una norma —mediante la analogía, el derecho comparado, etc.— por inexistencia de pautas concretas), o que un precedente “incorrecto” (que consagra una interpretación defectuosa o no suficientemente fundada de la disposición legislativa) o que un precedente “inconstitucional” (si el precedente consagra soluciones contrarias a la Constitución), etcétera (cfr. E. SODERO, “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía*, 2004, n° 21; pp. 232-237).

68. G. BORRÈ, “La Corte di cassazione oggi”, p. 161.

69. P. ANDRES IBAÑEZ, *cit.*, p. 254.

70. Del que no siempre se suele tener noticia, como revelan estas palabras a propósito de la “seguridad jurídica” (entendida como aquí la “certeza”): “La seguridad jurídica está vinculada de una manera tan obvia con la idea del Estado de Derecho que, probablemente por ello, no ha sido un tema frecuente en las reflexiones de los juristas” (y se cita, en nota, a Rümelin, Puig Brutau y Zippelius) (E. BACIGALUPO, “La aplicación del derecho penal y la igualdad ante la ley”, en G. Vidal Andreu, *Poder judicial y Estado compuesto: relaciones entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia*, Madrid, CGPI, 2004, p. 45).

como el de concebir la certeza más en términos de “racionalidad” (no arbitrariedad) que de “previsibilidad”, o en poner el acento más en el “procedimiento” que en el “resultado”⁷¹. Son aspectos que, por imperativos de espacio, los dejo sólo apuntados; si bien suscitan la duda de si su aceptación nos pone en el corazón del post-positivismo o nos proyecta todavía más lejos del positivismo⁷².

71. Son autores de referencia p. ej. Aarnio, Alexy, Habermas, MacCormick y Peczenik, cuyas tesis están expuestas sintéticamente y valoradas críticamente en el libro de S. BERTEA, *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, Ed. Rubbettino, 2002.

72. S. BERTEA, en el último capítulo (titulado: “La certeza del diritto in una prospettiva coerentemente non oggettualista”) de su libro citado en la nota anterior, trata de mostrar que la idea de certeza manejada en el post-positivismo encaja mejor en un pensamiento aún más radical.