

JURIDICIDAD, PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA

JUAN LUIS REQUEJO PAGES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTROL DE LA JURIDICIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. EL PRECEDENTE Y LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS.—III. EL PRETENDIDO VALOR NORMATIVO DE LA JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCION

En la tradicional polémica sobre el papel desempeñado en nuestro Derecho por la jurisprudencia se engarzan íntimamente, hasta confundirse, algunos de los problemas más relevantes de la teoría constitucional. Aun cuando el análisis de esta institución se ha centrado predominantemente en el problema de su posible inclusión entre las denominadas —un tanto confusamente— «fuentes del Derecho», la polémica se ha enriquecido en los últimos años con la aparición de nuevos datos que, en su no menos intrínseca conflictividad, han venido a extender el ámbito hasta entonces claramente delimitado de las dificultades generadas por esta figura de tan compleja, por irregular, calificación jurídica. De un lado, el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución como parámetro estructurador de toda relación jurídica y, de otro, la atribución al Tribunal Constitucional diseñado en el Título IX de competencias que exceden claramente el ámbito de la legislación negativa originariamente atribuida a este tipo de órganos, han motivado el replanteamiento del problema jurisprudencial en términos considerablemente más amplios que los que resultaban de su pretendido encuadramiento entre las fuentes del Derecho.

La incidencia de estos datos en el renovado entendimiento de la jurisprudencia no constituye, sin embargo, más que la manifestación externa de una cuestión de fondo, toda vez que por debajo de la utilización del princi-

pio de igualdad como parámetro determinante de la adecuación de las resoluciones judiciales al ordenamiento constitucional se encuentra la necesidad, imperiosamente sentida en un Estado de Derecho, de someter potencialmente a enjuiciamiento cualquiera de los productos normativos que a su ordenamiento quieran imputarse, explicándose en este sentido las demandas dirigidas al Tribunal Constitucional como consecuencia de aparecer éste como la sede más adecuada para la verificación de este control, acaso por ser inevitablemente la única posible.

En efecto, superada hace ya tiempo la concepción silogística de la aplicación normativa y aceptada por todos, en su evidencia, la vertiente creativa que toda aplicación conlleva, no podía tardar en plantearse la necesidad de controlar el margen de creación normativa de imposible realización *in extenso* por parte de los órganos a los que constitucionalmente se atribuyen facultades de normación que se integran en los estadios del ordenamiento más próximos a la norma fundamental. Una vez asegurada la fiscalización de las normas en los estadios de su configuración legislativa, y atribuido el ejercicio de tal fiscalización al Tribunal Constitucional, resta, sin embargo, asegurar el enjuiciamiento de las progresivas concreciones normativas verificadas en las fases sucesivas a la de la legalidad. Obviamente, no hay dificultad alguna para el enjuiciamiento de las facultades normativas que se traducen en disposiciones de naturaleza reglamentaria, toda vez que el carácter subordinado de la potestad reglamentaria a la legislativa y la capacidad fiscalizadora que a la jurisdicción ordinaria corresponde sobre tales normas permite holgadamente el aseguramiento de la corrección jurídica de las mismas. El problema se presenta, sin embargo, cuando de lo que se trata es de controlar los productos normativos elaborados por aquellos órganos —los jurisdiccionales— a los que corresponde como función fundamental la tutela del ordenamiento en su conjunto mediante la emisión de normas en las que concluye el proceso de creación normativa y en las que se verifica el correcto desenvolvimiento jurídico de las fases precedentes. En otras palabras: el problema consiste en determinar *qui custodiet ipsos custodes*.

El control de la juridicidad de las leyes está en todo caso asegurado por la propia Constitución, extendiéndose la posibilidad de tal control tanto a las cuestiones formales como a las determinaciones materiales con las que el legislador integre en cada caso el contenido de este tipo de normas. No sucede lo mismo, por el contrario, con las resoluciones judiciales, debido, en primer lugar, al desdoblamiento constitucionalmente establecido entre el ámbito legal y el infralegal a efectos del control de la juridicidad de los diversos tipos de normas. Operando en el primero el Tribunal Constitucional y haciéndolo en el segundo el poder judicial ordinario con carácter exclusivo

—aquí radica la segunda de las dificultades—, las realizaciones normativas de este último no admiten otro control por parte de aquél que el que resulte de la posible vulneración de derechos fundamentales realizada mediante decisiones judiciales y para cuya verificación y posible corrección es competente el Tribunal Constitucional en virtud del recurso de amparo, mecanismo jurídico que le permite descender de su ámbito natural, el de la legalidad, al objeto de garantizar la observancia de las disposiciones constitucionales en cualesquiera estadios del proceso normativo (1).

Ante la imposibilidad de proceder a la fiscalización de las resoluciones judiciales en términos que hicieran del Constitucional un Tribunal de instancia, esto es, ante la inexistente competencia de nuestro Tribunal Constitucional para examinar de un modo directo la juridicidad de las sentencias judiciales, ha sido preciso acudir en auxilio de la única de las vías posibles para incidir en el análisis de la determinación material de las normas realizadas mediante sentencias, es decir, al recurso de amparo como mecanismo procesal de fiscalización y al principio de igualdad como parámetro de la constitucionalidad de estas resoluciones.

A primera vista, y desde una perspectiva puramente teórica, el parámetro seleccionado debiera haber sido el contenido en el artículo 24.1 de la Constitución, toda vez que en el marco de las competencias del Tribunal Constitucional para asegurar la observancia del derecho a la tutela judicial efectiva se podría haber incardinado el ejercicio de una auténtica labor de depuración de la actividad judicial. Sin embargo, como reiteradamente ha venido

(1) El desdoblamiento de la función tutelar del ordenamiento no puede sustanciarse en la existencia de niveles de fiscalización recíprocamente impermeables, ya que con ello se impediría el obligado control —por parte de los órganos que velan por la juridicidad en los estadios superiores— de la actividad tutelar desarrollada por quienes aseguran la juridicidad en los inferiores. La permeabilidad en las instancias, y con ello la tutela del ordenamiento en su conjunto, sólo se alcanza posibilitando el enjuiciamiento de las normas elaboradas por los órganos tutelares inferiores y erigiendo a las emitidas por los superiores en parámetro de la actuación de aquéllos. Este segundo mecanismo de intersección entre ambos niveles se realiza mediante la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en tanto que el primero se materializa a través del recurso de amparo. El hecho de que este recurso sólo pueda interponerse contra las resoluciones judiciales vulneradoras de derechos fundamentales, lejos de limitar la viabilidad de los controles realizables por el Tribunal Constitucional, los hace potencialmente extensibles a cualquier decisión judicial, ya que la inclusión entre los fundamentales del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo «juridifica» los derechos del Título I de la Constitución, sino que, además, confiere relevancia constitucional a la actividad judicial en su conjunto, precisamente por constituirse como un derecho el ejercicio de tal actividad.

declarando el Tribunal (2), el respeto a la independencia judicial, por un lado, y el carácter exclusivo con el que la jurisdicción ordinaria ha de ejercer la potestad jurisdiccional del Estado, por otro, le impiden considerar siquiera la posibilidad de realizar un examen de las resoluciones judiciales que, incidiendo en el fondo de las mismas, exceda la simple constatación de la presencia o ausencia de una motivación suficiente, centrándose además su cometido no tanto en el enjuiciamiento de la motivación misma o en el de su suficiencia cuanto en la verificación de su mera existencia (3). Se ha preferido, en consecuencia, salvaguardar los principios de independencia judicial y exclusividad de la jurisdicción utilizando como parámetro evidenciador de una posible inconstitucionalidad la realización que de los principios constitucionales se lleva a cabo por el propio poder judicial, es decir, utilizando las decisiones judiciales para decidir sobre la constitucionalidad de otras decisiones del mismo género. Se ha acudido, en definitiva, a la figura del precedente.

En la práctica esta técnica no puede alcanzar el objetivo de permitir un enjuiciamiento extensivo de las decisiones judiciales. En efecto, aun cuando mediante el recurso de amparo el Tribunal Constitucional puede fiscalizar cualquier resolución judicial presuntamente vulneradora de derechos fundamentales, el principio de igualdad no hace posible el control de los márgenes de creación normativa contenidos en las sentencias en aquellos supuestos en los que tales márgenes se han colmado con determinaciones de contenido que, por no atentar contra ningún derecho fundamental en particular, no pueden ser tildados de inconstitucionales. En último término, verificada la constitucionalidad de la vertiente creativa de las sentencias, el único enjuiciamiento realizable sobre la misma es el de su legalidad, aspecto éste en el

(2) SSTC 58/1986, 30/1987, 120/1987, 188/1988, entre otras.

(3) Según señala la STC 13/1987, «no le corresponde (al Tribunal Constitucional), desde la perspectiva constitucional y de los derechos fundamentales, *enjuiciar o censurar la parquedad de una fundamentación*» (F. j. 3.º), siendo tan sólo determinante que la diferencia de trato traiga su causa de un cambio de criterio reflexivamente efectuado. En este sentido señala la STC 30/1987 que el Tribunal Constitucional puede «apreciar si el cambio mismo que sea reconocible en la interpretación y en la aplicación de la ley se realizó reflexivamente por el órgano judicial, lo que no entraña (...) sino subrayar la necesidad de que la resolución judicial nueva y distinta no se adopte, apartándose de lo decidido por el mismo órgano en otros casos, sin la previa advertencia de (otros) posibles precedentes que, si no determinan el contenido de los fallos ulteriores, sí imponen la exigencia de su consideración reflexiva. Se trata, en suma, no de examinar la suficiencia o insuficiencia del fundamento dado a la diversidad de trato, sino de determinar, tan sólo, si existe, para la diferente aplicación judicial de la norma, ese fundamento» (F. j. 2.º).

que la competencia no corresponde ya al Tribunal Constitucional, sino a la propia jurisdicción ordinaria (4). El principio de igualdad en la aplicación de la ley, esto es, la exigencia de la identidad en las sentencias que resuelven asuntos fácticamente identificables, no puede convertirse en la válvula de acceso del Tribunal Constitucional al ámbito del ejercicio de competencias que la Constitución reserva exclusivamente al poder judicial ordinario. Y ello porque, siendo consustancial a toda aplicación normativa un margen —mayor o menor, es ése otro asunto— de creatividad, pretender controlar ese margen en el caso de la aplicación jurisdiccional de las normas de manera que se fiscalice la decisión creativa adoptada por el juez supone predeterminar de tal modo la aplicación judicial del Derecho que se sustituye la auténtica aplicación por la simple formalización de decisiones adoptadas en otras sedes (5). El principio de exclusividad de la jurisdicción exige respetar la creatividad ínsita a este tipo de aplicación, limitando su control al aseguramiento de las disposiciones constitucionales y remitiendo el análisis de lo creado en los márgenes constitucionalmente permitidos al propio poder judicial para que sea éste quien depure las opciones creativas que puedan parecerle más acertadas (6).

En último término, el principio de igualdad no puede servir para realizar controles de oportunidad sobre la vertiente creativa de las sentencias. Asegurada la constitucionalidad del criterio de oportunidad, la selección de los criterios deseables entre los constitucionalmente posibles sólo puede corresponder al órgano jurisdiccional ordinario en el que la difuminada organización judicial encuentra su unidad como poder: el Tribunal Supremo. Por fortuna, el Tribunal Constitucional, lejos de pretender servirse del artículo 14 como instrumento de intromisión en las competencias judiciales, ha sentado una doctrina de la que puede extraerse como rasgo fundamental el asegura-

(4) En este sentido, STC 120/1987, en la que se sostiene que «no corresponde a este Tribunal valorar la interpretación que en uso de su soberanía (*sic*) hace el órgano judicial, ni su mayor o menor corrección en cuanto a la decisión final, ya que es (a) la jurisprudencia ordinaria a quien compete la tarea de orientar la interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento jurídico» (F. j. 6.º).

(5) Y ello sucede, sin duda, cuando se pretende impedir que el juez altere el sentido de sus decisiones —en la medida en que la norma aplicable se lo permita— vinculándolo *pro futuro* al criterio de decisión con el que ha colmado la vertiente creativa de su actuación en ocasiones anteriores. De ese modo se fosilizaría un criterio de interpretación libremente establecido, impidiendo su posterior sustitución por otro diferente, pero tan constitucionalmente correcto como el anterior.

(6) Tal depuración se efectúa progresivamente en las sucesivas instancias y concluye necesariamente con la selección definitiva de opciones realizada por el Tribunal Supremo, órgano uniformizador por excelencia de los criterios interpretativos.

miento de la exclusiva participación de los órganos judiciales a la hora de determinar los posibles contenidos con los que jueces y Tribunales pueden lícitamente colmar las labores de creación normativa a las que en todo caso se ven obligados.

II. EL CONTROL DE LA JURIDICIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. EL PRECEDENTE Y LA MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS

La creación de los Tribunales de Casación supuso, al tiempo, el reconocimiento de un error y el intento de evitar un fracaso. El error consistía en considerar que la determinación del contenido de las normas jurídicas es tarea que se realiza, agotándose, en la fase de su configuración legislativa, no restando margen alguno para la creatividad en las fases subsiguientes. El fracaso a evitar estribaba en la posibilidad de que, admitido lo equivocado del anterior punto de partida, el ámbito de creación normativa efectivamente existente en los estadios infralegales, y señaladamente en el jurisdiccional, no fuera susceptible de ningún tipo de control. Si en un principio se pensó en el legislativo como el órgano más adecuado para llevar a cabo la fiscalización de este extremo —en la idea de que por corresponderle el ejercicio de una función (la legislativa) identificada sin más con la creación de normas a él debía competir igualmente, ya que no la total creación, sí al menos el control de lo por otros inevitablemente creado—, no tardó en producirse el encuadramiento de las comisiones parlamentarias de control en el ámbito de la organización judicial, debido fundamentalmente a la inequívoca naturaleza jurisdiccional de sus actividades.

El definitivo desligamiento de los Tribunales de Casación con respecto a los órganos legislativos, por más que inevitable, ha supuesto en cierta medida la aceptación anunciada de un fracaso ineludible, ya que con ello las decisiones judiciales, si bien controlables en sus márgenes de creación, únicamente lo son por órganos asimismo judiciales, con lo que el problema suscitado por la efectiva creatividad normativa de las sentencias se mantiene sin resolver. En último término, la imposible fiscalización del contenido de las sentencias deriva del carácter exclusivo con el que constitucionalmente se atribuye al poder judicial ordinario la competencia para ejercer la potestad jurisdiccional del Estado. Y ello porque ejercer la jurisdicción en régimen de monopolio supone que una modalidad específica de aplicación normativa —aquella de la que resultan normas irrevocables— únicamente puede ser realizada por determinados órganos del Estado —los jueces y Tribunales ordinarios—, extendiéndose tal exclusividad tanto a la vertiente de simple aplicación de los

extremos de la norma ya creados en sedes antecedentes cuanto a la vertiente de creación de los que no han podido ser determinados en aquéllas. En estas condiciones, es evidente que la permisibilidad de cualquier tipo de control sobre el modo en el que los órganos competentes ejercen jurisdicción implica necesariamente la injerencia en tal ejercicio, toda vez que de los principios y criterios de tal control, así como de sus consecuencias, resultarían directrices de aplicación normativa, que, además de suponer la vinculación del juez a indicaciones no formalizadas del modo jurídicamente adecuado (en forma legal), supondrían vaciar de contenido el margen de creatividad que toda aplicación conlleva y harían de la jurisdicción más una simple reiteración de normas que una auténtica aplicación de las mismas.

Obviamente, no quiere significarse con lo anterior la improcedencia de cualquier control sobre la actividad jurisdiccional ordinaria. En primer término, porque no debe olvidarse que el desdoblamiento, en cuanto a su ejercicio, de la potestad jurisdiccional entre el poder judicial ordinario y el Tribunal Constitucional no supone en nuestro Derecho la absoluta incomunicación entre ambas instancias, en la medida en que mediante el recurso de amparo pueden impugnarse ante este último aquellas resoluciones judiciales en las que se vulnera algún derecho fundamental. Es cierto que en tales supuestos el Tribunal Constitucional lleva a cabo un auténtico enjuiciamiento de las decisiones judiciales ordinarias, pero dado que de lo que se trata con el recurso de amparo es de asegurar la observancia de los derechos fundamentales por parte de todos los poderes del Estado —lo que es tanto como asegurar el respeto a los procedimientos normativos diseñados por la Constitución—, tal enjuiciamiento se limita a determinar si un órgano judicial, lejos de limitarse a ejercer jurisdicción, ha procedido a la elaboración de normas para cuya producción se han asignado constitucionalmente otros procedimientos. En efecto, la inconstitucionalidad de una sentencia que vulnera el derecho a la libertad de expresión radica propiamente en que el órgano jurisdiccional del que procede ha determinado el margen de creatividad del contenido de la norma que no se ha delimitado en la fase legislativa sirviéndose de criterios cuya integración en el ordenamiento tiene asignada una vía distinta, que en el presente caso no sería la jurisdiccional, sino la legislativa —en el caso de que se trate de criterios constitucionalmente admitidos— o la constituyente —para el supuesto de criterios radicalmente excluidos por la Constitución—, pues sólo legalmente puede disciplinarse un derecho fundamental y sólo «constitutivamente» —mediante una reforma de la Constitución— puede permitirse la regulación infralegal de un derecho que, en tales circunstancias, habría dejado de ser fundamental.

El problema se limita, en consecuencia, al control sobre las decisiones

judiciales en lo referente a los criterios con arreglo a los cuales el juez dota de contenido definitivamente a la norma aplicable, siendo tales criterios constitucionalmente correctos. Sentada la corrección constitucional del criterio seleccionado, cualquier enjuiciamiento tendente a la delimitación de un criterio deseable de entre los jurídicamente posibles y potencialmente enquisitados en la norma supone una injerencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ante la dificultad que representa el principio de exclusividad de la jurisdicción en orden a la fiscalización de las resoluciones judiciales por parte de órganos jurisdiccionales no integrados en el poder judicial (7), se ha creído encontrar el modo de hacer factible una reducción de la complejidad representada por la multiplicidad de posibles criterios de decisión erigiendo como vinculantes aquéllos seleccionados con anterioridad en otras resoluciones judiciales, de manera que en nada se perjudique al principio de exclusividad (8).

El principio de independencia judicial, sin embargo, restringe considerablemente el ámbito de los criterios decisorios eventualmente vinculantes, ya que tal principio parece excluir de raíz cualquier intento de someter a los jueces a los criterios de interpretación de la legalidad observados por los órganos jurisdiccionales superiores, por entenderse que el sometimiento a la ley que con la independencia quiere garantizarse se reduce exclusivamente al contenido de las normas aplicables en su configuración legislativa, sin extenderse a las posteriores delimitaciones que de tal contenido se realizan en los estadios de su definitiva configuración jurisdiccional. El juez, en consecuencia, no debe encontrar en los criterios de concreción adoptados por

(7) Aspecto éste destacado por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias. Así, en la STC 190/1988 se afirma que en ningún caso puede el proceso de amparo ser «un instrumento de unificación de la jurisprudencia, a modo de casación universal, que permitiera revisar y rectificar en esta sede, para acomodarlas entre sí, las líneas doctrinales decantadas por los distintos órganos judiciales» (F. j. 3.º), concluyendo que «no es nuestra tarea la de decir, ante dos o más interpretaciones discrepantes de la legalidad, cuál es la correcta», ya que «corresponde al propio sistema de recursos en cada orden jurisdiccional, y no a este proceso de amparo, proveer a tal tarea de uniformización» (F. j. 4.º).

(8) Sin embargo, en la idea de que la efectividad de cualquier control exige como condición necesaria la atribución de su ejercicio a un órgano distinto de aquél del que emanan los actos controlables, se ha pretendido configurar un sistema de fiscalización de las decisiones normativas de los Tribunales ordinarios que resulta, cuando menos, contradictorio, ya que por un lado, y en atención al principio de independencia judicial, se niega cualquier valor vinculante a la jurisprudencia de los Tribunales superiores y, por otro, sacrificando aquel principio, se aspira a que el control de las sentencias se realice por el Tribunal Constitucional.

otras instancias jurisdiccionales más que simples directrices orientadoras, en modo alguno vinculantes. Así las cosas, de acuerdo con esta concepción, el único modo de proceder a la reducción de la complejidad de los criterios decisorios consiste en atribuir valor vinculante a los criterios de interpretación normativa adoptados en cada caso por cada órgano jurisdiccional en particular y con relación, exclusivamente, a las resoluciones futuras de ese mismo órgano (9). De este modo, eso parece, ni se afecta a la independencia de los Tribunales ni se imposibilita radicalmente el control de sus decisiones, toda vez que éste, además de versar sobre la aplicación del contenido normativo legislativamente configurado, podrá hacerlo asimismo sobre los aspectos de la norma judicialmente concretados a partir de la prefiguración legislativa. Siendo factible el control, lo que sucede es que se desdobra su ejercicio, siendo de la competencia de los Tribunales superiores la fiscalización del modo en el que los inferiores han aplicado los aspectos de la norma definitivamente realizados por el legislador, y correspondiendo al Tribunal Constitucional el examen de los criterios interpretativos en los que se integra algún margen de creatividad de los aspectos normativos judicialmente elaborados.

En puridad, el ejercicio del control debiera en todo caso corresponder a los propios órganos jurisdiccionales ordinarios a través del sistema de recursos en el que se estructuran las instancias —algo reiteradamente sostenido por el Tribunal Constitucional—, pero es el caso que, admitiéndose tal control en lo que a la interpretación del contenido legalmente determinado se refiere, en lo que afecta al ámbito normativo de obligada determinación jurisdiccional se rechaza todo posible enjuiciamiento por parte de la jurisdicción ordinaria, al ver en ello la vulneración del principio de independencia. En tales circunstancias sólo cabe pensar en el Tribunal Constitucional como la única sede habilitada para llevar a cabo el control sobre el ámbito jurisdiccional de creación normativa. Y ello, fundamentalmente, porque dicho control se estructura a partir de la atribución al precedente de un valor vinculante que deriva de su entendimiento como parámetro evidenciador de la realización del principio de igualdad en las resoluciones judiciales, lo que convierte a un control de estas características en una cuestión de constitucionalidad.

(9) En puridad, no existe diferencia cualitativa alguna, a efectos de interpretar el sentido del sometimiento exclusivo a la ley, entre la simple «prefiguración» legislativa de la norma aplicable y su definitiva «configuración» por el legislador, pues en ambos casos se trata de cuestiones que se plantean en el ámbito de la legalidad *lato sensu*. La diversidad estriba en que en el segundo de los casos nos movemos en el marco de lo positivamente querido por la norma legal y en el primero lo hacemos en el de lo potencialmente pretendido por la misma, esto es, en el marco de actuación permitido a partir de la exclusión previa de determinados contenidos.

La configuración de los criterios decisorios adoptados por cada juez como parámetros determinantes de la corrección jurídica de las actuaciones normativas posteriores realizadas por el mismo no tiene, en efecto, como fundamento inmediato un pretendido valor vinculante de tales criterios. No es la normatividad de éstos lo que explica la sujeción del juez a los mismos, sino que tal vinculación obedece a la necesidad de respetar las exigencias del principio de igualdad en la aplicación de las normas. Sólo el respeto a este principio justifica la vinculación del juez a sus precedentes, porque sólo una vinculación de este tipo, y por aquella causa, parece resultar compatible con el principio de independencia.

El Tribunal Constitucional viene destacando reiteradamente que la relevancia constitucional del precedente deriva de su valor como instrumento para apreciar la juridicidad de los pronunciamientos judiciales. En realidad, tal valor instrumental no corresponde propiamente al precedente, sino a la motivación de las sentencias (10). En efecto, basta analizar mínimamente la jurisprudencia constitucional en la materia para advertir de inmediato que la realización del principio de igualdad en la aplicación judicial de las normas no se asegura mediante la atribución de un valor vinculante al precedente, sino a través de la obligada motivación de cada sentencia. No podía ser de otro modo si se piensa que, traducándose el principio de igualdad en la exigencia de justificar toda diferencia de trato (11), la verificación de su observancia en las resoluciones jurisdiccionales sólo puede realizarse examinando el modo en el que la sentencia en su conjunto se ha fundamentado, esto es, analizando su motivación. Ello explica que el Tribunal Constitucional dé por buena cualquier desviación del precedente que responda a un cambio de criterio «que pueda reconocerse como tal» (STC 66/1987; F. j. 4.º). Para aceptar tal cambio de criterio el Tribunal únicamente exige que el órgano jurisdiccional «aporte la correspondiente justificación, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable, o que, *en ausencia de tal motivación expresa*, resulte patente que la diferencia de trato tiene su base en un efectivo cambio de criterio interpretativo por desprenderse así de la propia resolución

(10) Así, en la STC 55/1987 se afirma que «la Constitución requiere que el juez motive sus sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional», ya que «sólo si la sentencia está motivada es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso controlar la correcta aplicación del Derecho (...). De otra manera, la sentencia no (...) podría permitir el control correspondiente a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las leyes» (F. j. 1.º).

(11) Siendo posible, incluso, establecer diferenciaciones que tomen como criterio los relacionados en el artículo 14, ya que con tal precepto no se pretende tanto impedir la diferenciación *a radice* cuanto agravar la justificación en que se fundamente.

judicial o por existir otros elementos externos que así lo indiquen» (STC 185/1988; F. j. 4.º). Lo exigido, por tanto, no es la justificación del *cambio* de criterio, sino la del *criterio* sin más. Y ello porque decir que «no siempre que falte la motivación expresa del cambio de criterio ha de entenderse sin más quebrado el principio de igualdad en la aplicación de la ley», ya que «puede haber casos en los que de la propia lógica interna de la resolución, o de datos externos a ella como podría ser la innovación de la jurisprudencia del órgano jurisdiccional superior del mismo orden en el que esté inserto el juzgador del caso, pueda inferirse con certeza, o al menos con relativa seguridad, que el cambio objetivamente perceptible *es consciente*, y *que de él queda excluida tanto la arbitrariedad como la inadvertencia* (bien entendido que como lo naturalmente exigible es la motivación expresa, la tácita sólo podrá admitirse cuando se dé respecto a ella ese alto grado de certeza antes evocado)» (STC 49/1985; F. j. 2.º); decir esto —repito— no supone exigir de las sentencias que se apartan del precedente nada que no se exija *per se* a cualquier tipo de sentencia. Lo determinante para apreciar una vulneración del principio de igualdad —como para apreciarla del principio de juridicidad con el que necesariamente se identifica la igualdad en sentido formal (12)— es la defectuosa fundamentación de la sentencia, algo que no sólo invalida la resolución discrepante con un precedente, sino todo tipo de resolución. La existencia de precedentes añade, si se quiere, mayores dosis de exigencia a la fundamentación, no porque aquéllos sean vinculantes y tal vinculación sólo se disuelva si tal es la expresa intención del juzgador, sino porque los precedentes suponen la existencia de unos criterios de interpretación que deben ser tomados en consideración por el juzgador a los efectos de asegurar la reflexividad de sus nuevos criterios discrepantes. Lo exigido es que el juez analice todos los aspectos del problema que se le plantea, y la relevancia del precedente se explica por aglutinarse en él fundamentaciones tenidas en otro tiempo por adecuadas y cuya inadecuación para el presente sólo puede afirmarse tras las pertinentes reflexiones. Que existan precedentes sobre el asunto a resolver puede aligerar la carga de la funda-

(12) Como señala la STC 30/1987, «la igualdad que se impone sobre el autor de la norma tiene un carácter *material*, en tanto que la que se proyecta, como exigencia también constitucional, sobre los Juzgados y Tribunales es predominantemente *formal*» (F. j. 2.º). La igualdad se respeta jurisdiccionalmente con la justificación de la diferencia, mientras que legislativamente la diferencia sólo es legítima si, además de estar fundamentada, aspira tendencialmente a la consecución de una igualdad material o efectiva. En puridad, siendo preciso justificar siempre la diferencia, jurisdiccionalmente se alcanza tal justificación argumentándola con exclusiva referencia a normas previas, en tanto que legislativamente es necesario, además, argumentar en los términos de la efectiva igualdad que mediante la diferencia pretende conseguirse.

mentación, al poder ésta hacer implícitamente suyas las argumentaciones sustanciadas en las singulares motivaciones de cada una de las sentencias que conforman el precedente. Este aparece así como instrumento para proveer a la fundamentación refleja o indirecta de las resoluciones dictadas a su amparo, lo que explica que las resoluciones discrepantes, no pudiendo —evidentemente— hacer suyas las motivaciones precedentes, deban articular sus fundamentaciones alrededor de criterios cuya justificación, por novedosos, ha de ser más exhaustiva. En última instancia, se trata en todo caso de una cuestión de grados en el nivel de fundamentación requerido para cada supuesto o, más precisamente, de la posibilidad de que, exigiéndose siempre una fundamentación adecuada, en ocasiones se permita la remisión a fundamentaciones anteriores. Cuando tal remisión no es posible por tratarse de resoluciones discrepantes, no se genera propiamente un mayor grado de exigencia en la motivación, sino que simplemente el nivel unitario de exigencia no se satisface más que con fundamentaciones de nueva creación. La motivación debe ser siempre suficiente, con independencia de que en unos casos tal suficiencia se alcance por remisión y en otros deba constar expresamente lo que por su novedad no cabe aprehender tácitamente de motivaciones antecedentes.

Prueba de que tal es la significación constitucional del precedente la encontramos en la STC 120/1987, en cuyo fundamento jurídico 2.º se sostiene que «el juez o Tribunal que estime necesario alterar sus precedentes, recaídos en casos sustancialmente iguales, (ha) de hacerlo con una fundamentación suficiente y razonable, de tal modo que el cambio de criterio pueda reconocerse como solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo y no como respuesta individualizada al supuesto concreto planteado». En esta sentencia, como en todas las que configuran su abundante jurisprudencia al respecto, el Tribunal Constitucional pone el acento en la «suficiencia» y «razonabilidad» de la motivación, destacando así, en definitiva, que a las sentencias divergentes del precedente no se les exige, en lo que a su fundamentación se refiere, nada distinto de lo exigido a cualquier tipo de sentencia. Ciertamente se alude a la necesidad de que el cambio de criterio «pueda reconocerse como *solución genérica* conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo», con lo que parece adivinarse en la generalidad del criterio interpretativo la causa de la que deriva su pretendido valor vinculante. En realidad, exigir el reconocimiento del nuevo criterio como «solución genérica» no supone añadir exigencias adicionales a las requeridas para apreciar la suficiencia de cualquier motivación, pues toda sentencia debe fundamentarse en criterios de tal naturaleza. Una resolución judicial fundamentada en un criterio que pueda

reconocerse como «respuesta individualizada al supuesto concreto planteado» será siempre jurídicamente incorrecta, tanto si con ella el órgano jurisdiccional se aparta de sus precedentes como si se dicta en asuntos sobre los que no existe precedente alguno.

En definitiva, el control sobre la juridicidad de las resoluciones judiciales debe operar estrictamente alrededor de sus motivaciones, sin que aquéllas en las que se fundamentan decisiones precedentes adquieran, por su generalidad y anterioridad, un valor vinculante o normativo para las subsiguientes (13). La única normatividad de la que aquí cabe hablar es de la del artículo 120.3 de la Constitución, por establecerse en él la obligación de motivar las sentencias. Excluida así la competencia del Tribunal Constitucional para realizar sobre las resoluciones judiciales cualquier enjuiciamiento que vaya más allá de la constatación de que aquéllas están debidamente motivadas a partir de criterios interpretativos constitucionalmente correctos, no resta más posible fiscalización que la referida a la *legalidad* de aquellos criterios, cuestión ésta en la que, obviamente, sólo es competente la propia jurisdicción ordinaria. Ahora bien, el hecho de que el control de la legalidad de los criterios interpretativos asumidos por cada órgano jurisdiccional no se realice en términos abstractos, sino a partir de un concreto proceso y de la sentencia que del mismo resulte, así como la ordenación jerarquizada de las distintas instancias judiciales, trae como consecuencia que la actuación de los órganos jurisdiccionales superiores no consista tanto en verificar la legalidad de los criterios de interpretación elegidos por los inferiores cuanto en seleccionar —imponiéndolo— el criterio de su propia elección. La finalidad de las sucesivas instancias no estriba, pues, en constatar la mera legalidad de la interpretación (o no consiste únicamente en eso), sino más bien en alcanzar la reducción del amplio margen de criterios interpretativos jurídicamente correctos mediante la atribución a los órganos judiciales superiores de la facultad de seleccionar el criterio más deseable. La reducción de criterios se produce paralelamente a la reducción del número de órganos que deciden con carácter definitivo el criterio finalmente seleccionado. Así, la unificación de interpretaciones jurisprudenciales trae directamente su causa de la competencia del Tribunal Supremo para decidir, en última instancia, la interpretación más adecuada. Este cometido uniformizador —que, por otra

(13) «Como tantas veces hemos dicho, podemos, estrictamente, apreciar si el cambio mismo que sea reconocible en la interpretación y en la aplicación de la ley se realizó reflexivamente por el órgano judicial, lo que no entraña —repetiendo también aquí advertencias anteriores— reconocer la existencia en nuestro ordenamiento de un principio de sujeción al precedente, pues el juez está sólo sujeto a la ley» (STC 30/1987; F. j. 2.º).

parte, es consustancial a la organización en instancias y, por ello, ínsitamente realizable por todo órgano judicial con respecto a las instancias inferiores— parece conferir a las resoluciones del Tribunal Supremo un valor normativo que, además de predicarse de cada una de sus sentencias en particular, se atribuye igualmente a las líneas jurisprudenciales que de las mismas se deduzcan. Es más: la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como expresión quintaesenciada de sus criterios de interpretación, aparece como un adecuado elemento fiscalizador y corrector, al tiempo que unificador, de los criterios interpretativos manejados por la pluralidad de órganos que integran el poder judicial. Con todo, tal jurisprudencia no tiene, en realidad, más fuerza vinculante que la que en cada caso, y de manera indirecta, quieran atribuirle cada una de las sentencias del Tribunal Supremo.

III. EL PRETENDIDO VALOR NORMATIVO DE LA JURISPRUDENCIA

El artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece ofrecer argumentos incontestables para entender que la jurisprudencia disfruta de algún valor normativo. Que su infracción pueda suponer la anulación de una sentencia parece razón de peso para considerarla como parte integrante de nuestro sistema de fuentes. Y, sin embargo, las razones que pueden abonar lo contrario resultan, a mi juicio, definitivas. Veamos esto.

Es indudable que la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituye un punto de referencia de inestimable valor para el conocimiento de los criterios interpretativos habitualmente utilizados por este Tribunal en la fundamentación de sus sentencias y, en este sentido, ofrece una nada despreciable dosis de previsibilidad —y por ello de seguridad— acerca de la definitiva configuración que a la norma aplicable pueda darse en la última de las instancias judiciales. En términos puramente prácticos, esa jurisprudencia actúa como indicador de las posibilidades de éxito que cabe conceder a una sentencia potencialmente recurrible en casación y que esté fundamentada en criterios de interpretación discrepantes con los inspiradores de una determinada línea jurisprudencial. En términos teóricos, sin embargo, no puede interpretarse como normativo el indiscutible valor indicativo que a toda jurisprudencia inevitablemente acompaña, ni siquiera en el caso de que la infracción de esta última constituya motivo de casación.

Si bien es cierto que de la infracción de jurisprudencia puede derivarse nada menos que la nulidad de la sentencia infractora, no lo es menos que tal derivación es más ilusoria que real o, si se prefiere, se trata de una derivación por desviación. Basta con parar mientes en la radical diferencia

existente entre las posiciones desde las que actúa el Tribunal Supremo cuando se pronuncia sobre sentencias que han sido recurridas por infracción de ley o cuando lo hace por infracción de jurisprudencia (14). En el primero de los supuestos, el Tribunal debe verificar la posible ilegalidad de la sentencia recurrida (15) y debe utilizar como parámetro de su enjuiciamiento una norma sobre la cual no tiene facultad alguna de disposición. Verificada la contradicción entre la sentencia objeto de enjuiciamiento y el parámetro de control, el Tribunal Supremo no puede hacer otra cosa que declarar inválida aquella sentencia. En cambio, cuando la sentencia recurrida lo ha sido por infracción de jurisprudencia, el control se articula alrededor de un parámetro —la jurisprudencia— susceptible de ser, a su vez, objeto de enjuiciamiento. En efecto, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto anterior, el Supremo puede —constatada la contradicción entre la sentencia recurrida y su propia jurisprudencia— pronunciarse por la nulidad de aquélla o por la alteración de esta última si estima que en la sentencia examinada se contienen criterios interpretativos que le parecen más adecuados que los enquistados en su jurisprudencia. No constituye ésta, por tanto, un parámetro indisponible para el juzgador, sino algo tan susceptible de ser intervenido por éste como la propia sentencia recurrida en casación. La jurisprudencia no tiene, por tanto, más valor vinculante que el que en cada caso quiera atribuirle, mediatamente, cada sentencia del Tribunal Supremo singularmente considerada. Es ésta la que realmente decide la nulidad de la sentencia recurrida y no la jurisprudencia la que produce *per se* tal consecuencia.

La relevancia jurídica de la jurisprudencia deriva de su valor instrumental respecto de la motivación de las resoluciones judiciales. Al igual que hemos visto al tratar del valor del precedente para el órgano judicial que lo ha establecido, la jurisprudencia del Supremo permite a este Tribunal remitirse, en sus motivaciones, a las justificaciones y argumentos sostenidos en resoluciones anteriores sobre asuntos similares a los que ha de resolver, es decir, dota a su motivación actual de la exigida «suficiencia» haciendo suyas motivaciones antecedentes que le excusan de la exhaustiva argumentación a la que se vería obligado de no existir esta especie de tácita reconducción a fundamentaciones anteriores. Si la sentencia recurrida puede ser efectivamente

(14) Englobando aquí bajo la expresión «ley» tanto «las normas del ordenamiento jurídico» a que se refiere el apartado 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como los restantes motivos relacionados en los apartados 1 a 4 del citado precepto. En todos estos casos se trata de infracciones de *normas jurídicas* o de *procedimientos jurídicos* de producción de tales normas.

(15) Ilegalidad que puede consistir en la mera inaplicación de una norma de obligada aplicación o en su aplicación mediante interpretaciones ilegales.

anulada, ello es algo que depende enteramente de la voluntad del Tribunal Supremo. Voluntad que en modo alguno se ve limitada por la existencia de un parámetro inalterable que condicione radicalmente su contenido. El Tribunal Supremo puede anular la sentencia recurrida cuando el criterio interpretativo sobre el que ésta descansa no le parezca conveniente, es decir, está facultado para sustituir el criterio interpretativo acogido en tal sentencia por otro criterio distinto, ya que la juridicidad del anterior no le garantiza un carácter definitivo. Para llevar a cabo tal sustitución de criterios el Tribunal Supremo debe fundamentar las razones por las que la suplantación le parece conveniente, y ello es algo que puede hacer remitiéndose a las argumentaciones que anteriormente haya realizado en ese sentido, es decir, a su jurisprudencia. Puede asimismo suceder que el criterio interpretativo de la sentencia recurrida sea contrario al asumido jurisprudencialmente por el Supremo y éste encuentre que dicho criterio le parece ahora más adecuado. En tal caso, el Supremo, lejos de estar obligado a anular la sentencia, puede perfectamente darla por buena, no estando obligado más que a fundamentar con mayor detalle una resolución que, por apartarse de sus precedentes, no sólo no puede ampararse en argumentos anteriores, sino que sólo se reputará suficientemente motivada si aparece como el fruto de la consideración reflexiva de todas las razones que antes le parecían pertinentes para resolver de un modo y ahora le parecen superadas por razones de distinto signo.

Si de normatividad de la jurisprudencia quiere hablarse, ello ha de ser en términos de normatividad refleja o indirecta, toda vez que la auténtica normatividad corresponde a cada sentencia del Tribunal Supremo en particular. Esto, en realidad, no constituye una particularidad del Tribunal Supremo, sino que es consustancial a las resoluciones de cualquier órgano judicial que actúe en instancias superiores a aquéllas en las que se desenvuelven órganos jurisdiccionales cuyas sentencias pueden ser objeto de enjuiciamiento por su parte. La producción jurisdiccional de las normas no es algo que se verifique —agotándose— en las primeras instancias judiciales, correspondiendo únicamente a las subsiguientes fiscalizar la juridicidad de aquellas actuaciones, sino que, gestándose la producción de la norma en las instancias inferiores, su configuración definitiva sólo se alcanza en la superior de todas ellas, pues en ésta no sólo se controla la legalidad de los criterios de interpretación seleccionados con anterioridad, sino que se pueden sustituir tales criterios —aun cuando sean absolutamente legales— por otros que —igualmente legales— resulten más convincentes para el juzgador que actúa en la fase final del conjunto de procedimientos.

En definitiva, la jurisprudencia sirve a los fines de lo que pudiera denominarse «economicidad» del proceso jurisdiccional de generación de normas,

ya que con ella —además de conseguirse cierta previsibilidad sobre el contenido final de la norma— se simplifica considerablemente el deber de argumentación del sentido de las sentencias. Su configuración como motivo de casación no produce otro efecto que el de facilitar la imposición de los criterios interpretativos del Tribunal Supremo haciendo que las selecciones realizadas por éste prevalezcan sobre cualesquiera otras, incluso cuando estas últimas se desenvuelven en el marco de la legalidad más absoluta. En realidad, no hay casación porque exista jurisprudencia, sino que hay jurisprudencia porque existe casación. No es la normatividad de los criterios interpretativos del Supremo lo que explica la casación como instrumento para sancionar sus contravenciones, sino que es la superioridad decisoria de este Tribunal lo que justifica la casación y es ésta, por su parte, la que —al objeto de dulcificar la obligada fundamentación de las normas en las que se sustancie— erige a la jurisprudencia en instrumento de motivación.

NOTA BIBLIOGRAFICA

De entre la abundante bibliografía sobre las cuestiones examinadas o meramente esbozadas en las páginas precedentes, y sin otro ánimo que el de ofrecer alguna orientación, pueden destacarse los siguientes trabajos.

Sobre el desdoblamiento de competencias jurisdiccionales entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria y los mecanismos de comunicación entre ambos órdenes, cfr. F. RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *REDC*, núm. 4, 1982, pp. 35 y ss., así como P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1984. La conexión entre el principio de igualdad y el carácter vinculante del precedente ha sido objeto de numerosos estudios, de entre los que cabe destacar los de E. ROCA TRÍAS, «Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1986, pp. 7 y ss., y J. SUAY RINCÓN, «La igualdad en la aplicación de la ley. La doctrina del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, pp. 95 y ss. Ambos autores creen apreciar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el precedente un desplazamiento hacia posturas negadoras de su valor vinculante que estaría en contradicción con sus primeras resoluciones. Tal desplazamiento, a mi juicio, está lejos de haberse producido, toda vez que ya desde la STC 8/1981 el Tribunal Constitucional ha venido afirmando que la desviación del precedente sólo constituye una vulneración del principio de igualdad cuando no está suficientemente argumentado. Acerca de la relevancia constitucional del principio de igualdad y de sus mecanismos de actuación, cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *REDC*, núm. 9, 1983, pp. 71 y ss., de obligada lectura para el estudio de un principio tan complejo como recurrido. Interesante en sus planteamientos y sugerencias es el trabajo de J. A. XIOL RÍOS «El precedente judicial en nuestro Derecho: una creación del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, pp. 25 y ss., donde se apunta el sentido que cabe

hoy día atribuir a los recursos como instrumentos de comunicación entre las diversas instancias judiciales y no como simple vía de imposición unidireccional de decisiones. Sobre el valor normativo de la jurisprudencia, cfr. L. Díez PÍCAZO, «La jurisprudencia», en *El Poder Judicial*, Madrid, 1983, vol. I, pp. 263 y ss., con una documentadísima exposición histórico-etimológica de la evolución del concepto. Del mismo autor, cfr. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Madrid, 1975.

En fin, IGNACIO DE OTTO dedica el último capítulo de su magnífico, por tantos conceptos, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, a «la creación de Derecho por los jueces». En dicho capítulo se analizan rigurosamente todas las cuestiones planteadas, tanto histórica como actualmente, por la indiscutida actividad normadora de los jueces, negando el valor vinculante del precedente en nuestro Derecho y afirmando, en cambio, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo un valor normativo de cuya existencia es buena prueba el que su infracción constituya motivo de casación y, por ello, redunde en la posible anulación de las sentencias infractoras.

JURISPRUDENCIA
Estudios y Comentarios

