

# PRECEDENTE, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA LEGAL EN DERECHO PÚBLICO: RECONSIDERACIÓN DE LAS SENTENCIAS COMO FUENTE DEL DERECHO

Por

RICARDO RIVERO ORTEGA  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Salamanca

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: LAS RESOLUCIONES JUDICIALES COMO FACTOR CLAVE DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EN TIEMPOS DE INSEGURIDAD JURÍDICA.—II. PRECEDENTE: SENTENCIA ANTERIOR QUE ESTABLECE UN CRITERIO A TENER EN CUENTA: 1. *Precedente y stare decisis en el Derecho de tradición anglosajona*. 2. *La recepción del concepto «precedente» en nuestro Derecho*. 3. *¿Aproximación de nuestro sistema al common law?*—III. JURISPRUDENCIA: SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES: 1. *La polémica clásica sobre su carácter de fuente del Derecho*. 2. *¿Qué jurisprudencia es fuente del Derecho?*—IV. DOCTRINA LEGAL: JURISPRUDENCIA (CUALIFICADA) DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. *Tribunal Supremo y doctrina legal*. 2. *La doctrina legal en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 3. *Unificación de jurisprudencia y doctrina legal*. 4. *¿Doctrina legal autonómica?* 5. *¿Doctrina constitucional?*—V. PRECEDENTE, JURISPRUDENCIA, DOCTRINA LEGAL: DIFERENCIACIÓN Y SIGNIFICADO JURÍDICO DE CADA UNO DE ESTOS CONCEPTOS.—VI. CONCLUSIÓN FINAL: ¿DEBEN CREAR LOS JUECES DERECHO PÚBLICO?

## I. INTRODUCCIÓN: LAS RESOLUCIONES JUDICIALES COMO FACTOR CLAVE DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EN TIEMPOS DE INSEGURIDAD JURÍDICA

La sensación de inseguridad jurídica, que a lo largo del siglo XX no ha dejado de acrecentarse, en perjuicio de la certeza del Derecho (1), ha alcanzado en nuestros días, ya en el siglo XXI, un grado máximo: vivimos, en lúcidas palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, un mundo de leyes desbocadas (2) o, como lo ha descrito PÉREZ LUÑO, un momento de desbordamiento de las fuentes del Derecho (3). Ésta es una queja recurrente de la mayoría de los juristas, a la que tuvimos ocasión de sumarnos hace tiempo para recordar que es preciso buscar soluciones (4), entre las que se encuentran, a nuestro modo de ver,

(1) Vid. Fabio LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del Derecho*, Buenos Aires, 1953.

(2) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

(3) Vid. Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

(4) Vid. Ricardo RIVERO ORTEGA, *Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho administrativo*, núm. 148 de esta REVISTA, 1998, págs. 83 y ss.

amén de medidas de política normativa (nueva codificación, técnica legislativa, lenguaje jurídico) (5), reformas que tengan en cuenta la función hoy desempeñada por las resoluciones judiciales en nuestro sistema jurídico (6).

Así como los administrativistas de los cincuenta desarrollaron nuestra disciplina sin emplear como principal herramienta la jurisprudencia dominante (7), toda vez que se mostraba conservadora a la hora de interpretar la ley, en ausencia de división real de poderes y de verdadera independencia del poder judicial (8), quienes nos interesamos por el Derecho público tras la aprobación de la Constitución de 1978, formados ya en su sistema de valores, hemos asimilado como algo natural la importancia de las resoluciones judiciales, comenzando por las del Tribunal Constitucional, a la hora de estudiar y explicar el programa de la asignatura. Seguramente, este cambio de nuestra forma de entender el ordenamiento se deba también a la recepción del Derecho europeo, con un notable componente jurisprudencial, integrado por las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (9).

Muchas de estas sentencias van más lejos que el legislador cuando desarrollan los derechos de los ciudadanos, pero no puede decirse de todas las que leemos que supongan un avance o una aportación progresista a la evolución del Derecho administrativo. La jurisprudencia avanza dando dos pasos hacia adelante y uno hacia atrás, como demuestra claramente la polémica sobre las medidas cautelares en lo contencioso, con momentos de mayor aceptación del *fumus boni iuris* y otros de rechazo expreso del mismo. A veces impulsa decididamente una reforma legislativa en sentido garantista, como la regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la

(5) Vid. Luis CAZORLA PRIETO, *Codificación normativa y técnica legislativa*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

(6) Advertía hace tiempo GARCÍA DE ENTERRÍA que «la Constitución ha abierto... a la jurisprudencia ordinaria un campo mucho más amplio, más fecundo y más seguro que el que resultaba en cualquiera de las épocas preconstitucionales». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 174.

(7) En general, sobre el papel de la llamada «generación de los 50» o «generación de la RAP» en la modernización de nuestro Derecho administrativo, debe verse el núm. 150 de esta REVISTA, septiembre/diciembre 1999.

(8) Vid. Sabino ÁLVAREZ GENDÍN, *La independencia del poder judicial*, IEP, Madrid, 1965.

(9) Vid. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/LUIS ORTEGA ÁLVAREZ, «Spanish Report», en SCHWARZE, *Das Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluss*, 1996; Santiago GONZÁLEZ-VARAS, *El Derecho administrativo europeo*, IAAP, Sevilla, 2000; José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol*, «Actualité Juridique de Droit Administratif», junio 1996.

Ley 30/1992 (arts. 127 a 138), inspirada claramente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y otras veces, en cambio, se decanta por interpretaciones menos favorables a la realización de los derechos, permitiendo así el mantenimiento de prácticas administrativas de dudosa compatibilidad con los preceptos constitucionales, como el silencio administrativo o la falta de motivación.

Ahora bien, de lo que no cabe hoy la menor duda es de que hay que conocer las sentencias para saber qué es Derecho. Esta creciente relevancia de las resoluciones de los tribunales plantea problemas nuevos para nuestro sistema jurídico, como el relativo a la necesaria publicidad de las sentencias contencioso-administrativas, que hemos estudiado en otro lugar —con Marcos FERNANDO PABLO (10)— por su creciente valor como información jurídica (11), o, el que ahora nos ocupará, sobre los efectos de la invocación de las sentencias como Derecho aplicable al caso, y el grado de subordinación de los jueces y del resto de los operadores jurídicos a lo establecido en resoluciones anteriores, esto es, previamente dictadas por otros órganos jurisdiccionales en asuntos de idéntica o muy similar naturaleza.

Algunos ejemplos deben servirnos para ilustrar las tesis que aquí se quieren defender, recordando en qué situación nos encontramos mediante la aplicación del método del caso también en esta investigación de Derecho administrativo: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la embargabilidad de bienes privados de la Administración; las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario; las sentencias del Tribunal Supremo sobre la desclasificación de documentos reservados; la sentencia de la Audiencia Nacional que declara la responsabilidad del Estado por muerte de enfermo cardíaco en lista de espera de hospital público, o la que se pronuncia sobre la congelación de los salarios de los funcionarios públicos; las sentencias del Tribunal de Justicia de Castilla y León sobre el plazo para interponer el contencioso en los casos de silencio de la Administración, y, por último, la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Salamanca que declara el derecho a percibir un trienio de quien prestó servicios a la Universidad como becario. Todas ellas, además de resolver conflictos entre partes, se pronuncian sobre cuestiones controvertidas en la interpretación del ordenamiento, ofreciendo una respuesta que se extenderá,

---

(10) Vid. Marcos FERNANDO PABLO/Ricardo RIVERO ORTEGA, *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. Estudio del Registro de sentencias previsto en la Ley 29/98*, Civitas, Madrid, 2001.

(11) Cfr. Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS, «*Iura novit curia*» y aplicación judicial del Derecho, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 136.

en mayor o menor medida, a futuros litigios de idéntica o muy similar naturaleza.

Podría decirse, seguramente con razón, que la naturaleza y los efectos de estas resoluciones son muy variados, en atención a los diferentes órganos de los que provienen, cuyas competencias jurisdiccionales son bien distintas, proyectándose de diverso modo también las consecuencias de sus resoluciones sobre el orden jurídico. Éste es uno de los motivos del presente trabajo: diferenciar claramente la naturaleza y el régimen jurídico de las resoluciones de los distintos órganos jurisdiccionales, así como su consideración o no como fuentes del Derecho, analizando los conceptos de precedente (apartado II), jurisprudencia (apartado III) y doctrina legal (apartado IV), y diferenciándolos a continuación (apartado V). Pero partiendo de esta taxonomía de las sentencias, que pensamos debe ser debatida con mayor profundidad, también pretendemos poner el acento en otra cuestión, tras clarificar el valor jurídico de las distintas resoluciones judiciales. Todas ellas tienen hoy, en un contexto de inseguridad jurídica provocada por el exceso de normas escritas y su entrecruzamiento, un valor especial y, en cierto modo, inesperado: son las sentencias de los tribunales las que nos pueden decir lo que es Derecho (12), no sólo en el caso concreto que resuelven, sino también en los futuros litigios que ante ellos se planteen (apartado VI).

## II. PRECEDENTE: SENTENCIA ANTERIOR QUE ESTABLECE UN CRITERIO A TENER EN CUENTA

### 1. *Precedente y stare decisis en el Derecho de tradición anglosajona*

El concepto de precedente y su significado en el *common law* ha sido estudiado últimamente en nuestro país por ITURRALDE SESMA, que analiza sus implicaciones en el sistema jurídico inglés y en el norteamericano (13). Pese a la larga tradición del *common law*, no será hasta el siglo XIX cuando se consolide la doctrina del preceden-

(12) Esta cuestión ha sido analizada críticamente por Alejandro NIETO, en su libro *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.

(13) Victoria ITURRALDE SESMA, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995. Deja claro desde el primer momento la autora que no es lo mismo sistema jurídico que tradición jurídica, definiendo sistema jurídico como «un conjunto de instituciones jurídicas, procedimientos y normas», mientras que la tradición jurídica sería «un conjunto de actitudes, profundamente arraigadas e históricamente condicionadas, sobre la naturaleza del derecho, la organización y funcionamiento del sistema jurídico, y acerca de la manera en que el derecho es o tiene que ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es expresión parcial. Pone el sistema jurídico en la perspectiva cultural» (*op. cit.*, pág. 14).

te: «En aquella época había pocas leyes escritas. Los abogados recordaban a los jueces lo que había pasado en casos anteriores de carácter semejante. Poco a poco, se va a convertir en regla el que una vez que los jueces decidiesen una causa, en todas las causas futuras similares se impusiera un fallo igual. Así nació la doctrina del *stare decisis* y el carácter especial del *common law*. Esta doctrina del precedente judicial era, en su comienzo, nada más que una práctica conveniente para los jueces y la abogacía» (14).

En el *common law* —seguimos las observaciones de Victoria ITURRALDE— no todos los precedentes tienen el mismo valor, pudiendo distinguirse los obligatorios de los persuasivos, teniendo los tribunales la capacidad de aceptar o rechazar su vinculación a ciertos precedentes, dependiendo de su punto de vista sobre la aplicabilidad al caso y la solución a la que lleven (15). Este cierto margen de disposición del Juez o Tribunal sobre los precedentes, relativizador del *stare decisis*, no les resta su carácter de fuente del Derecho, aunque incluso el autoprecedente, en el que parece encontrarse el origen de la doctrina, puede ser alterado si existen razones para ello. La vinculación de los tribunales inferiores al precedente es, en cambio, más estricta, lo que no quiere decir que no existan válvulas de escape al sistema jerárquico judicial, necesarias para hacer compatible la certeza del Derecho con su flexibilidad (16).

Por otro lado, considerar el precedente fuente del Derecho no supone rebajar la ley —el Derecho escrito de origen parlamentario, señaladamente— con respecto a las decisiones de los tribunales. ITURRALDE deja claro que el *statute law* es superior al *common law* tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano, muy especialmente en Derecho público, condicionando la labor de los jueces, que no pueden dejar de aplicar la ley: «los tribunales no son libres para hacer caso omiso de las leyes que, como legisladores, ellos habrían votado en contra; y los legisladores no están obligados a tomar decisiones políticas que plazcan a los tribunales» (17). De lo contrario, se atentaría contra el sentido primigenio de la doctrina del precedente,

---

(14) *Op. cit.*, pág. 24.

(15) La vinculación al precedente es mayor en el sistema inglés que en el norteamericano, más flexible y, por tanto, adaptable a nuevas circunstancias sociales y económicas. Diferencia que se acentúa además teniendo en cuenta la Constitución escrita norteamericana, de la que carece Inglaterra, y la estructura federal del Estado, que en el caso estadounidense se proyecta sobre la organización de tribunales, afectando a la dinámica del *stare decisis*.

(16) «La flexibilidad del sistema del precedente es preservada por la relativa libertad con que los tribunales pueden y a menudo determinan el fin y los límites de los precedentes pasados y si los aplican a las nuevas circunstancias o las distinguen de los casos y circunstancias que se consideraron esenciales en casos anteriores» (*op. cit.*, pág. 68).

(17) *Op. cit.*, págs. 199-200.

en su contexto histórico original de escasez de derecho escrito: la previsibilidad y certeza del Derecho, tanto para los abogados y sus clientes como para el conjunto de los tribunales.

También en la literatura de nuestra disciplina encontramos referencias al sistema del precedente. Con motivo de un estudio sobre el control jurisdiccional de la actuación administrativa en el Derecho norteamericano, CUCHILLO FOIX ha resumido el principio como sigue: «... la sentencia sienta en dicho ordenamiento y en virtud del principio del precedente (*stare decisis*), la posición a seguir por los tribunales federales inferiores en relación a las cuestiones de derecho sustanciadas en el proceso. La sentencia extiende, por lo tanto, sus efectos a la totalidad de los ciudadanos e instancias públicas. Hasta la modificación fundada en la posición sostenida en la misma, bien por el propio tribunal que la dictó, bien por el Tribunal Supremo» (18). Ahora bien, la misma autora advierte de los cambios de criterio que se observan en la jurisprudencia norteamericana, así como de las disparidades entre los distintos órganos. En el prólogo de la obra citada, Alejandro NIETO se emplea en deconstruir el concepto de precedente, desmitificándolo, por considerarlo una ficción: «La técnica del precedente es un juego para uso de estudiantes. La regla del *stare decisis* es una ficción puesto que no es respetada por la realidad» (19).

## 2. La recepción del concepto «precedente» en nuestro Derecho

La utilización del concepto de precedente y sus relaciones con la jurisprudencia, la doctrina legal, o las sentencias anteriores, puede observarse en la literatura jurídica española de los últimos tiempos, desde distintos ámbitos de conocimiento, aunque muy especialmente desde la filosofía del Derecho (20). Puede decirse que se ha planteado un cierto debate sobre la recepción del concepto en nuestro sistema jurídico. Así, por ejemplo, Rafael DE ASÍS ha cuestionado en su obra *Jueces y normas* las distancias entre la tradición anglosajona y nuestra actual cultura jurídica, defendiendo el valor del precedente como garante de la igualdad y la seguridad en la aplicación de la ley (21).

(18) Montserrat CUCHILLO FOIX, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 296.

(19) *Ob. cit.*, pág. 17.

(20) Vid. Andrés OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, CEC, Madrid, 1989; Marina GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

(21) Rafael DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

A su juicio, es preciso reconocer la «fuerza vinculante» de la jurisprudencia (22): «El valor de los enunciados judiciales se funde en los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, que reclaman el atenuamiento de las decisiones judiciales a los criterios jurisprudenciales y a la doctrina legal y la igualdad en la aplicación del Derecho, salvo que existan fundamentos serios y razonables que exijan apartarse de esa dirección...» (23).

Es evidente, desde luego, el manejo de este concepto por el Tribunal Constitucional (24), encontrándose incluso en su Ley Orgánica, cuyo artículo 13 establece lo siguiente: «Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal la cuestión se someterá a la decisión del pleno». Parece, sin embargo, que, lejos de una vinculación al modo del *common law*, aquí el uso adjetival del término es claro, complementando el sustantivo «doctrina constitucional» (concepto que tendremos ocasión de analizar). Lo importante es la doctrina sentada por el Tribunal en pleno, que a éste corresponde, en su caso, modificar.

Por otro lado, encontramos el concepto de «autoprecedente» en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, que extraen consecuencias jurídicas del mismo en el terreno de la motivación. Por todas, la STC 103/1984: «... un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y... cuando el órgano en cuestión considere qué debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable». Como se observa, ni siquiera el autoprecedente vincula de modo estricto, lo que demuestra la STC 100/1988: «El artículo 14 de la Constitución no impone al órgano judicial que, en su función de aplicar el Derecho, haya de atenerse siempre al precedente para resolver cuestiones sustancialmente iguales, sin poder alterar los criterios interpretativos, lo que conduciría a una petrificación de la experiencia jurídica y a cerrar toda posible evolución en la interpretación del Ordenamiento». Hay que distinguir la fuerza vinculante de las sentencias precedentes de la probable aceptación del criterio establecido en una sentencia anterior para fundamentar un nuevo fallo. En este sentido, en nuestro Derecho, cuando hablamos de precedente no hablamos de una vinculación al estilo del *stare decisis*, sino de la eventual aceptación del criterio anteriormente utilizado a la hora de resolver un conflicto de similar o idéntica naturaleza,

(22) *Op. cit.*, pág. 56.

(23) *Op. cit.*, pág. 257.

(24) Vid. Juan Antonio XIOL RUIZ, *El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional*, «Poder Judicial», núm. 3, 1986, págs. 36 y ss.

acudiendo incluso a la motivación por remisión, una técnica perfectamente aceptada por el Tribunal Constitucional (25), que incluso la utiliza, cada vez con mayor frecuencia, para motivar sus propias sentencias (26). Caso de no aceptar el criterio de las sentencias anteriores, las exigencias de motivación son (al menos en teoría) mayores.

### 3. *¿Aproximación de nuestro sistema al common law?*

Parece que el concepto de precedente en nuestro Derecho tiene consecuencias sobre todo en lo que a la motivación de las sentencias se refiere. Ello obliga a distinguir la relevancia de los precedentes, de la jurisprudencia y de la doctrina legal, lo que intentaremos más adelante; baste decir por ahora que, a nuestro juicio, en nuestro Derecho el precedente sólo tiene en principio un valor informativo, tanto para el órgano judicial como para las partes en el proceso: éstas pueden invocarlo y tenerlo en cuenta a la hora de estimar las posibilidades de éxito de sus pretensiones; aquél debe manejarlo a la hora de resolver; bien aceptándolo como válido y aplicable al caso, bien rechazándolo con un razonamiento suficiente que explique el apartamiento del anterior criterio.

En el orden contencioso-administrativo se ha introducido, sin embargo, una previsión que altera hasta cierto punto esta consideración del precedente a los meros efectos de la motivación de las sentencias. La encontramos en el artículo 51 de la Ley 29/1998, en su apartado segundo: «El Juzgado o Sala podrá inadmitir el recurso cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme, mencionando, en este último caso, la resolución o resoluciones desestimatorias». No estamos aquí solamente ante una motivación por remisión, sino ante un cierto reconocimiento de que cualquier sentencia anterior pronunciada por un órgano judicial, en un asunto teóricamente idéntico, resuelve el caso sin necesidad de tramitar el proceso, justificando la inadmisión *a limine*. Tal previsión, que reproduce en parte medidas anteriormente tomadas en sede de recursos de amparo, tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y de casación, merece una

---

(25) «Una fundamentación por remisión no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia contenida en el derecho fundamental que se invoca» (AATC 688/88 y 956/88).

(26) Vid. Juan IGARTUA SALAVERRIA, *Motivación de las sentencias*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 31, 1991; Alejandro NIETO GARCÍA, «Motivación de las sentencias», en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón MARTÍN MATEO*, tomo II, págs. 2211 y ss.

severa crítica, al conceder un valor superior a una sentencia, dictada por un Tribunal o por un Juzgado, a la de la propia ley, e incluso al derecho a la tutela judicial efectiva, reducido en este caso a su mínima expresión (27).

Quienes han comentado críticamente este precepto han sostenido una interpretación restrictiva del mismo, que nos parece plausible por múltiples razones, aun no siempre coincidentes con las manifestadas por otros autores (28). La principal, a nuestro juicio, radica en el carácter prevalente de la tutela judicial respecto del objetivo de reducir el número de asuntos del que tienen que conocer los órganos de la Jurisdicción (29), inspirador, por ejemplo, de las drásticas limitaciones introducidas en el sistema de recursos (30). Por otro lado, llama la atención que este motivo para inadmitir juegue sólo a favor de la Administración, no estando previsto para los recursos estimatorios (31). El tratamiento de los asuntos repetitivos, fáciles de resolver, por ya resueltos (32), puede hacerse sin necesidad de acudir a una técnica tan expeditiva como ésta, que olvida la trascendental di-

(27) La mayoría de los comentaristas de la Ley 29/1998 se han limitado a subrayar la introducción de este nuevo motivo de inadmisión, no previsto en el proyecto inicial, a lo largo de la tramitación legislativa. Así, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la LJCA*, 3.<sup>ª</sup> ed., Civitas, Madrid, 1998, pág. 1020; Francisco PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, 6.<sup>ª</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1998, pág. 446; Francisco Javier GARCÍA GIL, *El proceso contencioso-administrativo*, Dilex, Madrid, 1998, pág. 572.

(28) Eduardo MENÉNDEZ REXACH ha ofrecido uno de los comentarios más puntillosos del precepto, sosteniendo que no cabe inadmitir cuando exista un solo recurso previo desestimado, pues el precepto utiliza la expresión «recursos». Habría que recordar aquí, sin embargo, que a continuación se refiere a la «resolución o resoluciones desestimatorias». También defiende que las sentencias que pueden invocarse para inadmitir deben provenir del mismo órgano jurisdiccional, pues las sentencias de otros órganos no vinculan (a salvo, puntualiza, las del TC y TS), y como manifestación del derecho al juez legalmente predeterminado. Vid. Jesús María SANTOS VILANDE, *Comentarios a la LJCA*, Edersa, Madrid, 1999, págs. 446-447. En similar sentido, Antonio Alfonso PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos de las sentencias de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 128.

(29) «Se trata más bien de previsiones que restringen de forma irrazonable el acceso a la jurisdicción». M.<sup>ª</sup> del Rosario ALONSO IBÁÑEZ, «Comentario al artículo 51», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 100, pág. 445. Santiago GONZÁLEZ-VARAS asocia esta previsión a la ratio de la celeridad, en su *Comentario a la LJCA*, Tecnos, Madrid, 1999.

(30) Que hemos tenido ocasión de cuestionar, incluso desde el punto de vista de su constitucionalidad, debido al establecimiento de limitaciones de naturaleza económica, difícilmente compatibles con la naturaleza de las pretensiones ejercitadas en un orden como el contencioso-administrativo, y sin parangón en el Derecho comparado. Vid. Ricardo RIVERO ORTEGA, *Casación y Motivación*, «Jueces para la Democracia», julio 1997, págs. 31 y ss.

(31) Así lo ha apuntado Eduardo MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, pág. 446.

(32) Diego CÓRDOVA CASTROVERDE ha relacionado este precepto con los artículos 37.2, 110 y 111 de la Ley, dirigidos todos ellos al tratamiento de los recursos en masa. Considera necesario que haya una línea jurisprudencial y que se produzca identidad de Administración demandada y pretensión, no dependiendo el resultado del proceso de la fase probatoria. «Procedimiento en primera o única instancia», en LEGUINA VILLA/SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la LJCA*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 274.

ferencia entre casación o amparo (recursos ambos extraordinarios, por su propia naturaleza) y primera instancia jurisdiccional (33).

Creemos, sin embargo, que no estamos ante una orientación de nuestro sistema hacia el modelo del precedente y el *stare decisis* anglosajón tampoco en este caso, ya que es el propio órgano el que decide si aplica o no tan cuestionable causa de inadmisibilidad (34), pero sí puede decirse que con esta previsión se aproximan en alguna medida las sentencias de todos los órganos jurisdiccionales a las de aquellos que tienen como principal función garantizar la seguridad e igualdad en la interpretación del ordenamiento, lo que no compete principalmente a las primeras instancias jurisdiccionales (35). Existen otras medidas mucho más eficaces, a nuestro juicio, para evitar recursos temerarios sobre cuestiones resueltas, en torno a las cuales puede haberse pronunciado reiteradamente un órgano jurisdiccional: condenas en costas, amonestaciones a la representación jurídica de la parte recurrente, y, en último término, una motivación por remisión que ahorra al Juzgado, si no los trámites del proceso, sí el tiempo invertido en redactar la sentencia.

Al margen de esta discutible previsión del artículo 51.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la principal diferencia entre nuestro sistema y el del *common law* sigue radicando, desde nuestro punto de vista, en la prohibición de dictar instrucciones sobre la aplicación de la ley que enuncia la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 12, especialmente en su apartado tercero: «Tampoco podrán los jueces y tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del Ordenamiento jurídico que llevan a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional». La doctrina del precedente vinculante ha sido, además, rechazada por más de una sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo la STC 126/1986: «La directa vinculación de Jueces y tribunales a la Ley y al Derecho

(33) Cfr. Antonio Alfonso PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos de las sentencias...*, cit., págs. 136-137.

(34) Antonio Alfonso PÉREZ ANDRÉS se ha formulado también la pregunta de si nos estaremos dirigiendo hacia un sistema de *case law* como el anglosajón; tal es la cuestión que subyace al presente estudio, intentando aclarar las diferencias conceptuales entre el término precedente en la tradición anglosajona y en nuestro actual sistema jurídico.

(35) «En cuanto a las sentencias que pueden ser invocadas para fundamentar la inadmisión sobre la base del artículo 51.2 LJCA, en primer lugar hay que destacar que no sólo pueden ser sentencias del Tribunal Supremo, es admisible que se trate de resoluciones firmes procedentes de cualquier otro órgano judicial de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y esta circunstancia nos conduce inmediatamente a cuestionarnos qué sentencias pueden ser utilizadas con estos fines por un órgano judicial, si únicamente las dictadas por él mismo o, si también, las dictadas por otros Juzgados o Tribunales». Antonio Alfonso PÉREZ ANDRÉS, *op. cit.*, pág. 144.

no puede quedar rota por una absoluta vinculación a los precedentes que nuestro ordenamiento jurídico no establece y que la Constitución no exige» (36).

Podría plantearse, a la luz de esta sentencia, si una eventual reforma de la *Ley Orgánica del Poder Judicial en el sentido de jerarquizar nuestra organización de tribunales* no contradiría el tenor literal de la Constitución cuando se refiere al «imperio de la ley», oponiéndose a la interpretación tradicional de lo que en nuestro sistema jurídico se considera la independencia del Juez, dificultándose además su relación directa con la Constitución como norma jurídica. Debe ser el sistema de recursos, y no una configuración jerarquizada del poder judicial, la garantía del sometimiento de los Jueces a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Lo dejan también claro los dos primeros apartados del artículo 12 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*: «1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. 2. No podrán los jueces y tribunales corregir la aplicación o interpretación del Ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan».

En esto consiste, aunque no exclusivamente, la independencia del Juez: junto a las garantías del artículo 127 de la Constitución, que pueden asociarse a la imparcialidad (sistema de incompatibilidades, prohibición de afiliación a partidos políticos), y las del 117 (resumibles en la inamovilidad) (37), es la ausencia de un modelo jerarquizado de poder judicial lo que asegura la independencia de cada Juez o Magistrado, individualmente considerados. A diferencia de lo que ocurre, sin ir más lejos, en el mismo Título VI de la Constitución, con el Ministerio Fiscal, sujeto, de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución, a los principios de unidad de actuación y «dependencia jerárquica». Si hemos de señalar una clave distintiva de la posición institucional del Juez como funcionario, frente a la gran mayoría de los servidores públicos, es precisamente su no sujeción a órdenes o instrucciones superiores, sin perjuicio de la existencia de facultades disciplinarias en manos del Consejo General del Poder Judicial (38). La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Su-

(36) Vid. Luis LÓPEZ GUERRA, «El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*», en *El Tribunal Constitucional*, vol. II, 1981, págs. 144 y ss. En contra, Tomás VIVES ANTÓN, *Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional*, «Revista Poder Judicial», núm. 2, 1986.

(37) Vid. Fernando SAINZ MORENO, *Inamovilidad judicial*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 11, 1976.

(38) Vid. Leopoldo TOLIVAR ALAS, *Derecho administrativo del poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1999.

premo lo ha expresado muy claramente en su sentencia de 8 de junio de 1993, al referirse a su propia posición institucional: «Esta superioridad no se expresa, por supuesto, en una jerarquía que permita emitir mandatos a los órganos jurisdiccionales inferiores respecto al sentido en que deben resolver cada proceso, lo cual sería ontológicamente opuesto al principio de independencia judicial...».

Hay dos excepciones en estos momentos, sin embargo, que permiten, a nuestro juicio, hablar con algunas reservas (que tienen que ver con la redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la interpretación del 117 de la Constitución) de una aproximación de nuestro sistema al del *common law*, y son las relativas a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a algunas sentencias del Tribunal Supremo. Las primeras, según el tenor del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exige una interpretación conforme, deben ser conocidas por todos los jueces, siendo tenidas en cuenta en la interpretación de las leyes y los reglamentos. El valor vinculante de determinadas sentencias del Tribunal Constitucional exige la modificación de los criterios jurisprudenciales de los tribunales ordinarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 161.1 de la Constitución, *in fine*: «... La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada» (39). Con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo, hay que tener en cuenta las últimas versiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 493) y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 100.7), que han extendido formalmente el valor vinculante a las sentencias de casación en interés de ley.

Ahora bien, pensamos que en ambos casos (sentencias del Tribunal Constitucional y sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación en interés de ley) el concepto por el que se produce tal aproximación (relativa) al sistema anglosajón no es el de precedente, sino el de jurisprudencia, que pasamos a estudiar a continuación.

---

(39) Vid. Raúl BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982.

### III. JURISPRUDENCIA: SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES

#### 1. *La polémica clásica sobre su carácter de fuente del Derecho*

No tiene sentido reproducir aquí las opiniones de tantos ilustres juristas que han defendido el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho, así como las opiniones discrepantes que al respecto podemos encontrar entre otros prestigiosos autores (40). Estamos ante una cuestión controvertida, pero en cierto modo necesitada de revisión, sobre todo para determinar qué debe entenderse por jurisprudencia en nuestro actual sistema jurídico, muy distinto del existente cuando se aprueba la reforma del Título Preliminar del Código Civil (1973-1974). No olvidemos que uno de los presupuestos de la resolución de las polémicas doctrinales pasa por la adecuada determinación de los conceptos que se discuten: ¿qué entendemos por fuente del Derecho?, ¿qué entendemos por jurisprudencia?

En su estudio monográfico, CALVO VIDAL comienza precisando los conceptos de fuente del Derecho y jurisprudencia, pues dependiendo de este punto de partida llegaremos a un resultado u otro —positivo o negativo— en la consideración de la jurisprudencia como fuente. El razonamiento es impecable, y sitúa el debate en su verdadero lugar: el de las distintas formas de entender el Derecho y el ordenamiento jurídico. Frente al significado de la palabra jurisprudencia en la cultura jurídica romana, hoy, dice este autor, hemos de distinguir un sentido amplio del concepto (doctrina de jueces y magistrados) de otro estricto, antes de la Constitución (criterio constante y uniforme mantenido por el Tribunal Supremo) y después de la Constitución (incluyéndose entonces la doctrina del Tribunal Constitucional y, en algunas materias, la de los Tribunales Superiores de Justicia).

#### 2. *¿Qué jurisprudencia es fuente del Derecho?*

Antes de contestar esta pregunta, debemos dejar claro, aunque queda reflejado en todo el desarrollo de este trabajo, que no aceptamos que pueda considerarse jurisprudencia únicamente la emanada del Tribunal Supremo, en modo alguno. Aunque en ocasiones se apunte esta equivalencia, no cabe duda que hoy existen otros tribu-

---

(40) Vid. Félix CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia, ¿fuente del Derecho?*, Lex Nova, Valladolid, 1992; Francisco de P. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

nales que emiten también destacada jurisprudencia, por lo que no parece apropiado restringir de este modo un concepto que hace referencia, desde nuestro punto de vista, al *particular poder interpretativo del ordenamiento que poseen algunos tribunales*, destacándose por encima de la gran mayoría de los órganos judiciales, que se limitarían a emitir pronunciamientos con mero valor informativo y de resolución de conflictos concretos entre partes.

Para empezar, que la jurisprudencia constitucional crea Derecho es un dato claramente reflejado en la regulación orgánica del Tribunal Constitucional, en sus propias sentencias, y reconocido por voces de constitucionalistas como RUBIO LLORENTE (41) o PÉREZ ROYO (42), y muchos otros autores que han puesto de relieve el carácter de fuente de las sentencias del supremo intérprete de la Constitución (43). Sin necesidad de acudir al argumento de autoridad, basta con leer detenidamente el artículo 164 de la Constitución, cuando ordena la publicación de las sentencias del Tribunal en el «Boletín Oficial del Estado», para captar la asimilación de tales sentencias al resto de normas, de las que se predica, en el artículo 9.3 del texto constitucional, un principio de publicidad. Con respecto a las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad, el carácter normativo parece incontrovertible, ateniéndonos a la terminación del 164.1, que establece que éstas «... tienen plenos efectos frente a todos» (44).

La redacción del artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional («La jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de constitucionalidad») retoma la distinción anterior entre sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad y el resto, pero no debe olvidarse lo establecido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»), precepto que no

(41) Vid. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 22, 1988, págs. 32 y ss.

(42) Vid. JAVIER PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

(43) Vid. XABIER PIBERNAT DOMENECH, *La sentencia constitucional como fuente del Derecho*, «Revista de Derecho Político», núm. 24, 1987.

(44) Vid. RAÚL BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982.

distingue entre unas u otras sentencias, sujetando la interpretación judicial del ordenamiento a toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En cuanto a las sentencias del Tribunal Supremo, en cambio, nuestro Derecho parece querer distinguir aquellas pronunciadas en recursos de casación ordinaria de aquellas que ponen término a recursos de casación para la unificación de la doctrina, o en interés de ley, cuya función esclarecedora y uniformizadora del ordenamiento es evidente, aunque lo hace sólo con las que estiman los recursos en interés de ley. Las sentencias que resuelven recursos de casación en interés de ley han pasado a tener, a partir de los artículos 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (45) y 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (46), un valor normativo materialmente similar al de los precedentes del *common law*, o las sentencias del Tribunal Constitucional en nuestro Derecho, realizándose mediante esta concesión de valor vinculante la posición constitucional del Tribunal Supremo, derivada del artículo 123 de la Constitución española, que lo define como «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

Si se llevaran a cabo las propuestas recogidas en un documento aprobado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, la jurisprudencia de este «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes», a tenor del artículo 123 de la Constitución, recuperaría la influencia tal vez menoscabada por el estado de cosas en que tiene que desarrollar su función. Esto sería posible gracias a la regulación en nuestro Derecho de una suerte de cuestión prejudicial que estarían obligados a plantear los órganos jurisdiccionales en aquellos casos en que consideraran oportuno, por alguna razón, apartarse de la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo. Esta propuesta parte del rechazo de «... una supuesta facultad de los tribunales ordinarios de separarse de los criterios jurisprudenciales alegando su disconformidad con el

---

(45) El artículo 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «la sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" 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 del Tribunal Supremo». Se observa, no obstante, una contradicción entre este régimen y lo declarado en la Exposición de Motivos de la Ley, cuando apunta que «... en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante».

(46) En su comentario al artículo 100.7, David BLANQUER ha puesto de relieve la misión «cuasinormativa» de estas sentencias. Vid. *Comentario a los artículos 100 y 101*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 100, pág. 702.

ordenamiento jurídico», puesto que proclama sin ambages «el valor vinculante de la jurisprudencia» (47).

Se defiende en el documento citado una asimilación —en lo que a la interpretación de la legalidad ordinaria se refiere, claro está— del valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la del Tribunal Constitucional, con una fórmula próxima a la recogida para ésta en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, llegándose a proponer para lo contencioso la atribución a la Sala tercera no sólo de la competencia para conocer de la cuestión prejudicial cuando una Sala de lo contencioso de un Tribunal Superior de Justicia se quiera apartar de la jurisprudencia del Supremo, sino incluso cuando se trate de resolver alguna cuestión nueva sobre la que no exista jurisprudencia. Esto tal vez sea excesivo, y no hay razones para pensar que una cuestión prejudicial de tal naturaleza vaya a tener más éxito que la cuestión de constitucionalidad, no planteada ordinariamente como una pregunta sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino sobre la compatibilidad de un precepto con la Constitución (o, en el caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con el Derecho comunitario).

La propuesta, en cualquier caso, demuestra el grado de insatisfacción del Tribunal Supremo con respecto al seguimiento de su criterio por parte de los tribunales inferiores, lo que a duras penas puede remediarse por vía casacional, sobre todo mientras el recurso de casación no pueda cumplir por problemas estructurales su verdadera finalidad, en lo contencioso, y mientras, por otro lado, haya distintas líneas jurisprudenciales en el propio Tribunal Supremo, fácilmente derivadas de la multiplicidad de secciones y la difícil gestión de un número de recursos excesivo ya a todas luces (48). El problema real es que en estas condiciones las decisiones del Tribunal Supremo no son siempre unívocas, y ningún remedio que le atribuya nuevas funciones, sin replantear las existentes, podrá solucionar esta situación, al menos en el orden contencioso-administrativo (49).

---

(47) El documento lleva por título «Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones constitucionales» y fue aprobado por la Sala de Gobierno en el año 2000.

(48) Nos permitimos reiterar una afirmación que hicimos hace cuatro años: «La efectiva uniformidad jurisprudencial no depende de la existencia de un recurso específico dirigido a unificar doctrina, sino de la existencia de un órgano que reúna las condiciones necesarias para sentar una jurisprudencia uniforme y respetable», en *Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho administrativo*, núm. 146 de esta REVISTA, mayo/agosto 1998, pág. 124.

(49) Seguramente la situación sea distinta en otros órdenes, como el penal, en el que la Sala Segunda sí se ve capacitada para asumir esta nueva función con posibilidades de éxito. No en vano uno de los defensores más sólidos de esta posición es el Magistrado y Catedrático de Derecho Penal Enrique BACIGALUPO.

En otro orden de cosas, lo que sea jurisprudencia del Tribunal Supremo se complica si se exige para su consideración como tal la reiteración de sentencias en un mismo sentido. Así lo sostiene algún autor (50), apoyándose en el criterio del propio Tribunal Supremo, manifestado en múltiples sentencias (51). Claro que así se confunde, a nuestro modo de ver, la jurisprudencia con lo que tradicionalmente se ha considerado doctrina legal (la confusión de la jurisprudencia con la doctrina legal es una sinécdoque —se designa el todo con el nombre de una de las partes— consecuencia de la previa reducción histórica del concepto de doctrina legal, equiparada con la emitida por el Tribunal Supremo), y se obstaculiza el propio progreso del Derecho si se impide la invocación, a efectos de casación, de una sentencia del Tribunal Supremo que se considera la más acertada. En una comprensión más amplia de lo que sea jurisprudencia, entendemos que ésta debe separarse de la tradicional consideración de la doctrina legal, eliminándose la exigencia de reiteración de pronunciamientos, sin perjuicio de que esta reiteración pueda fortalecer el argumento de las sentencias invocadas o demostrar la consolidación de un criterio decisorio.

No contribuye precisamente a diferenciar los conceptos de jurisprudencia y doctrina legal la terminología que utiliza la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 447, que incluye entre los motivos del recurso de casación el que concurra «interés casacional», lo que ocurre cuando la sentencia recurrida contradice la «doctrina jurisprudencial» del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia sobre cuestiones de Derecho autonómico. La Exposición de Motivos del texto abunda en este concepto de «doctrina jurisprudencial», considerando que «... 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». De un plumazo se entremezclan, así, los tres conceptos aquí estudiados —precedente, jurisprudencia y doctrina legal—, llegándose a la conclusión de no saber exactamente qué signifique cada uno de ellos.

En lo contencioso, como en los restantes órdenes, el concepto de jurisprudencia es importante como motivo de casación, previsto en

---

(50) «Una sola sentencia no basta para constituir jurisprudencia, es preciso que se den repetidos, reiterados y constantes fallos o al menos más de una sentencia que adopte la misma doctrina». CALVO VIDAL, *op. cit.*, pág. 304.

(51) «... para que pueda invocarse la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación, no bastará la preexistencia de una sentencia —que constituye un simple precedente—, sino que la jurisprudencia sea reiterada, para lo que se ha considerado suficiente la existencia de dos sentencias...». GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la LJCA...*, cit., págs. 1594-1595.

el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se refiere a la violación de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Aunque en los comentarios a este precepto se insiste en la necesidad de que la jurisprudencia sea reiterada, citando gran número de sentencias en este sentido, lo que se hace así es equiparar los términos jurisprudencia y doctrina legal del artículo 1.6 del Código Civil (52), pese a que se acepta la invocación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la hora de argumentar este motivo de casación (53), sin resolverse algunas preguntas que inmediatamente se nos plantean: ¿es necesaria también la reiteración cuando se trata de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?; ¿y en el caso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas?; ¿y cuando se invoca una sentencia del Tribunal Supremo que ha resuelto un recurso de casación en interés de ley?

La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue tempranamente puesta de manifiesto por GARCÍA DE ENTERRÍA (54), desde su posición cualificada de Magistrado del Alto Tribunal. Más adelante, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO o Juan María BANDRÉS han insistido en esta cuestión (55). Desde el Derecho procesal, BUJOSA VADELL ha estudiado su eficacia en España (56). Sobre el valor de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han pronunciado los estudiosos del Derecho comunitario, y el Tribunal Supremo español en su sentencia de 17 de diciembre de 1997. Parece que estamos ante una nueva fuente del ordenamiento jurídico español, de naturaleza inequívocamente jurisprudencial, para la que no se requiere el castizo requisito de la reiteración.

También las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia pueden ser consideradas jurisprudencia en la medida en que resuelven algunos recursos de casación, concretamente para la unificación de la doctrina, o en interés de ley, por cuestiones de Derecho

---

(52) Así, por ejemplo, GARCÍA GIL apunta hacia la necesidad de al menos dos sentencias del Tribunal Supremo (*op. cit.*, págs. 858-859). En el mismo sentido, PERA VERDAGER, *op. cit.*, pág. 658.

(53) «... en el orden contencioso-administrativo puede invocarse como fundamento de la casación no sólo la jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, sino también del Tribunal Constitucional...». GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pág. 1593.

(54) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1989.

(55) Vid. Juan María BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1996.

(56) Vid. Lorenzo BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid, 1997.

autonómico, y también se pronuncian sobre materias irrecurribles. Aunque se haya criticado la ausencia de un recurso de casación ordinaria por infracción del Derecho autonómico (57), parece que en nuestro Estado compuesto la casación, conforme al juego de los artículos 123 y 152 de la Constitución, debe repartirse entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia (58). Las consideraciones vertidas anteriormente con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden ser trasladadas aquí, si bien únicamente con respecto a las sentencias de casación autonómica, dictadas en aplicación de los artículos 99 y 101 de la Ley 29/1998 (59). Refiriéndose a estas sentencias, sin embargo, el artículo 110 de la misma Ley utiliza el término «doctrina», demostrando la asimilación como sinónimos en nuestro vocabulario jurídico de los términos jurisprudencia y doctrina.

Las sentencias en general no son jurisprudencia, ni pueden ser consideradas fuentes de producción de Derecho (60), aunque comparten con las resoluciones anteriormente estudiadas su carácter de fuente de conocimiento del Derecho. Efectivamente, las sentencias son, todas ellas, fuentes de conocimiento del Derecho (fuentes, por tanto, en un sentido material), si bien no todas ellas imperativas y vinculantes fuera del caso concreto. Pero en la medida en que resuelven casos que pueden volver a plantearse, sientan criterios que pueden ser tenidos en cuenta por todos los operadores jurídicos a la hora de resolver los conflictos, especialmente por los jueces, debido a la prohibición de *non liquet* del artículo 1.7 del Código Civil y a la expresión «ateniéndose al sistema de fuentes establecido» de este mismo precepto, que da por supuesta la vigencia del principio *Iura novit curia*, cuya realidad plena cada vez resulta más discutible (61).

---

(57) Manuel CLAVERO ARÉVALO, «Un Derecho degradado (Ordenamiento autonómico y recurso de casación)», en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, cit., págs. 2174 y ss.

(58) Vid. Mariano BACIGALLPO, *Casación y Estado compuesto: El Derecho sustantivo revisable en casación contencioso-administrativa en el Estado federal alemán y en el Estado autonómico español*, «Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED», 1995.

(59) Recordemos que el artículo 99 de la Ley 29/1998 regula un recurso de casación para la unificación de doctrina en cuestiones de Derecho autonómico, a resolver por una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.

(60) Vid. Victoria ITURRALDE, «Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de *civil law*: el caso español», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1995, págs. 414 y ss.

(61) Cfr. Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS, «*Iura novit curia* y aplicación judicial del Derecho», Lex Nova, Valladolid, 2000.

IV. DOCTRINA LEGAL: JURISPRUDENCIA (CUALIFICADA)  
DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. *Tribunal Supremo y doctrina legal*

CALVO VIDAL localiza la utilización del término doctrina legal en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, regulador del recurso de nulidad ante el recién creado Tribunal Supremo (art. 259 de la Constitución de Cádiz de 1812). Inicialmente se equipara este término a la jurisprudencia de los tribunales (62). Más adelante, sin embargo, la doctrina legal se circunscribe a las sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 13 de noviembre de 1876 y 28 de enero de 1878). Así se fortalecía su propia posición institucional, al mismo tiempo que se iba desarrollando un «cuerpo de doctrina» al que podía dotársele de singular valor (entiéndase que en un primer momento el Tribunal Supremo necesariamente debía remitirse a la jurisprudencia de tribunales que le precedieron, al carecer de su propio repertorio). Paralelamente se fortalecerán las exigencias de motivación y publicidad de las sentencias del Supremo Tribunal, en tanto su doctrina pasa a tener un carácter material de fuente del Derecho (63).

Rafael DE ASÍS ha afirmado que la diferencia entre doctrina legal y jurisprudencia ha desaparecido en nuestro Derecho (64), citando para corroborar esta afirmación la Exposición de Motivos de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que reformó la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo relativo a la casación: «La infracción puede ser referida a las normas del Ordenamiento jurídico, concepto éste recogido y formulado por la Constitución como expresión del Derecho en su conjunto y en sus valores, de manera que no comprende sólo la ley, sino también la costumbre y los principios generales del Derecho para alcanzar, además, a la jurisprudencia, que aun no introduciéndose por sí sola en el Ordenamiento, es considerada apta por sí misma como posible fundamento del recurso, en lugar de la híbrida e imprecisa figura de la doctrina legal». Pero el mismo autor reconoce que el problema «sigue estando latente», como lo demuestran varias sentencias del Tribunal Supremo, que cita, mantenedoras de la distinción; entre ellas, la STS de 24 de noviembre de 1992.

Por otro lado, no es baladí la diferenciación entre una sentencia del Tribunal Supremo y dos o más sentencias que reiteran el mismo

(62) Cfr. CALVO VIDAL, *La jurisprudencia...*, cit., pág. 235.

(63) Vid. FERNANDO PABLO/RIVERO ORTEGA, *La publicidad de las sentencias...*, cit., pág. 72.

(64) Rafael DE ASÍS, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

criterio, sentando entonces doctrina legal o, utilizando otro concepto más en boga, doctrina jurisprudencial. En este último supuesto estamos ante una suerte de criterio reforzado a tener muy en cuenta por todos los tribunales. La pregunta sería si todavía hoy el criterio de la reiteración es definitorio de la doctrina legal o si, en cambio, simplemente estamos entonces ante una «línea jurisprudencial». Habría que plantearse si el concepto de doctrina legal debe desaparecer o, en cambio, servir para definir determinadas sentencias cualificadas del Tribunal Supremo dictadas en recursos de casación en interés de ley (tal vez también para la unificación de la doctrina), cuyo carácter vinculante se afiance mediante alguna técnica, puede que en forma de cuestión prejudicial, pero que exige en todo caso una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## 2. *La doctrina legal en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil*

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 contemplaba entre los motivos que podían fundar un recurso de casación el que la sentencia fuera contraria a la jurisprudencia de los tribunales (art. 1012). Por otro lado, en su artículo 1729.10 enunciaba como doctrina legal determinados principios y las opiniones de los jurisconsultos. En esta regulación, los conceptos de jurisprudencia, principios generales del Derecho y doctrina científica se entremezclan, probablemente porque el Tribunal Supremo aún no había afianzado suficientemente su posición, restringiendo el concepto de doctrina legal a su propia jurisprudencia, reiterada y uniforme (65).

En cualquier caso, chocaba la mención a la jurisprudencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil con la ausencia de su consideración como fuente en la redacción inicial del Código Civil de 1889 (art. 6: «El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho»). Habrá que esperar a una nueva redacción del artículo 1.6 del Código Civil, tras la reforma efectuada en su Título preliminar por la Ley de Bases 3/1973, de 17 de marzo: «La Jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

---

(65) Vid. Miguel COCA PAYERAS, *La doctrina legal*, Bosch, Barcelona, 1980.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 afectó de lleno al recurso de casación y al concepto de doctrina legal, concepto que tilda en su Exposición de Motivos de «híbrida e imprecisa figura». La nueva redacción del artículo 1692.5 sustituye la expresión doctrina legal por la de jurisprudencia. Y hoy, como hemos visto, se trastocan de nuevo los términos cuando se acude al concepto de «doctrina jurisprudencial», atribuyéndole desiguales efectos vinculantes, teniendo en cuenta las contradicciones entre la Exposición de Motivos y el articulado y los diferentes efectos que se predicán de las sentencias estimatorias del recurso de casación en interés de ley y del resto de las sentencias pronunciadas en casación ordinaria o para la unificación de la doctrina.

### 3. *Unificación de jurisprudencia y doctrina legal*

Se plantea en cualquier caso el problema de la difícil admisión del carácter vinculante de la doctrina legal teniendo en cuenta el tenor del artículo 12.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional». Sin embargo, de aplicarse la propuesta del documento del Tribunal Supremo antes citado, introduciendo una obligatoria cuestión prejudicial, se podría articular un sistema de relaciones entre los distintos tribunales mucho más jerarquizado, al menos en lo que a la interpretación del ordenamiento se refiere. De cómo se resuelva esta cuestión dependerá también el mayor o menor éxito de la pretendida vinculatoriedad de las sentencias estimatorias de los recursos de casación en interés de ley.

Encontramos el antecedente del artículo 12.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 4.II de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que prohibía a los tribunales de grado superior aprobar, censurar o corregir la aplicación de la ley que hicieran sus inferiores en el orden jerárquico. MONTERO AROCA ha recordado sentencias del Tribunal Supremo que, pese a esta prohibición, obligaban a los «inferiores» a acatar su jurisprudencia. En este sentido, la STS de 12 de junio de 1926, que consideraba que la jurisprudencia del Supremo debía ser seguida «inexcusablemente». Las desventajas de esta peculiar forma de entender las relaciones entre órganos jurisdiccionales son evidentes: «Ello comportaba... un grave lastre para la

jurisprudencia misma, pues si ésta ha de ser progresiva, normalmente el impulso habrá de provenir desde abajo, no de arriba» (66).

Para MONTERO AROCA, la independencia personal de los jueces comporta también no sujeción a los tribunales superiores, además de sumisión exclusiva a la ley, no sumisión a normas contrarias a la ley, y no sumisión a entidad alguna: «Mientras el funcionario actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 de la Constitución), el juez al aplicar la ley no tiene superiores; ejercitando la potestad jurisdiccional no hay superior ni inferior, no hay jerarquía; cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce la potestad sólo vinculado a la ley» (67). La propuesta de una cuestión prejudicial de legalidad ante el TS podría alterar la interpretación clásica de este principio, y habría que analizar si instituciones paralelas, como la cuestión de constitucionalidad o la cuestión prejudicial ante el TJCE, permitirían la compatibilidad de la nueva figura con el artículo 117 de nuestra Constitución.

La clave radica en saber si el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su actual redacción, puede ser considerado todavía la fiel traducción del imperativo de independencia del artículo 117 de la Constitución, integrando una suerte de «bloque de constitucionalidad» en lo que al estatuto de los jueces afecta, o si, por el contrario, son legítimas otras formulaciones de la posición de los jueces y tribunales que se encuentran en la base con respecto a la cúspide de la organización judicial. El artículo 117.1 contempla el sometimiento de la función jurisdiccional únicamente al «imperio de la ley», siendo complejo el significado de esta expresión (68). En esta difícil empresa, habría que analizar también el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prohíbe a los jueces «... dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes».

#### 4. *¿Doctrina legal autonómica?*

El manejo del término doctrina legal como equiparable únicamente a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo plantea algunos problemas desde el momento en que las mismas funciones de

---

(66) Juan MONTERO AROCA, *Independencia y responsabilidad del Juez*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 76-77.

(67) Juan MONTERO AROCA, *Independencia...*, cit., pág. 120.

(68) Vid. Ignacio DE OTTO, *Estudios sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989; Luis María DIEZ-PICAZO, *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991.

interpretación del ordenamiento que corresponden a éste cuando del Derecho estatal hablamos, se atribuyen a los Tribunales Superiores de Justicia en materias de Derecho autonómico. Nos estamos refiriendo a los artículos 99 y, sobre todo, 101 de la Ley 29/1998. Este último llega a conferir carácter vinculante a las sentencias dictadas en estimación de este recurso en interés de ley autonómica. A la luz de este precepto, y del artículo 100, que dice que la sentencia «fijará en el fallo la doctrina legal», hay que plantearse si no tendría que evolucionar este concepto para definir únicamente esos pronunciamientos extraordinarios que se producen no para resolver conflictos entre partes, sino para ofrecer una interpretación objetiva del ordenamiento, tanto del estatal como del autonómico.

### 5. *¿Doctrina constitucional?*

SANTOS VIJANDE ha dedicado un profundo estudio a distinguir los conceptos de jurisprudencia y doctrina constitucional (69), concluyendo la separación de las sentencias que sientan verdadera doctrina de aquellas que se limitarían a recoger jurisprudencia. Las primeras serían las dictadas al conocer de recursos y cuestiones de constitucionalidad, con un resultado restrictivo de la capacidad interpretativa de los jueces y tribunales ordinarios contenido en el fallo, mientras que las segundas recogerían la «doctrina jurisprudencial», con un valor semejante a la del Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia. El autor citado defiende incluso, por aplicación analógica del artículo 1.6 del Código Civil, la necesaria existencia de reiteración, tanto para que quepa recurso de casación como para admitir su función complementaria del ordenamiento jurídico (70). En modo alguno podemos compartir este razonamiento, que no se deriva de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y puede ser, a nuestro modo de ver, contrario a la Ley Orgánica del Poder Judicial, teniendo en cuenta el sistema de relaciones que ésta articula entre los tribunales ordinarios y el supremo intérprete de la Constitución, presidido por el contenido del artículo 5.1 y el principio de «interpretación conforme».

Efectivamente, de una lectura atenta de los artículos 13 y 40.2 de la LOTC podría concluirse que doctrina constitucional es la sentada por el Pleno (71), no la sentada por las Salas, pero no parece que esta

(69) Vid. Jesús María SANTOS VIJANDE, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Comares, Granada, 1995.

(70) *Op. cit.*, pág. 120.

(71) «... la emisión de *doctrina* por el Tribunal Constitucional tiene que ver, más que

diferenciación conlleve particulares consecuencias en cuanto a la vinculación a los tribunales ordinarios; sus consecuencias serían más bien internas del propio Tribunal Constitucional (relaciones entre el Pleno y las Salas). Por ello, parece oportuno, a nuestro juicio, unificar las referencias a las sentencias del Tribunal Constitucional como jurisprudencia constitucional, sin distinguir al hablar de consecuencias sobre la jurisdicción ordinaria la doctrina, entendida como la del Pleno, y el resto de las sentencias. En este sentido, el artículo capital es el 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no distingue entre uno y otro tipo de sentencias, luego hay que aceptar el similar carácter vinculante de ambas para los tribunales ordinarios.

La respuesta jurídica a una vulneración del criterio contenido en cualquier sentencia del Tribunal Constitucional no puede ser otra que la utilización del sistema de recursos, que ofrece en estos momentos como principales vías la casación (por infracción de precepto constitucional o de la jurisprudencia aplicable al caso) y el recurso de amparo, que al propio Tribunal Constitucional corresponde admitir o rechazar. Para que la distinción propuesta por SANTOS VIJANDE, que se deriva de una de las interpretaciones posibles de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tuviera mayores consecuencias, habría que reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el sentido de obligar al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad cuando el órgano jurisdiccional ordinario quisiera apartarse de la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Constitucional en sentencias interpretativas, por considerar que alguna razón jurídica podría justificar el apartamiento de ese criterio.

#### V. PRECEDENTE, JURISPRUDENCIA, DOCTRINA LEGAL: DIFERENCIACIÓN Y SIGNIFICADO JURÍDICO DE CADA UNO DE ESTOS CONCEPTOS

Precedente (72), con valor vinculante, al modo del *common law*, no existe en nuestro Derecho: existe motivación por remisión y existe

---

con una supremacía interpretativa de la Constitución que en todo caso se produce, con la realización de ciertas exégesis por parte del Pleno, cuando desempeña competencias que sólo a él le corresponden según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional». SANTOS VIJANDE, *op. cit.*, pág. 21.

(72) El Diccionario de la Real Academia define precedente en su tercera acepción, como: «Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante que se presenta».

también jurisprudencia (73). Puede hablarse, con muchos matices, de un *stare decisis* con respecto a las resoluciones del Tribunal Constitucional, pero este concepto no es admitido pacíficamente por toda la doctrina (74), aunque tal vez pueda sostenerse desde la «interpretación conforme», que debe serlo atendiendo a la jurisprudencia constitucional (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Parece más conveniente y apropiado para nuestra cultura jurídica, sin embargo, hablar de un mayor valor vinculante de la jurisprudencia constitucional, que podría extenderse a las sentencias del Tribunal Supremo estimatorias de los recursos de casación en interés de ley, a las de los Tribunales Superiores de Justicia al fallar en recursos similares, y a todas las del Tribunal Supremo incluso, caso de desarrollarse propuestas como la contenida en el documento aprobado por su Sala de Gobierno.

Jurisprudencia (75) son sentencias con valor normativo especial (no sólo complementario, en realidad), que deben ser tenidas en cuenta y respetadas por los órganos judiciales a la hora de interpretar y aplicar el Derecho. Partiendo de la idea de que son jurisprudencia las sentencias del Tribunal Constitucional, las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las del Tribunal Supremo y, en cuestiones de Derecho autonómico, las de los Tribunales Superiores de Justicia. Su infracción es uno de los motivos que justifica la interposición del recurso de casación, siendo exigido tradicionalmente en el caso de que se invoque la jurisprudencia del Supremo reiteración de sentencias, esto es doctrina legal en su acepción castiza, entendemos que salvo que se trate de sentencias que estimen recursos de casación en interés de ley. En el caso del resto de las sentencias de otros tribunales, no parece clara la necesidad de tal reiteración, salvo que demos por buena la interpretación tradicional, pensada para las sentencias del Supremo, de que sin dos fallos no existe jurisprudencia (identificada con la doctrina legal).

Doctrina legal es en sentido estricto, prescindiendo de la formación histórica del concepto y de su posible asociación a recursos extraordinarios como la casación en interés de ley (o por la unificación de la doctrina), sólo aquella a la que se refiere el Código Civil. Es un concepto castizo, propio de nuestro Derecho tradicional y, en cierto

---

(73) Vid. José Luis REQUEJO, *Juridicidad, precedente y jurisprudencia*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 29, 1990.

(74) Cfr. VIVES ANTÓN, *Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional*, cit.

(75) El Diccionario de la Real Academia define jurisprudencia como: «1. Ciencia del derecho. 2. Conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen. 3. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes».

modo, inadaptado a los cambios experimentados por el ordenamiento español tras la Constitución de 1978: creación del Tribunal Constitucional, aparición de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, atribución a éstos de competencias casacionales en materias de Derecho autonómico, etc. Las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de otras leyes procesales (como la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) denotan un cierto abandono del concepto clásico de doctrina legal, sustituido por el de jurisprudencia aplicable al caso, o el de «doctrina jurisprudencial», concepto que, a nuestro juicio, debería ser diferenciado por la innecesariedad de reiterados pronunciamientos en un mismo sentido (76), al menos en el caso de las sentencias de todos los órganos jurisdiccionales que dictan jurisprudencia, menos el Tribunal Supremo, e incluso en el caso de éste si se trata de sentencias que resuelven recursos de casación en interés de ley o para la unificación de la doctrina.

Sin entrar en un debate sobre si puede considerarse o no doctrina legal autonómica la emitida por los Tribunales Superiores de Justicia, y partiendo que la del Tribunal Constitucional sería a lo sumo, si aceptáramos un concepto que no compartimos, doctrina constitucional, que no legal, es preciso de una vez por todas dejar claro que cuando el Código Civil se refiere a la jurisprudencia como fuente del Derecho está pensando únicamente en la doctrina legal del Tribunal Supremo, y ésta es sólo uno de los elementos de un círculo mucho más amplio —lo que puede considerarse jurisprudencia— que incluye pronunciamientos de otros tribunales con poder interpretativo del ordenamiento, cuyo criterio debe ser, en principio, respetado a la hora de aplicar el Derecho. De servir para algo el concepto de doctrina legal, entendemos que podría restringirse para el criterio sentado por los Altos Tribunales al resolver procesos en los que no se enfrentan partes, sino que están únicamente dirigidos a ofrecer una interpretación objetiva del ordenamiento.

Por último, el resto son sentencias que tienen, en la práctica (77), un valor informativo indiscutible, pero no pueden ser consideradas formalmente ni jurisprudencia ni fuentes del Derecho: son resoluciones judiciales, precedentes, no en el sentido anglosajón del término, sino en el derivado de las exigencias de motivación, cuando de apartarse del propio criterio se trate. Ahora bien, algunas novedades de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el sentido de

---

(76) No obstante, ya hemos apuntado que el artículo 110 de la Ley 29/1998 sigue utilizando, de manera inadecuada, a nuestro modo de ver, el concepto de «doctrina».

(77) «... a pesar de que desde el examen teórico puede afirmarse que no cabe hablar tajantemente de sujeción al precedente, la práctica jurídica puede llevarnos a afirmar lo contrario». Rafael DE ASÍS, *op. cit.*, pág. 274.

dar valor más allá de un concreto proceso a las resoluciones de los juzgados, órganos unipersonales, son cuestionables desde nuestro punto de vista, teniendo en cuenta que no estamos ni ante verdadera jurisprudencia ni, mucho menos, ante auténtica doctrina legal.

## VI. CONCLUSIÓN FINAL: ¿DEBEN CREAR LOS JUECES DERECHO PÚBLICO?

Una situación en la que el Derecho administrativo evolucione por vía pretoriana no es ajena a nuestra tradición jurídica ni a la de algunos de los ordenamientos comparados que nos son más próximos, muchas de cuyas instituciones se han desarrollado a expensas de las decisiones de órganos con funciones jurisdiccionales, como el Tribunal Supremo Administrativo de Prusia o el Consejo de Estado francés. En nuestro actual sistema jurídico este papel estaría siendo asumido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, aunque este último, especialmente, precise tal vez un fortalecimiento institucional para situarle a la altura exigida por el artículo 123 de la Constitución.

Ante este protagonismo creciente de los tribunales, son precisas medidas dirigidas a mantener el imperio de la ley, en el sentido avanzado por Virgilio ZAPATERO, como representante del «club de los nomófilos» (78). Si queremos que la norma escrita, abstracta y general, recupere su tradicional valor como garante de la igualdad, debemos trabajar para mejorar su calidad. El legislador debe ser el principal protagonista del proceso de creación del Derecho, puesto que ésa es la esencia de su función, pero también es responsabilidad suya aprobar normas adecuadas y de diáfana interpretación, no tortuosas u oscuras, contradictorias y, en muchas ocasiones, precipitadas. La legitimidad de ejercicio es también necesaria para fortalecer al poder legislativo (79).

La función de los tribunales no es crear Derecho, sino resolver conflictos garantizando los derechos de los ciudadanos, pero en una situación de inflación normativa y creciente complejidad del sistema jurídico, muchas veces deciden en la práctica qué es Derecho. Nos guste o no, aceptemos o no que sea compatible con nuestra cultura jurídica, lo cierto es que los jueces son quienes nos tienen que decir

(78) Virgilio ZAPATERO, *El club de los nomófilos*, «Cuadernos de Derecho Público», núm. 3, enero-abril 1998, págs. 61-94.

(79) Vid. Paloma BIGLINO CAMPOS, *Los vicios del procedimiento legislativo*, CEC, Madrid, 1991.

qué es Derecho (80), y no sólo en los casos pasados, sino en muchos de los futuros. Por ello son precisas medidas dirigidas a reconocer esta importancia de las resoluciones judiciales, diferenciándolas adecuadamente, y permitiendo su conocimiento por parte de los operadores jurídicos (81). Considerar la jurisprudencia fuente del Derecho, diferenciando claramente el valor dispar de las distintas sentencias de los distintos tribunales, fortalece la seguridad jurídica, porque reduce el margen de incertidumbre en cuanto a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, y porque incrementa la exigencia de publicidad de estas decisiones, estimulando su conocimiento por parte de todos los interesados en el Derecho (82).

En definitiva, la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho también pasa por admitir que determinadas resoluciones judiciales condicionan la actuación ulterior de los poderes públicos (del ejecutivo y del propio poder judicial) más allá del caso concreto que las sentencias pueden resolver. Esto sucede, sin duda, con las sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven procesos de constitucionalidad y, también, con las sentencias del Tribunal Supremo que anulan disposiciones de carácter general. Hay que entender que a partir de tales decisiones el poder ejecutivo está obligado a aplicar las normas conforme a lo establecido por los jueces al interpretar el Derecho, y el resto de los órganos jurisdiccionales deben respetar el criterio establecido por los tribunales superiores. Ahora bien, es mucho más difícil extender esta fuerza normativa o vinculante al resto de las sentencias, en el sentido indicado por el principio *stare decisis* o incluso de *acquiescence* del Derecho norteamericano (83). Decir que las Administraciones públicas deben aplicar las

---

(80) «En efecto, aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del Derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean Derecho, esto parece ser un hecho». RAFAEL DE ASÍS, *op. cit.*, pág. 281.

(81) En el sentido de la propuesta avanzada por EZQUIAGA (págs. 238-239) de publicar en Boletines Oficiales la jurisprudencia, o de la propuesta formulada por FERNANDO PABLO y por mí mismo en torno a la organización de un servicio público de información jurisprudencial.

(82) «Conocer un sistema jurídico requiere que se conozca no sólo la ley, sino también la jurisprudencia. El Derecho viene producido también al nivel de la actividad jurisdiccional». CALVO VIDAL, *La jurisprudencia, ¿fuente del Derecho?*, cit., pág. 22.

(83) «La sentencia define, por último, la interpretación y aplicación de la norma objeto de la misma que, en el futuro, deberán seguir las Administraciones e instancias públicas y sus agentes y funcionarios. En virtud del principio jurisprudencial de *acquiescence*, establecido hasta la fecha tan sólo por algunos Tribunales de Apelación y sobre el cual no se ha pronunciado todavía expresamente el Tribunal Supremo. Pues en función de ese principio, las Administraciones públicas deben adecuarse en su actuación a la resolución judicial y aplicar la normativa aplicable, en la adopción de decisiones idénticas o sustancialmente idénticas a las ya controvertidas en litigio, en los términos establecidos por los pronunciamientos jurisdiccionales». MONTSERRAT CUCHILLO FOIX, *Jueces y Administración...*, cit., pág. 296.

normas tal y como son interpretadas por cualquier juez en cualquier sentencia es complicado, y nos sumerge de lleno en la teoría de la división de poderes e incluso en la llamada reserva de Administración (84), pero no es otro el resultado al que nos llevaría una interpretación extensiva del artículo 110 de la Ley 29/1998, y en general una ampliación de los supuestos de extensión *ultra partem* de los efectos de las sentencias, incluso de las dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo. Por otro lado, establecer el carácter vinculante de determinadas sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia sin reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial, supone una transformación de la interpretación clásica de la independencia judicial, de complejo acomodo constitucional. Revoluciones de tan hondo calado no deberían producirse sin una previa discusión dogmática (85).

---

(84) Vid. Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; Santiago MUÑOZ MACHADO, *La reserva de Jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1990.

(85) «Es evidente que el juez jamás ha sido, ni puede ser, la *simple bouche qui prononce les paroles de la loi*; pero de ahí a la realidad jurídica de nuestros días hay un enorme trecho, que haría obligada una reflexión colectiva acerca de si nuestro Derecho público *peut-il éter indéfiniment jurisprudentiel*, como se preguntaba lúcidamente hace algunos años el Decano VFIDEL; y, sobre todo, si es bueno que lo sea». Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la RAP*, núm. 150 de esta REVISTA, septiembre/diciembre 1999, pág. 547.