

AC 11 34

Asignatura, Introducción al Derecho. Título, Jurisprudencia. Guionista, José Delgado Garzón.

Fecha de emisión, 13 del 10 del 80. En la jurisprudencia tenemos que distinguir dos concepciones. A, típicamente romana.

B, la que ha evolucionado hasta llegar a ser lo que es en nuestros días. A, concepción típicamente romana, conocimiento acerca de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto. B, nos encontramos aquí con la evolución conseguida a lo largo de los siglos de la concepción actual y podemos verla a continuación.

A, interpretación judicial. Y B, interpretación auténtica. La judicial era escrita y no obligatoria y la podemos ver en estos aspectos.

Uno, el uso judicial que podemos considerarlo como la práctica de tribunales y audiencias. Dos, el uso judicial se distingue con precisión de la costumbre. Tres, la autoridad práctica y doctrinal.

Como no se le ha dado el mismo valor y significado a la jurisprudencia en las constituciones de los distintos estados de la tierra, conviene que contemplemos el tema en un doble aspecto, histórico y geográfico. Veamos. En Roma, aunque las sentencias de los tribunales no son fuente directa del derecho, influyeron en la evolución jurídica y los abogados las utilizaban en sus alegatos.

En este aspecto, Cicerón menciona en ocasiones repetidas las rebus indicatis, entre las fuentes del derecho. A este uso debe referirse un rescripto de Septimio Severo al decir que las dudas que ofreciera la ley debían resolverse por la costumbre y la jurisprudencia constante. Justiniano dijo que los jueces en sus decisiones deben actuar con independencia de lo que juzgasen otros magistrados, incluso respecto de los eminentísimos prefectos y otros próceres, porque no se debe juzgar conforme a los precedentes, sino a las leyes, investigando la verdad, la ley y la justicia.

En las fazañas y albedríos de la Edad Media encontramos una fuente jurídica importantísima, creando unas veces la norma jurídica y otras recogiendo los antiguos usos y costumbres. Posteriormente, en la lucha contra el derecho romano y contra los letrados, se recuerda con nostalgia la justicia sencilla de los jueces castellanos e incluso la de los cadíes musulmanes, lejos de los inconvenientes de las argucias procesales y los interminables alegatos. En cuanto a los consejos y la jurisprudencia real, al reunir en España la facultad legislativa y la judicial al permitirse que se decidiese por motivos de equidad hace que sus sentencias no lleguen a formar un cuerpo de doctrina.

Sin embargo, en las audiencias se fueron creando y fijando ciertos usos judiciales, usus curiae, que se recogen en las colecciones de sentencias por diversos autores. Si de nuestra patria nos desplazamos a Europa, podemos apreciar distintos tipos de organización judicial. Es de gran

importancia diferenciar el tipo continental y el tipo inglés.

Primero, tipo continental. Como se le da primacía a la ley, esto ha sido causa de que no adquieran valor vinculante los precedentes judiciales. La Revolución Francesa consideró que la jurisprudencia podría ser un serio peligro para la aplicación de la igualdad de la ley.

Posteriormente, en Francia, la división de poderes y la situación social, disminuida de los jueces, han mantenido la misma directriz. En otros países del continente ha habido tendencias para elevar la jurisprudencia a la categoría de fuente jurídica, conseguida actualmente en España, y de la cual más adelante hablaremos. En Alemania, antes de la codificación, la teoría quiso admitirla como fuente semejante a la costumbre.

En Francia se ha llamado *usus fori*, al derecho consuetudinario contemporáneo. Ni en uno ni en otro país de los citados, Alemania y Francia, se ha conseguido pasar de la teoría a la práctica. Sólo en España, con la reforma del Código Civil del año 1973, hemos convertido la jurisprudencia en una de las fuentes del derecho.

Segundo, tipo inglés. En principio, en Inglaterra las sentencias judiciales se limitaron a un mero precedente. Va aumentando con el prestigio de los jueces y con la indeterminación y el creciente valor del *common law* que ellos mismos formulan.

Se acepta como doctrina general que las decisiones de los tribunales de justicia son prueba de lo que es el derecho común. Obligando a los jueces posteriores a no ser que la sentencia fuese claramente absurda o injusta. Partiendo de esta base, en Inglaterra tienen valor vinculante absoluto las sentencias del Tribunal Superior respecto a los tribunales inferiores.

Las sentencias de la Cámara de los Lores para todas las jurisdicciones respecto de los juicios posteriores y, probablemente, también las sentencias del Tribunal de Apelación respecto de todos los juicios posteriores. En los Estados Unidos, la fuerza del precedente es menor. El Tribunal Inferior debe seguir el precedente del Tribunal Superior, pero ningún tribunal se considera ligado por sus propios precedentes.

La doctrina ha acentuado todavía más el valor de la jurisprudencia de los tribunales al considerar la actividad judicial como la primera y decisiva fuente jurídica. El *case law* ha sido elogiado por su carácter concreto, construido sobre hechos reales, no sobre teorías. A diferencia de los países continentales y por la seguridad que crea, pues, en derecho, más vale la certidumbre que el deseo de mejoramiento del juez que lo aplica.

Los defectos de este sistema han sido señalados por los propios autores ingleses. El hábito del *stare decisis* hace fracasar a los jueces cuando interpretan la ley a la que deforman, desviándola de su mismo texto literal y le quitan su sentido programático y orientador, convirtiéndola en una seca generalización considerada sólo a través de una serie de casos concretos. Si no existen aún precedentes, el sistema del *case law* concede la máxima libertad al juez, pero después de existir éstos quedan esclavizados todos los jueces posteriores.

En este último aspecto, tenemos que sentencias dictadas para circunstancias distintas en época antiquísima, basadas quizá en algún proverbio legal o en la semejanza externa con otro caso, nacidas por mero error o con mala voluntad, continúan vigentes contra la justicia, la razón y la misma ley. Si de éstos sistemas de jurisprudencia tan antagónicos en sí, como son el sistema o tipo continental y el tipo inglés, nos pasamos al tipo español, conviene que analicemos con detenimiento sus antecedentes históricos. En época de los glosadores, ya distinguíamos entre la interpretación judicial, usual, magistral, doctrinal, con su etudinaria, costumbrista y soberana, auténtica.

La judicial era escrita, particular y no obligatoria, no tenía fuerza vinculante. Podemos resumirla en éstos postulados. Primero, el uso judicial no puede ser nunca contrario a la ley.

Segundo, el uso judicial se distingue de la costumbre, siendo la costumbre el uso y la tradición del pueblo. Tercero, la autoridad práctica y doctrinal de los fallos judiciales fue siempre unánimemente reconocida, al igual que la de los doctores no era obligatoria. Cuarto, en la fase actual, reforma del Código Civil de 17 de marzo de 1973, título preliminar, ha sido reconocida como fuente del derecho.

Conviene que tengamos también en cuenta la influencia que ha tenido la creación del Tribunal Supremo. Por la gran confusión que existe en los no iniciados en estos temas, nos conviene diferenciar con la mayor nitidez posible. A, la doctrina legal.

B, la doctrina jurisprudencial. A, la doctrina legal tiene su antecedente inmediato en el recurso de injusticia notoria, que según entendía la doctrina, se extendía al caso de no haberse aplicado o interpretado rectamente una ley. Otros antecedentes más cercanos que hacen cambiar de dirección a la doctrina legal los podemos encontrar en el Real Decreto de 20 de junio de 1852 sobre la jurisdicción de Hacienda a fin de que abandone el calificativo de claro y terminante y se establezca el recurso de casación cuando el fallo sea contrario a la ley.

Sin embargo, verdaderamente el nuevo rumbo se decide con motivo de la Real Orden de 30 de enero de 1855 la cual da nueva organización a las provincias de ultramar, que da lugar al recurso de casación por violación de ley expresa y vigente en Indias o de una doctrina legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los tribunales. La ley de enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855 en forma más concisa se refiere a recurso fundado en que la sentencia sea contra ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales. La ley de enjuiciamiento civil de 23 de febrero de 1881 dio un nuevo cambio a la denominación del recurso de casación que se fundará en infracción de ley o de doctrina legal.

La ley de enjuiciamiento civil ha venido a imponer claramente la distancia entre la doctrina legal y la doctrina jurisprudencial. A. La doctrina legal. La doctrina legal es distinta y no debe confundirse con la doctrina jurisprudencial.

B. La doctrina jurisprudencial no crea a la doctrina legal. La doctrina legal no se refiere a la misma ley, sino a la doctrina que surge de la misma ley. La doctrina jurisprudencial reside en

los fallos o sentencias del Tribunal Supremo y es necesaria más de una sentencia.

Al publicarse en nuestro Código Civil de fecha 27 de julio de 1889, fecha en que terminó su inserción en la Gaceta, nos encontramos que el artículo sexto, en su párrafo segundo, suprimió la jurisprudencia como fuente del derecho, en contradicción con lo dispuesto por la ley de enjuiciamiento civil según sostiene Comas. En la revisión del Código Civil Español tomo 1, páginas 218 y siguientes, especialmente en la página 219. En este sentido también se pronuncian Sánchez Román, Valverde, entre otros.

Efectivamente. El artículo 6, párrafo segundo del Código Civil, admitía solamente tres fuentes del derecho. Ley, costumbre y principios generales del derecho.

Por modificación del título preliminar del Código Civil, que pasó a llamarse de las normas jurídicas su aplicación y eficacia, hemos pasado de nuevo a la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho. Y en este aspecto podemos aducir que el punto 6 del artículo primero del título preliminar, reformado antes aludido, la admite expresamente, ya que dice lo siguiente. La jurisprudencia complementará 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.