

DR 07 28

Sintonizan el tercer programa de Radio Nacional de España, en la Península y Baleares, y el programa de Radio Nacional, en frecuencia modulada, en Canarias, transmitiendo los espacios educativos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, como todos los días, excepto domingos y festivos, de ocho a diez y media de la noche. Y ya escuchen a continuación, Derecho Civil 1. Don Antonio Hernández Gil, Alvarez y Enfuegos, les habla de la jurisprudencia y las fuentes del derecho. Entre las cuestiones que suscita la extensión y el orden de las fuentes del derecho, una de las más importantes es, sin duda, la del valor de la jurisprudencia, entendiendo ahora por jurisprudencia en sentido muy amplio, el conjunto de sentencias que dictan los tribunales de justicia.

¿Es fuente del derecho la jurisprudencia? En principio, hay que establecer una distinción básica, generalmente olvidada, entre el significado de las sentencias como exponente de la creación judicial del derecho, y el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho. Creación del derecho en creación judicial del derecho, y fuente del derecho referida a la jurisprudencia, a pesar de que parezcan expresiones sinónimas o de sentido muy semejante, no significan en absoluto lo mismo. Cuando hablamos de creación judicial del derecho, estamos pensando, ante todo, en el valor que cada sentencia o resolución judicial tiene respecto del caso que decide.

El juez o tribunal, al resolver en derecho, no se limita a aplicar una norma preexistente de modo automático. La sentencia no tiene estrictamente la forma de un silogismo, en el que la premisa mayor estaría constituida por la consideración de derecho, por la norma, la premisa menor por los hechos probados y la conclusión por el fallo. Algo así como si dijéramos, según el artículo 1500 del Código Civil, el comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato, lo que sería la premisa mayor.

En este caso, A es comprador, premisa menor, luego A está obligado a pagar el precio en el tiempo y lugar convenidos, conclusión. No, y la sentencia no constituye un silogismo y no puede ser la mera aplicación automática de una norma previa por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque no cabe realizar en la resolución judicial una separación tajante entre hecho y derecho.

Los hechos y el derecho son dos aspectos esencialmente interpenetrados en el litigio. Los hechos, para poder ser tomados en consideración, han de ser dichos, esto es, formulados lingüísticamente, traducidos al lenguaje, pero no al lenguaje natural, al lenguaje ordinario, sino a un lenguaje en el que ya hay categorías jurídicas. En el ejemplo precedente, la premisa menor, fáctica, era A es comprador.

Pues bien, la expresión comprador es representativa de una categoría jurídica. Para saber lo que es ser comprador, tendremos que tener ya una idea de lo que el ordenamiento español entiende por comprador a través del artículo 1445, de los requisitos que han de concurrir para que pueda hablarse de la existencia de un contrato y de cuál sea su momento de perfección,

puesto que hasta entonces no podemos llamar propiamente a alguien comprador. El caso no existe nunca en una pura realidad fáctica, sino que sólo empieza a existir para el derecho en cuanto traducido ya a un cierto lenguaje jurídico.

Por otra parte, el derecho, la norma, no es algo ajeno al mundo de los hechos. De ordinario, la norma es una previsión acerca de hechos o actos humanos. En segundo lugar, a la sentencia corresponde la resolución de la tensión entre lo abstracto de la norma y lo concreto del caso, y esta tensión no se resuelve subsumiendo simplemente lo concreto en lo abstracto o general.

Toda norma, para que tenga sentido en relación con el supuesto que ha de decidirse, tiene que ser interpretada, matizada, especificada. No hay un sentido abstracto de la norma, sino diversos sentidos en función del supuesto al que se pretende aplicar. El juez ha de aproximar la norma a la concreción del caso, y esta no es una operación lógica.

La fórmula lingüística abstracta de la norma no es más que un punto de partida sobre el que el juez ha de llevar a cabo una función decididamente creativa. Piénsese, por ejemplo, en las normas que hablan de la buena fe, o en el artículo 3.2 del Código, cuando dispone que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas. Lo realmente importante no son las palabras, sino lo que el juez, intérprete si se quiere de la conciencia social, entienda por buena fe o equidad en relación con el caso que se le somete a decisión.

Y si, en vez de considerar las sentencias aisladas, atendemos al conjunto de todas las resoluciones judiciales, veremos cómo los jueces y tribunales, al especificar el sentido de las normas, han introducido figuras en nuestro derecho desconocidas por las normas del ordenamiento dado. Los llamados derechos de la personalidad, el abuso del derecho, la cláusula rebus psychestantibus... Esto es, pues, lo que entendemos por creación judicial del derecho. El juez no se limita a aplicar automáticamente normas persistentes, ya que al usar de tales normas les da vida y lleva a cabo una tarea mucho más rica y compleja que la de subsumir lo particular en lo general.

El juez, en este sentido, mediante las sentencias no crea normas, pero sí crea derecho porque el derecho es algo más que las normas consideradas en abstracto. Sin embargo, cuando hablamos de la jurisprudencia como fuente del derecho, estamos pensando en que las sentencias, en general, o particularmente las de algunos tribunales, trascienden en su eficacia el dominio del caso juzgado y suministran criterios de decisión para supuestos futuros cuando sean sustancialmente idénticos. Entonces sí tendrían las sentencias constitutivas de la jurisprudencia un cierto valor normativo.

No es claro que los jueces o tribunales puedan dictar normas con ocasión de resolver un litigio, sino que las razones por las que así deciden en ese caso concreto pueden de algún modo imponerse en otros supuestos análogos valiendo como normas. Ahora ya no referimos la sentencia a una cierta pero vaga creación judicial del derecho, sino que la comprometemos en la propia creación de normas o criterios normativos. Trataremos de perfilar la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico.

Antes de la reforma del título preliminar, el Código Civil, como saben, no contenía una enunciación formal de las fuentes del derecho, y el artículo 6 se refería a la ley, a la costumbre y a los principios generales, pero no a la jurisprudencia. La ley de enjuiciamiento civil permitía, permite, sin embargo, el recurso de casación por infracción de doctrina legal, entendiendo, el Tribunal Supremo, que doctrina legal es la establecida por el mismo en dos o más sentencias. Es decir, que la sentencia de un tribunal de instancia puede ser casada, anulada, si se entiende que infringe la doctrina que, para supuestos análogos, contienen dos o más sentencias del Tribunal Supremo.

En esta situación, la doctrina se divide. Quienes niegan el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho, fundamentan su apreciación en el silencio del artículo 6 del Código Civil y reciben en su estado más puro la concepción dogmática de las fuentes del derecho, que con base en la absoluta división de poderes, circunscribe la actividad de los órganos judiciales a juzgar, sin que directa o indirectamente se pueda atribuir trascendencia normativa a sus resoluciones. Quienes afirman su condición de fuente del derecho, atienden a las posibilidades que la ley de enjuiciamiento civil confiere al recurso de casación por infracción de doctrina legal y tratan de conciliar esta actitud afirmativa con el silencio del artículo 6, reconduciendo la jurisprudencia a otras de las fuentes del derecho citadas por dicho artículo.

Así se decía que la jurisprudencia era fuente del derecho, en tanto que costumbre, costumbre de los tribunales o *abusus fori*. A ello se le suele oponer que la fuerza normativa de la costumbre se deriva de la sucesión de hechos concretos, mientras que la de la regla jurisprudencial proviene de la conexión reiterada entre los hechos y la norma interpretada por la jurisprudencia. Pero la objeción quizás no sea muy brillante, porque también la costumbre, en cuanto tiene trascendencia jurídica, traduce la vinculación reiterada de un comportamiento puramente fáctico a la conciencia de la juridicidad de esa conducta.

Así se ha dicho también que la jurisprudencia adquiriría el valor de fuente por ser el medio de expresión en nuestro ordenamiento de los principios generales del derecho. Los principios generales en sí mismos carecerían de consistencia real o material, y debido a ello el Tribunal Supremo exigiría, como de hecho exige, que se citen dos o más sentencias del propio Tribunal Supremo, es decir, doctrina legal, jurisprudencia que los recoja. Se confundiría de este modo quizás el principio general con la prueba de su vigencia en nuestro derecho positivo, que es lo que viene a significar la exigencia de citar la jurisprudencia que lo acoge.

Cuando se aplica un principio general, así alegado, lo que se aplica es el principio mismo, no el criterio de las sentencias citadas. Otras veces se ha afirmado, y aún hoy es frecuente hacerlo, que la jurisprudencia es fuente del derecho cuando sólo se hubiera querido decir que la jurisprudencia es exponente de la creación judicial del derecho en los términos ya expresados. Ahora bien, la reforma del 31 de mayo de 1934 ha modificado sustancialmente la situación.

Hoy el título preliminar del Código Civil sí describe expresamente el esquema de fuentes. Su capítulo primero tiene por rúbrica precisamente las fuentes del derecho. El artículo 1 comienza

diciendo «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Y su número 6 añade «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». De ello podemos inferir las siguientes apreciaciones. Primera, cuando el Código Civil pretende enumerar las fuentes del derecho, al inicio del artículo 1 no cita a la jurisprudencia.

Incidentalmente advertimos que la expresión «fuentes del ordenamiento jurídico» es seguramente más precisa que la de «fuentes del derecho», sobre todo para oponer la problemática de las fuentes a la de la creación judicial del derecho, puesto que el término «ordenamiento jurídico» nos remite a la realidad normativa misma y no al uso o función que las normas cobran en la vida jurídica. Segunda, se dice que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico». El uso de la palabra «complementará» y no de otra es perfectamente consciente y muy preciso.

Ha venido figurando en todas las redacciones que se han sucedido en la génesis del texto desde el anteproyecto de la Ley de Bases, donde se hablaba del innegable valor complementario de la jurisprudencia. Y dice «complementará» y no «completará», como hubo quien entendió en un primer momento, porque mientras que aquello que completa algo pasa a formar parte de lo completado, aquello que complementa algo se añade a lo complementado, pero queda fuera de ello. Si la jurisprudencia completara el ordenamiento jurídico, pasaría a integrar el ordenamiento en cuanto conjunto de normas y, consiguientemente, la jurisprudencia sería fuente del derecho.

La jurisprudencia complementa el ordenamiento. No se integra en él, no es fuente, pero se añade a él y queda fuera, cumpliendo una función sumamente importante, como esa de sustanciar el modo en que el Tribunal Supremo entiende las normas en su aplicación. Tercera, el número 6 del artículo 1 se refiere también a la jurisprudencia como la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Luego, la jurisprudencia no sólo se añade al ordenamiento jurídico como complemento, sin formar parte de él, sino que se subordina a las que son fuentes del derecho. La ley, la costumbre y los principios generales. La ley de bases para la reforma del título preliminar era aún más tajante porque hablaba de la jurisprudencia como la doctrina que el Tribunal Supremo estableciera sobre aplicación de las fuentes, lo que impedía aún más, por la fuerza de las palabras, que ella misma pudiera ser considerada como fuente.

En consecuencia, parece que para el título preliminar la jurisprudencia no es fuente del derecho. Ahora bien, este no es más que un dato del derecho positivo, no significa la conclusión del problema. Para finalizar, querría hacer las siguientes breves observaciones.

Todos los preceptos jurídicos han de ser interpretados. También el artículo 1 del Código Civil. Antes hemos ofrecido una interpretación razonable del mismo, pero uno de los factores de interpretación que indica el artículo 3.1 del mismo Código es la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas.

Y pudiera suceder que un día la realidad social exigiera interpretar el artículo 1 de otro modo. En este caso, quizás el mismo texto del artículo permitiera esa otra interpretación. Les voy a facilitar dos datos.

No se dice que la jurisprudencia no sea fuente del derecho expresamente. Más bien, no se dice que lo sea. Además, complementar por oposición a completar significa lo que antes hemos dicho que significa, pero en castellano complementar tiene también otra acepción, la que lo identifica con completar precisamente.

Creo que a este respecto no es preciso decir más. Por otra parte, el artículo 1 del Código Civil es un precepto legal. ¿Puede la ley, que al fin y al cabo es una de las fuentes según el mismo artículo 1, decir si algo es o no es también fuente del derecho? ¿No podría la jurisprudencia por el mismo procedimiento afirmar su carácter de fuente del derecho? Y recuérdese que el código, la ley, más que negar su valor como fuente lo que hace es no afirmarlo.

Luego, ¿en defecto de ley podría otra fuente afirmarlo? Finalmente, la cuestión de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho es en gran medida un problema lingüístico, un pseudoproblema. Muchas veces, demasiadas veces, bajo la discusión de si la jurisprudencia es o no fuente, laten inadvertidamente, y esto es lo grave, sentidos diversos de ser fuente del derecho. La discusión así pierde su razón de ser.

Nosotros hemos supuesto, arbitraria, convencionalmente, un sentido bastante vago de la expresión fuentes del derecho que aludiría a la creación de normas o criterios que pudieran recibir valor normativo, como las consideraciones de las sentencias. Seguir hablando del tema seguramente exigiría delimitar más rigurosamente el sentido de nuestras palabras. En Derecho Civil 1, don Antonio Hernández Gil Álvarez, en fuegos, acaba de desarrollar el tema La jurisprudencia y las fuentes del derecho.