

# La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil

ANDRES DE LA OLIVA SANTOS

Profesor Agregado de Derecho procesal de la Universidad Complutense

**SUMARIO:** Propósito de este trabajo.—II. Jurisprudencia y fuentes del Derecho: crítica del planteamiento común.—III. Jurisprudencia y doctrina legal.—1. La doctrina legal, ¿es fuente del Derecho?—2. La jurisprudencia, ¿es una costumbre en sentido jurídico?—IV. La “doctrina legal”.—1. Doctrina legal en casación e interpretación de la ley.—2. La doctrina legal y los principios generales del Derecho.—3. Resumen sobre el significado de la “doctrina legal”.—V. Tratamiento de la jurisprudencia en la Ley de Bases del nuevo Título Preliminar del Código civil.—VI. La jurisprudencia en el texto articulado del nuevo Título Preliminar del Código civil.

## I. PROPOSITO DE ESTE TRABAJO

Poco menos que disparate sería estudiar aquí de manera exhaustiva el asunto de la jurisprudencia y las fuentes del Derecho: tan sólo en nuestro país son numerosos —y perfectamente conocidos de los lectores del ANUARIO— y los trabajos que han versado sobre el tema. Lo que conviene ahora es entrar con rapidez en el análisis de la novedad legislativa, haciendo preceder a dicho análisis las consideraciones estrictamente indispensables para la comprensión de la propia postura, que es ratificación de la adoptada con anterioridad a la aprobación del texto articulado (1).

## II. JURISPRUDENCIA Y FUENTES DEL DERECHO: CRITICA DEL PLANTEAMIENTO COMUN

Al abordar nuestro tema en el marco del sistema jurídico que se ha dado en llamar continental, se intenta casi siempre, como es sabido, resaltar el valor de la jurisprudencia en relación con las fuentes

---

(1) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo Título preliminar del Código civil*, en “Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana”, núm. IV, de 1973, págs. 801-826.

del Derecho objetivo *stricto sensu*, poniendo de manifiesto, las más de las veces, la insuficiencia de la norma positiva y el papel que a la jurisprudencia puede corresponder como remedio de esa insuficiencia. Es decir, que la exaltación de la jurisprudencia encuentra una primera explicación fundamental en la superación de la tesis simplista de la plenitud de la ley (2) o en el deseo de liberarse de un legalismo racionalista exacerbado. Con más o menos intensidad, esta tensión ha estado presente en movimientos científicos y metodológicos de importancia que, por notorios, no es necesario recordar aquí.

Una proclamación como, por ejemplo, la de CAPITANT, según la cual "la Jurisprudencia es, aunque se haya negado, una fuente del Derecho como la propia Ley, y esa fuente se hace más abundante a medida que la Ley envejece", parece basada, sin duda alguna, y tal como anunciábamos, en el reconocimiento de la imperfección de la Ley. Más a la jurisprudencia se la exalta por otra razón, ligada estrechamente a esta primera y de la que el propio CAPITANT da idea en las palabras que siguen a la afirmación citada: "Sin abandonar su papel de intérpretes, buscando en los textos del Código o, en su defecto, en los principios generales que les dominan, los fundamentos de sus sentencias, los Tribunales crean, poco a poco, un cuerpo de derecho, una doctrina que completa, enriquece y enmienda la obra legislativa" (3). La jurisprudencia —se viene a decir— vale porque completa, enriquece y corrige lo que es casi siempre incompleto y con frecuencia pobre y defectuoso. Y cumple esta misión porque el juzgador realiza una labor de auténtica creación jurídica, porque existe, como diría Felipe Clemente DE DIEGO, un "derecho introducido por el juez en sus sentencias, antes no formulado por el legislador ni aun por él previsto, y que aparece creado por él" (4).

Así pues, superación del legalismo y reconocimiento de la obra de creación jurídica del juez, son los dos más importantes núcleos argumentales de muchas de las afirmaciones que han reclamado para la jurisprudencia el reconocimiento, bien de que es una fuente de Derecho, bien simplemente de que su valor, en relación con éstas, es de gran relevancia.

Significa lo anterior que afirmaciones como las transcritas tienen fundamentalmente una fuerza e intención dialéctica, por oposición al legalismo o al entendimiento de la labor del juez como simple vasallo aplicador de la ley, y, por ello, es lógico que al superarse el legalismo y la deficiente comprensión de la obra juzgadora, sea llegada la hora de proceder con criterios más técnicos y de situar diversos problemas que aparecen confundidos, en los diversos planos en que deben estar.

(2) Cfr., como trabajo paradigmático en esta línea, el de BUELOW, *Gesetz und Richteramt*, Neud. der Ausg. Leipzig, 1885, 1972, *passim*.

(3) Vid. CAPITANT, *Les grandes arrêts de la Jurisprudence civile*, París, 1940, pág. VII. El subrayado es nuestro.

(4) Vid. F. C. DE DIEGO, *Derecho judicial*, Discurso del 11 de febrero de 1942 en la R. Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, s. f., pág. 19.

A estos efectos clarificadores son de gran importancia las siguientes elementales precisiones:

1.<sup>a</sup> La enumeración de las fuentes del Derecho objetivo *stricto sensu* se ha de hacer teniendo en cuenta cuáles son los vehículos mediante los cuales llegan a los sujetos de derecho imperativos jurídicos que provocan deberes jurídicos insoslayables y que jurídicamente vinculan a aquellos sujetos. Este es el planteamiento adecuado y no lo es el de referir las fuentes del Derecho *sub specie* de materiales supletorios para solucionar litigios, supuesta la primacía de la ley (5).

No es admisible presentar de forma primordial las fuentes del Derecho como normas para la decisión de los litigios. El artículo 1.445 del Código civil no es primordialmente una “medida enjuiciadora” (6) dirigida al tribunal para las ocasiones en que se le presenten casos de compraventa, sino la norma que reconociendo un negocio del tráfico, de la vida real, contiene los imperativos jurídicos que obligan a entregar la cosa y a pagar el precio.

Si se procede de la forma que impugnamos nada extraño será sentir y seguir el impulso de añadir la jurisprudencia —por cierto que sin aclarar qué se debe entender por ella— al repertorio de las fuentes del Derecho, estimando que sirve al juez para resolver, para decidir los litigios. No es este el punto de vista exacto, sino el que se ha indicado al comienzo de esta precisión fundamental. Por otra parte, y

---

(5) Significa esto que, como ya ha sido puesto de relieve con frecuencia, el enfoque del antiguo art. 6 del C. c. no era acertado —en cuanto precepto definidor de las fuentes de nuestro Derecho— y de ahí las reservas que pueden merecer aquellas posiciones como la del admirado profesor D’ORS, que se apoya en dicho precepto: cfr. *Para una interpretación realista del artículo 6 del Código civil español*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. 1, págs. 119-126, Milano, 1962. Más fácil de admitir para quienes se sirven de esquemas dogmáticos tradicionales es su artículo posterior *Derecho es lo que aprueban los jueces*, en “Atiántida”, núm. 45, 1970, porque, pese a este rotundo título, es la posible aprobación por los jueces lo que se presenta como indicio o síntoma de lo que es Derecho: lo que aprueben o puedan aprobar los jueces, lo que pueda pasar por un tribunal, eso es Derecho. Esta doctrina se encuentra también, que sepamos, en MARCIC, *Rechtsphilosophie (Eine Einführung)*, 1969, pág. 160: afirma el extinto profesor austriaco que la *Gerichtsfähigkeit* o *Justiziabilität* es nota esencial del Derecho. Y mucho antes, en la fundamental obra *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, pág. 227, sostuvo ya James GOLDSCHMIDT lo siguiente: “pertenece, sin duda, a la esencia del Derecho (del Derecho desarrollado) el llegar a ser aplicado por el Juez”.

(6) Vid. GOLDSCHMIDT, *ob. cit.*, págs. 245 y 246: “Los preceptos jurídicos no son sólo ‘leyes de la vida’, sino también normas para la decisión de litigios. Con otras palabras: no sólo imperativos dirigidos a quienes están sometidos al Derecho, sino medida enjuiciadora (*Urteilsmaßstab*) para el juez: que ha de enjuiciar el tener y el ser de quienes están sometidos al Derecho... Si se concibe el Derecho como medida para la actividad enjuiciadora del juez, se piensa en el juez en su especial relación con el Derecho, en el juez como el poder destinado a la aplicación del Derecho. En otros términos: se piensa en el poder que no está sometido al Derecho sino al que el Derecho está sometido. De hecho, el juez no es sólo servidor, sino también señor del Derecho, al igual que el obrero es señor de su herramienta. Pues así como el albañil se guía por la maestra, así se guía el juez por el Derecho”.

como se advertirá con mayor claridad de inmediato, el legislador debe renunciar a explicar en qué consiste la labor enjuiciadora concreta de los Tribunales: podrá, a lo sumo, expresar la esencia de la función jurisdiccional del Estado en términos generales y no en un título preliminar del Código civil, por no ser la sede adecuada para ello (7).

2.<sup>a</sup> Es cierto que los jueces no sólo aplican Derecho, sino que realizan una obra de *creación* jurídica, pero proclamar el carácter creador del quehacer judicial no debe conducir a recabar para la jurisprudencia el carácter de fuente de Derecho, pues identificar creación jurídica jurisdiccional y Derecho objetivo *stricto sensu* sería equivocado.

Con apoyo en la excelente obra de LALAGUNA (8), hemos de decir que el legalismo se supera cuando se reconoce que la ley no proporciona, *mediante una aplicación automática*, ni siquiera en los casos en que la ley se considerara “exactamente” aplicable, todo lo necesario para resolver esos casos. Y la superación del legalismo es, al propio tiempo cabal entendimiento de la creación jurídica del juez cuando se advierte la especial naturaleza — *eminentemente prudencial, no presente en la norma abstracta* (9)— del juicio jurisdiccional, de la decisión sobre el caso concreto. Con otras palabras: la sentencia es un producto jurídico atribuible al juez y *sustancialmente distinto de la ley aplicada*, de manera que hay labor jurídica *creadora* por parte del juez también en los casos que puedan parecer y efectivamente sean de más respetuosa aplicación de la norma positiva: la prudencia, puente entre lo intelectual y lo agible, es un elemento esencial del enjuiciamiento de los casos concretos.

De lo dicho se desprende que no tendría sentido continuar una pugna con el positivismo o el legalismo y perpetuar la dialéctica aludida, pues nunca ha sido cierto ni lo será que los jueces apliquen automática o mecánicamente las normas positivas. No cabe aplicación mecánica o automática de las normas porque estos adjetivos no cuadran bien con la acción significada por el sustantivo.

La creación jurídica de los órganos jurisdiccionales se produce en las sentencias, siendo cada una de ellas una obra única, pues úni-

(7) Diremos nuevamente aquí lo afirmado en nuestro trabajo citado en nota 1, pág. 808: “La actividad intelectual y volitiva requerida para alcanzar el juicio jurisdiccional hay que considerarla legislativamente inefable”. Y añadiremos que expresar la relación entre la función jurisdiccional y las fuentes del Derecho es asunto propio de las normas constitucionales o de la cuasi-constitucional, que es una Ley Orgánica de la administración de justicia.

(8) Nos referimos a la monografía *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969. Además de la brevedad y concisión que conscientemente buscamos para este trabajo, la existencia de esta reciente y magnífica obra nos exonera de una indicación bibliográfica exhaustiva.

(9) Como es natural, hay otros muchos ingredientes del quehacer jurisdiccional que hacen de las sentencias algo distinto de simples conclusiones de la ley. A este respecto, cfr., por todos, RUMPF, *Gesetz und Richter*, Neud. der Ausg. Berlín 1906, 1970, págs. 113 y ss.

cos e irrepetibles son los casos reales que, mediante la acción de la prudencia, son enjuiciados con arreglo a las normas del Derecho objetivo. Si se llama jurisprudencia a un conjunto de sentencias, es evidente que éstas —por ser creaciones jurídicas irrepetibles— no pueden ser fuentes del Derecho objetivo.

Así pues, cuando se insiste en incluir a la jurisprudencia entre dichas fuentes o en aproximarla a ellas, parece claro que ya no se hace referencia a la concreta obra creadora del juez en casos irrepetibles, sino que se está pensando en una “abstracción intelectual realizada a partir de esas decisiones singulares, abstracción que no sólo ha de operar sobre los ingredientes jurídicos de la *ratio decidendi*, sino también sobre los datos fácticos de cada uno de los casos (esta abstracción provoca automáticamente la desaparición del juicio y mandato prudencial) para quedarse con un *estereotipo* de problema, que únicamente se diferenciaría del supuesto de hecho de la norma positiva por no estar explícitamente formulado. Esto, naturalmente, no es otra cosa que la doctrina legal que se recoge en sede de casación” (10).

Y llegados a este punto, hallamos el tercer argumento que, ahora ya con relación a nuestro sistema jurídico, se aduce para exaltar el valor de la jurisprudencia. Es conveniente, sin embargo, que lo relativo a la “doctrina legal”, se trate con el detenimiento proporcionado a las características de este trabajo.

### III. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA LEGAL

Como acabamos de decir, no es desdeñable la transformación que se produce desde la sentencia, que es creación jurídica prudencial para el caso concreto, hasta una doctrina que, como su propio nombre indica si bien se mira, es un *criterio* utilizado para resolver, que no se pone ya en relación con los casos concretos resueltos, sino con un estereotipo de esos casos, no explicitado en parte alguna. Porque existe una diferencia sustancial entre las sentencias y la doctrina legal, bueno será llamar jurisprudencia a éstas, consideradas aisladamente o en conjunto, y reservar el nombre de doctrina para designar la objetivización que, mediante la abstracción, se opera a partir de las sentencias concretas (11), (12).

(10) Cfr. *ob cit.* en nota 1, pág. 809. Los intentos de distinguir la “doctrina legal” de la “doctrina jurisprudencial” con base en el residuo histórico que aparece en el núm. 10 del art. 1.729 de la L. E. C., creemos que no pueden llegar a buen término. Cfr. sobre ello LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 52-55. En sentido contrario, ALBALADEJO, en *Instituciones de Derecho civil*, Parte general y Derecho de obligaciones, Barcelona, 1961, págs. 70 y ss.

(11) El fenómeno de la conversión de la jurisprudencia en doctrina (que se podría llamar *jurisprudencia mejor que legal*) no es distinto del que se advierte en todos los procesos de dogmatización que se han producido históricamente desde las decisiones judiciales hasta las leyes positivas.

(12) Desde su punto de vista, es muy posible que tenga razón MARÍN PÉ-

### 1. *La doctrina legal, ¿es fuente del Derecho?*

No hay inconveniente en admitir que, en sí misma, esa llamada: "doctrina legal" es materia apta para constituir Derecho objetivo. Lo que interesa es dilucidar si el sistema jurídico español atribuye a tal materia el carácter de Derecho objetivo. Y diremos ya, sin más dilación, que no es así, a reserva de exponer cuál es el sentido de los precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.691 y 1.692, especialmente) en que con tanta frecuencia se han apoyado los partidarios de incluir la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho o de relacionarla estrechamente con ellas. Es decir, entendemos que no existe fundamento alguno para sostener que a la doctrina obtenida a partir de las sentencias se otorgue hoy la virtualidad de producir imperativos jurídicos o mandatos de obligatoria observancia. Y se debe añadir que no es conveniente que semejante virtualidad se le conceda en el futuro.

### 2. *La jurisprudencia, ¿es una costumbre en sentido jurídico?*

Cabría intentar llegar a la conclusión de que la jurisprudencia—aquí conviene en verdad este término, y no el de doctrina— es fuente del Derecho por la vía de considerarla como costumbre judicial (13), esto es, como la conducta repetida de los tribunales ante casos semejantes. Lo que sucede es que al determinar si a esa práctica o conducta repetida se añade el segundo elemento esencial de la costumbre, que es la *opinio iuris seu necessitatis*, resulta obligado inclinarse sin vacilación por la respuesta negativa. Cuando contemplamos una repetida conducta de los Tribunales no estamos en presencia del fenómeno consistente en que una práctica anterior en un determinado supuesto sea capaz de teñir de juridicidad o antijuridicidad una conducta posterior ante igual supuesto, según se ajuste o no esta última a la que venía siendo usual.

La respuesta que en sentido negativo se debe dar, tanto a la cuestión de si la jurisprudencia pudiera ser costumbre como a la relativa a la naturaleza de fuente del Derecho objetivo de la doctrina legal, encuentra un fundamento especialmente sólido en el carácter no vinculante de la jurisprudencia reiterada: ni la jurisprudencia vincula.

---

REZ, en *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1974, páginas 68-70 y en su más reciente trabajo, *En torno a los términos jurisprudencia y doctrina legal*, dentro de *Miscelánea en honor de Juan Becerril y Antón-Miralles*, vol. I, Madrid, 1974, págs. 343 y ss., al sostener que el término *jurisprudencia* indica saber filosófico, mientras que los de *doctrina legal* significan saber técnico. Pero nosotros nos movemos aquí en un ámbito estrictamente técnico-jurídico y pretendemos construir en base a la terminología comúnmente admitida: por eso distinguimos entre *jurisprudencia* —excluida la acepción de Ciencia del Derecho— y *doctrina*, que, según acabamos de decir, tanto da que se adjetive como legal —siguiendo lo dicho por la L.E.Crim.— que como jurisprudencial.

(13) Cfr. MARÍN PÉREZ, *Introducción...* cit., pág. 69 y también LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 126 y 127.

*ope legis*, ni los jueces que reiteran una conducta estiman que con ella queden jurídicamente obligados a actuar siempre de forma similar a la anterior.

La jurisprudencia cambia, y también cambia, por consiguiente, la doctrina legal. Y si bien es cierto que esta variabilidad puede lesionar, incluso gravemente, la seguridad jurídica (14), en general es conveniente que exista y se debe conservar tenazmente, pues es preciso defender la libertad del juez ante la reiterada jurisprudencia de los tribunales superiores. No se puede aceptar como regla saludable la afirmación "realista" de D'ORS: "Todo juez procura fundar su sentencia en aquellos criterios que sabe son aceptados por los tribunales superiores ante los cuales puede su sentencia ser revisada" y, "en consecuencia, podemos decir que las normas jurídicas son aquellas que los tribunales superiores aprueban, conforme a las cuales vienen a ser revisadas las sentencias de instancia inferiores y eventualmente revocadas como derecho injusto" (15).

Catastrófico sería, a nuestro juicio, variar el sistema actualmente vigente. Abonan esta actitud de resistencia al cambio, en primer término, la conveniente variabilidad de la "doctrina legal", la existencia de doctrina "fluctuante" o, incluso, de doctrinas contradictorias y, en segundo lugar, en relación con esos datos, la necesidad de evitar, de una parte, la comodidad en el juzgar que pudiera originar una excesiva atribución de eficacia jurídica vinculante a la doctrina legal y, de otra, la conveniencia de evitar hasta el pensamiento de que además de las normas positivas, generales y abstractas, los jueces cuentan con una especie de leyes más adaptadas a los casos concretos (las "doctrinas legales"): esto último conduciría al desastroso y paradójico resultado de que, por negar a la ley la perfección absoluta y afirmar la función de creación jurídica del juez, se obstaculizase esta función, al someter al órgano jurisdiccional a leyes "judiciales" que, precisamente por ser menos abstractas, serían, en cuanto leyes, más imperfectas que las leyes positivas hoy vigentes (16).

---

(14) Un caso extremo de esta lesión lo hallamos en la contradictoria jurisprudencia acerca de la computación de los plazos a que se refieren los arts. 58;2 de la LJCA y 125 de la LPA. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, págs. 278-287.

(15) Vid. D'ORS, *Para una interpretación realista... loc. cit.*, pág. 122. Por fortuna, son numerosos los casos en que los tribunales, sin preocuparse de someterse en su decisión a los "clichés" de la *doctrina legal* del Tribunal Supremo, procuran, en expresión de PRIETO-CASTRO, "aplicar útilmente y con justicia la norma": cfr. *Meditaciones sobre la jurisprudencia*, contestación al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del Excmo. Sr. D. Ursicino Alvarez Suárez, Madrid, 1966, pág. 215 de la publicación de la propia Academia. Tanto el discurso de ingreso (*La jurisprudencia romana en la hora presente*) como la contestación del profesor PRIETO-CASTRO son dos piezas de muy recomendable lectura. Siguiendo nuestro argumento, es de notar que el propio Tribunal Supremo se guía en innumerables ocasiones por el criterio de la solución justa, sin sujeción a su propia doctrina.

(16) Más certeramente expresa LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 143, la misma

Cuando, pese a todo lo que venimos aduciendo, se ha insistido en el empeño de otorgar (o reconocer) valor y eficacia jurídicos como fuente del Derecho a la jurisprudencia, en base a los artículos 1.691 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se presentarían en antinomia con el antiguo artículo 6.º del Código civil, no ha sido posible evitar incurrir en dudas y ambigüedades (17).

A nuestro juicio, esos defectos provienen de una falta de inteligencia de lo que es, en estricta técnica jurídica, la “doctrina legal”, y de similar desenfoque respecto de lo que suele llamarse la *eficacia indirecta* de la jurisprudencia o, por mejor decir, de la doctrina jurisprudencial. Conviene sobremanera, por consiguiente, ocuparse de la naturaleza y función verdaderas de la “doctrina legal”.

#### IV. LA “DOCTRINA LEGAL”

##### 1. *Doctrina legal en casación e interpretación de la ley*

Es razonable que las sentencias del Tribunal Supremo, en cuanto pongan de manifiesto los criterios de interpretación de la norma jurídica que se siguen en el último grado de la actividad jurisdiccional, sean tenidas en cuenta, no sólo por los órganos inferiores, sino también por los justiciables. Existe, sin duda alguna, esa eficacia o valor indirectos, ya sea por mor de la *auctoritas* de que gozan las Salas del Tribunal Supremo, ya por otras razones o factores menos dignos de satisfacción para el jurista, como pueden ser la falta de valentía e independencia de juicio o la inercia enjuiciadora, causas de influencia que debieran ser combatidas con toda energía. Esa eficacia indirecta ni era ni debe ser una eficacia jurídica imperativa, sino tan sólo ejemplar. Así, pues, en cuanto al valor *directivo* (más que indirecto) de la doctrina jurisprudencial, es preciso sostener que depende sólo “de la *auctoritas* que quepa conceder a la Magistratura en cada momento histórico a tenor de la *prudentia iuris* y la técnica jurídica que las decisiones judiciales acrediten” (18).

---

idea: “Cuando se niega a la jurisprudencia el valor de fuente del Derecho, incluso de fuente indirecta, no se trata de ceder el prurito dogmático de que sólo las fuentes formales dicen lo que es Derecho, sino de *respetar la libertad de la jurisprudencia en el dinamismo de la interpretación*. Cuando, contrariamente, se exagera el valor vinculante de la ‘doctrina legal’ (a lo que apunta su consideración como fuente indirecta) se pone una traba a la libertad de la interpretación jurisprudencial para la necesaria renovación del sistema jurídico”.

(17) Cfr., por todos, CASTÁN, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947, págs. 169 y 170 y DE LA PLAZA, *La casación civil*, Madrid, 1944, págs. 205, 207 y 208. En cambio, DE CASTRO Y BRAVO, en *Derecho civil de España*, Parte general, Madrid, 1955, págs. 564 y ss., mantiene una posición sustancialmente coincidente con la que aquí se expone.

(18) Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *loc. cit.*, pág. 815 y antes, cfr. págs. 813 y 814.

Esto sentado, entendemos que la aparente disparidad entre el antiguo artículo 6.º del Código civil y los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene una explicación relativamente fácil y convincente: no se quiso convertir a la jurisprudencia (o mejor, a la doctrina legal) en fuente del Derecho objetivo y por ello, pese al enfoque “justicial-material civil” del artículo 6.º, no se mencionó ni a la jurisprudencia ni a la “doctrina” en ese precepto. Ello no impedía, sin embargo, conceder cierta “carta de naturaleza jurídica” a la doctrina jurisprudencial y éste es precisamente el significado actual de los citados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Admitida esta explicación, el proceso de investigación debería continuar inquiriendo qué es lo que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se sanciona jurídicamente y cuál es el alcance de esa sanción. Por decirlo reflejando la propia doctrina del Tribunal Supremo acerca de la “doctrina legal”: ¿qué es lo que pueden contener dos o más sentencias conformes del Tribunal Supremo que, junto a la ley, sea susceptible de infracción y de la consiguiente denuncia en el recurso de casación civil?

Estimamos que, ante todo, y en la mayoría de los casos, un conjunto de sentencias uniformes encierra el modo de interpretar —según los criterios usuales— una norma jurídica. Como regla, la “carta de naturaleza jurídica” que constituye la mención de la “doctrina legal” en los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, significa el amparo legislativo de un resultado interpretativo del derecho objetivo consistente en que dicho resultado debe considerarse *en principio* como el acertado en relación con otras posibilidades de interpretación.

La llamada doctrina legal no es, por lo general, sino *doctrina interpretativa* y, consecuentemente, su infracción no constituye, con gran frecuencia, sino pura y simple “interpretación errónea”. Reiteramos aquí que al mencionar la Ley de Enjuiciamiento Civil dicha doctrina tras la referencia a la ley, no se hizo algo muy distinto de concretar, por mor de la seguridad jurídica (procesal), qué podía entenderse por interpretación errónea: *en principio*, se puede estimar errónea la interpretación cuando no sea conforme a la de las Salas del Tribunal Supremo en casos semejantes, con independencia —claro es— de la posibilidad siempre abierta de mostrar el error mediante el solo ejercicio de las facultades críticas, sin apoyo de doctrina jurisprudencial. Los preceptos tan repetidos de la Ley de Enjuiciamiento Civil suponen cierto refrendo legal de la interpretación adecuada de la norma, un refrendo que, sin embargo, no es, como veremos, ni muchos menos, absoluto.

Apoyan, a nuestro juicio, esta posición, los siguientes datos:

1.º El hecho de la experiencia de que apenas se interponen recursos de casación que se fundamenten exclusivamente en “doctrina legal”, es decir, en el criterio sustentado por varias sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo: se citan casi siempre preceptos

legales en torno a los cuales se ha producido —y no *ex nihilo*— aquel criterio.

2.º El hecho de que, sin escándalo de nadie, la Sala Segunda del Tribunal Supremo invoca de continuo su propia doctrina —antes alegada por los recurrentes y los recurridos— para apoyar lo que debe ser interpretación acertada de un precepto. Comoquiera que la “doctrina legal” no aparece en sede de casación penal, se advierte con facilidad que dicha doctrina es operativa con independencia del “refrendo legal” y sólo por ser lo que es, en sí: criterio de interpretación, *en principio* acertado, del Derecho objetivo.

3.º El hecho de que, también sin asombro de nadie, de manera continua se invoque y se acoja por las distintas Salas del Tribunal Supremo su propia doctrina en materia procesal, pese a que la “doctrina legal” de los artículos 1.691 y 1.692 se refiere a aspectos sustantivos (19). Este dato permite alcanzar una conclusión igual a la anterior.

4.º Cabe asimismo concluir en idéntico sentido, es decir, en el de que la doctrina jurisprudencial puede tener y tiene valor directivo de la interpretación con independencia del refrendo legal en sede de casación civil, considerando que también alcanzan la cualidad de criterios interpretativos *en principio* acertados las doctrinas unánimes de las Salas de las Audiencias Territoriales o, en razón de la especialidad de su objeto, las del Tribunal arbitral de seguros o las de los Tribunales de Censos, por ejemplo. La bondad que es dado predicar de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y la eficacia directiva que se atribuya a ésta, cabe, a no dudarlo, que se prediquen y se atribuyan (cuando exista tal bondad, y la consiguiente eficacia) a la doctrina jurisprudencial de otros órganos jurisdiccionales que tal vez han utilizado y expresado criterios uniformes de interpretación para resolver puntos litigiosos, máxime en aquellos asuntos sobre los que no se puede pronunciar el Tribunal Supremo.

5.º Que el refrendo legal no es absoluto, esto es, que se trata de reconocer a unos criterios de interpretación como acertados, *sólo en principio*, lo que equivale a abrir la puerta al cambio si el presunto acierto no se revela como tal en el nuevo caso (20), es algo que se deriva de la existencia de muchos supuestos de doctrina fluctuante e

---

(19) No hace falta decir que la estimación o desestimación de un recurso de casación por infracción de ley depende en varios supuestos (motivos 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º y, según muchos autores, también el 5.º) de la aplicación acertada o no de normas que son, como el art. 359 de la L. E. C. claramente procesales, por más que el Tribunal Supremo haya sostenido lo contrario. Cfr., además, PRIETO-CASTRO y DE LA OLIVA SANTOS, *El sistema de recursos. Perfeccionamiento del Derecho de ejecución singular*, Comunicación a la X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, Madrid, 1974, págs., 29 y 33 y ss., en donde se aconseja un cambio de mentalidad en el sentido de conceder más importancia que hasta el presente al recurso de casación que tenga por objeto la denuncia de la infracción de normas procesales de derecho necesario.

(20) Cfr. RUMPF, *ob. cit.*, págs. 132 y 133.

incluso de doctrinas contradictorias según las escuetas definiciones de doctrina legal que el propio Tribunal Supremo ha proporcionado. Enlaza todo esto con lo que hemos dicho antes (*supra* III, 2) a propósito del carácter no vinculante de la doctrina legal.

Añadiremos a lo expuesto, insistiendo en idea ya expresada, que es deseable para la doctrina legal o jurisprudencial la mayor consideración, pero no como monstruoso Derecho objetivo, sino como lección de jurisprudencia que surte efecto por sí misma, por su valor intrínseco, sin necesidad, en sentido estricto, de reforzar más aún los imperativos legales que le prestan apoyo. Y, como resumen, diremos que el sistema legal resultante del antiguo artículo 6.º del Código civil y los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni era antinómico ni mucho menos inexplicable: se reconoce en la Ley de Enjuiciamiento Civil el valor directivo de la “doctrina legal” para la interpretación de las normas positivas y no se mencionaba ni a la jurisprudencia ni a la doctrina en el precepto del Código por no otorgárseles categoría de Derecho objetivo.

## 2. La doctrina legal y los principios generales del Derecho

El lector, y sobre todo el que sea partidario de conceder más trascendencia a la jurisprudencia o a la doctrina en relación con las fuentes del Derecho, podrá pensar razonablemente que hasta el momento hemos aducido argumentos minimizadores de la jurisprudencia o de la doctrina utilizando los casos en que ésta es interpretativa. Y objetará que esos casos, si bien son cuantitativamente más importantes, resultan cualitativamente poco significativos: los que interesan más son aquellos en que la “doctrina legal” o jurisprudencial se presenta colmando lagunas legales (21) y subsanando deficiencias del Derecho positivo.

Es esta una objeción razonable a la que conviene responder sin demora. Y la respuesta —que acto seguido ilustraremos con un ejemplo especialmente próximo a nuestras preocupaciones profesionales— ha de ser la siguiente: la “doctrina legal”, cuando no es interpretativa de las normas positivas o cuando no aplica la *analogía iuris*, es el vehículo para la exposición y desarrollo de principios generales del Derecho, de manera que la juridicidad de esas soluciones para llenar lagunas o remediar defectos no proviene de la doctrina jurisprudencial misma, sino de los citados principios, que sí son fuente del Derecho y, por cierto, fuente no estrictamente supletoria (22).

(21) Sobre el tema de las lagunas jurídicas y sus diversos tipos, nos parece especialmente completa la exposición de LARENZ en *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, págs. 281 y ss.

(22) Valor superior al de la ley positiva atribuyen a los principios generales del Derecho tanto SANCHO REBULLIDA, en *Los principios generales del Derecho*, separata del “Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza”, número 9, abril de 1963, como GARCÍA VALDECASAS (aunque menos rotundamente) en *El problema de las fuentes del Derecho*, separata conteniendo conferencia con ese título pronunciada en la Universidad de Deusto, 1955, pág.

Vamos con el anunciado ejemplo, que expondremos como lo hicimos en el trabajo anterior.

Decíamos en aquel lugar que hay ahora una “doctrina legal” —la discusión sobre su amplitud, para algunos desmesurada, no interesa en este momento— según la cual los tribunales han de examinar —examinar, no decidir— el fondo de la demanda, prever si en caso de estimarla o desestimarla los efectos de la sentencia se extenderían a terceros —es decir, a personas que no han intervenido en el proceso— y, si así fuera, abstenerse de entrar en el fondo y dictar sentencia absolutoria de la instancia.

Esta doctrina —que engendra la *exceptio plurium litis consortium*, una excepción impropia— tiene, a todas luces, la apariencia de una norma procesal —para supuestos no expresamente previstos en la ley— por cuanto en su virtud se dispone la conducta a seguir por el órgano jurisdiccional ante una situación procesal concreta. Parece que se trata de uno de esos casos en que el valor de la jurisprudencia se pone más de relieve y cuya preterición en nuestra labor de análisis podría ser objeto de reproches. Pues bien, ya que lo afrontamos, interesa averiguar si efectivamente se trata de una auténtica *norma jurisprudencial* o si, como sostenemos, en esa creación jurídica de la Sala Primera del Tribunal Supremo no está presente otra fuente del Derecho objetivo que un principio general del Derecho.

Sin salirnos de nuestro asunto, se puede decir que es prácticamente pacífico “el doble significado, informador y supletorio de los principios generales del Derecho” (23), y que en virtud de la no estricta subordinación de los principios generales a las otras fuentes del Derecho, no sólo se ha de recurrir a ellos en defecto de norma positiva o consuetudinaria, sino también se deben tener en cuenta para la interpretación de la ley o para una corrección de ésta e incluso, cuando se trate de principios técnicos para deducir del ordenamiento positivo conclusiones no explicitadas en él y no recogidas, por consiguiente, en preceptos concretos. Tanto estas conclusiones como la corrección de una interpretación pueden *aparecer* como normas especiales junto a la general positiva o como *normas jurisprudenciales* que colman lagunas.

Así sucede, en efecto, en el caso del ejemplo que utilizamos: *aparece* como norma especial la “doctrina legal” según la cual el tribunal debe, incluso de oficio, decidir la absolución en la instancia en caso de irregular constitución de la litis. Y, sin embargo, no hay más que una apariencia, porque, ante todo, cuando por vez primera un órgano jurisdiccional absolvió de la instancia en un supuesto de los indicados, era imposible que actuara bajo la coerción de un imperativo ju-

13. En contra, reiterada jurisprudencia del T. S., aunque más bien en *obiter dicta* y sin que se advierta verdadera oposición a lo que sostenemos en las *rationes decidendi* de las sentencias.

(23) La expresión está tomada del Anteproyecto de Ley de Bases para el nuevo Título preliminar.

rídico derivado de una “doctrina legal”: ésta, según la misma definición acuñada por el Tribunal Supremo, no existía, y tampoco, siempre según esa definición, existía la segunda vez que el órgano resolvió en idéntico sentido. El imperativo jurídico seguido por los órganos jurisdiccionales no fue otro que un principio general del Derecho que se enuncia así: “nadie debe ser condenado (y condena es verse afectado directamente por una sentencia) sin ser oído y vencido en juicio”.

Suponiendo que esa “doctrina legal” sea acertada respecto de los casos en que se quiere exigir responsabilidad por obligaciones solidarias, ¿cómo operaría el principio general? A nuestro juicio, y de forma primordial, mostrando la antijuridicidad de una interpretación del artículo 1.144 del Código civil que lo entendiera como fundamento para demandar a cualquiera de los acreedores solidarios, lo que supondría un resultado interpretativo opuesto al principio general. Resulta así evidente que éste no actúa como regla jurídica supletoria, sino como fuente de Derecho superior a la ley positiva y a la que ésta (en sí y sobre todo en su interpretación) debe subordinarse).

Podría insistirse en que la presencia de este principio general no impide la existencia de una “norma jurisprudencial” consistente en tener que absolver de la instancia si no se demandara a todos los acreedores solidarios: se reconocería incluso que tal norma podría estar fundada en el principio general referido.

Estimamos nosotros, en cambio, que cuando el tribunal, consciente de la imperatividad en el caso del principio de audiencia, principio que llamaríamos “jurídico-natural”, adoptó como solución concreta la absolución en la instancia, obró ya en base a la *prudentia iuris* y dentro de unos condicionamientos técnicos. Lo que el principio general imponía, lo vinculante para el tribunal era —y sigue siendo— evitar resultados que dicho principio revelaba como antijurídicos: en nuestro caso, descartar posibles consecuencias de los artículos 1.144 y 1.252, II, del Código civil. Lo que *aparece* como norma particular es el resultado de una decisión prudencial en el marco de los aludidos condicionamientos y se trata en verdad únicamente de una *aparición de norma objetiva*, pues si bien es cierto que quedó establecido un criterio para obrar ulteriormente ante casos semejantes, entendemos que ningún otro tribunal ha estado o está jurídicamente vinculado por esa “doctrina legal” de la absolución en la instancia si es capaz de idear otro camino para salvar el principio general (24), que es lo único a lo que en rigor se halla obligado. Como decíamos.

---

(24) Así, por ejemplo, disponer lo necesario para que puedan comparecer los litisconsortes e “integrar la litis”. Cfr. PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Madrid, 1974, págs. 228 y 44, en donde se consigna el art. 409 y se alude a las razones para terminar con el instituto de la *exceptio plurium litis consortum*, respectivamente.

en el trabajo anterior sobre el tema: “los tribunales se hallarán jurídicamente impelidos a excluir determinadas interpretaciones de los citados artículos del Código civil por la fuerza del principio general y habrán de absolver de la instancia en tanto en cuanto no descubran o no se decidan a seguir un sistema diferente, superior en buenos resultados al que en la actualidad se presenta integrando la ‘doctrina legal’ que nos ha servido de ejemplo. Mas insistimos: es del principio jurídico-natural de audiencia de donde deriva la juridicidad del proceder actual, no de las sentencias en que dicha doctrina se contiene” (25).

### 3. *Resumen sobre el significado de la “doctrina legal”*

Sin ánimo alguno de exhaustividad (26), podemos decir que la doctrina legal *manifiesta*:

1.º Un resultado interpretativo de la ley, según criterios usuales de interpretación: este es el fenómeno cuantitativamente más importante.

2.º Una directriz de interpretación de las normas positivas *conforme a los principios generales del Derecho* (interpretación del artículo 1.144 del Código civil).

3.º Una rectificación de las normas positivas (interpretación del artículo 1.252, II y III) o una explicitación de soluciones técnicas (actual absolución en la instancia), *basadas en los principios generales*.

4.º Reconocimiento de la vigencia de los principios generales (27) y otras formas de operatividad de los mismos.

La conclusión, de fundamental importancia, por encima del mayor o menor acierto de esta enumeración y exposición de posibilidades ha de ser ésta: la doctrina contenida en la sentencia, o lo que es igual, la doctrina producida por la jurisprudencia *no es norma jurídica* y la juridicidad de esa doctrina proviene, no de las sentencias mismas, sino de las verdaderas fuentes del Derecho objetivo.

Esto sentado, nos hallamos en condiciones de analizar con el posible y conveniente detenimiento las innovaciones (?) legales que el Título preliminar nuevo representa en el tema que nos ocupa. Y lo razonable es empezar el análisis por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973.

(25) Vid. *ob. cit.*, en nota 1, págs. 819-820.

(26) Sobre dicho significado, cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 59-62.

(27) Cfr., por todas, las Sentencias del T. S. de 24 de diciembre de 1917, 12 de enero de 1927, 3 de diciembre de 1928, 7 de octubre de 1947 y 10 de junio de 1966.

## V. TRATAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA LEY DE BASES DEL NUEVO TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

En el número 4 de su base primera, la Ley de Bases citada contenía el siguiente texto: “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes*”. No debemos extendernos en exceso en el examen de esta declaración y bastará resumir los puntos más salientes de nuestras conclusiones anteriores.

a) En cuanto a la motivación de la reforma, sostuvimos:

1.º Que se trataba —y se trata— de una reforma *ocasional*, que no respondía a necesidad técnico-jurídica alguna, y ni siquiera a una simple conveniencia en ese orden, sino que se realizaba a consecuencia de la oportunidad que al legislador se le ofrecía, al poner su mano en la materia de las fuentes de derecho, de verter cierta convicción sobre el valor de la jurisprudencia (28).

2.º Que esa convicción no era una convicción clara, correspondiente a la prevalencia de alguna de las opiniones doctrinales o a haber optado por las que se hallan en litigio (29).

b) En cuanto al texto de la disposición básica, hubimos de expresar las siguientes observaciones:

1.º La jurisprudencia no se consideraba fuente del Derecho y, por tanto, no se debería hacer mención de ella al enumerar dichas fuentes, pero sí debería ser mencionada en la parte del texto articulado destinada a tratar de las fuentes del Derecho.

2.º Se diferenciaban “la jurisprudencia” y “la doctrina que establezca el Tribunal Supremo”, de forma que era posible establecer una relación entre la jurisprudencia y la doctrina en el sentido de ser

---

(28) Observamos que Díez-PICAZO y GULLÓN, en *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1973, pág. 47, enjuician la LB del Título preliminar nuevo (dejando aparte lo referente al Derecho internacional privado) como “una reforma de pura *elegantia juris* es decir, como la adopción en el primer cuerpo legal de una serie de soluciones teóricas a problemas teóricos, que tendrán nula o muy escasa repercusión en la práctica. Mas puede considerarse también, y ello es, sin duda, peligroso, como una facilitación de un mayor arbitrio judicial en la decisión de los litigios, lo que, sin duda, puede provocar una grave dosis de inseguridad jurídica”.

No podemos sino mostrarnos plenamente conformes con el enjuiciamiento global —tan felizmente expresado— de la reforma. Pero en cuanto a los peligros que entraña, pensamos que albergamos temores aún mayores que los de estos autores, entre otras razones porque ellos mismos, acto seguido, entienden que en la “nueva enumeración de las fuentes del Derecho... se recogen, al lado de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho... la jurisprudencia y los tratados internacionales”.

(29) Cfr. págs. 804 y 821 y ss. del trabajo citado en nota 1. En las últimas páginas se hacen ver las dudas y contradicciones de los legisladores y su relación con las diversas posiciones teóricas.

la primera el instrumento o cauce de la segunda. En rigor, lo que complementaría el ordenamiento jurídico sería la "doctrina" y la jurisprudencia se presentaría como el vehículo de esa doctrina.

3.º En estrecha relación con lo anterior, la jurisprudencia se podía entender como las decisiones judiciales, como las sentencias o el conjunto de ellas, mientras que la doctrina establecida por el Tribunal Supremo sería el resultado de un proceso de objetivación o abstracción a partir de las sentencias, de acuerdo con lo que se ha expuesto anteriormente. Así, la disposición básica venía a decir que la jurisprudencia complementaría el ordenamiento jurídico, pero claros que no en cuanto conjunto de sentencias, sino en cuanto proporcionaba una doctrina.

4.º Ofrecía poca duda que el precepto básico intentaba que se reconociera en el Título preliminar la "doctrina legal" que hoy se estima jurídicamente eficaz en casación, aunque, naturalmente, sin plantearse el significado más exacto de dicha doctrina legal tal como aquí se ha intentado descubrir, sino más bien con la mentalidad propia de quienes han sostenido la existencia de contradicción o inadecuación entre el antiguo artículo 6.º del Código civil y los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.º Se cometió error sintáctico grave al hablar de "la doctrina que establezca el Tribunal Supremo *sobre* aplicación de las fuentes" pues, evidentemente, el legislador no quería referirse sólo ni fundamentalmente a la "doctrina legal" del Tribunal Supremo sobre el artículo 6.º del Código civil o su equivalente, y, sin embargo, esto era lo que el tenor literal expresaba. Y hacíamos notar que el legislador deseaba referirse a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo *al aplicar e interpretar* las fuentes del Derecho.

6.º Considerando hecha la anterior rectificación, y teniendo en cuenta la observación primera, resultaba claro que la juridicidad de la doctrina jurisprudencial provendría de las verdaderas fuentes del Derecho positivo.

c) En cuanto a la valoración de la novedad legislativa, sostuvimos, en síntesis, lo siguiente:

1.º Si la jurisprudencia había de seguir sin consideración de fuente del Derecho objetivo y no estaba en el ánimo del legislador conferir a la "doctrina" del Tribunal Supremo mayor eficacia jurídica que la que ya se le otorgaba en la Ley Procesal Civil, cabía incluir que nada en absoluto cambiaba en el plano técnico-jurídico y podíamos congratularnos de ello.

2.º Admitiendo que el legislador pretendiese simplemente recoger en el Título preliminar la función otorgada a la "jurisprudencia" por los tan repetidos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin innovar nada, la fórmula de la Ley de Bases no había resultado especialmente afortunada, pero tampoco particularmente desafortunada.

nada, pues, en puridad de principios, de ella difícilmente podrían deducirse conclusiones peligrosas, como las de atribuir mayor vinculación al precedente judicial, contribuir a mermar la libertad del juez, etc. No obstante, hubiera sido preferible el silencio, pues siempre estamos expuestos a que la simple mención de la jurisprudencia *en sede de fuentes del Derecho* origine la creencia de que su valor jurídico ha aumentado. En el momento histórico en que vivimos, cuando el Derecho es maltratado por doquier (30) y la falta de sindéresis en ambientes donde debería reinar es fenómeno corriente, este peligro resulta abonado (31).

3.º Que no se sabía el significado preciso, siempre en el plano técnico-jurídico, de la expresión “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico” y que tal expresión había de considerarse como fórmula inventada por el legislador, como un “hallazgo” de éste para expresar lo que ni siquiera para él mismo resultaba claro y no pasaba de ser una difusa conciencia del valor de la jurisprudencia.

4.º Que, en definitiva, la novedad sustancial estaba constituida por la *simple cita de la jurisprudencia* y que en la Ley de Bases no se pasaba de proclamar que *la jurisprudencia es importante*.

Y terminamos nuestro análisis crítico haciendo votos para que tal proclamación innecesaria y ocasionada a tergiversaciones tuviera al menos dignidad formal en el texto articulado. Veamos seguidamente si esta dignidad existe, qué reflexiones fundamentales suscita dicho texto, aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974 (“Boletín Oficial del Estado” de 9 de julio de dicho año) y cómo confirma las anteriores apreciaciones.

## VI. LA JURISPRUDENCIA EN EL TEXTO ARTICULADO DEL NUEVO TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

El párrafo 6 del artículo 1.º del Código civil vigente tras el Decreto citado reza así: “*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*”.

Respecto del texto de la Ley de Bases, se distingue éste, como es fácil advertir, por haberse corregido el error sintáctico que poníamos

(30) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Repetar la ley*, en *Rev. de Derecho Procesal Iberoamericano*, núm. 1 de 1974, págs. 91 y ss.

(31) Nada nos extrañaría, por ejemplo, leer en publicaciones con visos de cientificidad o en algunos “considerandos”, afirmaciones como ésta: “Que si bien es cierto que la jurisprudencia no figura expresamente entre las fuentes del Derecho en el nuevo Título preliminar, no lo es menos que su mención nueva en esa sede constituye prueba evidente del valor que, como complementaria de las fuentes, el legislador ha querido atribuirle, de lo cual se desprende...” lo que convenga.

de manifiesto, por hacerse mención expresa de la interpretación (no sólo de la aplicación), por nombrarse de modo concreto las tres fuentes del Derecho y, finalmente, por la introducción del giro relativo a la reiteración de la doctrina (la que, "de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo").

Sólo con aplausos se debe recibir la corrección aludida, por muy obligada que fuese. En cuanto a los otros *retoques*, merecen una breve alusión por separado.

En primer lugar, diremos que sin que fuera absolutamente preciso distinguir interpretación y aplicación de la ley, pues la última actividad engloba la primera, no será perjudicial que se mencione a la interpretación si con ello se comprende que, como hemos sostenido anteriormente, la doctrina jurisprudencial es, en la mayor parte de los casos, exposición de criterios interpretativos.

En segundo término, se ha de señalar que no deja de ser un avance la sustitución del término "las fuentes" por la referencia a "la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho". Tal vez sea más elegante y exacta esta segunda fórmula y ponga de relieve de forma más clara, por más insistente, que la juridicidad de la doctrina jurisprudencial proviene de las tres únicas fuentes del Derecho en sentido estricto.

En cuanto al inciso "de modo reiterado", parece que manifiesta, sin lugar a dudas, la gravitación de la "doctrina legal" de la casación civil en el tratamiento de la jurisprudencia: se quiere recoger el requisito de las dos o más sentencias que resuelvan en idéntico sentido. Podría estimarse que se ha padecido el error consistente en no advertir que es más bien la jurisprudencia la que debe ser reiterada y que no se trata de que la doctrina se establezca *de modo reiterado*, sino de que la doctrina se establezca, sin más, aunque para que se establezca es presupuesto necesario una jurisprudencia reiterada. Estaríamos, por consiguiente, ante un añadido superfluo e incluso perturbador.

En embargo, cabe una exégesis completamente diversa, que justamente nos apartaría de los planteamientos casacionales. Aunque íntimamente pensamos que, de hecho, esos planteamientos han sido decisivos al redactar el precepto, la exégesis aludida sería esta: doctrina jurisprudencial puede establecerse en una sola sentencia o, lo que es igual, puede extraerse de una sola resolución jurisdiccional, gracias a la labor de abstracción que repetidamente hemos tratado en pasajes anteriores de este trabajo. Al exigir la reiteración se estaría expresando que para que la doctrina merezca la consideración que el precepto confusamente establece no es suficiente con que el Tribunal Supremo la haya utilizado o expuesto una sola vez, sino que la garantía de que la doctrina es digna de tenerse en cuenta surge de la reiteración en la utilización de los criterios de aplicación e interpretación en que la doctrina consiste. En cualquier caso, aunque esta exégesis supusiera un concepto de doctrina jurisprudencial que no se-

ría el da la casación civil actual, conduciría a idénticos resultados, de forma que es poco útil profundizar más en este punto.

Interesa mucho, por el contrario, tras el examen concreto de las pequeñas innovaciones del párrafo 6 del artículo 1.º respecto del texto de la Ley de Bases, concluir este trabajo con un juicio valorativo general de nuestro tema. A tal fin se ha de tener en cuenta, como es lógico, el contexto amplio que representan los primeros artículos del nuevo Título preliminar.

En primer término, se advierte que el artículo 1.º del Código civil supone un cambio de enfoque considerable en el tratamiento de las fuentes del Derecho respecto de la óptica particular que, como hemos visto, fue determinante de la redacción del antiguo artículo 6.º, II, de dicho cuerpo legal.

Si dicho artículo 6.º ofrecía como *ratio iuris* fundamental la prohibición del *non liquet* y las fuentes del Derecho aparecían como los elementos suficientes para fallar y justificarlos de aquella prohibición, es decir, aparecían, según hemos dicho, *sub specie* de “medida enjuiciadora”, el nuevo Título preliminar, según nos dice la Exposición de Motivos de su Decreto aprobatorio, “se inicia por comprensibles razones de importancia y prioridad con la regulación concerniente a las fuentes del ordenamiento jurídico, las cuales aparecen configuradas con ese alcance y significado, en vez de aludir indirectamente a ellas, a propósito de la aplicación de las normas por los Tribunales, como lo hacía el precedente artículo 6». Y, como afirma posteriormente dicha Exposición, “sólo establecidas tan fundamentales precisiones acerca de lo que ha de reconocerse *con entidad de derecho* (32) adquiere cabal sentido y justificación el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver cuantos asuntos se le sometan”.

Con todo, el cambio de enfoque no es total ni se expresa con la deseable perfección el legislador, al menos según el criterio que nos parece acertado y ya expusimos (*supra*, II, 1.<sup>a</sup>). En realidad, lo que se aprecia en el nuevo Título es un cambio de orden en el planteamiento de las cuestiones y una conversión de la prohibición de no fallar en el deber inexcusable de resolver. Pero no se rompe por completo —ciertamente no era de necesidad esa ruptura— con el punto de vista anterior: si bien se mira, el párrafo 7 del artículo 1.º (33) es una regla absolutamente heterogénea respecto de las consignadas en los párrafos anteriores de ese mismo precepto y la perspectiva *justicial material*, por consiguiente, se mantiene incólume como, por lo demás, cabe también deducir de las últimas frases de la Exposición de Motivos que se han transcrito.

---

(32) El subrayado es nuestro. Digamos, de paso, que no nos convence esa expresión, que no significa algo preciso, pues *entidad de derecho* claro es que la tienen las sentencias, pero también los actos administrativos, los delitos, etcétera.

(33) Dispone dicho párrafo que “los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

Otra observación fundamental, en conexión con lo que acaba de exponerse, es esta: aunque del párrafo 6 del artículo 1, considerado aisladamente, resulta indudable no sólo que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, sino también, según dijimos, que la juridicidad de la doctrina deriva de las fuentes en sentido estricto, hay dos elementos que pueden dar origen a interpretaciones erróneas en la línea que temíamos en otro momento de este trabajo (cfr. *supra*, V, c), segundo y nota 31). Se exponen seguidamente esos dos elementos.

En primer lugar, el que en el párrafo 7 del artículo 1.º se haga referencia a la resolución judicial de los asuntos "ateniéndose al sistema de fuentes establecido" (en paralelo con el tratamiento del tema en la Exposición de Motivos, donde también se dice lo relativo al deber de resolver tras aludir a la jurisprudencia), fácilmente podría interpretarse en el sentido de que el "sistema de fuentes" del párrafo 7 es el de las disposiciones anteriores, entre las cuales se halla la relativa a la jurisprudencia.

Y, en segundo término, que si bien se insiste en sostener que la "jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico", sin que se sepa tampoco ahora en qué consiste tal función de complementariedad (34), el párrafo de la Exposición de Motivos dedicado expresamente a la jurisprudencia puede apoyar también la peligrosa pretensión de acentuar la eficacia de la doctrina jurisprudencial. Se lee en ese párrafo lo siguiente: "A la jurisprudencia, *sin incluirla entre las fuentes*, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, *la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida* y los conflictos de intereses da lugar a *la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos*, con su reiteración, de *adquirir cierta trascendencia normativa*" (35).

Lo peligroso es, precisamente, que al amparo de esta "cierta trascendencia normativa" que, paradójicamente, no puede ser más incierta, se abra paso, con pretendido apoyo en la ley, una realidad judicial que entrañe comodidad en el juzgar, servilismo de las instancias,

(34) Cfr. págs. 822-825 del trabajo citado en nota 1. No creemos que se quiera seguir la teoría jurídico-material de la cosa juzgada para terminar ofreciendo una definición de la jurisprudencia como la de BERNATZK, en *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Neud. der Ausg. Wien 1886, 1964, página 64. Cfr. también BOETTICHER, *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess*, Neud. der Ausg. 1930, 1970.

(35) El subrayado es nuestro. Hacemos notar la extraordinaria similitud de este pasaje con otro del discurso del ministro Oriol en el Pleno de las Cortes de 14 de marzo de 1973, en que se aprobó la LB: "Indiscutiblemente, *la tarea de aplicación e interpretación de las normas en contacto con las realidades de la vida permite la formulación de criterios, que si bien no entrañan la elaboración propiamente dicha de normas nuevas y distintas, contienen matizados desarrollos que*, al proceder del órgano superior de la Administración de Justicia, *han de reputarse singularmente autorizados y dignos de alcanzar cierta eficacia normativa y orientadora*".

dejación de la libertad creadora de los tribunales, empecinamiento en los errores, etc. Que la administración de justicia, aquejada hoy de numerosos achaques y afectada por inconfesables ataques, sufriera aún más deterioros como consecuencia de esta innovación, constituiría un doloroso contrasentido, particularmente absurdo si se tienen en cuenta los acentos espiritualistas de los artículos 3.º y 4.º, entre otros, del nuevo Título preliminar y si se advierte que el principio de jerarquía normativa —cuya infracción tantas veces produce aquellos ataques— es consagrado en el párrafo 2 del artículo 1.º del susodicho título.

Aún han de exponerse dos observaciones más, de indudable importancia. Una de ellas es relativa al ámbito de la incierta trascendencia que al referirse a la jurisprudencia se pretende conceder a ésta. Nótese a este respecto que sigue otorgándose valor únicamente a la doctrina en el Tribunal Supremo, contra lo señalado en líneas anteriores, *sub IV*, 1, cuarto. Pero, sin embargo, hay un cambio trascendental en el reconocimiento del valor que con rigor y justeza cabe atribuir a la doctrina jurisprudencial y que es el de expresar criterios interpretativos *en principio* acertados y el de manifestar la vigencia y alcance de los principios generales del Derecho. Ese cambio consiste en que el texto del párrafo 6 del artículo 1.º del nuevo Título preliminar reconoce —o permite reconocer— que la doctrina jurisprudencial dotada de operatividad en el sentido que acabamos de recordar no es sólo la referente a normas sustantivas de Derecho privado, sino también la relativa a leyes y principios del mundo jurídico procesal y de otras ramas del Derecho público. ¿Significa esto último que, en un proceso inverso al que se ha producido desde la casación al Título preliminar, debe ahora consignarse en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplo, la infracción de “doctrina legal”, o ha de decirse algo similar en la LJCA, llevando a estas sedes las disposiciones y pensamientos del Título preliminar? A nuestro juicio, no es necesario tal “reflejo” en las leyes procesales pues, como hemos dicho e intentado demostrar, la mención de la “infracción de doctrina legal” en los artículos 1.691 y 1.692 no es hoy absolutamente necesaria.

Pero aún añadiremos que, con la representación mental de los peligros de hiperexaltación de la jurisprudencia, tantas veces puestos aquí de relieve, es fácil concluir que, no sólo las leyes procesales *no necesitan* recoger lo que dice el Título preliminar (36), sino que *no conviene* que se modifiquen en esta materia.

Para terminar, hemos de reiterar una objeción ya apuntada en nuestro trabajo anterior y a la que el texto articulado se hace más acreedor que la propia Ley de Bases. En síntesis, la objeción es esta: no es muy lógico que no se halle ninguna referencia a la doctrina ju-

---

(36) Escribimos “dice el Título preliminar...” para insistir una vez más en que, en rigor, *no dispone nada* nuevo ni claro y únicamente proclama, como ya hemos dicho, que la jurisprudencia es importante.

risprudencial en el capítulo II de dicho texto, que trata de la aplicación de las normas jurídicas” y de su interpretación, cuando, por otra parte, se reconoce que la doctrina jurisprudencial surge de la labor de aplicación e interpretación de las fuentes del Derecho. Más en concreto: echamos en falta una referencia a la doctrina jurisprudencial en los párrafos 1 de los artículos 3 y 4 del Título preliminar, que versan, respectivamente, sobre la interpretación y sobre la aplicación analógica. Tal referencia sería congruente con lo establecido en el párrafo 6 del artículo 1.º, si es que no pudiera llegar a sostenerse que el reconocimiento del valor e importancia de la jurisprudencia debía haberse producido exclusivamente en sede de aplicación de las normas jurídicas y no en la de las fuentes del Derecho, con lo que se habría logrado el mismo resultado que ahora se debe alcanzar, podrían haberse obviado los peligros a que es ocasionado el texto actual del Título preliminar y, por último, no tendría por qué haberse consagrado en él la incomprensible fórmula de que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico”.

La conclusión final, tras todo lo expuesto, no puede ser sino confirmatoria de los juicios que vertimos a propósito del texto de la Ley de Bases. Ahora nos hallamos ante un precepto inútil desde el punto de vista técnico-jurídico, y es muy deseable que lo que es simplemente inútil no se convierta en elemento perturbador de nuestro sistema jurídico por obra de una exégesis precipitada y poco rigurosa. Que permanezca —eso esperamos— como simple proclamación, formalmente digna, de la innegable importancia del quehacer jurisdiccional.