

El valor de la jurisprudencia en la obra de Federico de Castro

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Alcalá de Henares

Creo que uno de los temas más importantes que deben plantearse hoy a un jurista que utilice como instrumental básico de su quehacer las normas jurídicas, es la extraordinaria relevancia que ha adquirido la jurisprudencia. Sin temor a error puede afirmarse que suplanta, con mucho, en su estimación a la ley, y no sólo por razones utilitarias derivadas de la persecución del éxito en un litigio. Desde el punto de vista doctrinal son numerosas las obras que se ocupan del análisis del razonamiento judicial, obedeciendo a aquel auge. Baste citar los nombres de Perelman, Recaséns Siches, Esser, English, Tarello y Larenz.

Desgraciadamente, también la jurisprudencia está en auge como consecuencia de los intentos de politización, más sutiles que en el pasado, que sufre. La llamada pomposamente «doctrina del uso alternativo del Derecho» pretende hacer del mismo un instrumento de la lucha de clases marxista, lo que se traduce en una interpretación en favor del económicamente débil a todo trance, forzando incluso los textos legales, es decir, el mandato del legislador, del poder legislativo, o fijando el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados (interés público, buena fe, moral, etc.) en aquella dirección. Nada digamos de los casos en que el supuesto de hecho de la norma es muy abierto... Es evidente que de prosperar el «uso alternativo», los litigios se convertirán en una confrontación entre declaraciones fiscales de renta y no de razonamientos, y es también claro que el dogma de la separación de poderes será una afirmación de teóricos que viven en su torre de marfil. Por otra parte, y como no hay nada nuevo bajo el sol, tenemos así una doctrina jurídica heredada de la nazi que formuló por los años treinta el jurista Frank, el después tristemente conocido como verdugo de Polonia: los jueces alemanes debían fallar con arreglo al espíritu de la comunidad popular, en favor de lo que favoreciese o protegiese sus intereses. Sustitúyanse esos términos por los de clase dominante y dominada y parecerá que entramos en el túnel del tiempo pasado.

Cualquier meditación sobre la jurisprudencia me lleva necesariamente

te a la obra de Federico de Castro, desde aquel volumen de su Derecho civil que comenzaba a estudiar en el lejano 1950 hasta el último de sus trabajos. Y ello porque se dan en esa obra tan dilatada dos circunstancias sumamente curiosas. Una, el exhaustivo y ejemplar manejo de cientos y cientos de sentencias, con alabanzas y críticas. Otra, la reflexión profunda sobre la jurisprudencia dentro de las fuentes del Derecho. Es verdaderamente significativo que el teórico que mejor conocía la jurisprudencia del Tribunal Supremo (para mí) y el que mejor la utilizaba (también desde mi punto de vista), sea el que desde siempre le negó su consideración de fuente del Derecho.

En las líneas sucesivas no voy a ocuparme de la tesis de De Castro sobre la significación del discutido término «doctrina legal», que ha sido seguida, se confiese o no, por los estudiosos del tema. Mi pretensión es mucho más modesta, diría que es una traslación de mis fichas en torno a lo que creo que es lo más sustancial de su pensamiento sobre la jurisprudencia, en el que siempre se puede hallar una luz orientadora.

¿Cuáles son las causas de la supervaloración de la jurisprudencia? Según Federico de Castro (1), son éstas las causas más destacadas:

- 1.^a Desengaño y reacción frente al positivismo legalista y dogmático: no todo el Derecho brota de la ley.
- 2.^a Desgana teórica y pérdida de autoridad de los autores. «Después —dice— de una época de gran producción científica, una nueva generación cansada y escéptica deja la crítica de las sentencias y se entrega a la tarea de recopilarlas y, en su caso, de compararlas y armonizarlas. Así, en Francia y Alemania (en líneas generales). En cambio, el actual momento de brillantez de la doctrina italiana coincide con el mantenimiento de la primacía jerárquica de la ley».
- 3.^a Descontento político respecto a la actuación del poder legislativo, no sólo por su contenido sino por ser imposición estatal y por su inestabilidad y arbitrariedad. «En verdad —anota— ello origina críticas contra el poder legislativo, buscándose el restablecimiento del prestigio de la ley. Mas han sido utilizadas después como razones coadyuvantes, por quienes definen la degradación jerárquica de la ley en favor de la jurisprudencia».
- 4.^a La admiración hacia el sistema de la «common law». En cuanto a esta admiración, apostilla el maestro seguidamente: «El interés creciente hacia dicho Derecho es natural dada su peculiaridad, en relación a los Derechos del continente europeo, lo admirable de su elaboración jurisprudencial y el mismo interés intrínseco de algunas de sus creaciones. La simpatía con que modernamente se le considera se debe a estimarse, según las ocasiones, símbolo de la libertad frente al absolutismo (Coke frente a Jacobo I), de la Sociedad respecto al Estado, de la independencia y soberanía de los juristas, de la libre elaboración jurídica en relación a lega-

(1) *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, Anuario del Derecho Civil, 1958, pág. 247.

lismo y dogmática. Simplificaciones idealizadoras, facilitadas por unos conocimientos someros y sin crítica del sistema y de su funcionamiento real. Ultimamente también ha contribuido a ello la aureola que nimba a los países más poderosos políticamente, a sus instituciones y hasta a su producción intelectual».

En el campo de las fuentes del Derecho se hallan numerosas opiniones suyas, de las que hago la siguiente selección:

En 1948, Federico de Castro salía al paso de una concepción que empezaba a apuntarse en España, que afirmaba que la fuente decisiva de todo el Derecho era la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, «ya que nada valen todos los Códigos si aquel Tribunal no quiere observar sus preceptos. El valor de la ley no pasa, en este sentido, del de un solemne consejo que se da a los jueces, pero que la voluntad del Tribunal Supremo puede rectificar impunemente». De Castro señalaba en contra (2): 1.º Que los jueces forman parte de la organización estatal y que su mayor o menor subordinación al poder legislativo depende del tipo de constitución política; 2.º Que el juez que desobedece la ley incurre en sanciones penales, civiles y administrativas; 3.º Que una resistencia del poder judicial desobedeciendo al legislador, infringiendo el mandato del legislador sobre la división de poderes, serían un acto revolucionario que si tuviese éxito significaría un cambio constitucional; 4.º Que la aparente dependencia de la eficacia de la ley respecto a la conducta de los jueces es la misma que se podría ver en la sentencia respecto de los alguaciles, la policía y el verdugo. Terminaba De Castro afirmando que si «se lleva a su conclusión lógica esta teoría, la única fuente de Derecho sería la fuerza del que ejecuta, «*manu militari*», el poder material, y no el saber ni el deber».

Es una constante en la obra de Federico de Castro esa negación del carácter de fuente del Derecho a la jurisprudencia. En 1949 (3) sostenía que «no puede confundirse fuente jurídica con el influjo de hecho sobre la resolución de un pleito, ni siquiera con el que pueda ejercer el ejemplo del Tribunal superior sobre el inferior o con la función creadora del que aplica el Derecho al interpretar una norma o llenar una laguna, pues entonces desaparecería el sentido específico de jurisprudencia y de fuente jurídica. Fuente jurídica puede llamarse sólo al poder de dictar una reglamentación vinculante para todos... El Tribunal Supremo es un órgano de la Administración de Justicia y, por ello, el más vinculado y el que más respeto debe a la ley; no puede admitirse que haya tratado de imponer, contra ley, un carácter general a sus decisiones; además, pese a la inexactitud de expresión en los considerandos de algunas de sus sentencias, el Tribunal Supremo no se ha considerado nunca ligado por sus anteriores sentencias; los Tribunales inferiores fallan repetidas veces contra lo establecido por la jurisprudencia, y el Tribunal Supremo aplica, como doctrina

(2) *¿La ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho?*, Anuario de Derecho Civil, 1948, pág. 575.

(3) *Derecho civil de España*, tomo I, Madrid, 1949, págs. 508 y 5.

legal, principios que han nacido fuera de la jurisprudencia». Agregaba el maestro: «La jurisprudencia no tiene por misión dictar leyes pequeñas y secundarias; ello sería hacerle perder su mayor valor para el Derecho, el de ser instrumento de adaptación de las normas a la plural y cambiante realidad social; el cometido de la jurisprudencia tampoco es el de las formulaciones generales y teóricas, pues la ciencia jurídica no se puede aprisionar en el reducido marco de un considerando. El papel otorgado al Tribunal Supremo por el legislador es el de modelo en la función de aplicar las leyes, al servicio de la mejor interpretación de las leyes, costumbres y principios generales, no para que sirva de amparo a la obstinación o a la rutina, a pretexto de mantener la uniformidad en la jurisprudencia».

En 1958, al comentar ampliamente el libro de Esser, *Grundsatz und Norm* (4), construido básicamente sobre una hipervaloración de la jurisprudencia y un correlativo menosprecio de la ley, con la añoranza de las tradiciones y privilegios de la «common law», frente a la afirmación de Esser, influida por el positivismo americano, de que el juez puede tomar en consideración la ley o dejar de tomarla, se pregunta De Castro la razón por la que se afirme que, sin embargo, el precedente judicial obliga al juez, pues no parece lógico que eso mismo no suceda respecto de la ley. Además observa: «Otra grave dificultad ofrece el cambio de la jurisprudencia, concebido como establecimiento de una nueva norma. Una ley deroga a la anterior clara y públicamente y va acompañada de reglas que señalan, limitan o impiden su eficacia retroactiva... Con el sistema de la jurisprudencia —fuente de toda regla— queda bajo la amenaza de que sin anuncio ni promulgación resulte derogada en el momento mismo de dictarse la nueva sentencia. Se le da a la regla así hallada efecto retroactivo. Más todavía, como en la concepción jurídica absolutista, los jueces guardan «in scrinio pectoris» la disposición por la que habrán de decidir, cuando llegue el caso, sobre la vida, el honor y la fortuna de cada uno. Parece como si se hubiera vuelto a la época anterior de Cneo Flavio».

También reacciona Federico de Castro contra la visión de reducir a lo judicial toda la actividad creadora del ordenamiento, diciendo: «El mundo moderno ha experimentado sus más hondos cambios a «golpe de leyes» y no puede desconocerse la eficacia orientadora y educadora de la legislación. Pero, además de las verdaderas fuentes jurídicas..., existen al lado de la jurisprudencia otras fuerzas sociales que coadyuvan a la realización del Derecho (orden jurídico real): dictamen o consejo de asesores de grandes empresas industriales, comerciales y financieras; criterios de notarios, registradores y Dirección General de los Registros; actuación de la Administración en sus múltiples manifestaciones (abogados del Estado, inspectores, asesorías jurídicas de los Ministerios, usos de cada oficina o cuerpos de empleados y agentes, etc.), creando fórmulas, cláusulas, estilos y precedentes que interpretan, conforman (y a veces también deforman) el sentir y el modo de vivir de la

(4) *Fuentes del Derecho*, cit. en nota 1, págs. 245-252.

comunidad. Extensísima zona del cumplimiento espontáneo del Derecho, cuyo influjo habrán de sentir todos los jueces que tengan sentido social».

El maestro previene igualmente contra el culto a la jurisprudencia anglosajona, contra el «Derecho del caso»: «La práctica judicial en los Tribunales de «common law» puede elogiarse sin temor a faltar a la Justicia. Tienen defectos, como los tienen los Tribunales continentales. Su misma doctrina los ha destacado cuidadosamente. Se mencionan, por ejemplo: La inseguridad jurídica que origina. Reunir en triste maridaje los vicios de la abstracción y del casuismo. Dependen de la composición variable de los Tribunales. Que por difícil que sea para los legisladores comprobar los hechos sociales la tarea resulta mucho más difícil para los Tribunales. Lo que se ha traducido, reflejamente, en un movimiento creciente y acelerado de la producción legislativa de todos los países de «common law». En Estados Unidos, acompañado de un movimiento importantísimo favorable a la codificación y unificación jurídica».

Consecuente con la negación de la jurisprudencia como fuente del Derecho, en 1970 sale Federico de Castro al paso de determinadas doctrinas que, partiendo de la consideración contraria, sacan las consecuencias lógicas de sus premisas en orden a la responsabilidad de jueces y Tribunales que no apliquen la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (5). Digo lógicas, porque es inadmisibile que si la jurisprudencia es una fuente del Derecho, no se pasa de esa afirmación teórica, y se eluda o, lo que es peor, se conteste negativamente la cuestión referente a la sanción de la conducta de jueces y Tribunales que no la sigan.

De Castro niega que el juez o Tribunal incurre en las penas de los artículos 354 y 355 del Código penal. «El carácter estricto de la interpretación penal y la terminología empleada por la ley orgánica (del Poder Judicial) y por la de Enjuiciamiento Civil, concordantes, inclinan a pensar que se refieren siempre a la (injusticia) cometida mediante la directa y clara infracción de un precepto terminante; injusticia que no aparece se haya dado cuando una sentencia se desvía de una doctrina jurisprudencial, opinión autorizada, pero discutible y variable. Que el juez se aparte «a sabiendas» de la doctrina jurisprudencial no implica dolo penal; pues el «a sabiendas» se refiere a la conciencia de estar cometiendo una injusticia. Tampoco comete injusticia por «negligencia o ignorancia inexcusable» el juez que cuidadosamente y de modo razonado o razonable se aparta de la doctrina contenida en una o varias sentencias». Cuidadosamente y de modo razonable, subrayamos nosotros.

Coherentemente con esta postura, Federico de Castro examina la cuestión en relación con el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «En el texto... no se menciona la doctrina legal o jurisdic-

(5) *El recurso en interés de la ley y el valor de la jurisprudencia*, Anuario de Derecho Civil, 1970, págs. 613-624.

cial. Tal silencio no cabe achacarlo a descuido del legislador ni a que éste pensase quedaba incluida la «doctrina legal» o jurisprudencial dentro del término «las leyes»; para convencerse de ello basta comparar la meticulosidad con la que la Ley de Enjuiciamiento Civil menciona al lado de la ley a la doctrina legal... Dado que además las disposiciones sancionadoras, conforme a la doctrina jurisprudencial, han de interpretarse de modo estricto, parece ineludible concluir que la responsabilidad civil de jueces y magistrados tiene como supuesto la infracción de disposiciones legales y no el mero dejar de seguir una doctrina jurisprudencial».

De Castro, sin embargo, percibe nítidamente las consecuencias de la exclusión de la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, y escribe: «Como siempre que se trata del valor de la Jurisprudencia de los Tribunales, queda flotando la pregunta: ¿dejando sin especial sanción la inaplicación de la doctrina jurisprudencial, se le niega todo valor jurídico? Esta cuestión ha podido contestarse, refiriéndose al valor jurídico de la «auctoritas». Las consideraciones de las sentencias del Tribunal Supremo están avaladas por la alta dignidad de sus componentes y por el hecho de su general acierto y prudencia; lo que en sí mismo les otorga fuerza inmanente de orientación y guía en la esfera toda de la aplicación e interpretación del Derecho; cuya autoridad está enérgicamente potenciada por el hecho de no darse recurso frente a sus decisiones y por el valor formal de que el recurso de casación puede fundarse en la infracción de doctrina legal».

Es lástima que después de 1970 carezcamos de escritos de Federico de Castro en los que pudiéramos aprender la significación que debería darse (ya sabemos la que se da) a la inclusión de la jurisprudencia como fuente complementaria del ordenamiento jurídico en el nuevo Título Preliminar del Código civil. Hay una frase suya que parece indicativa de su opinión. Al iniciar su estudio sobre el artículo 3.º, 1 del nuevo Título Preliminar en 1977 (6), declara: «La lectura de los primeros siete nuevos artículos del Código civil me hizo pensar ingenuamente que la actual redacción no suponía cambio alguno del carácter sustantivo respecto del antiguo texto. Todo lo más, vendría a reforzar la posición teórica de algún autor, pero, en ningún caso pude imaginarme que los artículos vigentes originarían problemas que trascendieran a su aplicación práctica por los Tribunales». La «ingenuidad» hay que interpretarla, en el contexto donde figura la palabra, como resultado de la sorpresa que produjo al maestro algunas opiniones doctrinales que daban un desmedido alcance a las reglas interpretativas, más bien criterios hermenéuticos, que el artículo 3.º, 1 recoge, no como indicio de que su pensamiento sobre los siete primeros artículos del nuevo Título Preliminar debía ser corregido.

También es de lamentar que no poseamos un análisis de Federico de Castro sobre el «uso alternativo del Derecho», sólo una nota en el

(6) *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley*, Anuario de Derecho civil, 1977, pág. 810.

trabajo citado anteriormente (7) de la que deduzco que para él no era más que un ataque a la imparcialidad del juez que «han sido constantes y hasta se las ha tratado de justificar en la doctrina». Pero subraya que la «neutralidad del juez no significa indiferencia respecto a la justicia». Se ha de entender por ella que el que interprete la ley no se deje llevar al hacerlo por sus intereses y simpatías. Como el árbitro en un deporte, tendrá que aplicar la regla establecida sin doblarla en consideración de quienes juegan o de los deseos de los espectadores.

Por último, he de resaltar el constante elogio de la labor del Tribunal Supremo que Federico de Castro hacía continuamente. Frases como la de que su doctrina «tiene indiscutida y merecida importancia», «la obra realizada por el Tribunal Supremo, mirada en su conjunto, es digna de esta alta consideración por su criterio ponderado y su exquisito sentido de la Justicia» (8), son constantes en sus estudios con unas u otras palabras. Precisamente por esa admiración, por ese perseverante y profundo estudio de las sentencias que durante su vida realizó, estaba legitimado para pedir que «no sirva de amparo a la obstinación o a la rutina, a pretexto de mantener la uniformidad de la jurisprudencia», y a que «la unidad de la elaboración jurídica, hace preciso que la atención concedida a las sentencias del Tribunal Supremo por los juristas, se complete con la atención del Tribunal Supremo hacia la opinión de los autores y el modo de proceder de los Tribunales inferiores» (9).

(7) Pág. 816, nota 17.

(8) Ambas en *Derecho civil de España*, cit. en nota 3, pág. 500.

(9) *Derecho civil de España*, cit., pág. 510 y nota 2 de la misma página.

