

La Jurisprudencia:

Diversas acepciones del término Jurisprudencia: se le pueden atribuir diferentes significados:

En primer lugar podríamos entenderlo como la Ciencia del Derecho, así se entiende en el Derecho romano, como los "iuris prudentes" o conocedores del Derecho. En este sentido, Ulpiano en el Digesto nos da la clásica definición de Jurisprudencia como "Divinarum atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia", es decir: como conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto..

En el mundo anglosajón el término "jurisprudence", tiene el mismo sentido de Ciencia del Derecho y la expresión equivalente en el ámbito germánico.

Sin embargo esto no quiere decir que en el mundo anglosajón no se tenga el concepto común de jurisprudencia como sentencias de los tribunales, ocurre que no se denomina con el término "jurisprudence", sino que se conoce como precedente o "case law".

El precedente: dejar bien claro que lo que aquí estudiamos es el concepto paralelo a lo que en el Derecho continental se entiende como jurisprudencia, y no estudiamos el término anglosajón "jurisprudente", que es sinónimo de Ciencia del Derecho.

En el sistema inglés, o más generalmente dicho, en el sistema de tipo anglosajón, más concretamente el norteamericano, el sistema de fuentes es totalmente distinto al de los sistemas de tipo continental, como el español. Es muy diferente especialmente en lo referido al papel que juegan las decisiones judiciales.

Muy sintéticamente se puede decir que en los sistemas anglosajones, ejemplo el derecho inglés, junto a la legislación o derecho estatutario-status law-, está como fuente del Derecho el Derecho judicial, el Derecho del caso concreto -"case law"-, es decir el Derecho derivado de las decisiones de los jueces. Éste a su vez de dividiría en dos en las dos fuentes siguientes:

a)- El "Common Law" propiamente dicho, o Derecho y costumbres del reino que han obtenido reconocimiento judicial en las razones dadas desde los primeros tiempos por los jueces para las decisión de los casos que se les plantean (casos llevados ante ellos)

b) La interpretación del Derecho estatutario..

Diferencias entre el Derecho judicial, el "case law", como sentencias o fallos de los tribunales y la Jurisprudencia continental. Son básicamente tres:

1º) el "case law" es verdadero Derecho. Las sentencias judiciales no sólo son Fuente del Derecho sino que son la principal fuente del Derecho, al contrario del Derecho español que es un mero complemento de la ley, no es nunca una auténtica fuente del Derecho. De ahí la verdad del aforismo anglosajón de que "el juez crea Derecho".

2º).-Basta una sola sentencia para que haya jurisprudencia, no son varias, como en el Derecho español. Esta sola sentencia es la que se conoce como "precedente" judicial.

Cabe preguntarse si el precedente es vinculante.. En esta materia rige el principio "stare decisis" (atenerse a lo ya decidido) o "stare decisis quieta non movere" (no modificar lo que existe). Sin embargo esta regla admite excepciones cuando la decisión anterior es evidentemente contraria a la razón; y todavía más si es contraria a la ley divina. a doctrina del Derecho es la siguiente: Los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos que sean netamente absurdos o injustos.

3º) Como tercera diferencia entre la jurisprudencia continental y el precedente anglosajón, ambos se distinguen en cuanto al origen: en la tradición de la jurisprudencia continental se exige que la sentencia provenga del Tribunal jerárquicamente superior y en el precedente anglosajón puede proceder de cualquier juez o Tribunal, sin importar su rango jerárquico.

La jurisprudencia como fenómeno judicial-en los sistemas romano-germánicos-

Existe una tercera acepción del término jurisprudencia. Es la "jurisprudence" francesa o romano-germánica. Se trata de la jurisprudencia como fenómeno judicial, como conjunto de decisiones de Tribunales o, para hablar con más propiedad, de un Tribunal concreto. Esta es la acepción de la jurisprudencia que rige en el Derecho español.

REQUISITOS DE LA JURISPRUDENCIA En el Derecho español.

Definición de Jurisprudencia. Podríamos definirla de la siguiente manera: " la identidad de razón común a un conjunto de sentencias provenientes de la sala correspondiente del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional en la interpretación o aplicación de normas jurídicas".

Notas o requisitos de la jurisprudencia en España hoy.

Podríamos señalar las siguientes

1º) Hay que examinar qué fallos o sentencias crean jurisprudencia. Respuesta: Sólo crean jurisprudencia las sentencias provenientes del Tribunal jerárquicamente superior. Hoy en día en España ese Tribunal es el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional para las materias que versen sobre cuestiones de la Constitución española de 1978. Lo dicho del Tribunal Supremo lo mismo vale igualmente para en su caso y para sus respectivos ámbitos de los Tribunales Superiores de Justicia. No crean jurisprudencia las sentencias de los Tribunales "inferiores" ni las que proceden de otros órganos administrativos, en forma de resoluciones, como las resoluciones de la de Dirección General de lo Contencioso o las de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que tienen reconocido e indiscutible valor científico, pero no de Jurisprudencia en sentido.

Un 2º) requisito sería que sólo crean jurisprudencia las sentencias "primeras" o "rescindentes", las que casan-anulan- la sentencia de un Tribunal inferior.

3º) es que las sentencias provengan de la sala correspondiente del Tribunal Supremo, según la materia. Hoy en día el T.S. está integrado por cinco salas:

La sala primera o de lo Civil

La sala segunda o sala de lo penal

La sala tercera o sala de lo contencioso-administrativo

La sala cuarta o sala de lo social y

La sala quinta o sala de lo militar.

Cuando la materia es la justicia constitucional, el competente es el Tribunal Constitucional.

Comprobamos de esta forma como el T.S. y el T.C. no están ligados entre sí por una relación jerárquica de subordinación de uno al otro. Se diferencian entre sí por el distinto ámbito material sobre el que son competentes. El T.C. es la garantía de la Constitución como última instancia decisoria, que ejerce el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

4º) Para que haya jurisprudencia en España es necesario un cierto hábito en la manera de decidir una cuestión. Se requiere reiteración de fallos idénticos. Éste es un requisito cuantitativo o numérico de la jurisprudencia. Hacen falta dos o más sentencias más sentencias.

5º) El requisito de la reiteración, en sentido cualitativo, en nuestro país se exige para que haya jurisprudencia la "identidad sustancial de los fallos". Se requiere que los fallos sean idénticos, una igualdad o uniformidad de criterio al resolver una cuestión, lo que exige que se trate de supuestos esencialmente idénticos y soluciones igualmente idénticas

VALOR JURÍDICO DE LA JURISPRUDENCIA:

Actualmente hay una polémica doctrinal sobre su valor doctrinal, sobre si la jurisprudencia es o no fuente del Dº. Algunos juristas sostienen enfáticamente que los jueces crean Dº., que incluso lo crean en la tradición jurídica continental; otros de la misma manera, afirman lo contrario.

Razones esgrimidas para afirmar una u otra postura:

No es fuente del Derecho: se basan en una interpretación estricta del principio de la división de poderes, este principio dice que el plano de la creación de Derecho y el de su aplicación están separados. Al poder legislativo le compete la creación de normas, al judicial le corresponde sólo su estricta aplicación. Según este razonamiento, el juez debe limitarse a ver si los hechos probados –los "Resultandos" o premisa menor- se subsumen en los fundamentos del Dº - "Considerandos" o premisa mayor- y, en virtud de ese silogismo, dictar la sentencia o el fallo correspondiente, sin que medie actividad creadora del Dº. Ponemos un ejemplo de la manifestación de la teoría de la subsunción en el ordenamiento jurídico español: art. 117 de la C.E. habla de "jueces y magistrados independientes, inamovibles y *únicamente sometidos al imperio de la ley*".

Partidarios del carácter creador de la jurisprudencia como F. del Dº. basan su postura en que el principio de división de poderes ha sufrido una evolución histórica desde su formulación originaria (por Montesquieu), y ya no limita al juez a ser "la boca" que pronuncia las palabras de la ley, sino que, por lo menos en los casos de antinomias y lagunas, se deja un margen creativo más amplio al juzgador. Y aquí traen a colación, para fundamentar su postura, la teoría del Dº. como pirámide normativa de Kelsen y la teoría de la textura abierta de Hart. Según Kelsen el O.J. tendría una estructura gradual o escalonada, en la cual las máximas judiciales emplazamiento, en el último escalón de la pirámide, en las llamadas normas concretas, dentro de esta pirámide. Para la teoría de Hart, junto a los casos claros, en el ordenamiento existirían los casos dudosos y las zonas de penumbra, y para darles respuesta el juez tendría una mayor libertad creadora que en lo primeros. En el terreno legal, en 3º lugar, se esgrime como argumento a favor del carácter de la J. como F. del Dº. el art. De la L.E.C., tras la reforma del 1984, en el que la jurisprudencia aparece equiparada a la norma jurídica general en orden a la fundamentación del recurso de "casación".

Detractores de esta teoría: indican que nada en contra significa que la infracción de jurisprudencia permita fundamentar el recurso de casación: la jurisprudencia no es autónoma; es aplicación de la ley y a la ley remite. La fuente real de Dº. no es la jurisprudencia sino la "ley jurisprudencialmente interpretada".

"De iure" en el Dº. privado la cosa está bastante clara. La jurisprudencia en el Dº. español no es fuente del Dº ni antes ni después de la reforma del Título preliminar del C.c. de 1974. Razones:

La jurisprudencia no crea norma, se limita a interpretarlas y aplicarlas, y la fuente en sí las crea.

El art. 1º del C.c. no enumera la jurisprudencia entre las F. del Ord.Jurd., y esta enumeración es exhaustiva

La palabra que designa la función de la jurisprudencia en el Título preliminar del C.c. es la de "complemento" del Or.Júrd. Si en su lugar dijera "completa" en lugar de complementa, podríamos entender que sí se trata de una fuente del Derecho, pero tal y como está redactado no.

Sin embargo "de hecho" la jurisprudencia es muy importante. Se dice que la ley reina y la jurisprudencia gobierna. Incluso alguna vez el Tribunal ha dicho que es fuente, pero no en sentido formal, sino que es una fuente "material", "indirecta", "secundaria" o "impropia", o sea que no es fuente del Derecho verdadera. Tiene valor de interpretación orientadora, autorizada, pero no es vinculante. La jurisprudencia no vincula a los tribunales inferiores, éstos sólo dependen de la ley. Tampoco vincula al T. S. o al T. C. Sin embargo habría que decir que el T. C. a partir del reconocimiento de la exigencia de que los casos iguales sean tratados de igual manera, el T. C. ha elaborado una doctrina que, según algunos, supone la instauración de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Esta doctrina de la igualdad en el tratamiento de casos iguales supone que un mismo órgano no pueda modificar el sentido de sus decisiones anteriores para un caso igual, si lo hace ha de justificar de manera suficiente y razonable ese fallo.

Hay que decir que cambiar de jurisprudencia es posible a veces incluso conveniente. Se "puede" cambiar porque tanto el T. S. como el T. C. no quedan vinculados para el futuro por los criterios que adopten. La jurisprudencia de estos tribunales tiene que ser dinámica, no estática. Se aconseja el cambio porque la jurisprudencia anterior puede estar equivocada, lo sabio es cambiar y corregir errores, sabemos que "humanum est errare".

Por último hay que añadir que cambiar de jurisprudencia plantea un problema: ¿Si hay más de una jurisprudencia sobre una cuestión, cuál hay que seguir o considerar cómo auténtica?. A veces se ha dicho que la más "moderna", pero como hemos dicho que el Tribunal no queda vinculado por su propia jurisprudencia puede tener en cuenta otro criterio, sigue con libertad para volver a la "antigua" (– aún teniendo en cuenta el aforismo "la ley posterior deroga a la anterior" –) o incluso adoptar otra distinta de ambas y, de hecho hay algunas materias en las que así ha ocurrido.