

ESTUDIOS

EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Por JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO (*)

1. DELIBERACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

En la tercera parte de su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia, ocupándose del razonamiento jurídico, Luis Figa Faura (1) distingue deliberación y argumentación. De ellas escribe que la segunda es retórica en cuanto tiene un destinatario al que trata de convencer, de persuadir; y, en consecuencia, trata de *utilizar los medios más adecuados para conseguirlo*, lo mismo que ocurre con los textos o discursos políticos, éticos, económicos, filosóficos, sociológicos, religiosos, e incluso los científicos, incluidos los matemáticos. El juez –dice– «al publicar la sentencia, se propone, *como cualquier persona que comunica a otro su pensamiento*, persuadir al oyente o lector, mediante la argumentación que cree más adecuada, de la verdad de sus afirmaciones o del acierto de sus opiniones o decisiones».

La palabra «razonamiento» –dice (2)– «se utiliza no pocas veces de forma indebida, con dos significados distintos: una cosa es la comunicación a terceros del propio pensamiento –comunicación que, dada su naturaleza retórica, prefiero llamar *argumentación*– y otra muy distinta es la *formación* del propio pensamiento que, naturalmente, es previa a aquélla y que prefiero llamar *deliberación*. Una cosa es la meditada deliberación, pausada, solitaria, del jurista en su estudio, y otra muy distinta la exposición pública, estructurada, argumentativa de los resultados conseguidos con aquélla; una cosa, nos dice Leibniz, es *cogitatio* y otra *sermo*. Para Schleiermacher la primera exige *subtilitas intelligendi* y la segunda *subtilitas argumentandi*.

Después de exponer las opiniones del griego clásico Isócrates y del belga contemporáneo Perelman, de que la argumentación no hace más que exterior-

(*) Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y Ciencias Morales y Políticas (Madrid).

(1) Figa Faura, Luis, «Lógica, tópica y razonamiento jurídico», Madrid, *Real Academia de Jurisprudencia*, 1993, 58-59, págs. 152-156.

(2) *Ibid.*, 60, págs. 156-158.

rizar, reproduciéndolo, el proceso deliberativo, opone: «No puedo estar de acuerdo con la opinión de estos importantes personajes. Si la argumentación jurídica se sirve fundamental, si no exclusivamente, de los tópicos –y por tal razón se dice de ella que es tópica– y si puede ser calificado de tópico si es aceptado, o si se supone que será aceptado como esquema válido de argumentación por aquél o aquéllos a quienes se quiere persuadir, no parece que mi aceptación del tópico que yo mismo me propongo pueda proporcionar ninguna garantía de acierto –a menos que lo que intente sea el autoengaño o que lo que consiga sea un total desdoblamiento de la propia personalidad.

«Con ello no niego posibilidad de que la *argumentación* pueda en uno o muchos casos, reflejar o reproducir exactamente el camino seguido por el jurista en su *deliberación*; pero esta posibilidad no impide afirmar que, *por lo menos conceptualmente*, deliberación y argumentación sean cosas completamente distintas y que, por tanto, merece la pena el estudio detallado de la primera prescindiendo, de la no demostrada identidad de ambas; estudio que pretende nada menos que hallar respuesta a la pregunta de *qué se propone y qué hace el jurista* cuando, a solas, prepara su tratado, ensayo, conferencia, dictamen o sentencia».

Luis Figa se centra específicamente en la deliberación judicial, para lo cual se hallaba dotado de suficiente experiencia pues en 1976 había sido designado magistrado del Tribunal Superior de la Mitra de Andorra y, en 1988, presidente del mismo, función que seguía ejerciendo, cuando expuso su discurso en 1993.

Su punto de partida es comparar la deliberación doctrinal con la judicial (3): «Puedo decir que la primera termina en una *conclusión* y la segunda en una *decisión*. Dicho de otra manera no muy exacta, la deliberación doctrinal es un razonamiento práctico. Con mayor exactitud puedo llegar a la conclusión de que la deliberación del juez no termina en una *decisión*, sino en la *puesta en práctica de esta decisión*, mediante la emisión de un pronunciamiento *performativo* de un *fallo* modificador del mundo. Creo que la diferencia esencial, entre lo doctrinal y lo judicial, consiste en que el pronunciamiento a que llega el doctor es siempre *abierto*, en el sentido de que admite toda clase de rectificaciones y modificaciones; el pronunciamiento del juez, en cambio, es *cerrado*, modifica el mundo y no admite modificaciones –como no sean las que imponga una instancia superior distinta del juez–; la decisión de ésta, por su realización mediante el fallo (que no es otra cosa que el término final de su deliberación), se convierte en *irrevocable*».

Por otra parte, diferencia también Figa la deliberación doctrinal y la deliberación judicial. Ésta, tiene «como punto de partida, además de los textos lega-

(3) *Ibid.*, 71, págs. 183-187.

les, otros textos y, por encima de todo, hechos, acontecimientos y toda clase de circunstancias de personas, lugar y tiempo. Abreviadamente, el juez pone en relación el multiforme mundo de la realidad con el ordenamiento legal».

En conclusión, afirma que «el juez hace explorar todas las posibilidades que la elasticidad del lenguaje y el carácter defectivo del ordenamiento legal ofrecen para encontrar una *solución satisfactoria* al problema cuya solución le corresponde».

Eso le hace preguntar (4): «¿Cuál es esta “solución satisfactoria”? La respuesta parece obvia: es la solución justa, la justicia». Sin embargo, esto le parece un «desaforado objetivo». En primer lugar «las limitaciones e, incluso, obstáculos que el ordenamiento legal, y muy particularmente las normas procesales, ponen en su camino: el error o la inhabilidad del letrado en su *petitum* o en la proposición de la prueba», la exigencia del legislador de proteger valores como el orden y la seguridad jurídicos, la obligación impuesta al juez de rechazar, por no haber sido obtenidas legalmente, pruebas que podrían haber sido decisivas; el mismo instituto de la prescripción, «no pocas veces moralmente injusta». En fin advierte de la dificultad de encontrar lo justo frente a la facilidad de detectar lo injusto. Por ello consiera que «el juez se propone y acepta que su fallo sea el menos injusto de los posibles». Yo prefiero decir, *el más aproximado posible a lo que estime justo en el caso controvertido*.

En lo referente a la *deliberación* del juez o tribunal, pienso que el mejor camino deliberativo es el de *tipificar* los supuestos de hecho normativos, no sólo legales sino jurisprudenciales, que siempre ayudan a diferenciar y distinguir para poder decidir más matizada y afinadamente.

La *argumentación*, ciertamente, es efectuada *a posteriori* para justificar la decisión alcanzada con la deliberación, muchas veces alumbrada o ayudada por la que Savigny denominaba la «intuición viva del juez» (5).

Ese superponer a la deliberación oculta, y para justificarla, la argumentación expresada en los fundamentos de derecho de la sentencia, obedece siempre al deseo de convencer —como dice Figa—; pero, además, ha podido y puede obedecer a otras motivaciones, que en ocasiones, son de mucho peso o, en otras, de menos entidad. Ilustran que es así algunos datos perfectamente constatados.

Kantorowicz (6), como ejemplo de una voluntad de justificar una resolución de antemano tomada, recuerda que Bartolo «primero dictaba la resolución» y «luego hacía buscar, en el *Corpus iuris*, a su amigo Tigrino los pasajes aplicables, puesto que él “tenía poca memoria”».

(4) *Ibid.*, 72, págs. 187-189.

(5) Cfr. Nörr, Dieter, «La intuición viva del juez», *R.J.C.*, 1981, págs. 227 y s.

(6) Kantorowicz, H., «La lucha por el derecho», cfr. en castellano, en *La ciencia del derecho*, Valparaíso, *Rev. de Ciencias sociales*, 1979, págs. 342 y ss.

Es sabido que el recurso de casación fue creado en Francia para salvaguardar la aplicación de la ley del arbitrio de los jueces, tendente a salirse de ella si lo creían preciso para conseguir en cada caso la justa solución de los hechos enjuiciados. No obstante, como a finales del siglo XIX advirtió Gény (7), la exigencia de la alegación de un texto preciso para formalizar un recurso y para estimarlo, revocando la sentencia recurrida, no sería óbice para que «estas exigencias de pura forma» las salvaguardara la práctica mediante «una amplia interpretación de los textos invocados». Por tanto, en esos casos la argumentación trataba perentoriamente de justificar esa interpretación para salvaguardar la resolución del caso decidido por una previa deliberación que atendía al caso de conformidad a la naturaleza de la cosa.

De ese modo se apartaba de la escuela de la exegesis, que, entendía la interpretación como un proceso de lógica formal, en el cual el hecho, como premisa menor, debía ser subsumido en el texto de la ley o artículo del código civil considerado aplicable como premisa mayor del silogismo jurídico. Pues, bien, según relata Recasens Siches (8): «En 1908, un famoso abogado del foro de París, Jéan Cruet, tuvo la feliz ocurrencia de poner negro sobre blanco, y decir a voz en cuello algo que nadie osaba a decir en voz alta, a saber: el hecho de que a pesar de los convencionalismos predominantes, según los cuales se suponía que la función jurisdiccional se desarrollaba y debía desarrollarse mediante el camino estricto de la deducción lógica, había sucedido, por el contrario, que de hecho, real y efectivamente, la Corte de casación francesa había operado de una manera completamente diversa, produciendo una interpretación adecuada y creadora, bien que dicho Tribunal habitualmente ocultaba sus propios razonamientos, disfrazándolos, bajo la careta de una presentación pseudo lógica de apariencia deductivista». Ahí tenemos unos supuestos de argumentación lógico-exegética, ocultando una deliberación conforme a la experiencia jurídica, la naturaleza de la cosa o la lógica «razonable».

Habitualmente, sin embargo, la argumentación no tiene más finalidad que la de justificar la adecuación al caso de la resolución obtenida por deliberación.

Puig Brutau (9) ofrece esta razón: «La necesidad de dictar una sentencia justa, y al mismo tiempo, la de imputar la solución, cualquiera que sea, a la previsión del legislador, da lugar a que en el derecho de los sistemas continentales, en ciertos casos [...] no sólo se completa el orden jurídico con el valor ejemplar que se desprende de la sentencia recaída, sino con afirmaciones que explican el sentido doctrinal de los preceptos del Código civil».

(7) Gény, F., *Método y fuentes de interpretación del derecho privado positivo*, Madrid, Hijos de Reus, Ed. 1902, 178, pág. 592.

(8) Recasens Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, cap. IX, 8, pág. 416.

(9) Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, s.f. cap. III, 6, pág. 212.

¿Cómo suele argumentarse? En el juzgado y en los tribunales de instancia, suele razonarse argumentativamente ya sea a tenor de las alegaciones de los fundamentos de derecho aducidos por las partes, siguiéndolos, combatiéndolos, o bien tomando otro camino, en virtud del principio *iuris novit curia*. En las sentencias de casación suele argumentarse siguiendo o combatiendo las alegaciones del recurrente o recurrentes o bien los argumentos del tribunal de instancia y, finalmente, aduciendo las razones justificativas del fallo previamente deliberado por el magistrado ponente, por la sala o por el pleno.

Para terminar, añadiré que esta distinción, expuesta por Figa, entre deliberación y argumentación, me hace evocar, guardando las distancias, la explicada hace más de quinientos años por Tomás Mieres (10), apoyándola en Papias, otros quinientos años anterior a él: «*ratio est mentis motus qui dicuntur discernere vel convincere volens*», y «*ratio tinatio est rationabilis subtilisque disputatio a certis ad incertorum indagacionem cogitatio*».

La deliberación judicial es fruto del *sensum naturalis* y la *bona ratio*, en el discernimiento de la resolución conforme a derecho más ajustada al caso. Su argumentación es la *ratio tinatio*, que discute las alegaciones de las partes y trata de justificar la resolución previamente discernida en la deliberación efectuada.

2. LA *RATIO DECIDENDI* Y LOS *OBITER DICTA* EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

Lo que acabamos de observar se relaciona íntimamente con la siguiente observación efectuada, en 1951, por Puig Brutau (11): «Dado un hecho o conjunto de hechos antecedentes de los que resulta algún problema o conflicto de intereses, es preciso averiguar qué solución práctica ha recaído para extraer del caso, como de un experimento, las consecuencias normativas útiles para casos venideros, sin necesidad de discutir el empleo de palabras determinadas por parte del juzgador. Los razonamientos de éste, es decir, lo que llaman *opinions* [en el *common law*] y nosotros diríamos “considerandos” [hoy “fundamentos de derecho”], son más útiles para demostrar [argumentar] la correcta manera de proceder el juez [en sus deliberación] que para formular una generalización normativa. Tal vez por ello, Hutcheson dice que la *opinion* es la “apología” que el juez escribe para justificarse».

Esta observación empalma el enunciado de este epígrafe con el tema tratado en el apartado anterior. Pero, antes de pasar de aquél al que queremos tra-

(10) Mieres, Tomás, *Apparatus super constitutionibus curiarum Generalium Cathaloniae*, 2.^a ed. Barcelona, Impr. Sebastián Cornellas, 1623, I, coll. II, cap. I, 35, pág. 14.

(11) Puig Brutau, José, *op. cit.*, III, 6, págs. 211 y s.

tar aquí, creo conveniente recordar una vieja distinción bajomedieval. En su glosa al rescripto *Inter aequitatem* (*Cod.* 1, 14, 1, que reservaba al emperador la aplicación de la equidad), Hugolino –recogiendo anteriores distinciones efectuadas por otros glosadores– distinguió cuatro tipos de interpretación, que, en su glosa ordinaria, fue mantenida por Accursio (12):

- La del príncipe: general, necesaria y puesta por escrito.
- La efectuada por la costumbre: general y necesaria, pero no escrita.
- La del juez: necesaria y puesta por escrito, pero no general.
- Y la de los doctores: general pero no necesaria, ni obligatoriamente puesta por escrito.

Coetánea o posiblemente algo antes que Hugolino, San Raimundo de Penyafort (13) distinguía: «*quoniam alia est generalis, necessaria, et in scriptis redigenda; alia generalis et necessaria sed non in scriptis redigenda; alia necessaria et in scriptis redigenda, sed non generalis; alia nec generalis, nec necessaria, nec in scriptis redigenda*». Estas cuatro especies de interpretación corresponden –según dice–: «*Prima est principis*»; «*Secunda est consuetudinis*»; «*Tertia est interpretatio iudicis*», «*Quartae est doctoris*».

Es decir, las sentencias judiciales eran necesariamente imperativas para las partes en relación con el caso singular enjuiciado; pero no lo eran de modo general como lo serían si fueran normas legales o costumbres.

En ese sentido, de la singularidad de las sentencias diría, siglos más tarde, Fontanella que «*ultra non extendetur quod importat verborum sonus*» (14). Naturalmente el tenor de su decisión, ya que, como hemos visto antes, «*minima mutatio facti, mutat totum ius*» (15).

Con esta perspectiva tiene relación la pregunta que formula y responde Puig Brutau en el párrafo siguiente al recién citado (16): «Las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, ¿pueden citarse desligadas de los hechos, es decir, sólo por el sentido normativo que puede desprenderse de la doctrina contenida en sus considerandos, con independencia de las circunstancias del caso que ha dado lugar a la sentencia? Nuestros jueces y abogados saben muy bien que en los escritos judiciales se citan sentencias, en ocasiones, que no son pertinentes al caso debatido, debido a las circunstancias distintas del caso en que fueron dictadas. En el fondo existe también entre nosotros una técnica afin al *distinguishing* anglosajón, que estriba en afirmar que un precedente no es aplicable a un nuevo caso por presentar éste caracteres que lo diferencian del que dio lugar al precedente invocado. Por más que en nuestra práctica forense se manifieste la tendencia a citar la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo,

(12) Accursio, glosa al *Cod.* 1, 14, 1, *Inter aequitatem, in fine*.

(13) San Raimond de Penyafort, *Summa iuris*, I, 7.

(14) Fontanella, *Decisiones Sacri Regi., Senatus Cathaloniae*, descis. CCXLVII, 17.

(15) *Ibid.*, decis. XLVIII.

(16) Puig Brutau, J., *loc. cit.*, págs. 211 y s. y nota 11 de ésta.

especialmente de su Sala 1.^a, como si se tratara de afirmaciones equivalentes a preceptos complementarios de los contenidos en el Código civil, todos los juristas prácticos conocen sobradamente el partido que puede sacarse del examen de la cuestión de hecho que dio lugar a la jurisprudencia invocada, para poner de relieve las diferencias con el caso a que trata de aplicarse. Qué no siempre sea así, es decir, que muchas veces la jurisprudencia de la Sala 1.^a de nuestro Tribunal Supremo tenga un indudable valor abstracto, a manera de una pura afirmación normativa desligada de toda cuestión de hecho subyacente, es debido a que buena parte de la doctrina de tales sentencias ha de estar dedicada a esclarecer el sentido de las palabras empleadas por el legislador. Con el resultado de que, dicha aclaración, no ha de poder depender, naturalmente de las circunstancias de un solo caso concreto».

En nota, advierte que, tal vez, sería útil considerar la relación de esta distinción con la corriente en la doctrina anglosajona –lo decía en 1951, ya que hoy también lo es entre nosotros– de «*ratio decidendi* (aquella parte de la sentencia que expresa la verdadera causación o razón decisiva del fallo) y *obiter dictum* (o lo que el juez, al razonar o argumentar, dice de pasada y sin constituir la razón específica del fallo, aunque se refiera a conceptos del ordenamiento jurídico en el que se funda)».

Según dice Federico de Castro (17): «Sólo puede considerarse doctrina legal a lo que haya sido motivo decisorio en las sentencias que se alegue la contienen» [...]. «Para conocer la *ratio decidendi* de la sentencia hay que examinarla en su integridad. Muchos de los razonamientos se dan “a mayor abundamiento” y tienen carácter de declaraciones auxiliares, innecesarias y, en tal caso, no decisivas». «Son –añade en nota– los que se llaman *obiter dicta* en la doctrina inglesa. Las doctrinas sentadas, con más o menos oportunidad, en los considerandos de una sentencia no sirven de fundamento para el recurso de casación, S.T.S. 11 de octubre de 1866; sólo es susceptible de casación la sentencia que en su parte dispositiva infrinja la ley o doctrina legal y no sus fundamentos o considerandos, S.T.S. 27 de marzo 1858, 13 junio 1860, 23 marzo 1861, 19 diciembre 1861, 28 septiembre 1866, 7 noviembre 1900, 8 y 2 abril 1903, 14 abril 1913, 11 marzo 1921, 23 diciembre 1933, 2 marzo 1945. El artículo 1691 L.e.c. [entonces vigente] limita el recurso a la “*infracción de ley o doctrina legal en la parte dispositiva de la sentencia*”. Del mismo modo que no se puede infringir doctrina legal más que en la parte dispositiva, sólo en ella se podrá crear». Aunque en las últimas versiones de la L.e.c. haya desaparecido ese inciso «en la parte dispositiva de la sentencia» –advierto yo–, es ya doctrina consolidada la expresada, reiterada en numerosísimas sentencias, anteriores y posteriores a ella.

(17) De Castro, Federico, *Derecho civil de España - Parte general*, vol. I, 3.^a ed., Madrid, IEP, 1955, IV, cap. II, II, 2, b, pág. 564 y nota 3 de este III, 2.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (18) sintetizan que, según doctrina constante del Tribunal Supremo, para que la jurisprudencia cumpla su función complementaria de doctrina legal, entre otros requisitos, es necesario «que los criterios o doctrinas hayan sido utilizados como razón básica para adoptar la decisión (*ratio decidendi*). No tienen, por consiguiente, valor de jurisprudencia las afirmaciones que el Tribunal puede haber hecho con carácter incidental o como argumentaciones subsidiarias o a mayor abundamiento (*obiter dictum*). La distinción entre lo que en cada sentencia es verdadera *ratio decidendi* y lo que son puros *obiter dicta* constituye una delicada tarea de interpretación de la sentencia ue no es nunca fácil de hacer».

Dice Manuel Albaladejo (19) que para crear el Tribunal Supremo «doctrina legal» o jurisprudencia es preciso que «haya sido establecida en la sentencia precisamente como *fundamento del fallo*», o *ratio decidendi*, «no basta ni que se trate de una afirmación que el Tribunal Supremo haya hecho incidentalmente, ni que se trate de una doctrina que, aun recogida en alguno de los considerandos, hoy fundamentos de derecho de la sentencia, no constituye premisa indispensable y obligada o antecedente necesario de que arranca para resolver el punto litigioso, es decir no constituye premisa indispensable de la sentencia»; y, al final, insiste en que no se trata de «una afirmación hecha accidentalmente, o que no es de esencia para la resolución a que se llegue, o que se dice ocasionalmente, *obiter dictum*». En nota añade que «jurisprudencia sólo la hay en lo que resta después de ajustar el posible *exceso verbal* de las afirmaciones del T.S. al caso resuelto».

Como acabamos de ver, L. Díez-Picazo y A. Gullón hablan del carácter incidental o de argumentación subsidiaria de los *obiter dicta*, y Albaladejo de lo dicho incidentalmente o accidentalmente, o que no es de esencia para la resolución a que se llega. Creo que también constituyen *obiter dicta* las consideraciones ajenas al caso y las generalizaciones que exceden de la relación existente entre los hechos del caso y la decisión adoptada en la sentencia.

Del primer tipo es el *obiter dictum* repetido expuesto en las S.T.S. 7 de julio de 1986, 26 de junio y 27 de julio de 1987, que en la sucesión de títulos nobiliarios seguían el criterio de preferencia de edad sin distinción de sexo, como también la S. de 18 de abril de 1995 contra cuyos argumentos el magistrado Jesús Marina Martínez-Pardo razonó el voto particular formulado por él, que argumentó la preferencia de la masculinidad en materia de sucesión de títulos nobiliarios. Este voto particular fue tomado como base para formular el

(18) Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio, *Sistema del derecho civil*, vol. I, 8, II, 10.^a ed., Madrid, Tecnos, pág. 154.

(19) Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, vol. I, §17, 6, 15.^a ed., Barcelona, Bosch, 2002, págs. 135-137. Cita Albaladejo abundantísimas sentencias en ese sentido a contar de las de 14 noviembre y 20 diciembre de 1980 la de 18 de mayo de 2000; y pone especial énfasis en que la de 30 de junio de 1967 emplea las expresiones *ratio decidendi* y *obiter dictum*.

recurso contra dicha sentencia de 1995 ante el Tribunal constitucional, que en sentencia de 3 de julio de 1997, dio lugar a que se impusiera el criterio sostenido en dicho voto, ya que, a seguido de ésta, la elevaran a doctrina legal cinco sentencias del Tribunal Supremo del mismo día 13 de diciembre de 1997.

Del segundo tipo, son –pongo por ejemplo–, la consideración, repetida en las Ss.T.S. de 12 de enero de 1906, 10 de mayo y 24 de septiembre de 1982 y 14 de marzo de 1997, afirmativa de que el art. 552 C.c., sólo es aplicable a las servidumbres rústicas y no a las urbanas. Pero ocurre que, en la sentencia de 12 de enero de 1906, se trataba de que, en el predio inferior y en el mismo lindero del superior, se había construido una casa y, en el superior, junto a ella se había subido el nivel del suelo, acumulando un metro de tierra que ocasionaba humedades en aquélla casa. En la de 10 de mayo de 1982 se habían efectuado obras en el predio superior, que motivaron las filtraciones de agua producidas en el inferior. La S. de 24 de septiembre de 1982 resuelve un caso en el que una fábrica, que tomaba agua de una acequia de riego, la volvía a verter contaminada a ella. En la de 14 de marzo de 1997, las aguas del predio superior vertían en el inferior en virtud de determinadas obras hechas en aquél.

Todas esas sentencias contienen sendos *obiter dicta* al considerar que el artículo 552 no es aplicable a las servidumbres urbanas, siendo así que de su respectivas *rationes decidendi* sólo resulta que el art. 552 C.c. no es aplicable cuando por acción del hombre –que es normal en los predios urbanos, pero que no siempre ocurre en los jardines– se varía en el predio superior el curso natural de las aguas en perjuicio del predio inferior.

Jesús Marina Martínez-Pardo (20), en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia, ha efectuado por primera vez, que yo sepa, una cuidada labor de clasificación, con examen metódico de las sentencias del Tribunal Supremo, de las diferentes clases de *obiter dicta* utilizados, distinguiendo: los que contienen lecciones de derecho; los que son presagio de un cambio de criterio; los que sostienen una crítica de disposiciones legales; los reveladores de una ideología; los indicativos del cauce procesal adecuado; los que incluyen razonamientos que reflexionan acerca de las alegaciones referidas a los denominados supuestos de la cuestión; los constituídos por sobreadundancia de razonamientos, y los contenidos de votos particulares.

Esta distinción, entre los *obiter dicta* y la *ratio decidendi* de una sentencia, y el valor que tiene la reiteración de una misma *ratio decidendi* –por lo menos en dos no contradichas–, es importante para la formación de doctrina legal constitutiva de jurisprudencia, aducible en el recurso de casación. Por eso, esta

(20) Marina Martínez-Pardo, Jesús, *Labor del juez: Precedentes, «ratio decidendi» y «obiter dictum»*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 2004, V, 1-9, págs. 49-69.

cuestión nos conduce a otra muy debatida, tanto si se pone o no en relación con ella el art. 1, 6, C.c.: «*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*».

No voy a entrar en la discusión que se ha suscitado –a mi juicio más bien teórica y de nombre (21)– acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho (22). Metodológicamente considero más interesante observar, con una perspectiva histórica, el valor dado de hecho a los precedentes judiciales en los diversos sistemas jurídicos.

En el derecho inglés, el precedente judicial, según Coke (*Reports* VII, 114), no creaba el derecho, sino que el derecho era inducido por los tribunales de la realidad de los hechos y dictado por la razón, no abstracta y suprahistórica, sino operante con datos de la historia y de la realidad en sí, fruto de una sabiduría en que la razón va unida a la experiencia secular (23). En esa labor los tribunales superiores habían formulado unos principios, que no los creaban sino *descubrían*, orientados moralmente, que venían a constituir un armazón iusnaturalista que guiaba sus soluciones. Para determinarlas, empleaban frecuentemente la analogía, guiada por esos principios. Por eso el precedente tenía un indudable peso específico en cada caso, para observar lo que hubieran resuelto los predecesores. Pero no era vinculante; por lo cual, un tribunal podía apartarse de la doctrina sentada en sentencias anteriores en caso de darse cuenta de que aquella era contraria a la razón. Pero –como observaría Blackstone– no se pretendía con ello elaborar un nuevo derecho, sino precisamente indicar cuál era el viejo derecho, liberándolo de una interpretación anterior errónea (24).

Después, las leyes del Parlamento y los *asises*, u ordenanzas de las leyes, se sumarían al derecho judicialmente alumbrado, pero el número de leyes continuaría siendo bastante inferior al de *reports* de las decisiones judiciales (25).

Los *year books* y el *register of wirts* llegaron a formar sendos cuerpos de doctrina –basados en el derecho natural, descubierto y sentado por las sentencias de los tribunales a lo largo de la historia– que de hecho y poco a poco propiciaron la práctica del precedente e, incluso, que se exigiera en principio el *rule*

(21) Respecto de la disparidad o equivalencia de las expresiones «doctrina legal» y «jurisprudencia», cfr. *Parte sistemática*, 254, b, pág. 1333, párrafos correspondientes a las notas 163 y 164, y López Vilas, Ramón, *La jurisprudencia y su función complementaria del orden jurídico*, III, 2, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 2001, págs. 77-81.

(22) Cfr. en esta cuestión Ramón López Vilas, loc. cit., III, 3, págs. 83-101.

(23) Cfr. Guido Fassò, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 2, 19, 5; cfr. ed. en castellano, Madrid, Pirámide, 1962, págs. 47 y s.

(24) Cfr. Recasens Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, cap. 29, 1, México, UNAM 1983, págs. 582 y ss.

(25) Cfr. Jenks, Edward, *El derecho inglés*, Madrid, Ed. Reus, 1930, *Preliminares*, cap. III, págs. 63 y ss.

of law, determinante de la oponibilidad de los precedentes a los actos de ministros y funcionarios.

De hecho la utilización de esos cuerpos de doctrina judicial llevaría a su positivación y a que, en general, más que en los principios, el precedente se apoya en la interpretación extensiva o en la analogía de la propia doctrina judicial.

Esta positivación ha sido mayor en los Estados Unidos de América, donde se llegó al *case-method*, vinculándose éste al pragmatismo, *made in U.S.A.* y al utilitarismo, bajo la influencia de los ingleses Bentham, Austin y John Stuart Mill –que han sido más profetas allende los mares que en su Inglaterra–, llegándose plenamente al positivismo. Aunque siempre basado en la reiteración de una misma *ratio decidendi*.

En otros volúmenes (26) hemos visto que después se produciría cierta reacción iusnaturalista realista y práctica, iniciada poderosamente por Roscoe Pound y seguida, entre otros autores, por Llewellyn (27). También vimos que, siguiendo la concepción neoconstructivista, iniciada por John Rawls, de unos principios morales con trascendencia jurídica, Ronald Dworkin –que introdujo ciertas rectificaciones en el modelo de Rawls– depuró el sentido en que generalmente es entendida la denominada discrecionalidad del juez. En varios lugares de mis anteriores volúmenes me he ocupado de esto (28). Con su perspectiva, dice Dworkin (29) que al juez sólo le es permitido cambiar una doctrina jurídica existente teniendo en cuenta una constelación de principios, si las razones que fundamentan la aplicación de un principio son más fuertes que las contrarias.

En el derecho continental europeo, era doctrina en el *ius commune* que la interpretación judicial era considerada *necesaria* –en el sentido que se imponía– *pero no general* –significando que no creaba doctrina aplicable a casos distintos–. Así el juez, atendiendo a la realidad del caso, tenía una gran amplitud interpretativa, aun cuando utilizara la mediación de las normas que debía seguir. Peguera (30) repitió la explicación dada por Aristóteles (31) de que, como las leyes estaban redactadas atendiendo a «*id quod in pluribus accidit*», podían fallar en algunos casos. Y aún le dio mayor fuerza, diciendo que a veces podía resultar inicuo –«*esset iniquum*»– aplicarlas.

(26) Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho, I, Perspectiva histórica*, Madrid, 327, págs. 1248 y ss. y *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, I, La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002.

(27) Cfr. *Perspectiva histórica*, 328, págs. 1254 y ss. y *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 1.º, 141, b, pr. 139 y s., d y e, págs. 140 y s.

(28) Cfr. *Metodología de las leyes*, 113, c, págs. 271-274, *Perspectiva histórica*, 331, págs. 1266 y s., y *Parte sistemática*, 137, pág. 710 *in fine*-713.

(29) Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2, 5-6, Barcelona, Ariel, 1984, págs. 91-100.

(30) De Peguera, Lluís, *Decisiones aureae*, cap. 51, 2.

(31) Aristóteles, *Ética*, V, 10, 1137 b-1138 b.

A la inversa, por su singularidad, las sentencias no constituían precedentes normativos, pues –como explicaba Fontanella– «*ultra non extandatur quam importat verborum sonum*» (32), ya que «*minima mutatio facti, mutat totum ius*» (33). En el mismo sentido, Joseph Ramón (34) dictaminó que las decisiones de la Real Audiencia de Cataluña, «*non obligant in futurum, nec habeat vim legis generalis*». E incluso, en tiempos de Carlos II, el fiscal general de Cataluña, Francisco Llampillas (35) –según ha comentado Maspons Anglasesell (36)– prevendría a los estudiosos contra el seguimiento no razonado de las resoluciones anteriores [en realidad, como he comprobado releyéndolo, Llampillas se refirió en concreto a las opiniones de los doctores], aconsejándoles que no imitaran a aquellas aves que, estúpidamente, vuelan en una dirección determinada sólo porque otras las preceden.

Si el hecho del caso es determinante de su específica resolución, ningún fallo, judicial debe ser *imperativo* para futuras sentencias. Pero, en cambio, sí que pueden ser orientadores sus *razones*, y, si llegan a constituir doctrina jurisprudencial y completan el ordenamiento jurídico, deben seguirse como normas, pero naturalmente tan sólo si existe igualdad de supuesto. En efecto –advíertase bien– no sería razonable que el arbitrio de los tribunales fuese menor ante esa doctrina jurisprudencial que frente al texto de las leyes.

En España y en Francia podemos decir que ha ocurrido lo mismo que, acerca de esto escribió Esser (37), en Alemania. En realidad –dice–, sucede «que se encomienda al juez la tarea de formar normas atendiendo a principios valorativos no codificados y con sujeción (controlada sólo por los tribunales mismos) a criterios extralegales pero “objetivos”, o sea convencionales, de cambiante base empírica y concreción: usos del tráfico, buenas costumbres, ética profesional, buena fe, antimatrimonial, contrario al tráfico, reprochable, etc.».

De hecho, la Sala primera del Tribunal Supremo, al velar por la correcta aplicación de leyes y doctrina legal, es decir, para que se efectúe de modo tal que resulte justo, a la vez va configurando esa doctrina jurisprudencial. De ese modo –como sigue explicando Esser–, parece que la norma (en el caso acabado de exponer por él) no es «sacada del principio por vía de interpretación,

(32) Fontanella, *Decisiones* cits., desc. CCXLVII, 17.

(33) *Ibid.*, desc. XCVIII, 5.

(34) Ramón, Joseph, *Consilia et sententiae Senatus Regius Cataloniae, consilium* III, 96 y s., cfr. ed. Bononiae 1688, vol. I, pág. 43.

(35) Llampillas, Francisco, *Exposición*, incluida al principio del vol. I de los *Sacri Suprema Regii Senatus Cathaloniae, decisiones*, de Bonaventura Tristany, Barcelona, Typ. Raphaelis Figueiró, 1686.

(36) Maspons Anglasesell, F., «La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *R.D.P.*, VII, 1920, págs. 100 y ss.

(37) Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, IX, 2, Barcelona, Bosch Casa, Ed. 1961, págs. 194 y s.

sino que es creada por una síntesis judicial. Sólo la casuística nos dice qué es derecho. De todos modos, es gradual el tránsito a la creación interpretativa de reglas adheridas a supuestos de hecho. Pues la multiplicidad de estratos de todo ordenamiento jurídico da lugar en todas partes a instrucciones de distintos grados de generalidad o concreción. De ahí que el contenido sustancial de “líneas directrices y casuística” (Von Hippel) se sitúa siempre en diversos planos: en el mundo de valores del legislador y en el del juez». Por eso, en las materias donde esté consolidada una doctrina jurisprudencial, no obstante siempre es preciso seguir penetrando en la casuística específica de cada *quaestio* enjuiciada.

No debemos olvidar que, en esa doble tarea suya, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en muchas materias (comunidad hereditaria, reservas sucesorias, sociedad de gananciales), ha ido recibiendo unos criterios explicativos que varían con el tiempo al compás de las convicciones dominantes en cada tiempo en la ciencia del derecho. Esta, de hecho, ha venido obligándole —y así seguirá ocurriendo siempre— a que configure sus fundamentos de derecho a la luz de las razones que tales criterios hagan convincentes (38).

Es muy cierto que, tal como ha dicho Larenz (39): «Los tribunales resuelven casos particulares»; y, «de hecho», al hacerlo «especialmente los más altos tribunales, procuran orientarse en gran medida por tales resoluciones paradigmáticas —por los precedentes—, lo que sirve a la uniformidad y a la continuidad de la jurisprudencia judicial y, con ello, sobre todo a la seguridad jurídica» [...]. «El “precedente”, como tal, no vincula, sino solamente la norma rectamente interpretada y concretada en él». Por tanto, el juez no debe aceptar “ciegamente” el precedente». Éste, «como tal no es vinculante sino sólo la máxima de decisión en él expresada, en tanto se refiere a una interpretación

(38) Creo que hace años lo mostré con referencia a las reservas sucesorias, en *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del Código civil* (ADC, X-II, págs. 327-392; X-III, págs. 693-752; X-IV, págs. 1057-1119, XI-III, págs. 649-765; XII-III, págs. 753-846 y XIII-III, 679-880, recogido en dos vols. Madrid, INEJ 1957 y 1958, y reordenado en mis *Estudios de derecho sucesorio*, vol. V, *La reserva clásica*, y VI, *La reserva lineal*, Madrid, Montecorvo, 1983. Observé allí que algunas orientaciones genuinas fueron desviadas años después por pretender asimilarla a la naturaleza de las sustituciones fideicomisaria, o incluirla como una legítima especial. Desviaciones conceptuales que creo han de revisarse. De ellas ya ha sido revisada una de las desviaciones de la orientación primera del Tribunal Supremo acerca del art. 811 —en lo referente a la disponibilidad por el reservista de los bienes reservables entre los reservatarios lineales—, en la magnífica sentencia de 3 de octubre de 1991, de la que fue ponente el magistrado Jesús Marina Martínez-Pardo.

Asimismo el influjo que han tenido las sucesivas variaciones producidas en las concepciones doctrinales respecto de la comunidad hereditaria las observé en mi discurso de investidura como doctor honoris causa de la Universidad Autónoma de Barcelona (Bellaterra) el 14 de marzo de 1985, «Relectura entorno de la comunidad hereditaria», 11-13, recogido en *Estudios de derecho sucesorio*, vol. I, 2.^a ed., Madrid, Montecorvo, 1987, págs. 517 y ss. y, más concretamente, en las págs. 551-568.

(39) Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, ed. definitiva, cfr. en castellano, Barcelona, Ariel, 1980, II, V, 5, págs. 429 y ss.

“acertada” o complemento de normas, o si concreta un principio jurídico de modo paradigmático».

El mismo Larenz (40), en su réplica a Kriele, ratificándose en estas salvedades, advirtió que «los precedentes juegan un relevante y legítimo papel en el proceso del desarrollo judicial del derecho». Sin embargo, dejó a salvo que prevenía «contra una vinculación a los precedentes, porque me hace temer –decía– una congelación de la jurisprudencia de los tribunales». En suma, esta jurisprudencia requiere, sin duda, una flexibilidad que no impida la adecuación de la ya formada a las futuras circunstancias de hecho, siempre a la luz de los principios ético-jurídicos.

En todo caso, creo que tuvo razón Ogayar cuando explicó (41): «Se ha dicho, con verdad, que la ley no tiene valor más que si se la aplica y en el modo en que se la aplica. Es la jurisprudencia, más que la ley, la que constituye la *forma viva* del derecho [en su determinación conflictual, ya que no puede olvidarse la labor primaria de la determinación negocial], realizando, en el grado máximo posible, la aproximación del hecho a la norma jurídica, esclareciendo su sentido, fijando su alcance, integrándola con soluciones nuevas y, en definitiva, adaptándola a la vida y rejuveneciéndola». Adaptabilidad que no es compatible con la congelación de la jurisprudencia.

En suma, podemos decir, como conclusión, que la norma singular del caso enjuiciado reiterada como *ratio decidendi* se transforma en norma general, como son las leyes; pero no universal. Es decir, no son aplicables; a) si el hecho del caso no coincide totalmente con el hecho tipo elevado a doctrina legal o jurisprudencia (42); b) si es repelida por razones de equidad (43) y c) si así lo requiere el cambio de circunstancias existente al tiempo de producirse el caso (44).

(40) *Ibid.*, *Epílogo*, 2, págs. 495 y s.

(41) Ogayar, Tomás, *Creación judicial del derecho*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1975 (discurso de ingreso), II, págs. 37 y s.

(42) Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho, II Parte sistemática*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, 252, págs. 1316-1321.

(43) Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, II, Ordenación sistemática*, 2.º, Madrid, Fundación Cultural del Notariado. 2003, 214 y 225, págs. 1655 y ss. y 1712 y s..

(44) *Ibid.*, 228, págs. 1732 y ss.