

DIANA SANTIAGO IGLESIAS

**LA JURISPRUDENCIA
Y SU FUNCIÓN
EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ADMINISTRATIVO**

**Un estudio desde la óptica de los principios
de igualdad y seguridad jurídica**

Prólogo de
José María Rodríguez de Santiago

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2021

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO. SOBRE EL DIÁLOGO ENTRE JUECES Y PROFESORES	17
INTRODUCCIÓN	27

PRIMERA PARTE

LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO PRIMERO. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	37
I. LOS TÉRMINOS DOCTRINA LEGAL Y JURISPRUDENCIA EN NUESTRA TRADICIÓN JURÍDICA	37
1. El debate doctrinal suscitado en torno al empleo de dichos términos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 23 de febrero de 1881	37
2. Doctrina legal y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico administrativo tras la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal	39
3. Doctrina legal y jurisprudencia tras la reforma de la LJCA operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio	40
II. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA ...	41
1. Elementos subjetivos.....	41
1.1. Órganos judiciales que emanan jurisprudencia	41
1.2. Clasificación de la jurisprudencia en función del órgano judicial de procedencia	46

	Pág.
2. Elementos objetivos	46
2.1. El contenido de la jurisprudencia: la <i>ratio decidendi</i> o criterio decisivo	46
2.2. La incidencia del voto particular en el contenido de la jurisprudencia	51
3. La reiteración o consolidación del criterio decisivo	53
 CAPÍTULO SEGUNDO. LA EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	61
 I. LA EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES INFERIORES	61
1. Breve aproximación histórica: la infracción de jurisprudencia como motivo de recurso	61
2. La eficacia vertical de la jurisprudencia en el Derecho positivo	65
3. La interpretación ofrecida por la jurisprudencia acerca de su propia eficacia en sentido vertical	68
3.1. La eficacia vertical de la jurisprudencia según el Tribunal Constitucional	69
3.1.1. Análisis de la eficacia vertical de la jurisprudencia desde la perspectiva del principio de igualdad	69
3.1.2. Análisis de la eficacia vertical de la jurisprudencia desde la perspectiva de la independencia judicial	71
3.1.3. Análisis de la eficacia vertical de la jurisprudencia desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva	73
3.1.4. Análisis de la eficacia vertical de la jurisprudencia desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica	74
3.2. La eficacia vertical de la jurisprudencia según el Tribunal Supremo	75
4. Algunas propuestas respecto de la eficacia vertical de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico administrativo a la luz del nuevo sistema casacional	76
4.1. Fundamentos jurídicos de la posible atribución de eficacia vinculante absoluta a la jurisprudencia	78
4.1.1. Una exigencia de los principios de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva	78
4.1.2. Una consecuencia lógica de su pertenencia al ordenamiento jurídico administrativo	82
4.1.3. Una exigencia del principio de seguridad jurídica, en cuanto parte integrante del ordenamiento jurídico	86
4.2. El impulso de los cambios jurisprudenciales en un sistema de jurisprudencia vinculante en sentido absoluto: el importante papel de los órganos judiciales inferiores	88

	Pág.
II. LA EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES QUE LA EMANAN	89
1. El autoprecedente en la doctrina del Tribunal Constitucional: el juego de los principios de igualdad, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva	90
1.1. Reiteración: el apartamiento debe producirse respecto de la doctrina jurisprudencial consolidada	91
1.2. Requisitos subjetivos: procedencia del mismo órgano judicial y alteridad	91
1.3. Requisitos objetivos: sustancial identidad en los supuestos de hecho	92
1.4. La legalidad del precedente judicial	93
1.5. La eficacia vinculante relativa de los autoprecedentes: posibilidad de apartamiento previa motivación	93
2. La aplicación de la jurisprudencia constitucional sobre el autoprecedente por el Tribunal Supremo: análisis de un supuesto paradigmático.....	96
2.1. El supuesto de hecho	96
2.2. Distintas posiciones acerca de la eficacia de los autoprecedentes sostenidas respecto del supuesto analizado	97
2.2.1. En la sentencia de instancia: improcedencia del cambio de criterio en aplicación de los principios de igualdad y seguridad jurídica.....	97
2.2.2. En la STS 1505/2018, de 16 de octubre, Sala 3. ^a : procedencia del cambio de criterio, previa motivación	98
2.2.3. En la STS 1669/2018, de 27 de noviembre, Sala 3. ^a : procedencia de un nuevo cambio de criterio, de concurrir determinados presupuestos, sin perjuicio de la necesidad de motivación.....	98
2.2.4. En los votos particulares a la polémica STS 1669/2018, de 27 de noviembre: discrepancias respecto de los presupuestos que han de concurrir para proceder al cambio de criterio jurisprudencial	101
3. Una reflexión sobre la eficacia de la jurisprudencia respecto de los órganos de los que emana	102
3.1. La autovinculación: una garantía de la racionalidad de la decisión judicial y una exigencia de los principios de igualdad y seguridad jurídica	102
3.2. Autovinculación relativa y <i>overruling</i> : presupuestos para la modificación del criterio jurisprudencial.....	105
3.2.1. Requisitos materiales	105
3.2.2. Requisitos formales: la necesidad de motivación y la indicación expresa del cambio	110
3.3. Supuestos en que el nuevo criterio jurisprudencial resulta inaplicable	111
3.3.1. <i>Distinguishing</i>	111
3.3.2. Declaración de irretroactividad.....	112

	Pág.
III. APUNTES PARA EL DISEÑO DE UN NUEVO MODELO CASACIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO BASADO EN LA EFICACIA VIN- CULANTE ABSOLUTA DEL HETEROPRECEDENTE VERTICAL Y EN LA EFICACIA VINCULANTE RELATIVA DEL AUTOPRECEDENTE.....	112
1. Primera opción: adaptación del modelo casacional vigente	113
2. Segunda opción: ruptura radical con el modelo casacional vigente	116
2.1. Base primera: el reconocimiento expreso de eficacia vinculante ab- soluta al heteroprecedente vertical y relativa al autoprecedente.....	116
2.2. Base segunda: la modificación del sistema de recursos contencioso- administrativos.....	117
2.2.1. Principios rectores de la reforma: seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y coherencia del sistema.....	117
2.2.2. Algunas ideas para el rediseño del sistema de recursos con- tencioso-administrativos basado en la garantía de la doble instancia	119
2.2.3. El diseño de un nuevo sistema de admisión de los recursos de casación por infracción del ordenamiento jurídico y de la cuestión prejudicial para la formación de jurisprudencia basado en la discrecionalidad	124
2.3. Base tercera: el establecimiento de mecanismos de garantía de la unidad de criterio jurisprudencial	125
2.4. Base cuarta: el establecimiento de instrumentos para facilitar el co- nocimiento de la jurisprudencia.....	126
IV. UNA POSIBLE CLASIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN FUN- CIÓN DE SU EFICACIA.....	126

SEGUNDA PARTE

LA FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO TERCERO. EL ROL NOMOFILÁCTICO DE LA JURISPRU- DENCIA	131
I. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS.....	131
II. ALCANCE DE LA FUNCIÓN NOMOFILÁCTICA DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO Y OBJETIVO.....	132
1. Distinción entre ambas nociones	132
2. Nomofilaxis objetiva en sentido positivo y en sentido negativo	134
2.1. Definición	134
2.2. El control de legalidad de los reglamentos: una peculiaridad de la función nomofiláctica en sentido negativo de la jurisprudencia con- tencioso-administrativa	135
2.2.1. Algunas cuestiones previas	135

	Pág.
2.2.2. La anulación de disposiciones de carácter general en la LJCA.....	136
2.2.3. La función nomofiláctica de la jurisprudencia contencioso-administrativa en sentido negativo: propuestas de reforma.....	138
III. ALCANCE DE LA NOMOFILAXIS DESDE EL PUNTO DE VISTA ESPACIAL Y TEMPORAL	139
CAPÍTULO CUARTO. EL ROL NOMOGENÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA	141
I. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO.....	141
II. LEGITIMIDAD DEL PODER JUDICIAL PARA LA CREACIÓN DE DERECHO.....	150
1. El test de legitimidad de ejercicio.....	150
2. La legitimidad democrática indirecta de los órganos judiciales de los que emana la jurisprudencia	153
2.1. Forma de provisión de puestos	153
2.1.1. Consideraciones generales.....	153
2.1.2. La provisión de las plazas de carácter discrecional	153
2.1.3. Provisión por concurso de méritos: los magistrados de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia	157
2.2. Competencia para el nombramiento de los miembros de los órganos judiciales que emanan jurisprudencia: el papel del Consejo General del Poder Judicial.....	157
III. LA ACTIVIDAD DE CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO.....	160
1. Consideraciones generales.....	160
1.1. Innovación normativa en grado máximo e innovación normativa en grado mínimo.....	160
1.2. La jurisprudencia en torno a los conceptos jurídicos indeterminados: un ejemplo de innovación normativa de grado máximo	164
2. Las normas de creación jurisprudencial.....	166
2.1. Los principios de creación jurisprudencial	166
2.2. Las reglas de creación jurisprudencial.....	170
2.2.1. Procedimiento de elaboración.....	170
2.2.2. Contenido.....	171
2.2.3. Destinatarios	173
2.3. Aplicación en el tiempo	173
2.3.1. Algunas cuestiones previas acerca de la aplicación en el tiempo de las disposiciones normativas de carácter general.....	173
2.3.2. Planteamiento del problema: aplicación retroactiva <i>versus</i> aplicación prospectiva de la jurisprudencia.....	176

	Pág.
2.3.3. La eficacia temporal en el sistema de formación de jurisprudencia propuesto en el presente trabajo.....	190
2.4. Aplicación en el espacio	195
IV. DINÁMICA DE LA CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO	195
1. El diálogo entre el poder legislativo, ejecutivo y judicial	195
1.1. El legislador como impulsor de la creación judicial de Derecho	195
1.1.1. Primer ejemplo: la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración	196
1.1.2. Segundo ejemplo: la jurisprudencia en materia de extranjería	198
1.2. La jurisprudencia como inductora de normas legales.....	199
1.2.1. Primer ejemplo: la notificación de los actos administrativos.....	200
1.2.2. Segundo ejemplo: la creación del concepto de malla urbana	201
1.3. El control recíproco entre los diferentes centros de producción normativa.....	204
2. La influencia de la doctrina en la función nomogenética de la jurisprudencia	205
2.1. La jurisprudencia como material sobre el que construir doctrina.....	205
2.2. La asunción jurisprudencial de las construcciones doctrinales	208
BIBLIOGRAFÍA.....	211

PRÓLOGO

SOBRE EL DIÁLOGO ENTRE JUECES Y PROFESORES

Es para mí un honor prologar esta magnífica obra de Diana Santiago sobre la jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídicoadministrativo. Es posible que el lector me agradezca, sin embargo, que yo no sitúe estas páginas en el nivel de densidad argumentativa con el que la autora analiza sus propuestas sobre la eficacia vinculante absoluta del heteroprecedente vertical y la eficacia vinculante relativa del autoprecedente. Por eso he escogido para este prólogo un tema más ligero, el diálogo entre jueces y profesores, cuestión con la que la autora —en un análisis realizado desde una perspectiva parcialmente distinta— también concluye su obra («La influencia de la doctrina en la función nomogénica de la jurisprudencia»). El libro empieza y termina, así, con la referencia a la relación entre la academia y la judicatura.

En la tradición de los Derechos de la Europa continental existe una idea clásica relativa a una vocación común de jueces y profesores de las disciplinas jurídicas a contribuir colaborativamente —lo que implica una actitud recíproca de apertura y respeto— al desarrollo del Derecho. Es frecuente, al aludir a esa idea, la cita de Savigny que expresa las condiciones para que ese trabajo conjunto pueda tener lugar y los malos resultados que se obtienen cuando no se dan esas condiciones: la distinción entre la teoría y la práctica del Derecho es legítima, pero puede degenerar en un funesto aislamiento; ninguna de las partes debería perder de vista su unidad originaria; el teórico debe mantener y cultivar la inteligencia de la práctica y el práctico, la inteligencia de la teoría; cuando se destruye esta armonía y la división entre teoría y práctica se hace absoluta se corre inevitablemente el riesgo de que la teoría se convierta en un mero entretenimiento intelectual y la práctica, en un puro trabajo de artesano¹.

¹ Friedrich Carl von Savigny (1840), *System des heutigen Römischen Rechts I*, p. XV.

La vinculación entre la teoría y la práctica pertenece a la esencia del Derecho. La ciencia jurídica, como la medicina, pertenece al grupo de disciplinas que se cultivan en Facultades que forman para el ejercicio de una profesión: disciplinas académicas caracterizadas por una estrecha relación entre ambos planos. Los académicos del Derecho son, por una parte, miembros del subsistema social de la ciencia; y, por otra, miembros del subsistema social de los juristas, como los jueces, los abogados y algunos funcionarios.

El Derecho es un sistema de principios y reglas para solucionar problemas sociales, por lo que la ciencia del Derecho, aunque el plano de abstracción de los estudios académicos se sitúe a veces a gran altura, necesariamente viene caracterizada por la vinculación entre la teoría y la práctica: la investigación jurídica puede partir de pequeñas o grandes teorías, pero siempre ha de terminar preparando (aunque sea de lejos) o proponiendo soluciones prácticas². Cualquier teoría debe superar la prueba del contraste con la decisión concreta; y cualquier decisión debe aspirar a ubicarse correctamente en el sistema del ordenamiento jurídico completo³.

El ideal del trabajo conjunto de jueces y profesores al servicio del desarrollo del sistema jurídico no se alcanza en todo momento sin tensiones. No son infrecuentes las críticas recíprocas relativas a la forma en que el otro está cumpliendo su parte de la misión común. Los jueces critican, en ocasiones, la autorreferencialidad del trabajo académico: tienen la impresión de que, muchas veces, los profesores solo escriben para impresionar a sus colegas⁴; y no es extraño que quienes suelen sufrir la presión de resolver asuntos a destajo no se sientan destinatarios de las monografías de novecientas páginas que escriben los profesores de la Universidad⁵.

A los profesores, por su parte, les molesta la tendencia de los jueces a repetir frases de dudosa veracidad por el único motivo de que ya se han dicho antes; y, en ocasiones, la falta de claridad y sinceridad de las decisiones judiciales y la falta de curiosidad e imaginación de quienes las adoptan⁶. A un buen ejemplo de esto se ha hecho referencia muchas veces en el Derecho público español durante las últimas décadas: la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y su supuesto carácter universalmente objetivo. Creo que con razón se ha dicho desde la academia que «en ninguna otra parcela de nuestro ordenamiento jurídico-público podremos encontrar, seguramente, tantas incoherencias y contradicciones [...] entre lo que los tribunales dicen y lo que realmente hacen»⁷. Es habitual que en las deci-

² Así, Helmut SCHULZE-FIELITZ (2002), «Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 50, pp. 1-68, en concreto, pp. 13-14.

³ Así, Wulf GOETTE (2013), «Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in Deutschland am Beispiel des Gesellschaftsrechts», *Rabels Zeitschrift*, núm. 77, pp. 309-321, en concreto, p. 311.

⁴ Así, Richard A. POSNER (2016), *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Harvard University Press, p. 12.

⁵ Así, GOETTE, *op. cit.*, p. 320.

⁶ Casi literalmente, POSNER, *op. cit.*, p. IX.

⁷ Gabriel DOMÉNECH (2010), «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, pp. 179-231, en concreto, p. 180.

siones judiciales sobre esta materia se «copien» y «peguen», al principio, los párrafos al uso relativos al carácter objetivo de esa responsabilidad y, en fundamentos de Derecho posteriores, sin explicación adicional alguna, se justifique la denegación de la indemnización solicitada por daño producido en el ámbito de la asistencia sanitaria con la razón de que el profesional que intervino no incumplió la *lex artis*.

Aunque suela utilizarse el término «diálogo» para describir esta interacción entre la academia y la judicatura en la tarea conjunta de hacer avanzar el Derecho, lo cierto es que en esta forma de conversación existen asimetrías claras. No hay aquí dos partes situadas en el mismo plano que tratan del mismo objeto en condiciones equivalentes. Al dictar una sentencia el órgano judicial debe resolver forzosamente sobre la cuestión que le ha sido planteada e intentar convencer a las partes, sobre todo, a la parte que pierde el pleito; si se trata de un alto tribunal, sobre él pesa, además, la responsabilidad de que su doctrina vinculará (de forma más o menos estricta, según los sistemas) a los órganos judiciales inferiores y complementará las reglas que deban observarse en la práctica⁸. Los profesores tienen la libertad de elegir los temas de sus investigaciones e, incluso, a sus destinatarios, que pueden ser también los jueces, pero —como ya se ha dicho— a veces son solo sus colegas académicos. Quizá la más radical de las asimetrías derive de que los jueces tienen y ejercen poder público, mientras que los profesores pueden tener (o no) solo autoridad intelectual.

En el contexto de los países de la Europa continental es quizá el sistema jurídico alemán aquel en el que el trabajo conjunto de la doctrina y la jurisprudencia ha conseguido resultados más efectivos y brillantes. En el concreto ámbito del Derecho administrativo, la dogmática se ha descrito expresamente como una consecución común de la jurisprudencia y de la ciencia del Derecho⁹; y de ella se dice que se sitúa en un plano de intersección entre la metodología académica (de los juristas teóricos que se ocupan de la construcción del sistema) y la aplicativa (de quienes utilizan las normas para adoptar decisiones o controlar decisiones adoptadas por otro)¹⁰. En los años cincuenta del siglo pasado la ciencia del Derecho administrativo alemana cambió, en parte, su orientación; se alejó de la exposición de los «grandes contextos sistemáticos» y se convirtió en una «ciencia de la jurisprudencia administrativa»¹¹.

Uno de los mejores ejemplos que pueden invocarse es el desarrollo de la ponderación, «la institución dogmática central de la planificación». En el sistema jurídico-administrativo alemán es tal la conciencia colectiva de que el desarrollo de la ponderación (como método de adopción de decisiones administrativas dirigidas por programas finales y como norma de control judicial del plan administrativo) consti-

⁸ Así, GOETTE, *op. cit.*, p. 315.

⁹ Eberhard SCHMIDT-ABMANN (2013), *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen, p. 3.

¹⁰ Así, Christoph MÖLLERS (2006), «Methoden», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ABMANN y Andreas VORKUHLE (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. I, München, pp. 121-176, en concreto, pp. 154-155.

¹¹ Rainer WAHL (2013), *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, Madrid, p. 67.

tuye un logro común del trabajo colaborativo de la judicatura y la ciencia del Derecho administrativo que se discute sobre a cuál de las partes corresponde propiamente el «honor de la primogenitura»¹².

En términos por completo distintos se plantea la relación entre la jurisprudencia y la ciencia del Derecho en el caso del Derecho inglés. Por lo pronto, es ya problemático en ese contexto el simple concepto de la «ciencia del Derecho», porque la racionalización y la comprensión como ciencia de esta rama del saber sigue siendo extraña al pragmatismo del pensamiento jurídico inglés. Como tampoco ha existido nunca en el Derecho inglés algo equivalente a la autoridad de la *doctrina* española o francesa, o de la *herrschende Lehre* alemana, que pudiera presentarse como parte de un diálogo que tiene en el otro lado al órgano judicial. La faz de la academia del Derecho inglés ha cambiado extraordinariamente desde los años cincuenta del siglo pasado hasta el momento presente. En los años ochenta algunos jueces, que siguen ocupando la posición de liderazgo, aceptan entrar en diálogo con unos profesores cuya tarea habría de consistir en la «búsqueda de los principios generales».

Pero parece que hoy es posible, en términos generales, hablar de una creciente separación entre la judicatura y la academia inglesas. Las reconstrucciones radicales de disciplinas jurídicas completas y los cambios de paradigmas que se dedican a elaborar algunos juristas ingleses jóvenes son inaccesibles y carecen de interés para los jueces, que tienen que tomarse en serio la vinculación al precedente y solo pueden desarrollar el Derecho paso a paso¹³.

En parte, este panorama es semejante al que se encuentra en Estados Unidos. Hace tiempo los profesores de Derecho solían identificarse más con su papel de juristas que con el de profesores; y consideraban, con razón, que los abogados y los jueces eran una parte sustancial de su público. En las últimas décadas, las *Law Schools* de las universidades de élite han empezado a cultivar intensivamente conocimientos de disciplinas situadas fuera del Derecho, aunque relacionadas con él, como la economía, la psicología, la historia, la literatura, los estudios de género o raciales, etc. En ocasiones, la producción científica de la academia jurídica puede calificarse de «esotérica». Los jueces dejan de formar parte de las audiencias de estos estudios y lamentan el declive de los tratados de *case law* que elaboraban los viejos profesores americanos¹⁴.

Desde luego, es posible encontrar notables excepciones en esta descripción general por parte de reconocidos académicos del Derecho público de Estados Unidos, que escriben obras sobre el control judicial de la discrecionalidad de las agencias federales americanas¹⁵, o sobre cómo se realiza la «moralidad del Derecho»

¹² Sobre esto, WAHL, *op. cit.*, pp. 84-88.

¹³ Lo que se dice en el texto sobre el Derecho inglés procede de Martin FLOHR (2013), «Richter und Universitätsjuristen in England», *Rabels Zeitschrift*, núm. 77, pp. 322-344.

¹⁴ Sobre esto véase la introducción («A troubled relationship») de la citada obra de POSNER, *op. cit.*, pp. 1-51.

¹⁵ Por ejemplo, Adrian VERMEULE (2016), *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, Harvard University Press.

en la jurisprudencia de los órganos judiciales norteamericanos¹⁶. Lo que se realiza en estos trabajos es precisamente un claro ejercicio del diálogo del que se está hablando.

Mención especial merece también el diálogo entre la doctrina del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁷. Por el peso de las tradiciones jurídicas continentales es posible afirmar que esa doctrina cumple la misma función que la española, la alemana, la francesa o la italiana en el debate con la correspondiente jurisprudencia nacional. La gran diferencia es, sin embargo, que el debate doctrinal sobre el Derecho de la Unión ha estado tradicionalmente separado en compartimentos correspondientes a las diversas lenguas y culturas jurídicas; y la comunicación entre estos compartimentos no ha sido siempre fluida. En gran medida, el debate académico sobre el Derecho europeo es todavía un debate nacional, lo que afecta inevitablemente al impacto de la doctrina sobre la jurisprudencia de los tribunales de la Unión. En esta situación, no siempre es posible saber cuál es «la» posición de «la» doctrina sobre un determinado aspecto del Derecho de la Unión Europea.

Las nuevas generaciones de académicos del Derecho de la Unión, que utilizan el inglés como lengua franca y trabajan en plataformas institucionales transfronterizas, están cambiando este estado de las cosas. Y ya pueden aportarse como ejemplos debates doctrinales que se han desarrollado en un plano común, como el de la primacía del Derecho de la Unión y las reservas derivadas de las constituciones nacionales, aunque los resultados de la discusión y su impacto sobre la jurisprudencia sean todavía polémicos¹⁸.

Aparte del diálogo, en sentido estricto, que se produce cuando la academia comenta, critica o aprueba decisiones judiciales, construye con ellas teorías o las utiliza para completar sus explicaciones sistemáticas, y cuando los órganos judiciales utilizan explícita o implícitamente tesis doctrinales para resolver los problemas que plantea un asunto sometido a su enjuiciamiento, existen otros puntos de contacto o intersección entre estos juristas teóricos y prácticos, que pueden preparar o influir en ese diálogo. En muchos países es frecuente que profesores de Derecho sean nombrados letrados (normalmente, académicos jóvenes), abogados generales o jueces en Altos Tribunales; que algunos profesores ejerzan como jueces a tiempo parcial en otros tribunales; existen jueces que se implican en la docencia (en España, como profesores asociados) o en la producción de literatura científica; se organizan seminarios y jornadas en los que participan, cada uno desde su perspectiva propia, representantes de la academia y la judicatura, etcétera.

¹⁶ Por ejemplo, Cass R. SUNSTEIN y Adrian VERMEULE (2020), *Law & Leviathan. Redeeming the Administrative State*, Harvard University Press.

¹⁷ Tomo los argumentos sobre esta cuestión que se exponen en el texto de Christiaan TIMMERMANS (2013), «Dialogue between Legal Doctrin and the European Court of Justice», *Rabels Zeitschrift*, núm. 77, pp. 368-378.

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 5 de mayo de 2020, sobre el PSPP, y la previa STJ (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2018 (*Weiss*, asunto C-493/17) (declarada *ultra vires* por la primera) han recibido comentarios de académicos procedentes de todos los Estados miembros, que citan y utilizan argumentos de sus colegas de los demás países.

La influencia que estos otros puntos de contacto o intersección entre la academia y la judicatura pueden tener en el desarrollo del Derecho suele ser imprevisible. Que llegue al Tribunal Supremo de Estados Unidos un académico con un programa propio de interpretación de la Constitución y las leyes, como el «originalismo» y el «textualismo» del *Justice* Antonin Scalia (que, no obstante, no había sido solo profesor antes de llegar a la *Supreme Court*), puede llegar a afectar, incluso, a los propios términos del debate relativo a esa interpretación¹⁹.

En el ámbito del Derecho administrativo español, por ejemplo, desde 2018, se han celebrado ya tres seminarios organizados por la *Revista de Administración Pública* y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en los que se invita a participar a magistrados de esa Sala y a catedráticos de Derecho administrativo sobre una cuestión de interés común: la reforma del recurso de casación (2018), la nulidad de normas por vicios de forma (2019) y la responsabilidad patrimonial de la Administración (2020). En la *RAP* se publican después las ponencias de los participantes y una relación de síntesis²⁰, en las que pueden encontrarse ideas teóricas novedosas, la explicación de los motivos del mantenimiento de una determinada línea jurisprudencial o propuestas de reforma legislativa.

Pero volvamos al sentido propio del diálogo del que se está hablando. El plano en el que se encuentran el trabajo de los jueces y el trabajo de los profesores es el plano de la interpretación de las normas. En términos gráficos puede explicarse que el jurista científico llega a ese plano desde arriba y formula una interpretación de la norma a la luz del sistema al que esa norma pertenece. El juez, por el contrario, se acerca al plano de la interpretación del precepto que debe aplicar para decidir sobre un caso desde abajo, desde los hechos que delimitan el conflicto, que deben subsumirse bajo alguna de las posibilidades interpretativas que ofrece el texto normativo²¹. Desde el punto de vista formal, la obligación impuesta a la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de formular con una expresión condensada y clara la interpretación de la norma cuya fijación se consideró que tenía interés casacional objetivo (art. 93.1 LJCA), además de acentuar el papel normativo que cumple esa Sala a través del recurso de casación —lo que Diana Santiago explica como «rol nomogénico» de la jurisprudencia (capítulo cuarto)—, facilita notablemente el diálogo del que aquí se está hablando. Los teóricos encuentran sencillamente expresada la nueva proposición jurídica que —con facilidad o dificultad— deberán integrar en el sistema.

¹⁹ Sobre esto, sintéticamente, por ejemplo, Jeffrey TOOBIN (2012), *The Oath. The Obama White House and the Supreme Court*, New York, p. 99.

²⁰ La relación de síntesis de los tres seminarios ha corrido a cargo de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2018), «Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta», *RAP*, núm. 207, pp. 119-124; Joaquín TORNOS MAS (2019), «La nulidad de normas por vicios procedimentales. La necesidad de nuevos planteamientos jurisprudenciales y normativos», *RAP*, núm. 210, pp. 123-136, y Edorta COBREROS MENDAZONA (2020), «Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado», *RAP*, núm. 213, pp. 93-108.

²¹ En sentido parecido, Geneviève HELLERINGER (2013), «Judicial Melodies and Scholarly Harmonies - The Music of French Legal Interpretation», *Rebels Zeitschrift*, núm. 77, pp. 345-367, en concreto, pp. 350-354.

Como es lógico, los jueces serán proclives a utilizar una opinión doctrinal contraria a su jurisprudencia solo cuando empiezan a albergar dudas sobre la corrección de esa manera de resolver un tipo de conflictos. Será difícil que cambie una línea jurisprudencial que cuenta con aceptación general y expresa en la doctrina. Una opinión muy crítica de la academia sobre una posición de un Alto Tribunal, sin embargo, puede hacer tambalear sus certezas y provocar la reflexión interna del órgano judicial y el cambio²². A veces, sin embargo, los jueces no se atreven a dar pasos importantes solo de la mano de las opiniones doctrinales y piden la intervención del legislador. Este podría ser el caso de la jurisprudencia española sobre los efectos de la declaración de nulidad de las normas, que —según parece— la jurisprudencia contencioso-administrativa no se considera autorizada a graduar o mitigar sin una reforma legal²³.

Existe en el Derecho administrativo español un ejemplo difícilmente mejorable de cómo la jurisprudencia está dispuesta a aceptar opiniones doctrinales convincentes y manejables que le faciliten la resolución de problemas: el de los criterios que desde hace décadas utiliza la jurisdicción contencioso-administrativa para controlar la discrecionalidad de la Administración. Es este uno de los casos más llamativos que se encuentran en la historia reciente de nuestro Derecho administrativo de la «doctrina como prejurisprudencia»²⁴, porque las tesis expuestas por Eduardo García de Enterría en los años sesenta²⁵ se convirtieron casi literalmente en «el canon» del control judicial de la discrecionalidad de la Administración y alcanzaron una «relevancia rigurosamente trascendental para nuestro Derecho realmente vivido»²⁶.

La llamada contenida en esa doctrina preconstitucional al contraste con los principios generales del Derecho se encontró en 1978 con la «interdicción de la arbitrariedad» del art. 9.3 CE, que ha sido desde entonces la herramienta más eficaz empleada por los órganos judiciales para depurar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, bien en su vertiente de exclusión de las decisiones administrativas irracionales, bien en la más incisiva de arbitrariedad como simple ausencia de motivación convincente.

Que yo sepa, el autor de esa doctrina académica nunca ha sido citado en las sentencias que han utilizado profusamente su creación intelectual, simplemente, porque en España, como en Francia, las decisiones judiciales no citan autores. Esta de la cita doctrinal es otra cuestión interesante relativa a las formas que adopta el diálogo entre jueces y profesores en las diversas tradiciones jurídicas. Es conocida la convención

²² Así, HELLERINGER, *op. cit.*, pp. 349 y 357.

²³ Véase TORNOS, *op. cit.*, p. 133.

²⁴ Así, Javier DELGADO BARRIO (1993), *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbano*, Madrid, pp. 25-26.

²⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1962), «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, núm. 38, pp. 159 y ss. Una versión posterior del trabajo apareció en Cuadernos Civitas como libro: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1974; y pasó al *Curso de Derecho administrativo I* (con Tomás-Ramón FERNÁNDEZ); puede verse, por ejemplo, en la 4.^a ed., de 1983, pp. 439 y ss., bajo la rúbrica «Las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad».

²⁶ DELGADO, *op. cit.*, p. 25.

del Derecho inglés que prohibía citar en las resoluciones judiciales autores vivos. Parece que la práctica, que ha desaparecido poco a poco tras la Segunda Guerra Mundial, tenía que ver con la doctrina del *stare decisis* y la necesidad de seguridad jurídica, que, precisamente, no podía garantizarse en el caso de autores vivos, que todavía podían cambiar de opinión²⁷.

Que las sentencias no citen autores de la academia no implica necesariamente, sin embargo, que el órgano judicial no haya tenido en cuenta sus opiniones. No hay tampoco referencias a autores y obras doctrinales en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero sus jueces pueden conocer la opinión de la doctrina a través de las conclusiones del Abogado General, que sí contienen referencias académicas. Si se tiene en cuenta, por otra parte, que en muchos Altos Tribunales los letrados que elaboran los borradores de las decisiones judiciales proceden del ámbito académico, es posible concluir que a través de estos escritos los jueces reciben información sobre el estado de la doctrina en relación con la cuestión sobre la que deba decidirse.

Es costumbre citar autores en las sentencias alemanas y en las de los tribunales de Estados Unidos. En principio, es posible pensar que la expresa referencia a la doctrina que se utiliza para resolver sobre un asunto aumenta la transparencia del diálogo entre jueces y profesores y la trazabilidad de la argumentación judicial. Pero también debe tenerse en cuenta que la cita puede ser un mero ejercicio de retórica judicial (como, en ocasiones, por cierto, también sucede en los trabajos científicos). El juez tiene que convencer a las partes de la corrección de su decisión y la cita puede cumplir una función a estos efectos. Del Derecho norteamericano llega la advertencia de que convendría no prestar tanta atención en los estudios empíricos sobre citas académicas en las resoluciones judiciales al mero recuento de esas referencias como a la verdadera influencia que algunos autores ejercen sobre las decisiones de los jueces. Solo un estudio más profundo permite distinguir las citas retóricas de las auténticas²⁸.

Estudios empíricos de ese tipo²⁹ caen fuera de lo que se ha entendido tradicionalmente como el diálogo entre jueces y profesores relativo a la correcta interpretación y aplicación de las normas, pero son también una tarea prometedora con la que la academia puede contribuir eficazmente a la mejora del funcionamiento del sistema judicial³⁰: estudios empíricos sobre la estructura de las decisiones judiciales (algo distinto a su contenido), su extensión y su precisión fáctica, sobre los criterios que se aplican al acceso de los asuntos a algunos tipos de recursos (interés casacional objetivo, en la casación, o especial trascendencia constitucional, en el amparo), sobre las formas de acceso al cargo de juez o los efectos de sus retribuciones sobre

²⁷ Sobre esto, FLOHR, *op. cit.*, pp. 326 y 327.

²⁸ Sobre esto, POSNER, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

²⁹ Sobre la metodología de estos estudios en el ámbito del Derecho público véase Borja BARRAGUÉ CALVO y Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2021), «El análisis interdisciplinar del Derecho público», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, pp. 495-560.

³⁰ Esta es una de las tesis centrales de la obra de POSNER, *op. cit.*, en especial, pp. 261-296, de donde proceden algunos de los ejemplos mencionados en el texto.

su trabajo³¹, sobre los efectos de la regulación relativa a las tasas judiciales³² o al pago de las costas procesales³³, sobre la mejora del funcionamiento de la oficina judicial, etcétera.

Hasta aquí este prólogo. Dejo al lector al comienzo de una obra que constituirá, sin duda, también el objeto de un fructífero diálogo entre profesores y jueces.

Madrid, julio de 2021

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

³¹ Sobre esto, Gabriel DOMÉNECH (2009), *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Cizur Menor.

³² Sobre esto, Gabriel DOMÉNECH (2017), «Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio», *InDret* 1/2017.

³³ Sobre esto, Gabriel DOMÉNECH (2021), «Litigar menos y ganar más. Sobre los efectos de las costas procesales y las tasas judiciales», <https://nadaesgratis.es/?s=gabriel+domenech+pascual>.

INTRODUCCIÓN

El término jurisprudencia tiene, en la actualidad, un significado distinto de aquel correspondiente a su acepción originaria según la cual hacía referencia al conocimiento del Derecho: *Divinarum atque humanarum rerum noticia, iusti atque iniusti scientia*¹. Así, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, con dicho término puede aludirse a diferentes realidades: «1. f. Ciencia del Derecho; 2. f. Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen; 3. f. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordantes».

En un sentido amplio, la palabra jurisprudencia puede emplearse para referirse a la ciencia del Derecho, es decir, aquella que tiene por objeto el estudio, interpretación, integración y sistematización de un ordenamiento jurídico determinado para su justa aplicación. Las demás definiciones, relativas a ámbitos más acotados, aluden, respectivamente y de forma poco precisa, a la jurisprudencia entendida como conjunto de pronunciamientos judiciales.

En la doctrina española, la noción de jurisprudencia se ha utilizado, tradicionalmente, con tres acepciones: *a*) como doctrina sentada por los tribunales entendida como el criterio mantenido por estos en la aplicación del Derecho; *b*) como criterio del Tribunal Supremo en la aplicación del Derecho mantenido en sus sentencias de forma constante y uniforme, y *c*) como doctrina de los tribunales dotada de fuerza normativa y con efectos vinculantes en adelante². Así, como han señalado Díez Picazo y Gullón, la jurisprudencia ha venido empleándose para hacer referencia al

¹ Definición dada por Ulpiano en el *Digesto*, 1.1.10.2. Véase José CASTÁN TOBEÑAS (2005), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, 2.ª ed. revisada y puesta al día por Antonio Román García, Madrid, Reus, p. 540. Asimismo, sobre los distintos significados o acepciones del concepto jurisprudencia, véase Ramón LÓPEZ VILAS (2002), *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Madrid, Civitas, pp. 25 y ss.

² Véase Tomás OGAYAR Y AYLLÓN (1975), *Creación judicial del Derecho*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 20. Asimismo, véase José CASTÁN TOBEÑAS (2005), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, *op. cit.*, p. 540.

conjunto de criterios de interpretación y aplicación de las normas, costumbres y principios generales del Derecho establecidos por el *usus fori* o por los tribunales de justicia³. Sin embargo, el empleo de múltiples términos —doctrina jurisprudencial, jurisprudencia, precedente judicial, etc.— utilizados, en ocasiones, respecto de la misma realidad y, en ocasiones, respecto de realidades diferentes, ha generado confusión sobre el contenido de cada uno de ellos y de su eficacia.

Por su parte, la doctrina administrativista también ha tratado de depurar el alcance de dichos términos, si bien no se ha llegado a una posición unívoca ni sobre su concepto ni sobre su eficacia. De un lado, cabe destacar la propuesta interpretativa acerca del significado de la jurisprudencia elaborada por Nieto, quien ha concluido que las confusiones en torno al empleo del término jurisprudencia proceden, probablemente, de una metonimia conforme a la cual se ha hecho equivaler la jurisprudencia a algo sustancialmente distinto. Así, la doctrina jurisprudencial consistiría en una proposición jurídica afirmada en una o varias sentencias; los jueces y tribunales se expresan en sentencias y en su texto se encuentran las proposiciones jurídicas que forman la doctrina. Por tanto, según recuerda dicho autor, confundir jurisprudencia con doctrina jurisprudencial sería confundir el continente con el contenido: la jurisprudencia sería una suma de textos jurídicos que, para los juristas, solo tiene el valor de una materia bruta de la que extraer doctrina. Esta diferencia, según sostiene, estaría reflejada en el art. 1.6 CC, donde se indica que la *jurisprudencia* complementará el ordenamiento jurídico con la *doctrina* que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley. Así, el Código Civil estaría distinguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de la procedente de otros órganos judiciales, otorgándole únicamente a la primera la condición de fuente complementaria del Derecho⁴.

Otros autores han propuesto definiciones con distinto alcance, como Rivero quien, de un lado, define la jurisprudencia como aquellas sentencias con valor normativo especial que deben ser tenidas en cuenta y respetadas por los órganos judiciales a la hora de interpretar y aplicar el Derecho y, de otro lado, emplea el concepto doctrina legal, poco útil en su opinión, para aludir al criterio sentado por los Altos Tribunales al resolver procesos en los que no se enfrentan partes, sino que están únicamente dirigidos a ofrecer una interpretación objetiva del ordenamiento —tal y como sucedía en el recurso de casación contencioso-administrativo en interés de la ley—. Todo lo demás son sentencias que, según sostiene, en la práctica tienen un valor informativo indiscutible pero que, formalmente, no pueden ser consideradas ni jurisprudencia ni fuentes del Derecho⁵.

Pero todavía se genera mayor confusión si introducimos en el análisis, además de los términos doctrina jurisprudencial y jurisprudencia, el de precedente judicial, tra-

³ Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (2016), *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, Madrid, Tecnos, p. 138.

⁴ Véase Alejandro NIETO GARCÍA (2001), «Valor legal y alcance real de la jurisprudencia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 8-9, p. 104.

⁵ Véase Ricardo RIVERO ORTEGA (2002), «Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 157, pp. 114 y ss.

dicionalmente vinculado a los sistemas jurídicos anglosajones, con el que se estaría haciendo referencia a una resolución judicial anterior que haya resuelto un caso sustancialmente idéntico al que se está ventilando. Según sostiene Nieto, la diferencia con la jurisprudencia estribaría en que mientras la jurisprudencia es una proposición jurídica que se encuentra en la fundamentación jurídica de la sentencia, el precedente es la decisión en sentido estricto que se manifiesta en el fallo⁶. En otro sentido, Rivero considera precedentes las sentencias que no pueden ser consideradas formalmente jurisprudencia y que producen efectos desde el punto de vista de las exigencias de motivación al apartarse del criterio que resulte aplicable⁷. Así, también en este caso, ante la ausencia de una definición legal, son múltiples las nociones manejadas tanto en la doctrina como en las propias resoluciones judiciales.

A la inexistencia de un concepto unívoco de jurisprudencia debe añadirse la falta de regulación expresa de su eficacia en nuestro ordenamiento jurídico —carácter vinculante o meramente persuasivo, tanto respecto de los órganos judiciales inferiores como de aquellos que la emanan— que se limita a disciplinar sus efectos desde un punto de vista meramente procesal de manera que, por ejemplo, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa⁸, el apartamiento de la jurisprudencia por parte de los órganos judiciales inferiores puede abrir la posibilidad de revisión de la decisión de que se trate en casación, aunque solo en algunos casos, ya que únicamente se presumirá interés casacional cuando dicho apartamiento sea deliberado por considerar errónea la jurisprudencia existente —art. 88.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA)—; la existencia de un precedente podría dar lugar a la inadmisión de un recurso de apelación en el caso de que se hubiesen desestimado en el fondo asuntos sustancialmente iguales —art. 51.2 LJCA—, y los eventuales cambios de criterio de los órganos judiciales podrían dar lugar a la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del principio de igualdad, siempre que se cumplan los estrictos requisitos establecidos en la consolidada doctrina que este ha construido al respecto.

Así las cosas, partiendo de la noción general de jurisprudencia que suele prevalecer entre la comunidad jurídica, según la cual con dicho término se estaría haciendo referencia tan solo a aquellos criterios que provienen del órgano judicial perteneciente a la jurisdicción ordinaria al que corresponda controlar la aplicación de las leyes por los demás órganos judiciales y uniformar los criterios de interpretación⁹ —es decir, del Tribunal Supremo o, en determinados casos, los Tribunales Superiores de Justicia— se analizarán sus elementos esenciales, eficacia y funciones. No se trata de abordar el estudio de la jurisprudencia en cuanto fuente formal del Derecho —cues-

⁶ Véase Alejandro NIETO GARCÍA (2001), «Valor legal y alcance real de la jurisprudencia», *op. cit.*, p. 105.

⁷ Véase Ricardo RIVERO ORTEGA (2002), «Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho», *op. cit.*, pp. 115 y ss.

⁸ Véase Alejandro NIETO GARCÍA (2001), «Valor legal y alcance real de la jurisprudencia», *op. cit.*, pp. 108 y ss.

⁹ Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (2016), *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 138.