

Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo

MIGUEL PASQUAU LIAÑO

SUMARIO. 1.— Introducción. 2.— El método jurisprudencial. 3.— Funciones y disfunciones de la jurisprudencia: 3.a. La función interpretativa; 3.b. La interpretación correctora; 3.c. Los «cuerpos de doctrina»; 3.d. El decisionismo y el automatismo. 4.— Las causas del desorden: 4.a. Las condiciones de trabajo; 4.b. La práctica forense; 4.c. El desencuentro con la doctrina; 4.d. La lejanía del Código. 5.— Las funciones de la doctrina científica. 6.— ¿Hacia una recodificación del Derecho privado?

1. La tesis que pretendo exponer es, en pocas palabras, la siguiente: la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español está *judicializándose* en exceso, entendiendo por «judicialización» una tendencia a convertir las sentencias de casación más en una decisión sobre el asunto concreto que trata de resolverse, que en elemento de control de la aplicación de la ley por los Tribunales inferiores, con la consiguiente pérdida de una función absolutamente imprescindible en nuestro ordenamiento jurídico: la creación de una *doctrina jurisprudencial*, fuente complementaria de nuestro ordenamiento jurídico cuyo principal cometido es la consolidación de criterios interpretativos estables que impidan que las dosis de inseguridad jurídica excedan de lo que es funcional en un sistema jurídico.

Fácilmente se comprende que este *deterioro de la función jurisprudencial* del Tribunal Supremo, de ser algo más que una infundada y exagerada alarma, obliga a la doctrina científica a preguntarse por sus complejas causas y le compromete a procurar frenar, con los medios a su alcance, esta inercia desestructuradora de la dogmática de las instituciones civiles.

2. Debo aclarar de entrada que estas reflexiones provienen de alguien que en su todavía corta trayectoria investigadora teme haber ido poco a poco derivando hacia la opción por el método jurisprudencial. Es claro que los métodos científicos de aproximación al Derecho son perfectamente compatibles, y que el análisis de la jurisprudencia no excluye la consideración de planteamientos de tipo historicista, economicista, sociológico, comparatista o puramente dogmático; pero existen opciones, prioridades, y éstas con frecuencia están condicionadas por la forma de ser del propio investigador. Enseñar e investigar las instituciones jurídicas desde, fundamentalmente, el análisis de sus aplicaciones jurisprudenciales, propicia una visión del Derecho muy peculiar, en tanto que acentúa la consideración del problema, más que la del sistema. En el centro no están los principios, ni las normas, ni las instituciones, sino la irreductible complejidad de los problemas. El Derecho es sobre todo un conjunto de preguntas, y un denso acervo de instrumentos para la construcción de respuestas que nunca resultarán tranquilizadoras. Es inevitable, desde esta perspectiva, un acusado (¿y saludable?) *relativismo* en relación a la científicidad del Derecho y un casi constante replanteamiento de los «cuadros conceptuales» en los que instrumental o didácticamente queremos organizar el Derecho Civil. Pero si la propia jurisprudencia pierde el control de sí misma, si comienza a perderse en un decisionismo envuelto en ropajes procesales, entonces aquel relativismo y aquella actitud de replanteamiento se convierten sencillamente en *perplejidad* mal disimulada. Perdida la confianza en la jurisprudencia, ésta no puede seguir siendo el «soporte» de la investigación jurídica, ni siquiera su línea conductora, porque ya no será el «momento» en el que se concentren los problemas y las respuestas, sino un conjunto desorganizado de decisiones; el jurista acudirá entonces a otras instancias (los fundamentos doctrinales, la historia, la eficiencia económica, el extranjero) para explicar y explicarse el Derecho, y se convertirá en un dogmático, un político o un erudito.

3. No tiene sentido a estas alturas ensayar una reflexión densa sobre el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. DE CASTRO fue quien sincréticamente supo expresar que, si bien formalmente apenas tiene el valor de fuente, lo cierto es que desde un punto de vista material tiene más importancia, incluso, que la propia ley. «Las fuentes del ordenamiento jurídico español —decía DE CASTRO— son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, *tal y como los aplica e interpreta la jurisprudencia*». Indiscutible la importancia de primer orden de la jurisprudencia en los sistemas jurídicos continentales, en los que mediante el *recurso de casación* se pretende, de una parte, cohesitar la independencia judicial con la necesidad de una al menos relativa unificación de criterios aplicativos de la ley, y por otra parte «completar el ordenamiento jurídico», recorriendo la larga distancia que existe desde la abstracción y generalidad de la norma legal hasta la particularidad de cada cuestión controvertida.

3.a. En períodos fecundos de una jurisprudencia creativa, el Tribunal Supremo, atento a las propuestas de la doctrina, fue consolidando criterios de interpretación que salvaban oscuridades del Código, enmarcaban preceptos sueltos en un contexto sistemático, integraba lagunas, decantaba principios generales y procuraba adaptaciones de las normas para la obtención de soluciones a problemas no previstos por el legislador. Esta función interpretativa, integradora y racionalizadora del ordenamiento jurídico fue la que dio sus mejores frutos en la primera mitad larga del siglo XX, tiempo en el que se forjó la *lectura jurisprudencial* del Código Civil, acercándolo a las experiencias jurídicas de los países de nuestro entorno, limando sus deficiencias y terciando en las grandes cuestiones dogmáticas que el Código no resolvía. Los manuales actuales están llenos de aquellas formulaciones de la jurisprudencia, y forman parte de la cultura jurídica común de los civilistas, de manera que hay algunos preceptos del Código que sin dudarlos todos leemos desde la interpretación que de los mismos dio el Tribunal Supremo, aun cuando en un segundo nivel de profundidad maticemos aspectos, planteemos alternativas, pongamos notas al margen.

Podrían ponerse muchos ejemplos de aportaciones de la jurisprudencia con valor casi de norma codificada. La noción de causa de las obligaciones contractuales que da el artículo 1.274 queda integrada con la doctrina sobre la causalización de los motivos. El error, para viciar el consentimiento, además de ser «relevante» en los términos del artículo 1.266, ha de ser «excusable». El «deberán constar en documento público» del artículo 1.280 no se entiende como requisito de validez de los contratos, sino de oponibilidad frente a terceros. El incumplimiento al que se refiere el artículo 1.124 como causa de resolución de los contratos ha de tratarse de un incumplimiento cualificado, sin que baste un mero retraso o una mera imperfección de la ejecución. La «nulidad» con la que el artículo 1.259 sanciona el contrato hecho a nombre de otro sin estar por éste autorizado no es tal nulidad en el sentido de ineficacia radical, sino que tan sólo consiste en el sometimiento a una «condictio iuris», que es la ratificación anterior a la revocación. No basta en los casos de doble venta de inmueble (artículo 1.473) con inscribir primero para ser dueño: es precisa también la buena fe del adquirente. El «daño» indemnizable por la vía del artículo 1.902 puede ser cualquier tipo de daño, incluido el daño moral. El término «colacionables» que utiliza el artículo 818 puede tacharse sin reparos, o en todo caso es claro que no remite al artículo 1.035. El artículo 1.301, cuando habla de «nulidad», está refiriéndose a los supuestos de anulabilidad, porque la acción de nulidad absoluta es imprescriptible. Además de los requisitos que el artículo 1.100

exige para la constitución en mora, la deuda (pecuniaria) ha de ser «líquida», no siendo tal si ha sido preciso un juicio para la determinación de su cuantía. La «ruina» del artículo 1.591 no se equipara a «derrumbamiento», sino que basta con la existencia de graves defectos que hagan al edificio inidóneo para el uso a que se destina.

3.b. No sólo unifica criterios interpretativos y «recubre» dogmáticamente los preceptos del Código. También, a medida que la realidad se aleja de la norma, la jurisprudencia se constituye inevitablemente en un factor de evolución del ordenamiento jurídico. No es ya, entonces, una lectura del Código, sino una *relectura*. La interpretación no consiste (principalmente) en averiguar el sentido de la norma o en preferir uno de entre los varios posibles, sino (sobre todo) en otorgarle un sentido que permita solución apropiada a nuevos problemas. En ocasiones esta interpretación evolutiva no es más que el desarrollo de la lógica interna del Código, pero otras veces se trata pura y simplemente de una interpretación correctora, seguramente necesaria a medida que el Código va perdiendo valor normativo y se manifiesta inadecuado respecto de un contexto de leyes especiales que introducen lógicas diferentes. No fue preciso esperar a que se reformara el Título Preliminar del Código Civil: antes de que se flexibilizaran tan considerablemente las técnicas de aplicación del Derecho, el Tribunal Supremo había ya iniciado el tránsito de una jurisprudencia de conceptos a una jurisprudencia de intereses que no había sido mal recibido por la doctrina.

Imposible no hacer referencia al lento proceso de adecuación de la «culpa» como criterio de imputación de la responsabilidad a realidades que exigían una gran expansión de la responsabilidad civil concebida en términos más objetivos, de manera que finalmente (y sin perjuicio de que últimamente se adviertan indicios de una recuperación del elemento subjetivo de la responsabilidad) se ha introducido el «riesgo creado» como criterio de imputación independiente de cualquier género de culpa o negligencia. Pero hay otros muchos ejemplos. La doctrina jurisprudencial de la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales del incumplimiento no es más que un intento de evitar el plazo semestral de caducidad del artículo 1.490, manifiestamente inadecuado para la compraventa de productos fabricados en serie. El alargamiento de la legitimación activa y pasiva de la acción de responsabilidad del artículo 1.591 (promotor, subadquirentes, subcontratistas) se debe a que el Código ignoraba las actuales modalidades de promoción y venta de viviendas. La doctrina de la accesión invertida fue un elegante recurso para reducir la

vigencia del «superficie solo cedit», en un tiempo en el que la tierra no es ya el bien de mayor importancia económica. De la presunción de la «no solidaridad» que establece el artículo 1.137, casi se ha pasado a la solidaridad como regla general, y ello por la necesidad de proteger el crédito como condición indispensable para el desarrollo económico (frente al antiguo «favor debitoris» que regía en el Derecho de obligaciones). La facultad del cofiador de repetir lo pagado no está ya, de hecho, condicionada a la exigencia ex art. 1.845.3.^o de haberse hecho el pago «en virtud de demanda judicial», pues en la actualidad se considera beneficioso el pago que evita el normal incremento de la deuda debido a la reclamación judicial. Para evitar la revocación del anterior testamento por el posterior perfecto (art. 739) ya no es preciso que conste expresamente la voluntad de mantenerlo en todo o en parte: basta con que dicha intención se deduzca por vía interpretativa; es más, según la última jurisprudencia, basta con que no conste expresamente lo contrario y que ambos testamentos no sean incompatibles.

3.c. En realidad, pasado más de un siglo de aplicación jurisprudencial del Código Civil, es lógico que apenas exista ya un «continuum» entre la norma y la decisión. Se interponen «cuerpos de doctrina» que, nacidos desde la remota interpretación de un precepto, se han «solidificado», convirtiéndose en verdadera instancia normativa. El Tribunal Supremo razona desde sus propias interpretaciones, acompañadas en el mejor de los casos de un paréntesis en el que se indica el artículo del Código en el que se «basa» dicha doctrina. Pero el «volumen» de la doctrina pronto comienza a ser desproporcionado en relación a la «longitud» de la base. En este sentido cabe hablar de una descodificación, e incluso de una deslegalización, pues no puede decirse que la «ratio decidendi» provenga de la voluntad del legislador, sino más bien de los jueces o de los juristas. Es, dicho en otros términos, el fenómeno de creación judicial del Derecho.

En unos casos, la jurisprudencia —asistida por la doctrina científica— crea verdaderas instituciones o doctrinas que apenas tienen soporte legal (como el negocio fiduciario, la cláusula «rebus sic stantibus», el abuso de derecho —en su tiempo—, el «levantamiento del velo de la persona jurídica», o la representación aparente), suministra un régimen jurídico a un contrato atípico (como es el caso de la opción de compra o el contrato de leasing), introduce en el ordenamiento una acción no prevista por el legislador (acción de enriquecimiento injustificado, acción publiciana, acción de petición de herencia). En otros casos, sí que existe el precepto, pero todo su contenido ha sido

precisado por la jurisprudencia, en colaboración con la doctrina científica: así, los requisitos para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria a que tan genéricamente se refiere el artículo 348.2, ó los requisitos del incumplimiento para abrir la vía de la acción resolutoria de los artículos 1.124 ó 1.504, la determinación de cuándo existe «fraude» a los efectos de la acción rescisoria, la doctrina referida al error obstativo o a los negocios simulados, la distinción entre la nulidad absoluta y la anulabilidad, la noción de «privación ilegal» a los efectos del artículo 464, etc.

3.d. Pero no sería grave esta función «correctora» de la jurisprudencia si se desempeñara de forma ordenada y consciente, pues al fin y al cabo permitiría un relativo equilibrio entre la equidad y la seguridad jurídica, sin merma seria ni de una ni de otra. Es verdad que cuando la jurisprudencia comienza a adquirir semejante protagonismo se dice que ha llegado el momento de la intervención del legislador, quien habrá de recoger las aportaciones jurisprudenciales, depurarlas y reformar la norma legal, comenzando entonces un nuevo ciclo en la propia jurisprudencia. En España, sin embargo, no existen serios atisbos de una recodificación del Derecho privado, sino más bien de nuevas reformas parciales del Código (la próxima será la de los contratos de obra y de servicios) y nuevas leyes especiales (arrendamientos urbanos, responsabilidad del fabricante, conjuntos inmobiliarios). Esto produce una sensación poco tranquilizadora de *permanente provisionalidad* que, a mi juicio, agudiza el proceso de deterioro de la función jurisdiccional.

No creo ser tremendista si digo que el panorama que hoy ofrece nuestra jurisprudencia es profundamente desalentador. Cada cual podrá hacer una lista de motivos de desaliento, y no siempre sería una lista exagerada o hipercrítica. Lo que yo creo quizás más alarmante es que *la jurisprudencia está perdiendo el control de sí misma*. En la actualidad es difícilísimo hacer un seguimiento de las líneas jurisprudenciales, identificarlas, comprender las razones por las que son abandonadas o retomadas, determinar su alcance, etc. Ya es difícil evitar que los alumnos tengan la sensación de que las sentencias no las dicta el Tribunal Supremo, sino el Magistrado Ponente, y que por tanto el Tribunal Supremo no es más que una yuxtaposición de juristas y jueces que tienen en común el alto prestigio pero no el criterio. Y si no cabe armonizar el criterio de los magistrados del Supremo, difícilmente éste cumplirá su función de racionalización de la actividad interpretativa. Quizás por esta razón se ha extendido la costumbre, institucionalmente peligrosa, de citar las sentencias

indicando el nombre del ponente. Casi no hay votos particulares, pero ello no se debe al consenso entre los magistrados, si no más bien a una especie de pacto de no agresión. Esto ocasiona que coexistan (no ya en décadas, sino en un mismo día) líneas jurisprudenciales paralelas e incluso contradictorias, y que no sea fácil determinar cuál es la preponderante, y cuál será la que acoja el Tribunal Supremo en cada caso: se acabó la seguridad jurídica, y se cegó la relativa «fuente del Derecho» que es la jurisprudencia.

Exagero, pero no invento. Ahí están los continuos titubeos sobre el mayor o menor rigor con el que debe apreciarse el incumplimiento resolutorio del artículo 1.504 del Código Civil, o sobre el alcance de la «perturbación en la posesión o dominio» que pueda justificar la suspensión del pago del precio por mor del art. 1.502. Ahí está la duda de si pueden rescindirse las capitulaciones matrimoniales que disuelven y liquidan la sociedad de gananciales para adoptar el régimen de separación en perjuicio de terceros, o si por el contrario la subsidiariedad de la acción rescisoria es obstáculo para la prosperabilidad de la misma en tales casos. Ahí están también los constantes titubeos sobre si es válida la donación de inmuebles simulada bajo apariencia de compraventa, o si es nula por no constar el «animus donandi» en escritura pública. O el contraste entre el excesivo rigor que algunas sentencias emplean para dar por probado el dominio en una acción reivindicatoria o en una tercería de dominio, y los casos en los que se conforman con la constancia de un documento privado no impugnado. O la diversidad de raseros para medir la existencia o no de culpa exclusiva de la víctima. O los diferentes criterios utilizados para determinar la condición de «cultivador personal» a efectos de otorgarle el beneficio del acceso a la propiedad. O la calificación como arras «penitenciales» unas veces y «confirmatorias» otras, de pactos literalmente idénticos. O la absoluta imprevisibilidad de si se apreciará la existencia de ejercicio abusivo del derecho, o si por el contrario el tribunal se limitará a decir que sólo hay un ejercicio normal del mismo, etc.

Obsérvese que no se trata de criticar los cambios de criterio de la jurisprudencia, sino su volubilidad e imprevisibilidad. Poco cabe objetar a esas sentencias en las que explícita y razonadamente el Tribunal Supremo anuncia que a partir de entonces la interpretación que haya que dar a un precepto es diferente de la hasta entonces propuesta por la propia jurisprudencia: un magnífico ejemplo lo encontramos en la STS de 21 de octubre de 1991, sobre la facultad de mejorar del reservista ex artículo 811.

Un seguimiento atento de la jurisprudencia pone de manifiesto (y no creo sentirme solo en esta impresión) que, particularmente en lo que se refiere al Derecho civil patrimonial, la jurisprudencia incurre en un doble exceso que aparentemente es contradictorio, pero que responde, creo, a razones similares:

a. Por una parte, *un exceso de decisionismo*: La regla se pliega excesivamente al caso y se relativiza más allá de lo razonable, de manera que a pesar de la insistencia con la que el propio Tribunal Supremo «regaña» a los recurrentes que acuden a la casación como a una «tercera instancia», lo cierto es que no es infrecuente encontrar sentencias en las que no se advierte la más mínima preocupación por sentar criterios, mantenerlos o modificarlos, sino que sólo se razona en contemplación de la «justicia del caso», como si de un Tribunal de Instancia se tratara. Bien está no casar una sentencia de apelación que en atención de las peculiaridades del caso, y ponderando la equidad, forzó una interpretación extraña (aunque posible) de una norma (artículo 3.2 CC); pero menos plausible me parece que esto se haga sin dejar claro el carácter excepcional de la solución adoptada (salvando, por tanto, la regla), o que se case la sentencia de apelación no por infracción de ley o doctrina jurisprudencial, sino por equidad. No creo que el ordenamiento jurídico haya otorgado esta «función de equidad» al Tribunal Supremo.

b. Por otra parte, y en el otro extremo, *un exceso de automatismo*: No es insignificante el porcentaje de sentencias en las que el Tribunal Supremo «se defiende» de la complejidad del problema acudiendo a la comodidad de considerar la cuestión como de carácter fáctico, y por tanto inalterable en casación, cuando en realidad lo discutido no es si debe o no considerarse probado un hecho, sino una noción de carácter jurídico (por ejemplo, la buena fe, la culpa, el incumplimiento de alcance resolutorio, la calificación de un contrato, etc.); o en las que se simplifican excesivamente las posibles razones del recurrente para facilitar su desestimación sin tener que desarrollar una argumentación exigente y matizada; o, sobre todo, sentencias en las que se transcriben agotadoramente y en bloque «retahilas» jurisprudenciales desvinculadas de los casos en los que se fueron forjando, y de las que resulta una conclusión «standard» que hurta todos los matices no ya del caso, sino de la cuestión controvertida, de manera que se empobrece (y a veces se desvirtúa) el sentido de dicha doctrina.

Así ocurre cuando, por ejemplo, en presencia de supuestos completamente heterogéneos (pactos de destinación,

derechos de adquisición preferente, defectos de la obra, dobles transmisiones) el Tribunal Supremo afirma, como si se tratase de una regla general, que son oponibles a los subadquirentes los pactos suscritos por el transmitente con un tercero y que afectan a la cosa transmitida. Si las sentencias en las que esto se afirma se leen con atención, se descubre que o bien el pacto en cuestión era, por su naturaleza, un pacto de naturaleza real (y por tanto con eficacia «erga omnes»), o bien que el subadquirente lo era a título gratuito (en cuyo caso no es «tercero»), o bien, por último, que el subadquirente era de mala fe. Las soluciones, pues, en la mayoría de los casos, son justas, e incluso técnicamente correctas; pero la incorrecta utilización del «precedente» acaba introduciendo una «regla» que, así formulada, acabará con el principio de relatividad de los efectos del contrato.

Otro buen ejemplo lo constituye la doctrina según la cual para la prosperabilidad de la tercería de dominio «es de tener en cuenta la situación de dominio existente al tiempo en que el embargo se efectuó, y no las situaciones dominicales surgidas con posterioridad». Esta doctrina, absolutamente pertinente tal y como está formulada, se generaliza y determina que, por ejemplo, se desestime la tercería cuando el tercerista adquiere después del embargo pero de alguien que, antes de éste, era dueño y no deudor (es decir, pudo haber interpuesto la tercería).

Lo mismo sucede con la afirmación según la cual para adquirir por usucapión es preciso poseer en concepto de dueño, «por lo que el arrendatario nunca puede usucapir»: dicho así es evidente; pero esta afirmación se ha utilizado más de una vez para descartar casos claros de usucapión en los que el poseedor, inicialmente arrendatario, había invertido el concepto posesorio, siéndolo en concepto de dueño (aunqu de mala fe) durante más de treinta años.

Para DIEZ-PICAZO («Codificación, decodificación, recodificación», *A.D.C.*, 1992, p. 480) ésta es «una forma mucho más insidiosa de descodificación» que otros factores a los que más comúnmente se alude (legislación especial, promulgación de la Constitución, expansión de los derechos forales). Sus palabras son lo suficientemente expresivas como para concluir con ellas este apartado: en su opinión, «la integración [por vía de la jurisprudencia] del sistema codificado, arrancando de cláusulas establecidas en él, fueran éstas abiertas o no, obedecía a una labor constructiva, o si se prefiere a una concreción, realizada de forma metodológicamente seria. En la actualidad, los prejuicios metodológicos van desapareciendo y se buscan soluciones intuitivamente justas, sin excesivas preocupaciones por su anclaje en el sistema legal codificado (...). Es claro que de mantenerse una línea semejante, el Código, formalmente en vigor, salta hecho añicos».

4. Las causas del desorden que se ha descrito son complejas y escaparían a un análisis apresurado. Pero si no se intenta una reflexión sobre ellas, podría parecer que simplemente se está poniendo en entredicho la pericia y profesionalidad de los magistrados que integran la Sala Primera, cuando desde luego no es esto en absoluto lo que yo pretendo. Mas bien entiendo que son víctimas del proceso descrito, y no responsables. Es verdad que en ocasiones la doctrina científica repara en algunos errores indisimulables del Tribunal Supremo, pero esto no pasa del terreno de lo anecdótico. Más importante es referirse a razones de fondo, que tienen que ver con el contexto en el que se desenvuelve la jurisprudencia, más que a su mayor o menor «calidad intrínseca». Algunas de estas razones están implícitas en lo que ya se ha dicho al ir describiendo el proceso de deterioro.

4.a. No es impertinente aludir al deterioro de las *condiciones de trabajo* del Tribunal Supremo, y muy en particular al volumen de asuntos que hasta él llega, considerablemente superior al de otros países de nuestro entorno. Es evidente que para cumplir satisfactoriamente la función que el ordenamiento jurídico atribuye al Tribunal Supremo, no sólo es preciso que la desempeñen juristas de altura, sino que además disfruten de los medios y el tiempo que esta tarea exige.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, sobre *Medidas Urgentes de Reforma Procesal* pretendió, según explícitamente se dice en su Exposición de Motivos, adecuar el recurso de casación a las tendencias actuales, «que consideran que sirve mejor a su función si se refuerza su carácter protector de la norma alejándolo de cualquier semejanza con un tercera instancia», y «permitir que el Tribunal pueda concretar su atención en velar por la recta aplicación de la Ley y en la creación de una doctrina uniforme». Para ello suprimió el antiguo número 4 del artículo 1.692 de la L.E.C., de manera que en ningún caso cabrá el recurso por cuestiones de carácter probatorio, y además se limitaron las posibilidades de acceso a la casación, por razón de la cuantía del asunto (un mínimo de seis millones de ptas.) o por la exigencia, cuando la cuantía sea inestimable, de disconformidad entre las sentencias de apelación y primera instancia (at. 1.687 L.E.C.). Todo esto, unido al reparto que supone instaurar el recurso de casación civil ante los Tribunales Superiores de Justicia para las materias de Derecho foral o autonómico, supone desde luego un relativo alivio del volumen de trabajo, pero no parece que sea suficiente.

4.b. Alguna responsabilidad incumbe a la *actitud de abogados recurrentes* que usan con ligereza la posibilidad del recurso de casación, o que lo plantean de manera deficiente.

Dado el formalismo del recurso de casación, es frecuente observar cómo el Tribunal Supremo está incómodamente sujeto por los «motivos» imprecisa y forzadísima esgrimidos por la parte recurrente. Las cuestiones controvertidas no llegan, así, con la pureza o claridad deseables, por lo que las sentencias tienen el pie forzado de contestar a una pregunta mal formulada. Son significativas, en cambio, esas otras sentencias en las que se transparentan (a veces se hacen explícitos) los argumentos de la parte recurrente en apoyo de los motivos esgrimidos: en esos casos, es decir, cuando el motivo apunta con precisión, la sentencia no es elusiva y suele constituir una buena pieza para el estudio.

4.c. Existe, además, un importante *desencuentro entre la jurisprudencia y la doctrina científica*. Por un lado, la doctrina no elige a la jurisprudencia como interlocutor preferido, y se desarrolla con más frecuencia de la deseable alrededor de sí misma, en un diálogo inteligente y hasta brillante, pero no siempre fecundo. O utiliza la jurisprudencia como «un dato más» a favor o en contra de las argumentaciones que propone, y no como el destino natural de sus aportaciones. Este «onanismo» doctrinal es un despilfarro probablemente inducido por la estructura universitaria, sobre el que habría que reflexionar profundamente. Pero por otro lado el Tribunal Supremo no es apenas sensible a las aportaciones que provienen de la doctrina. Más bien se siente «acosado» por ella, y procura inmunizarse, teniéndose a sí misma como único referente, lo que, ciertamente, resulta muy desalentador. Creo que esta falta de entendimiento entre doctrina y jurisprudencia es un dato tristemente característico del Derecho español (al menos del Derecho civil), en llamativo contraste con lo que ocurre en los países de nuestro entorno. No se trata de que las sentencias citen a los autores como argumentos de autoridad (aunque en algunos casos esto podría ser saludable), sino de que conozcan, acepten o rechacen (pero no ignoren) las sugerencias que desde la doctrina se elaboran para la solución de problemas que la jurisprudencia no tiene satisfactoriamente resueltos.

4.d. Pero considerado el fenómeno en su profundo significado, me parece que la causa más importante es la *lejanía del Código Civil* y su desvalorización como norma jurídica. Tan-
tas veces hemos leído que el Código Civil es anacrónico, que hemos de inventar nuevas maneras de decirlo:

- a. No se trata ya del evidente anacronismo sociológico, cultural o económico; hay particularmente un ana-

cronismo en su *lenguaje técnico* y en su *dogmática* que produce desconfianza en el intérprete, puesto que *la literalidad de la norma pierde su valor como límite de la actividad interpretativa*. La interpretación se convierte en traducción libre de términos que no sabemos si se utilizaron con el significado técnico que hoy tienen atribuidos, o que son trasunto de un estado de la ciencia del Derecho que no conocía los decisivos desarrollos producidos durante este siglo y de los que de ninguna manera puede prescindir el intérprete. Es claro que los límites de la «aplicación» del Derecho son, entonces, tan vagos y difusos, que es difícil con frecuencia distinguirla de la «creación» del Derecho.

b. Estamos demasado acostumbrados a operar con muchas normas que aunque sabemos que están vigentes, apenas sirven ya al haber sido «derogadas» por la realidad (*ex facto oritur ius*). Casi olvidamos lo importante que es un Código civil o, si se prefiere, un Derecho civil bien construido, clarificado y coherente. El nuestro conserva intacto un repertorio de tipos contractuales en los que no están algunos que hoy se sitúan en el centro de la experiencia jurídica (prestación de servicios profesionales, permuta de suelo por apartamento a construir, opción de compra, por no hablar de los mercantiles); mantiene un orden de prelación de créditos muy alejado de las prioridades actuales; se estructura desde clasificaciones (sobre las fuentes de las obligaciones, sobre las cosas, sobre los actos jurídicos) entorpecedoras, que tienen que estar constantemente matizándose y corrigiéndose y que presentan no pocas consecuencias prácticas; adolece de una inconsistencia total en aspectos como la teoría de la persona jurídica, el derecho subjetivo o la teoría de la representación; de una confusión institucional en materia de posesión; de «agujeros negros» en el sistema de la sucesión «mortis causa», etc. Con un Código Civil así es difícil reprochar a la jurisprudencia que dé la impresión de estar empezando a faltarle al respeto. Y sin embargo, un ordenamiento jurídico que no tiene en regla sus bases dogmáticas y sus categorías, condena a la argumentación jurídica, es decir, a la jurisprudencia, a improvisar.

c. No sólo esto. Es que, además, bajo la forma de leyes especiales (menos importantes dogmáticamente, pero situadas en los puntos de mayor conflictividad ju-

rídica) emergen y se desarrollan principios y «lógicas» diferentes a las del Código y más cercanas al contexto constitucional. La relación entre Código y leyes especiales no es de contradicción, pero tampoco de «concreción»; más bien seuxtaponen: bloques enteros de gran importancia (arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, accidentes de tráfico, casas por pisos, contratos con consumidores, garantías sobre bienes muebles, daños por productos defectuosos) pasan a regularse por normas que carecen de «continuidad» armónica con las del Código, y no ya porque éstas sean excesivamente generales, sino porque provienen de un *universo jurídico diferente*. Esto ocasiona un desordenado trasvase de principios y reglas desde el Código a las demás leyes, y desde éstas al Código; un Derecho desinstitucionalizado, con contenidos normativos plausibles pero que no encajan fácilmente en las bases conceptuales y dogmáticas que sólo el Código puede suministrar; un Derecho que ve cómo se deteriora su valor técnico, político y conceptual, disfuncional, de altos costes y escasa eficacia, y que lanza a la jurisprudencia hacia el casuismo y la equidad. En definitiva, —tal y como DIEZ PICAZO describe, siguiendo a A.S. HARTKAMP, el Derecho civil holandés previo a su reciente recodificación—, «un Derecho de una incontrolable opacidad cuyo contenido se encuentra diseminado en Códigos parcialmente anticuados, en una panoplia de leyes especiales y en una multitud de decisiones judiciales» (A.D.C., 1992, p. 482).

5. El «discurso» ha acabado adquiriendo tonos casi dramáticos. Si quiere ser algo más que crítico, debe concluir con alguna propuesta. ¿Tiene la doctrina científica algo que hacer para frenar o corregir estas derivas de la jurisprudencia? Yo creo que sí. Es verdad que el deterioro de la jurisprudencia responde, como hemos visto, a causas que difícilmente pueden enderezarse desde la tarea investigadora. Es legítimo pensar, sin embargo, que a la doctrina corresponden algunas funciones que sólo parcialmente está cumpliendo y que supondrían una contribución muy importante.

5.a. En primer lugar corresponde a la doctrina científica la tarea de ayudar a la jurisprudencia a *tomar conciencia de sí misma*. Si la jurisprudencia se produce desorganizadamente, sin control y sin referencias, y si esto ocasiona las disfunciones a que tanto me he referido, será preciso entonces que buena parte de la dedicación investigadora vaya encaminada a hacer *una lectura global, y no de urgencia, de la jurisprudencia*.

dencia. El «tempus» —y el tiempo— del investigador le permite, creo que en privilegiadas condiciones, identificar «líneas jurisprudenciales» sobre las distintas instituciones y hacer el seguimiento de las mismas, señalar contradicciones, aislar los errores que descuidadamente se introducen y se consolidan, aplaudir los aciertos (es decir, las sentencias que exponen con claridad los hechos jurídicamente relevantes y las pretensiones de las partes, que identifican con precisión la cuestión controvertida de fondo, separándola de los aspectos fácticos o procesales, que están cuidadosamente redactadas, que se sitúan a sí mismas dentro de la propia doctrina jurisprudencial, bien para confirmarla, bien para matizarla, bien para cambiarla expresamente). Es necesario poner un espejo al Tribunal Supremo donde pueda conocer la mayor o menor calidad y coherencia de sus jurisprudencia: comentarios de sentencias al estilo de *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, análisis jurisprudenciales de instituciones del tipo de lo que encontramos en *Aranzadi Civil*, secciones jurisprudenciales en las revistas científicas al estilo del *Anuario de Derecho Civil*, monografías en las que se sepan leer y clasificar las sentencias en función del *factum* —los supuestos y los problemas— y no del *dictum* —las afirmaciones vertidas en los fundamentos de Derecho, abstraídas de su contexto «problemático», que se utilizan a veces sólo como referencias que apoyan o desmienten determinada tesis doctrinal—, etc. En definitiva: a la doctrina compete «depurar» la jurisprudencia. Salvar la que todavía es reconocible, medir el alcance de regla o de excepción de determinadas afirmaciones, seleccionar lo que es doctrina jurisprudencial de lo que es pura argumentación referida al caso concreto, etc.

5.b. Además, la doctrina debe procurar *suministrar a la jurisprudencia referencias externas*, proponerle criterios de solución para problemas que no tenga satisfactoriamente resueltos. Muy particularmente, debe darle a conocer la jurisprudencia extranjera, sobre todo en los casos en los que ésta se haya producido desde presupuestos legales semejantes a los de nuestro Derecho. La *jurisprudencia comparada* es, más allá incluso que el propio Derecho comparado en sentido estricto, un método especialmente fecundo que no está suficientemente explotado entre nosotros, porque da forma a problemas que aquí sólo están planteados de manera implícita, y porque proporciona criterios fiables, contrastados, que podrán ser (no copiados miméticamente, sino) tomados en consideración por nuestra jurisprudencia.

6. Acabo como lo hacen los malos trabajos de los estudiantes: afirmando con alguna vehemencia la necesidad y la oportunidad de acometer una reforma en profundidad del Código civil, o si se quiere, una *recodificación del Derecho privado*.

Cuando digo necesidad lo hago desde la contemplación de las disfunciones que para la seguridad jurídica y probablemente para la justicia está ocasionando, como hemos visto, el fenómeno que comúnmente se denomina descodificación. Cuando digo oportunidad estoy ponderando las ventajas esperables de una reforma junto con los riesgos que todo cambio entraña. En realidad no puedo saber si «los tiempos están maduros», para una tarea de cierta envergadura —puesto que formo parte de este «tiempo»—, ni sé cuánto puede durar dicha tarea. Lo que sí digo es que las malas tendencias que he descrito no podrán corregirse si esta generación de juristas no comienza ya a «emanciparse» del Código civil en su tarea investigadora, situando en su propio horizonte, y no en el de las generaciones venideras, esta reforma. La doctrina civilista debe plantearse ya explícitamente la posibilidad de una reforma en profundidad del Código, o incluso la redacción de un nuevo Código civil, distanciándose de esa especie de pacto tácito de «no tocarlo» que probablemente ha estado justificado hasta ahora precisamente por la extraordinaria mutación postconstitucional del resto del ordenamiento. Tengo la opinión de que el precio de esta justificada actitud está comenzando a ser alto.

Lo de menos es si se hace o no un nuevo Código, si se opta por reformar en profundidad el que ya tenemos o se prefiere uno de nueva planta, si se sigue con la forma «código» o más bien se considera más cómoda y funcional la técnica de la legislación sectorial. Es posible que en el fondo ello no sea sino un falso debate: me parece que a fin de cuentas la palabra «código» ya no puede tener la misma significación que el siglo pasado, y que abandonada la pretensión de encerrar todo el Derecho privado en un cuerpo «intrínsecamente sistemático», da igual reunir organizadamente materias diversas en capítulos de un código o ley general, o promulgar leyes separadas, siempre que se establezcan unos mecanismos que permitan mantener el carácter mínimamente sistemático del ordenamiento: sistema de referencias, auto y heterointegración, supletoriedad, interpretación sistemática, criterios para la resolución de los conflictos normativos, etc. En todo caso, y esto es lo que quería decir, la técnica legislativa no es lo primero que hay que decidir, pues previsiblemente vendrá condicionada por el alcance que se quiera dar a la reforma y por el resultado del largo y lento proceso de revisión técnica que debe acometerse en sede científica. Si «recodificación» es esto, es decir, si alude a este programa colectivo de investigación con vistas a una reforma «importante» del Derecho privado, aceptemos entonces el término.

Esta «recodificación» traería consigo, desde luego, una saludable *revitalización de la doctrina española*, que volvería a encontrar una nítida motivación para su trabajo: no ya ganar méritos, pasar el concurso o ver el propio nombre en letra impresa, sino preparar concienzudamente los materiales para la reforma.