

MORAL SORIANO, Leonor: *El precedente judicial* (Prólogo de Zenon BANKOWSKI y Neil MACCORMICK), Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 2002, 269 págs.

El título del libro de Leonor MORAL SORIANO, *El precedente judicial*, puede hacer parecer al lector que se trata de una obra ajena al Derecho administrativo y, por tanto, externo a lo que entra dentro de lo habitual en las páginas de esta REVISTA. En mi opinión, se trata de una conclusión errónea porque la autora es Profesora de Derecho administrativo y, sobre todo, porque los problemas de teoría general del Derecho, como el que se analiza en esta obra, están en la médula misma del sector del ordenamiento que tratamos habitualmente, ya que está afectando al modo en que se pueden recurrir en casación las resoluciones de los Tribunales inferiores con las cuales estemos en desacuerdo.

*El precedente judicial* plantea el problema de cuál es la función de las resoluciones judiciales en el ordenamiento jurídico y cómo cumplen este papel. Ahora bien, no es un libro que se limite a abordar la cuestión de si la jurisprudencia es o no fuente del ordenamiento jurídico, interpretando esa oscura regla del artículo 1.6 del Código civil que dispone que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»; norma que habría que complementar con otras varias, como recuerda la autora.

No es tampoco un trabajo en donde el autor se limite a analizar mediante un método comparativo las diferencias que existen entre los precedentes en el sistema continental y anglosajón; diferencias que siguen existiendo, aunque bastante más limitadas que en otro tiempo, como consecuencia del acercamiento que se ha producido entre ambos tipos de ordenamiento. De hecho, la autora, cuando plantea modelos comparados de utilización de los precedentes, no toma como marco de referencia ningún sistema de tipo anglosajón, sino que analiza la función que cumplen en los sistemas jurídi-

cos alemán (en donde la función del precedente es especialmente polémica, como se explica por la autora, diferenciando entre el ámbito legislativo, teórico y judicial) y holandés (cuya peculiaridad radica en que, pese a ser un sistema continental, no hay jurisdicción constitucional). Más aún, como afirma enfáticamente Leonor MORAL en la pág. 18, «es un error metodológico adoptar una teoría, la de los precedentes anglosajones, que es extraña al sistema continental, para explicar un fenómeno como la referencia a decisiones anteriores. Y es un error porque difícilmente se podría así comprender (y menos reglar) una práctica que ha surgido al margen de una teoría de vinculación a los precedentes, es decir al margen de una teoría (la del *stare decisis*) que es ajena a nuestros sistemas».

El libro de Leonor MORAL SORIANO tiene el gran mérito de situar el problema del valor del precedente en un punto adecuado de análisis dentro de los sistemas que se pueden denominar continentales: el precedente es un elemento del debate jurídico que tiene planteado el juzgador en el momento de resolver un litigio como mecanismo para llegar a la solución que él considere más adecuada. Dicho de otro modo, es un elemento argumentativo para el juzgador que resuelve un pleito en donde hay que quitar valor a la autoridad que soluciona el litigio y potenciar el de los argumentos que ha empleado. En este punto se encuentra la novedad del estudio que se recensionaria, ya que el ámbito argumentativo de relevancia del precedente es de reciente incorporación a la práctica jurídica continental.

Fruto de lo anterior es que, como señala la autora (pág. 154), «se ha rechazado un esquema de vinculación absoluta por ser éste incompatible con el modelo de razonamiento jurídico argumentativo que se ha ido definiendo desde el inicio del trabajo. El propuesto ha sido el modelo de vinculación relativa de los precedentes: hay que seguir los precedentes salvo que se justifique su modificación o abandono». Y la razón no es otra que los argumentos empleados sean más o menos plausibles o que se hayan superado por otros que se consideren más razonables. El situar el precedente en el

marco del razonamiento jurídico supone adoptar, a su vez, dos planteamientos de análisis que efectúa la autora a lo largo del trabajo: uno que se puede calificar como analítico, en el que se estudian los precedentes dentro del razonamiento, y otro que tiene un carácter más normativo, en el que se establecen los criterios que deben guiar esta modalidad de utilización de los precedentes judiciales por parte de los órganos jurisdiccionales.

El estudio de LEONOR MORAL no es meramente teórico. Por el contrario, las conclusiones a las que ha llegado en la parte primera del trabajo se completan con un estudio empírico de los precedentes, que realiza tomando como puntos de referencia los sistemas alemán y holandés, como ya se ha indicado, y el sistema jurídico español. En nuestro sistema, como analiza minuciosamente la autora, hay que distinguir entre el valor que tiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el que se ha atribuido a la del Tribunal Supremo y, dentro de esta última, las dos funciones que debe cumplir, una nomofiláctica y otra de unidad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Resulta especialmente significativo cómo funciona la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con el análisis que efectúa LEONOR MORAL. Para los Tribunales inferiores, la función que cumple es mero reflejo del principio de autoridad. Y fruto de lo anterior es la crítica absolutamente razonable que hace la autora (págs. 175 y ss.) al modo de funcionar el precedente. El Tribunal inferior no hace la labor argumentativa de analizar la totalidad de las resoluciones del TS, sino que hace una mención sólo de aquellas que sostienen la solución propia. ¿No será este modo de proceder sino la plasmación del denominado método inverso —esto es, aquel modo de proceder en el que primero se toma la decisión y luego se justifica, atendiendo a la línea jurisprudencial que sirve en su apoyo—, tal y como NIETO nos lo ha venido explicando desde su trabajo del *Libro Homenaje a González Pérez* («El dorso metalegal de las decisiones judiciales») y que desarrolló después en su *Arbitrio judicial*? La autora

no se ha atrevido a ir tan lejos aunque, ciertamente, el argumento de la *comodidad* que ha utilizado como justificación íntima de este modo de proceder del juzgador recuerda bastante a las explicaciones que NIETO nos proporciona de la justificación de la decisión.

Si en relación con los Tribunales inferiores la situación no es satisfactoria, como acaba de describirse, en relación con las propias resoluciones del Tribunal Supremo la situación no es mucho mejor. El análisis que hace la autora desvirtúa las dos funciones que se supone que han de tener los precedentes: no hay seguridad jurídica porque no hay aplicación unitaria del Derecho —todos conocemos los problemas de la pluralidad de líneas jurisprudenciales— y la jurisprudencia tiene preponderantemente una función que debe ser calificada como conservadora, ya que de lo que se preocupa es de la adecuación a los planteamientos anteriores.

El problema radica, por tanto, en el modo no argumentativo de aplicar las resoluciones anteriores por parte de los órganos judiciales, tanto de los Tribunales inferiores como del propio Tribunal Supremo. De acuerdo con los planteamientos que se están utilizando en la actualidad y que la autora denuncia, nos encontraríamos ante la paradójica situación de que una sentencia de un Tribunal inferior con una motivación más razonable que la utilizada por el Tribunal superior sería casada como consecuencia de la violación de la jurisprudencia del órgano judicial superior. Y precisamente en este punto radica la gran utilidad que tiene adoptar un fundamento diferente sobre el valor del precedente y su modo de utilización.

Como señala la autora, realizar un estudio argumentativo supone introducir la racionalidad en la actividad jurisdiccional, en la medida en que la motivación del fallo es el resultado no del argumento tradicional de la autoridad, sino el resultado de un proceso argumentativo adecuado. Las ventajas son obvias: será más fácil apartarse del precedente ya que sólo requiere una motivación en contra, y será más fácil seguir sus propias decisiones. Y, además, habría más facilidad para la distinción en-

tre los distintos supuestos, con lo que la aplicación del Derecho saldría también beneficiada. Dicho de otro modo, sería dotar de sentido material a la regla contenida en el artículo 120.3 de nuestra Constitución, en virtud del cual «las sentencias serán siempre motivadas».

De la lectura de este trabajo sólo queda comentar un aspecto de carácter metodológico. El trabajo es, como se ha afirmado desde el comienzo, de teoría general del Derecho y esto se manifiesta en que los modos de investigación de los filósofos del Derecho están muy presentes en toda su elaboración. Esto es claro cuando se observa su abundante argumentación de las razones que le llevan a separarse de RAZ y las corrientes positivistas que justifican el argumento de autoridad, así como los argumentos que hacen que a la autora le parezcan más razonables las propuestas de ALEXY y su teoría de la argumentación jurídica. La autora es en este punto consecuente con su planteamiento dialéctico del precedente y lo aplica a su propio modo de proceder.

Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA

MORENO REBATO, Mar: *Régimen jurídico de la asistencia social* (Prólogo de Jesús GONZÁLEZ SALINAS), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

Es la llamada cláusula del Estado social la que fundamenta los principios y las normas esenciales contenidos en la actual regulación de los servicios sociales, de la asistencia social. Es el Estado social, nacido, como magistralmente describió FORSTHOFF, tras los importantes cambios acaecidos en la sociedad alemana después de la Primera Guerra Mundial, el que debe satisfacer las necesidades vitales de la colectividad. Y este «nuevo» Estado afecta, como nunca conviene olvidar, al papel que debe desempeñar la Administración Pública, poder público que también ha de actuar

para la consecución de esos fines sociales del Estado, constitucionalmente previstos en nuestra Carta Magna, especialmente cuando consagra los llamados «principios rectores de la política social y económica».

Por todo ello, llama la atención la escasez de tratamiento doctrinal por parte de los administrativistas sobre, precisamente, la actuación administrativa más impregnada de esos fines del Estado y, dentro de ella, la dirigida a satisfacer las necesidades más vitales de los ciudadanos, que forma parte de la denominada *daseinsvorsorge* o «procura existencial», a la que se refirió entre nosotros, tempranamente, el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO. Tal vez a esta insuficiencia doctrinal haya contribuido la ausencia en los preceptos constitucionales específicamente dedicados a la actuación de la Administración (arts. 103, 105 y 106) de referencias expresas a los fines y principios sociales del Estado, a manifestaciones de ese Estado social, y no sólo del Estado democrático y de Derecho, del que, en cambio, sí se encuentran mandatos concretos en las referidas normas constitucionales (principio de legalidad, de participación en los asuntos administrativos...).

En este contexto, con estos antecedentes, una primera lectura del título de esta obra podría inducir a creer que se trata de un estudio propio de la doctrina laboralista y, dentro de ella, de la que se ha especializado durante los últimos años en el Derecho de la Seguridad Social; podría alegarse la falta de la habitual y ya clásica denominación que acompaña a nuestros estudios de las instituciones («régimen jurídico-administrativo»), y, además, el hecho de haberse publicado por el Departamento ministerial más próximo a las Ciencias del Trabajo. Pero lo cierto es que esa primera impresión es absolutamente errónea. Estamos ante una obra de una investigadora de formación en el Derecho Público por excelencia que es el Derecho Administrativo. La misma lectura de su índice permite ya, sin lugar a dudas, verificar esta afirmación y, por tanto, confirmar su inclusión entre las investigaciones realizadas por los administrativistas. Y no podía ser de otra