

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA

Profesora titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Directora del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

**LA JURISPRUDENCIA
EN LOS DERECHOS ROMANO,
ANGLOSAJÓN Y CONTINENTAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO.....	9

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO II **LA «*JURISPRUDENTIA*» ROMANA, COMO «*PRUDENTIA IURIS*»**

1. INTRODUCCIÓN SOBRE EL DERECHO ROMANO, ESPECIALMENTE EL CLÁSICO.....	19
2. LA « <i>JURISPRUDENTIA</i> » ROMANA COMO CIENCIA DEL DERECHO, PERO DIFERENTE DE LA CONCEPCIÓN ACTUAL DE ÉSTA EN LOS AUTORES ALEMANES —« <i>JURISPRUDENZ</i> »— Y ANGLOSAJONES —« <i>JURISPRUDENCE</i> »	22
3. PRIMACÍA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA LEY EN EL DERECHO ROMANO	22
4. ETIMOLOGÍA DEL TÉRMINO « <i>JURISPRUDENTIA</i> » COMO « <i>PRUDENTIA</i> » APLICADA AL MUNDO DEL DERECHO, DE CARÁCTER EMINENTEMENTE PRAGMÁTICO. DIFERENCIAS CON LA « <i>SCIENTIA</i> » Y CON LA « <i>SAPIENTIA</i> », DE CARÁCTER COGNITIVO O CIENTÍFICO	23
5. PAPEL DECISIVO EN LA « <i>JURISPRUDENTIA</i> » ROMANA COMO CREACIÓN —NO DEL LEGISLADOR NI DEL JUEZ— DE DOS ÓRGANOS: LOS JURISCONSULTOS Y EL PRETOR	24

	Pág.
6. ORIGEN DE LA « <i>JURISPRUDENTIA</i> » ROMANA EN EL COLEGIO DE LOS PONTÍFICES, CON CARÁCTER «SECRETO», Y SU CONVERSIÓN POSTERIOR EN UNA JURISPRUDENCIA «LAICA» Y «PÚBLICA»	25
7. VALOR DE LA « <i>JURISPRUDENTIA</i> » ROMANA. EL « <i>IUS PUBLICAE RESPONDENDI</i> »: SU ORIGINARIA AMPLITUD Y SU REDUCCIÓN POR AUGUSTO A UNOS POCOS JURISTAS	25
8. LA GRANDEZA DE LA « <i>JURISPRUDENTIA</i> » ROMANA POR SU CARÁCTER «CASUÍSTICO, INDUCTIVO E INTUITIVO». EL VALOR DE LA CIENCIA DEL DERECHO HOY EN DÍA, COMO ELABORACIÓN TEÓRICO—DOCTRINAL	26
9. VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO ROMANO: ¿FUENTE DEL DERECHO?	28
10. ¿POR QUÉ LA JURISPRUDENCIA ROMANA SE LLAMÓ ASÍ Y NO «JURISCIENCIA»?	28
11. LA « <i>PRUDENTIA</i> » ROMANA	30

CAPÍTULO III EL PRECEDENTE ANGLOSAJÓN

1. EL SISTEMA DE FUENTES ANGLOSAJÓN	33
A) El término «anglosajón» frente a los vocablos «inglés» o «británico»	33
B) El sistema de fuentes inglés	36
a) Enumeración y jerarquía de las normas jurídicas en el Derecho inglés	37
a.1) El Derecho creado por los jueces —« <i>judge made law</i> »—. La « <i>equity</i> » como parte de él	38
a.2) El Derecho legislado —« <i>statute law</i> »	40
b) El « <i>stare decisis</i> »	43
c) Técnica de las distinciones —« <i>distinctions</i> »	46
d) La « <i>ratio decidendi</i> »	47
e) Teorías declarativa y constitutiva sobre la naturaleza del « <i>common law</i> »	48
f) Clases de precedentes	50
g) Jerarquía de los tribunales	51
h) Publicación de los precedentes. El sistema de « <i>law reporting</i> »	52
C) El sistema de fuentes norteamericano	53
D) El sistema de fuentes escocés	55

	Pág.
2. DISTINCIÓN ENTRE LOS TÉRMINOS «JURISPRUDENCE» —COMO CIENCIA DEL DERECHO— Y «CASE LAW» —COMO FENÓMENO JUDICIAL	57
3. DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS DEL «COMMON LAW» Y LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTINENTALES.....	58
A) La distinta influencia del Derecho romano	59
B) La distinta influencia de la Codificación del Derecho legislado en el Continente, frente al carácter eminentemente jurisprudencial del sistema anglosajón.....	60
C) La concepción racionalista, normativista y formalista de los sistemas continentales frente al realismo y al empirismo anglosajones.	61
D) La evolución y el respeto a la tradición en el sistema anglosajón, frente a las revoluciones continentales.....	61
E) Un Derecho de «acciones procesales» frente a un Derecho de «normas»	62
F) Un modelo de organización social basado en la iniciativa individual y la libre empresa, frente al modelo intervencionista y estatista continental.....	62
G) Un derecho abierto e inconcluso, frente a la plenitud, completitud o cerramiento de los sistemas continentales.....	63
H) Un sistema casuístico y abierto, frente a las ideas «a priori», preestablecidas y preconcebidas de los «sistemas» continentales. Una doctrina inorgánica, sin Códigos. El método de casos.....	63
I) Desconocimiento de la separación entre el Derecho público y el privado, que ocupa un lugar central en el Derecho continental.....	64
4. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL PRECEDENTE ANGLOSAJÓN Y LA JURISPRUDENCIA CONTINENTAL	64
A) La proveniencia del precedente de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar su rango jerárquico	64
B) Basta una sola sentencia para que haya precedente judicial	65
C) El precedente es la principal fuente del Derecho anglosajón.....	65
D) El sistema de jurisdicción difusa frente al de jurisdicción concentrada.....	65
5. ACTUAL APROXIMACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE DERECHO CODIFICADO Y LOS DE «CASE LAW»	66

CAPÍTULO IV
LA JURISPRUDENCIA CONTINENTAL

1. CONCEPTO Y PRINCIPALES REQUISITOS DE LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL	69
--	----

	Pág.
A) La proveniencia de la jurisprudencia	70
a) El Tribunal Supremo. El recurso de casación	72
a.1) Antecedentes históricos del Tribunal Supremo y del recurso de casación.....	72
a.2) Principal finalidad de la casación	73
a.3) Las distintas salas del Tribunal Supremo	73
a.4) Evolución del concepto de «doctrina legal» como base de la casación. La incidencia de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.....	73
b) El Tribunal Constitucional. Principales funciones del mismo.	75
b.1) Introducción: el modelo norteamericano, de jurisdicción difusa, frente al modelo austriaco, de jurisdicción con- centrada	75
b.2) Naturaleza del Tribunal Constitucional español.....	77
b.2.1) Naturaleza jurisdiccional	78
b.2.2) Naturaleza política	78
b.2.3) Naturaleza «mixta», especial, « <i>sui generis</i> » y compleja.....	78
b.3) Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo y con otros órganos judiciales. ¿Una cuestión de jerarquía o de competencia?.....	79
b.4) Lugar que ocupa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias y autos.....	80
c) Los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. La jurisdicción territorial.....	83
d) Los Tribunales europeos	86
d.1) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estras- burgo	86
d.2) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo	87
d.3) La Corte Penal Internacional.....	88
e) Valor de las Resoluciones de la Dirección General de los Re- gistros y del Notariado	90
B) La reiteración de sentencias	91
C) La « <i>ratio decidendi</i> » frente a los « <i>obiter dicta</i> ». La « <i>ratio</i> » y con- ceptos afines en el Derecho	91
a) El «supuesto de hecho», la «consecuencia jurídica» y la « <i>ra- tio</i> » como elementos de la norma jurídica. Evolución histórica del concepto de « <i>ratio</i> ».....	92

	Pág.
a.1) El « <i>logos</i> » griego	94
a.2) Aparición del término « <i>ratio</i> » en el Derecho romano, pero con un sentido diferente del actual: la « <i>ratio</i> » aritmética y geométrica, de contenido matemático —como proporcionalidad.....	94
a.3) El periodo medieval.....	94
a.3.1) Los glosadores y su apego a la letra y a la interpretación gramatical	94
a.3.2) Los posglosadores o comentaristas y su empleo de la interpretación lógica, en busca de la « <i>ratio</i> ».....	95
b) La « <i>causa legis</i> » —en los negocios jurídicos— frente a la « <i>ratio legis</i> » —en la ley.....	96
c) La « <i>ocassio legis</i> » frente a la « <i>ratio legis</i> ».....	97
d) El « <i>anima legis</i> » frente al « <i>animus</i> »	97
e) La « <i>ratio legis</i> » frente a la « <i>ratio legislatoris</i> ».....	98
f) La « <i>ratio</i> histórica» frente a la « <i>ratio</i> presunta o hipotética»... ..	100
g) El « <i>corpus</i> » frente a la « <i>ratio</i> » y a los «criterios de interpretación»	100
h) La « <i>opinio iuris</i> » en la costumbre.....	101
i) La <i>ratio</i> en la argumentación jurídica. Tipología.....	105
i.1) La « <i>eadem ratio</i> » en la analogía.....	106
i.2) La « <i>ratio</i> » mayor en el argumento « <i>a fortiori</i> »	106
i.3) La <i>ratio</i> menor o contraria en el argumento « <i>a contrario</i> »	107
j) La « <i>ratio decidendi</i> » —del fallo judicial— frente a los « <i>obiter dicta</i> » —resultandos y considerandos.....	107
2. FUNCIONES DE LA JURISPRUDENCIA	108
A) La función interpretativa	108
B) La función aplicadora.....	109
C) La función integradora	110
D) La función creadora «limitada» y «derivada» de la jurisprudencia.	111
E) Otras funciones	112
a) La función de decantación y aplicación de los principios generales del Derecho.....	112
b) La función actualizadora de la ley.....	113
c) La función modeladora y creadora de figuras jurídicas.....	113
3. ¿ES LA JURISPRUDENCIA, ESPECIALMENTE LA DEL TRIBUNAL SUPREMO, FUENTE DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL?.....	113

	Pág.
A) Argumentos a favor del carácter de fuente	114
a) La evolución del principio de división de poderes.....	114
b) La teoría de la « <i>Stufenbau</i> » de KELSEN y de la « <i>open texture</i> » de HART. Problemas que resuelven la superación del estricto positivismo legalista y la concepción del Derecho como orde- namiento jurídico	115
c) La infracción de doctrina jurisprudencial como fundamento del recurso de casación	116
d) Por su relación con otras fuentes del Derecho.....	116
d.1) Por su relación con la costumbre, como costumbre ju- dicial —« <i>usus fori</i> »—.....	116
d.2) Por su relación con los principios generales del Derecho, como fuente de éstos.....	117
d.3) Por su relación con la ley.....	118
d.3.1) La jurisprudencia como ley «especial», ley «individual» o «ley concreta».....	118
d.3.2) La aprobación «tácita» del legislador, median- te la «recepción» —« <i>a posteriori</i> »— o la «delegación» —«previa»— de la norma ju- risprudencial.....	119
d.3.3) La aprobación «expresa» del legislador en las «disposiciones adicionales del Código Ci- vil», mediante la alusión a la Comisión de Codificación	120
e) El nuevo valor de la jurisprudencia por la progresiva impor- tancia de los «acuerdos adoptados por los Plenos no jurisdic- cionales del Tribunal Supremo».....	120
B) Argumentos en contra del carácter de fuente	123
a) Una interpretación estricta del principio de división de poderes y la posición del juez en él.....	123
b) El carácter general y abstracto de la norma jurídica frente al ámbito concreto de las máximas jurisprudenciales, para casos aislados	125
c) El carácter imperativo de la norma jurídica, como fuente del Derecho, frente al valor meramente persuasivo, no obligato- rio, de simple autoridad, de la jurisprudencia.....	125
d) La vocación en principio de permanencia, estabilidad y cohe- rencia, de la norma jurídica, frente a la libertad para variar su doctrina y el talante contradictorio en la jurisprudencia.....	126
e) La presunción de cosa juzgada, frente al mero valor ejemplar de la jurisprudencia para todos los casos comparables con el resuelto.....	127

	Pág.
f) La creación de Derecho objetivo por la norma jurídica, frente a la adjudicación de derechos subjetivos por la jurisprudencia	128
g) Las exigencias de seguridad jurídica	128
h) El valor originario de la norma jurídica, frente al talante prestado y derivado de la jurisprudencia	129
i) El carácter creador de la norma jurídica, frente a la función interpretativa, aplicadora e integradora, de la jurisprudencia...	129
C) La jurisprudencia y la equidad.....	129
D) La analogía y la máxima de decisión resultante de ella.....	138
E) La consideración de la jurisprudencia como fuente impropia, material o de conocimiento del Derecho: «la ley reina y la jurisprudencia gobierna»	141
F) La teoría de las «fuentes-argumento»	143
a) El argumento « <i>ab exemplo</i> ».....	144
b) El argumento «de autoridad».....	144
c) El «principio de justicia formal» en coordinación con el «principio de inercia».....	147
d) El respeto a la «tradicón»	148
e) El argumento «pragmático».....	148
G) Los modelos de Juez: Hércules, Júpiter y Hermes	148
H) El formalismo y la revuelta antiformalista, con especial mención de la vertiente jurisprudencial	150
a) El antiformalismo legal francés	152
a.1) La Escuela Científica francesa de François GÈNY.....	152
a.2) La Escuela Sociológica francesa de Leon DUGUIT.....	152
b) El antiformalismo conceptual alemán	153
b.1) La Jurisprudencia de Intereses del segundo IHERING y de Philipp HECK	153
b.2) La Escuela de la Libre Jurisprudencia de Hermann KANTOROWICZ y Eugen EHRLICH	156
c) El antiformalismo jurisprudencial: la Jurisprudencia Sociológica norteamericana de Oliver Wendell HOLMES, Roscoe POUND y Benjamín N. CARDOZO. El realismo jurídico norteamericano.....	157
d) Otras corrientes antiformalistas	159
4. EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA, ESPECIALMENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO	163
A) ¿Es posible el cambio de jurisprudencia?	163
B) ¿Es aconsejable el cambio de jurisprudencia?	163

	Pág.
C) En caso de cambio de jurisprudencia, ¿cuál debe prevalecer?.....	164
a) La jurisprudencia más antigua.....	164
b) La jurisprudencia más reciente.....	164
c) Incluso una tercera línea jurisprudencial distinta.....	165
5. PRINCIPAL NORMATIVA EN TORNO A LAS FUENTES DEL DE- RECHO Y A LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JU- RÍDICO ESPAÑOL.....	165
A) El panorama anterior a 1978.....	165
a) El Código Civil.....	165
a.1) Antes de la reforma del Título Preliminar de 31 de mayo de 1974. El art. 6.....	166
a.2) Después de la reforma del Título Preliminar de 1974. El art. 1.6.....	167
a.2.1) El argumento sistemático o « <i>sedes materiae</i> ».....	168
a.2.2) El argumento literal y la enumeración exhaus- tiva del art. 1.1 CC.....	168
a.2.3) La jurisprudencia «complementa» —no «com- pleta»— el ordenamiento jurídico.....	168
a.2.4) La expresión «cierta trascendencia normativa» referida a la jurisprudencia en la Exposición de Motivos de la Reforma del Título Preliminar de 1974.....	169
a.2.5) El expreso reconocimiento de la «analogía» tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil.....	170
b) La Ley de Enjuiciamiento Civil. La reforma de 2000.....	170
B) El panorama posterior a 1978.....	171
a) La Constitución española de 1978 y sus principales noveda- des en la materia.....	172
b) La Ley Orgánica del Poder Judicial.....	173
6. LA JURISPRUDENCIA EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDI- COS CONTINENTALES DISTINTOS DEL ESPAÑOL.....	174
A) El Derecho alemán.....	174
B) El Código Civil suizo y el juez legislador.....	176
BIBLIOGRAFÍA.....	177

PRÓLOGO

Si, desde la óptica de los ordenamientos jurídicos continentales, la jurisprudencia puede ser definida como la interpretación común de las disposiciones jurídicas tal y como la consagran una serie de decisiones jurisdiccionales convergentes, el fenómeno jurisprudencial resulta en gran medida paradójico.

Por una parte, en efecto, la jurisprudencia parece por completo integrada en las disposiciones jurídicas cuya significación interpreta. Desde este punto de vista, la misma cumple aparentemente una función puramente declarativa, que corre el riesgo de ser considerada accesoria.

Sin embargo, no hay que ignorar que la identificación y el conocimiento preciso de las normas jurídicas requieren un estudio atento de la jurisprudencia. Por ello se puede asumir, siguiendo una perspectiva más realista, que la jurisprudencia contribuye a fijar, parcialmente al menos, el alcance de las normas en juego.

A la vista de estas incertidumbres, se comprende que el papel y el estatuto propios de la jurisprudencia figuren desde hace tiempo entre los problemas a los cuales la Ciencia del Derecho, ya sea en relación a los principios inherentes a un ordenamiento jurídico particular ya en relación a las propiedades del Derecho en general, consagra sus esfuerzos investigadores y analíticos. La función declarativa o constitutiva de la jurisprudencia respecto a las normas jurídicas, así como la cuestión de saber si —y bajo qué condiciones— la tarea jurisprudencial puede ser encuadrada dentro de las fuentes del Derecho, aparecen como problemas centrales sobre los que reflexionar.

Estas cuestiones han sido ciertamente objeto de debate desde el siglo XIX al menos, tanto en el plano de la Teoría general del Derecho como

en el estudio doctrinal de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Así, la concepción del papel desempeñado por el juez, tal como se derivaba de ciertas interpretaciones del principio de separación de poderes, así como el prestigio del que gozaba el Derecho legal en la mayoría de los sistemas jurídicos europeos, han conducido a numerosos juristas a preguntarse por el papel y el alcance atribuibles a la jurisprudencia.

Por otro lado, conviene subrayar que en el momento actual esta problemática reviste una importancia mayor aún. En efecto, ciertos aspectos de la evolución contemporánea de los ordenamientos jurídicos en Europa contribuyen a hacer estas cuestiones todavía más difíciles de resolver. La inflación de Derecho escrito, del mismo modo que el reforzamiento del papel desempeñado por el juez en general —reforzamiento del que son buena muestra, entre otras, la extensión del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes en numerosos Estados o la creciente influencia de las jurisdicciones supranacionales en ámbitos como el Derecho de la Unión Europea o las reglas aplicables en materia de derechos humanos— se cuentan entre los factores que han revestido el fenómeno jurisdiccional de una nueva trascendencia. Así, más allá de sus dimensiones teóricas y jurídicas tradicionales, los problemas que suscitan la función y el estatuto de la jurisprudencia requieren de una reflexión en profundidad que tenga en cuenta el nuevo contexto en el cual se plantean en el presente.

Las observaciones precedentes bastarían para justificar el interés que presenta la nueva obra que María José FALCÓN Y TELLA ha dedicado a la jurisprudencia. De hecho, este trabajo ofrece a sus lectores un estudio espléndido del fenómeno jurisprudencial.

La reflexión desarrollada por la autora se ocupa de la determinación del alcance específico que reviste la jurisprudencia en los sistemas jurídicos continentales. Esta definición previa es el resultado de una comparación metodológica, no solamente con el sentido que poseía el término jurisprudencia en el Derecho romano, sino también con la práctica de carácter jurisprudencial que caracteriza a los sistemas del common law, en particular el Derecho inglés.

Una vez agotada esta primera etapa, María José FALCÓN Y TELLA analiza, a la luz del modelo español, el papel desempeñado por las diversas instituciones jurisprudenciales en la formación de la jurisprudencia, así como las condiciones de las que depende su existencia. Posteriormente, tras haber identificado las diferentes funciones de la jurisprudencia, la autora estudia en profundidad los argumentos que han sido esgrimidos a favor y en contra de su papel de fuente del Derecho, en particular en lo que concierne a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo español.

El inmenso interés del libro de María José FALCÓN Y TELLA se manifiesta especialmente en las disquisiciones de Teoría del Derecho que adornan sus argumentos y permiten al lector tomar conciencia de su alcance. Estos análisis versan no solamente sobre la noción de fuente del Derecho, sino también sobre las diferentes concepciones del papel jugado por el juez, que han sido elaboradas por las principales corrientes de la Teoría del Derecho contemporánea.

El lector podrá igualmente sacar provecho de los clarificadores análisis que la autora realiza del cambio de jurisprudencia, así como del papel desempeñado por ésta en diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

El enfoque histórico de los problemas, la utilización metodológica de la perspectiva de Derecho comparado y de los estudios doctrinales del Derecho positivo, de la misma manera que el empleo de los recursos que ofrece la Teoría general del Derecho, constituyen algunos de los elementos que enriquecen la reflexión de María José FALCÓN Y TELLA y confieren a su libro un gran valor científico. Por ello, de la misma manera que sus trabajos anteriores¹, que han realizado contribuciones de gran valor en el campo de la Teoría del Derecho, el estudio esencial que María José FALCÓN Y TELLA ha realizado en materia de jurisprudencia ocupará, sin ningún género de duda, un lugar relevante entre las obras de referencia más significativas que se han consagrado a esta forma de manifestación del Derecho.

Philippe GÉRARD

Catedrático de Filosofía del Derecho y de Filosofía política
Facultés Universitaires Saint-Louis (Bruselas)

¹ Ver, entre otras, M. J. FALCÓN Y TELLA, *El argumento analógico en el Derecho*, Prólogo de J. ITURMENDI MORALES, Madrid, Civitas, 1991; *id.*, *Concepto y fundamento de la validez del Derecho*, Prólogo de F. OST, Madrid, Civitas, 1994; *id.*, *La desobediencia civil*, Prólogo de F. GARRIDO FALLA, Madrid, Marcial Pons, 2000; *id.*, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Prólogo de A. GARCÍA-PABLOS, Madrid, Marcial Pons, 2005; *id.*, *Equidad, Derecho y Justicia*, Prólogo de J. IGARTUA SALAVERRÍA, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia ha sido un tema ampliamente estudiado. Se plantean una serie de interrogantes¹. El primero de ellos es dar un concepto de la misma, puesto que de la jurisprudencia no se puede hablar en un solo sentido. No existe una única acepción del término jurisprudencia, sino una pluralidad de significados dependiendo del momento o época histórica —variante temporal— y del lugar o sistema jurídico de que se trate —variante espacial—. Así no significó lo mismo la jurisprudencia en el antiguo Derecho romano, en el que se concebía como Ciencia del Derecho, que en la actualidad². Tampoco son en absoluto equivalentes las nociones de jurisprudencia en los países anglosajones, en los que el precedente judicial es la principal fuente del Derecho, y en los sistemas de Derecho continental, donde la jurisprudencia

¹ Por su acertada formulación reproducimos la siguiente enunciación de interrogantes de F. M. CALVO VIDAL, *La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, Lex Nova, 1992, pp. 23-26 y F. C. DE DIEGO, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925, pp. 105-106: «Parece claro que las sentencias y la jurisprudencia norman y regulan el caso concreto decidido por ellas y obligan y vinculan a las partes, pero ¿vinculan a los jueces y tribunales? ¿Declara sólo reglas de derechos subjetivos o expone y da nacimiento a normas de Derecho objetivo? ¿Pueden los tribunales con sus sentencias establecer verdaderas normas jurídicas que, al igual o en grado más subalterno que las emanadas de las leyes y costumbres, estén dotadas de carácter imperativo y coercitivo general, e impongan, por tanto, obediencia y sumisión a todos los miembros del Estado, para resolver y regular con arreglo a ellas los sucesivos conflictos y casos análogos que se presenten?[...] La jurisprudencia no es fuente del Derecho. Pero, ¿por qué se la incluyó en el capítulo de las fuentes?[...] La pregunta clave será si ¿se debe o no reconocer a la jurisprudencia la creación directa de reglas jurídicas generales?[...] El gran problema que se ha planteado y plantea aún hoy a la jurisprudencia es el de su consideración o no como fuente del Derecho. Se ha dicho con justicia que la controversia relativa a la autoridad de la jurisprudencia era tan vieja como el Derecho mismo».

² Es emblemática a este respecto la obra de J. H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. cast. y escrito preliminar de A. TRUYOL SERRA, Madrid, 1949.

dencia se discute si podrá ser a lo sumo fuente de definición de derechos subjetivos, o también fuente de producción de Derecho objetivo³.

³ Entre los estudios de carácter general sobre la jurisprudencia, destacamos, H. J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1986. J. ADAME GODDARD, «Jurisprudencia», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. V, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, p. 289. M. ALBALADEJO GARCÍA, «La jurisprudencia», en la *Revista de Derecho Privado*, 54, 1970. *Id.*, *Curso de Derecho Civil español, I, Introducción y Parte General*, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1983. *Id.*, *Derecho civil, I, Introducción y Parte General*, vol. I, *Introducción y Derecho de la Persona*, 12.ª ed., Zaragoza, 1991. N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Jueces. Jurisdicción, Jurisprudencia. (Estudios de Derecho procesal)*, Madrid, 1934, pp. 303-326. N. ALCALÁ ZAMORA Y TORRES, *La jurisprudencia y la vida del Derecho*. Discurso leído en el acto de recepción. Contestación de Rafael DE UREÑA Y SMENJAUD el día 22 de febrero de 1920, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1920. L. ALEXANDER, «Precedent», en D. PATTERSON, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996. A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1995. ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, *La jurisprudence*, XXX, Paris, Sirey, 1985. M. AZUELA GUITRÓN, «Importancia, límites y riesgos de la jurisprudencia», en *La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Materia de Impuestos 1917-1985*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tribunal Fiscal de la Federación, 1986. D. BARBERO, *Sistema del Derecho Privado, I—Introducción, Parte preliminar, Parte general—*, trad. cast. de S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. G. BELLONI PERESSUTTI, «Metodo e strategie nell'utilizzazione di precedenti giudiziari: riflessioni di un avvocato civilista», en U. VINCENTI (a cura di), con la colaboración de G. SANTUCCI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, CEDAM, 1998, pp. 147-163. M. BIBENT, *L'informatique appliquée à la jurisprudence. Une méthode de traitement de la documentation juridique*, prólogo de P. CATALA, Paris, Librairies Techniques, 1976. J. BONNECASE, *Elementos de Derecho Civil, I (Nociones preliminares, persona, familia y bienes)*, trad. cast. de CAJICA, México, 1945. G. A. BORDA, «Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 190, 1951, pp. 507 y ss. P. CALAMANDREI, «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1955, pp. 252-272. J. CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del Derecho (jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2.ª ed., Madrid, Reus, 1934. *Id.*, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operativa en el Derecho privado positivo)*, Madrid, Reus, 1947. *Id.*, *Derecho civil, común y foral, I, 1*, 12.ª ed. revisada y puesta al día por el profesor DE LOS MOZOS, Madrid, Reus, 1982. C. CHECCHINI, «Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge», en *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, XC, 1923, pp. 167 y ss. A. L. COBDEN, «El juez y la regla de Derecho», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 1989. M. COIPEL, «Les reactions de la doctrine à la question de droit par les juges en droit civil», en *Travaux de l'Association Henri Capitant, Les reactions de la doctrine à la creation du droit par les juges (Journées italiennes, XXXI)*, Paris, 1980. V. COLESANTI, «Giurisprudenza», en *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961, pp. 1101-1106. A. COLIN y N. CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil, I (Introducción, estado civil, domicilio y ausencia)*, anotada por D. DE BUEN, Madrid, Reus, 1922. A. D'AMATO, *Jurisprudence. A Descriptive and Normative Analysis of Law*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1984. R. DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, 1995. C. DE LA VEGA BENAYAS, *Introducción al Derecho judicial*, Madrid, Montecorvo, 1970. Lord DENNING, *From Precedent to Precedent*, Oxford, Clarendon Press, 1959. Lord DEVLIN, «Judges and Lawmakers», en *Modern Law Review*, 39,1, 1976, pp. 1-16. C. DE SILVA Y NAVA, «La jurisprudencia», en *Curso de Actualización del Amparo*, México, División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho, UNAM, 1973. R. W. D. DIAS, *Jurisprudence*, London, Butterworths, 5.ª ed., 1985. L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil, vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Madrid, Tecnos, 1990. G. DOLEZALEK, «I precedente giudiziari nello ius commune», en U. VINCENTI (a cura di), con la colaboración de G. SANTUCCI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, CEDAM, 1998, pp. 55-81. O. DUPEYROUX, «La jurisprudence, source abusive de droit», en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, II, Paris, 1960, pp. 349-377. M. DUVERGER, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, 6.ª ed. española, Barcelona, Ariel, Caracas, México, 1980. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. cast. de M. GUASTAVINO, prólogo de A. CALSAMIGLIA, Barcelona, Ariel, 1984. *Id.*, *A Matter of Principle*, Cambridge —Massachusetts—, Harvard University Press, 1985. *Id.*, *Law's Empire*, Cambridge —Massachusetts—, Harvard Univer-

te tricotomía— de acepciones en función del contexto espacio-temporal, dar contestación a la segunda cuestión, íntimamente ligada a la anterior, a saber: ¿es la jurisprudencia fuente del Derecho? La respuesta en sentido afirmativo o negativo dependerá del concepto de fuente del Derecho que manejemos —fuentes de producción o de conocimiento, fuentes formales o materiales, fuentes directas o indirectas— y del sistema jurídico al que nos refiramos.

Para mayor claridad expositiva, y a fin de responder de una manera ordenada y coherente tanto a la problemática del concepto de jurisprudencia como a la de su carácter o no de fuente del Derecho, vamos a dividir nuestro trabajo en tres apartados fundamentales⁴: la jurisprudencia como Ciencia en el Derecho romano; el precedente judicial en los sistemas de Derecho anglosajón —distinguiendo, a su vez, dentro de ellos entre el sistema inglés y el norteamericano—; y la jurisprudencia en el Derecho continental —especialmente en el ordenamiento jurídico español⁵.

Positivism to a Postanalytical Philosophy of Law, Hart Publishing, 2000. A. SMITH, (1723-1790), *Lecciones de jurisprudencia*, trad. del inglés de A. RUIZ MIGUEL, *Boletín Oficial del Estado*, 1996. M. TARUFFO, «Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XLVIII, 1994, pp. 19-36. *Id.*, «Dimensione del precedente giudiziario», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XLVIII, 1994, pp. 411-430. *Id.*, «Per un'analisi comparata del precedente giudiziario», en *Ragion Pratica*, 6, 1996, pp. 55-64. A. TUNC, «Jurisprudence», en *Enciclopedia Universalis*, 9, 1968. J. L. VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1973. A. WALD, *Rapport brésilien al T. XXXI, 1980 de les Travaux de l'Association H. Capitant (Les reationes de la doctrine à la création du droit par les juges)*, *Journées italiennes de Florence*, Paris, Ed. Economica, 1982. M. WALINE, «Le pouvoir normatif de la jurisprudence. La technique et les principes du droit public», en *Melanges Scelle*, II, Paris, 1950, pp. 613 y ss. E. WANBAUGH, *The Study of Cases*, 2.^a ed, Boston, 1894. *Id.*, «How to Use Decisions and Statutes», en A. VANDERBILT (ed.), *Studying Law*, New York, Washington Square Publishing Comp., 1945, pp. 537-598. R. WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Towards a Theory of Legal Justification*, Stanford, Stanford University Press, 1961. O. WEINBERGER, «Basic Puzzles of Discourse Philosophy», en *Ratio Juris*, 9, 1996, pp. 172-181. A. WINCKLER, «Prédédent: l'avenir du droit», en *Archives de Philosophie du Droit*, 30, *La jurisprudence*, Paris, Sirey, 1985, pp. 131-140. J. WRÓBLEWSKI, «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisions», en *Rechtstheorie*, 3, 1974, pp. 33-46. *Id.*, «La jurisprudence et la doctrine juridique en tant que source de droit», en *Rapports Polonais*, Varsovie, Ossolineum, 1974. *Id.*, «Sentido» y «hecho» en el Derecho, trad. cast. de F. J. EZQUIAGA GANUZAS, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989. *Id.*, «The Judicial Application of Law», en Z. BANKOWSKI y N. MACCORMICK (eds.), Dordrecht, Kluwer, 1992. M. ZANDER, *The Law-Making Process*, London, Weidenfeld and Nicholson, 3.^a ed., 1989.

⁴ Una tripartición similar la encontramos en Ch. GREGORZYK, «Jurisprudence: phénomène judiciaire, science ou méthode», en *Archives de Philosophie du Droit*, XXX, *La jurisprudence*, Paris, Sirey, 1985, pp. 35-52; hay trad. cast. de M. CASADO, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XCIII, 3.^a época, 3 de septiembre de 1986.

⁵ L. M. DOMÍNGUEZ RODRIGO, *Significado normativo de la jurisprudencia: ¿Ciencia del Derecho o decisión judicial?*, I y II, Madrid, Centro de Publicaciones General Técnico, Ministerio de Justicia, 1984. Podría haberse seguido otro enfoque. Podría llevarse a cabo un estudio del precedente por ramas jurídicas —en el Derecho penal, en el Derecho civil, en el Derecho canónico, en el Derecho del Trabajo, etc.—. Sobre el tema nos remitimos a A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel Diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, G. Giappichelli, 1999. *Id.*, «Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano», en U. VINCENTI (a cura di), con la colaboración de G. SANTUCCI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, CEDAM, 1998, pp. 106-147. G. COMOTTI, «Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica», en U. VINCENTI (a cura di), con la colaboración de G. SANTUCCI,

Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea, op. cit., pp. 81-106. F. GALGANO, «Giurisdizione e giurisprudencia in materia civile», en *Contratto e impresa*, 1, 1985, pp. 29-48. L. JAUCH, «Il precedente giudiziale nel diritto del lavoro», en U. VINCENTI (a cura di), con la colaboración de G. SANTUCCI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea, op. cit.*, pp. 163-167. M. PUECH, «La jurisprudence pénale», en *Archives de Philosophie du Droit*, 30, *La jurisprudence*, Paris, Sirey, 1985, pp. 141-156. E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé (Théorie d'une pratique)*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1985.

CAPÍTULO II

LA «*IURISPRUDENTIA*» ROMANA, COMO «*PRUDENTIA IURIS*»

1. INTRODUCCIÓN SOBRE EL DERECHO ROMANO, ESPECIALMENTE EL CLÁSICO

El Derecho romano ocupa un lugar central en la historia jurídica de Occidente, junto al Cristianismo y a la Filosofía griega. De él provienen la distinción entre posesión y propiedad, entre hechos y Derecho, las nociones de obligación, de contrato o de testamento. Y la virtud del Derecho romano, la razón por la cual su aportación al orden social de Occidente no ha concluido, sino que sigue siendo fuente de inspiración de soluciones jurídicas, habiendo constituido en el ámbito europeo una especie de «*ius commune*», una cultura jurídica común compartida, radica precisamente en que el mismo ha sido un Derecho jurisprudencial, es decir, científico, en vez de un orden impuesto por el legislador¹.

¹ G. NOCERA, *Iurisprudentia. Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma, Bulzoni, 1973. J. A. MARTÍNEZ MUÑOZ, *El conocimiento jurídico*, Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1.ª ed. 2005, pp. 283 y ss. Hay 2.ª ed. 2006, p. 284: Deben distinguirse una serie de etapas en el Derecho romano: el Derecho romano antiguo —desde el 754 a.C. hasta el siglo I a.C., en el que puede distinguirse el arcaico del preclásico—; el clásico —del 130 a.C. al 220 d.C.—; el postclásico —años 230-430—; el vulgar —desde el año 430 hasta su eclipse medieval, lento y desigual, según los sitios—; el justiniano —desde el siglo VI en el ámbito bizantino— o el romano común —siglos XII a XVII—. No obstante, el citado autor reconoce —pp. 308-313— un elemento problemático en el Derecho romano, precisamente el provocar la incompreensión del hombre, por faltarle, pese a su gran perfección técnica, una concepción moral del Derecho, como se verá reflejado en prácticas crueles como las luchas de los gladiadores en el Circo romano, el que se abandonase a los enfermos, la esclavitud, el papel subordinado de la mujer y los hijos respecto al «paterfamilias», el infanticidio, la falta de ciudadanía para los extranjeros, todas ellas

De todas las etapas del Derecho romano —antiguo, clásico, posclásico, vulgar, justiniano y romano común—, es la segunda de ellas, el Derecho romano clásico —años 130 a.C.-220 d.C.—, la que ofrece mayor importancia en la materia objeto de estas líneas, siendo en ella cuando se produjo el esplendor de la jurisprudencia romana. De ahí que, siguiendo en este epígrafe al profesor Juan Antonio MARTÍNEZ MUÑOZ, realicemos un estudio introductorio de los rasgos característicos de ese Derecho romano clásico².

— En primer lugar, hay que destacar que el origen de dicho Derecho romano clásico no sea la iniciativa del Estado, sino la obra de la jurisprudencia y de los juristas que lo asesoraban. Se habla de principio de espontaneidad, de aislamiento del Derecho privado frente al poder político y de aversión a extender la burocracia —si bien es verdad que posteriormente, en la época imperial, aparecen indicios desagradables de la tiranía burocrática (de un «*princeps legibus solutus*», por encima del Derecho: «*quod principi placuit legis habet vigorem*»).

— Es un Derecho basado en la «acción procesal», en los medios judiciales que sirven para hacerlo valer —«*actio*», «*exceptio*», «*interdictum*», «*in integrum restitutio*»—. No es un Derecho de normas ni de facultades —derechos subjetivos—, pues faltan las nociones de persona, incluso de individuo —tal como lo entendía la Ilustración, a modo de ser vivo emancipado, con plena autonomía (máximo ensimismamiento).

— Es un Derecho «casuístico», elaborado jurisprudencialmente, producto de la controversia.

— Es un Derecho de fórmulas escuetas y concisas, litúrgicas, breves, de gran inmediatez, como queda puesto de manifiesto en aforismos que hoy han adquirido ya el rango de clásicos —«*pacta sunt servanda*», «*audiatur altera pars*»,...—, fórmulas de gran abstracción, precisión y claridad. Faltan en Roma declaraciones grandilocuentes de derechos similares a las modernas Declaraciones Internacionales y constitucionales.

— Es un derecho «individualista», pese a la ausencia de la noción de individuo soberano, y frente al Derecho germánico, en el que los derechos se adquieren en cuanto se pertenece a la colectividad. Esto implica también

prácticas inhumanas, que la jurisprudencia romana no supo moderar y adaptar a las exigencias de la justicia. Habrá que esperar al Cristianismo. Ver sobre el tema, U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, discurso leído el día 2 de mayo de 1966, en su recepción pública, y constestación de Leonardo PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1966. S. RICCOBONO, «Jurisprudencia», en *Nuovo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1938, pp. 477-502.

² Sobre el tema, ver P. BONFANTE, *Historia del Derecho romano*, I, trad. cast. de SANTACRUZ TEJEIRO, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. Sobre las analogías entre el Derecho romano y el Derecho anglosajón, ver W. W. BUCKLAND y A. D. MACHAIR, *Derecho romano y common law: una comparación en esbozo*, trad. del inglés de I. CREMADES UGARTE, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1994.

que el ciudadano no se encuentra tutelado por el Estado, como en el Estado de Bienestar, careciendo del paternalismo y de las asociaciones de defensa de la ciudadanía frente al Estado propias de este último³. Ello no significa que en Roma no hubiera solidaridad, sino que ésta se atribuye a la familia más que como función del Estado.

— Los romanos eran muy «religiosos», aunque su religión resultaba ser esencialmente animista y existía mucha superstición. De la voluntad de los dioses dependía lo lícito —«*fas*»— y lo ilícito —«*nefas*»—. Las virtudes del ciudadano, del «*paterfamilias*» y del jurista —«*fides*», «*pietas*», «*humanitas*», «*prudentia*»,...—, determinantes para el Derecho mismo, tenían carácter religioso.

—El Derecho romano cuenta con una limitada influencia de la Filosofía, la Economía, la Política. Los juristas romanos tratan de delimitar lo que es Derecho y lo que no lo es, poseyendo inmunidad a la instrumentalización por el poder político.

— Existe una rígida separación entre el «Derecho público» y el «privado», aunque ambos no corresponden con las modernas nociones que de ellos se tiene. El primero está ligado a la ciudad, el segundo al entorno familiar. El primordial legado del Derecho romano a la posteridad se refiere más al Derecho privado que al público. Gira en torno a la propiedad —sin función social—, el testamento, etc.⁴.

— Juega un papel fundamental el principio de autoridad atribuido al «*paterfamilias*». Sólo él posee plena capacidad jurídica y patrimonial, estando subordinados a su patria potestad la mujer y los hijos.

— Por último, el Derecho romano clásico se caracteriza por su elevada «perfección técnica», lo cual lo hace un modelo para el estudio, como ya percibieron los juristas medievales.

³ J. A. MARTÍNEZ MUÑOZ, *El conocimiento jurídico, op. cit.*, pp. 285-293, la cita en p. 288: «No hay propiamente individualismo porque el ciudadano romano encarna un modelo de hombre muy distante al actual y casi opuesto, que se forma en el valor (*virtus*), en la independencia de juicio y acción (*libertas*), la virilidad, la gloria, la devoción hacia los padres, la patria y los dioses (*pietas*), la fiabilidad o fidelidad (*fides*) que garantiza la recíproca confianza entre los ciudadanos y su disposición a participar en la vida pública (*dignitas*), pero no como mero votante irresponsable, sino como partícipe consciente y sacrificado. El ciudadano está orientado al servicio de la comunidad (*res publica*) y a contribuir al poderío y grandeza del pueblo (*maiestas populi romani*), su máxima es el bien del pueblo (*salus populi suprema lex est*) de modo que el interés del Estado ocupa un lugar central en el pensamiento y los actos del ciudadano romano».

⁴ Ver, R. SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema*, 17.^a ed., corregida por MITTEIS y WENGER, trad. cast. de W. ROCES, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1928.