

CAPÍTULO 3 LA JURISPRUDENCIA

99. Criterio para evaluar el papel de la jurisprudencia. El lugar que se le atribuye a las resoluciones judiciales, entre las fuentes del derecho, opone a los derechos de la familia romano-germánica con los países del *common law*. Es con el *common law* que nos esforzaremos en precisar las diferencias con los derechos de romano-germánicos para concluir que estas diferencias son de detalle; los fundamentos son básicamente los mismos.

Para valorar la importancia de las resoluciones judiciales en la elaboración del derecho, conviene una vez tomar distancia de las fórmulas estereotipadas que, con la deliberada intención de subrayar la preeminencia de la ley, se rehúsan a reconocer los méritos propios de la jurisprudencia como fuente del derecho. Estas fórmulas de alguna manera son ridículas cuando se emplean en países como Francia o Alemania donde la jurisprudencia ha asumido en ciertos ámbitos una función preponderante en la evolución del derecho y en donde con frecuencia la doctrina, no hace otra cosa que la exégesis de la jurisprudencia.¹ Estas fórmulas son igualmente falsas en los países en los que la doctrina no se interesa o se interesa poco por la jurisprudencia.² En la mayoría de las veces este comportamiento sólo refleja un claro distanciamiento en esos países entre la Academia y el Foro, pero de ahí no se puede concluir que las resoluciones judiciales no sean una fuente de derecho. Para visualizar con mayor exactitud la importancia de la jurisprudencia como fuente de derecho, en lugar de concentrar el análisis en las fórmulas recurridas por los autores y considerar las obras de la doctrina, debe desplazarse el análisis en otros factores: la existencia y el desarrollo de las compilaciones o repertorios de la jurisprudencia. Estas compilaciones y repertorios no han sido elaborados y escritos para recreación de los historiadores del derecho o de los sociólogos, ni para el placer de los lectores; han sido destinados a los juristas practicantes y sólo se explican en la medida en que la jurisprudencia es, una verdadera fuente de derecho; su cantidad y calidad reflejan la importancia que posee la jurisprudencia como fuente del derecho en la familia romano-germánica.

¹ Larenz y Wolf, *Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts*, 1997, § 3 núm. 36 afirman que “la jurisprudencia como tal no es una fuente del derecho” y esta afirmación expresa al parecer la concepción generalmente aceptada en Alemania. Véase sin embargo J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrecht*, 1956, y Larenz y C.W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1985, 291, 341; Terre y otros, la jurisprudence, *Archives de philosophie du droit*, t. 30, 1985; P. H. Gestas, La jurisprudence: Reflexión sur un malentendu, D. 1987. chr. P. 11.

² En Italia, bajo los auspicios del Consiglio nazionale delle Ricerce, se llevó a cabo una investigación que tiende a esclarecer el papel desempeñado por la jurisprudencia como factor de evolución del derecho. Véase G. Gloria, Giurisprudenza, en la *Enciclopedia del diritto*, 1969. La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges, Trabajos de la Asociación Henri Capitant, 1980; A Pizzorusso, Fonti del diritto, *Comentario del Codice civile*, bajo la dirección de A. Scialoja y J. Bronca, 1977.

El procedimiento de evaluación que se acaba de enunciar requiere de una precisión. Cuando se analiza los sistemas de derecho de ciertos países, entre los que pueden mencionarse los países poco poblados, o bien que han accedido recientemente a su independencia o que se encuentran en vía de desarrollo, la importancia de la jurisprudencia debe ser apreciada sólo considerando las compilaciones publicadas en esos países. Puede ser en efecto que un Estado nacional recurra, con las debidas reservas, a las compilaciones de jurisprudencia de otros países cuyo sistema de derecho presenta afinidades particulares con su derecho nacional. Es en esa forma como la jurisprudencia francesa ha trascendido sus fronteras; las decisiones de la Corte de Casación y las del Consejo de Estado se estudian y ejercen una determinada influencia en otros países francófonos, vecinos o alejados, y más allá de estos países existen otros, europeos o meta europeos, que pertenecen a la familia romano-germánica y donde a la jurisprudencia francesa se le ha dado una importancia particular.

100. Sumisión de los jueces a la ley. Sólo se puede determinar la importancia de la jurisprudencia, en los países de la familia romano-germánica, si la consideramos en su relación con la ley. Tomando en cuenta la propensión que tienen los juristas, en todos esos países, a siempre apoyarse en un texto legal, el papel creador de la jurisprudencia se disimula siempre, o casi siempre, atrás de una aparente interpretación de la ley.³ Es verdaderamente excepcional que los juristas se aparten esta propensión y que los jueces reconozcan abiertamente su poder creador de reglas de derecho. Los jueces persisten en su actitud de somisión a la ley, aún cuando el propio legislador ha reconocido expresamente que la ley podía no haber previsto todo. Aún cuando no exista apoyo legal alguno, el juez debe pronunciar una resolución;⁴ no puede invocar en su beneficio la antigua fórmula romana del *non liquet*, tal y como le era permitido al juzgador en la época romana, cuando el derecho era incierto. El segundo párrafo del artículo primero del Código Civil suizo formuló para esta hipótesis una regla: el juzgador debe resolver tal y como lo haría si tuviera que actuar en calidad de legislador; a cuyo efecto debe recurrir en su búsqueda a la tradición y a la jurisprudencia. El artículo 1o. del Código Civil suizo no ha sido letra muerta; El juez ha hecho uso de este precepto, de manera a veces algo artificial, para hacer uso del poder que dicho artículo les confiere. De manera general, sin embargo, este artículo ha sido poco utilizado.⁵ La expectativa que esta disposición suscitó en la teoría, no correspondió a lo acaecido en la práctica; el derecho suizo no ha observado ninguna alteración sustantiva cuando la jurisdicción suiza ha llegado a recurrir a este precepto en la aplicación de la ley. La “libre investigación científica” preconizada por F. Gény, se ha ejercido respetando el dogma de la plenitud del orden legislativo; era más simple conservar esta ficción.

Si se quiere por consiguiente analizar la importancia de la jurisprudencia en la evolución del derecho, es necesario resignarse a buscar dicho papel detrás del procedimiento de interpretación, verdadero o ficticio, de los textos legislativos. La jurisprudencia desempeña una función creativa en la medida en la que, en cada país, puede a través de su procedimiento de interpretación

3 D. Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters (erträge der Forschung 47)*, 1975; R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zu Justiztheorie im 19*, 1986.

4 Código Civil francés, artículo 4. Otros Códigos Civiles contienen igualmente disposiciones análogas.

5 C. du Pasquier, *Les lacunes de la loi et la jurisprudence suisse sur l'article premier du Code civil suisse*, 1951; A. Meier-Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, 1951; O. A. Germann, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2a. ed., 1967, pp. 111-227 (y en francés, pp. 395 y ss.).

alejarse de la simple exégesis; se ha dado cuenta en párrafos anteriores del estado que guardan estos planteamientos en los países pertenecientes a la familia romano-germánica, por lo que se reenvía al lector a esos párrafos.

Hemos de convenir que cualquiera que sea la importancia de la jurisprudencia en la evolución del derecho, esta contribución es, en los países de la familia romano-germánica, de naturaleza diferente a la contribución hecha por el legislador. El legislador que en esta época establece los marcos de referencia del orden jurídico, lo hace con la ayuda de una técnica particular que consiste en formular mandamientos y establecer reglas de derecho. La jurisprudencia no está autorizada que muy excepcionalmente a emplear esta técnica; la disposición del Código Civil francés de su artículo quinto, que prohíbe a los juzgadores a proceder por vía general y reglamentaria, tiene su equivalente en todos los derechos de la familia romano-germánica, salvo algunas excepciones que pudieran resultar interesantes, pero que sin lugar a duda dejan subsistir el principio.

101. Alcance del derecho jurisprudencial. Los juzgadores se niegan sistemáticamente a conferirle a la jurisprudencia su poder creativo de reglas de derecho, bajo el argumento que este poder sólo le asiste al legislador o a las autoridades gubernamentales o administrativas que están llamadas a complementar la obra del legislador a través de la vía reglamentaria. ¿Se debe considerar que a pesar del escrúpulo de modestia del juzgador, la jurisdicción crea reglas de derecho? Entre las reglas de derecho que se producen a través de la jurisprudencia y las que se crean por la vía legislativa, existe, en todo caso, dos diferencias importantes. La primera concierne a la importancia relativa que en un sistema específico se les confiera a unas y a otras, la jurisprudencia debe insertarse dentro de los marcos de derecho establecidos por el legislador, mientras que la actividad del legislador, es justamente de establecer dichos marcos de legalidad. El alcance del poder creativo jurisprudencial es por lo mismo restringido. La situación en los países pertenecientes a la familia romano-germánica es inversamente proporcional a lo que sucede en los países del *common law*.

La segunda diferencia hace referencia a que las “reglas de derecho” formuladas por la jurisprudencia carecen de la misma autoridad que las creadas por el legislador. Estas reglas de derecho son fragiles ya que son susceptibles de ser rechazadas o modificadas en cualquier momento ante un nuevo tipo de análisis. La jurisprudencia no es vinculante respecto de las reglas de derecho que formuló; incluso no puede invocarlas de manera general, para justificar la decisión que va tomar. En cada nueva resolución que la jurisdicción pronuncia, al hacer valer la regla de derecho que aplicó anteriormente, no lo hace en razón de la autoridad que adquirió esa regla de derecho por el solo hecho de que ella la formuló; esa regla de derecho carece de un carácter imperativo. Un cambio brusco en los criterios jurisprudenciales siempre es factible, sin que la jurisdicción esté compelida a justificar dicho cambio. Empero, el cambio en los criterios jurisprudenciales no importa mucho ya que no pone en riesgo ni el marco ni los principios mismos del derecho. La regla jurisprudencial sólo subsiste si se aplica en la jurisdicción que la considera como buena. Bajo esas circunstancias, es comprensible que se dude de hablar aquí de reglas, salvo que su sistema de derecho los obligue a aplicarlos.⁶

⁶ Nota del traductor: En el caso del sistema de derecho mexicano los juzgadores mexicanos están compelidos a acatar los criterios jurisprudenciales, si y sólo si se han satisfecho los supuestos constitucionales específicos, tal y como se ha dado cuenta en párrafos anteriores.

El rechazo a la observancia de la regla del precedente, conforme a la cual los juzgadores deben atenerse a las reglas que aplicaron en casos anteriores, no es producto del azar. Desde la Edad Media, siempre se consideró que la regla de derecho tenía que ser de origen doctrinal o legislativo, porque es importante que sea elaborada con toda reflexión posible, de manera que abarcara una serie de supuestos típicos, más allá de los límites de un proceso y emancipada de las contingencias de un juicio determinado. En el ámbito de los principios, parece importante que el juez no se transforme en legislador. Los países de la familia romano-germánica ha empleado todos sus esfuerzos en esta dirección; la aseveración que la jurisprudencia no es una fuente del derecho, pareciera ser inexacta; sin embargo expresa una verdad si se le corrige diciendo que la jurisprudencia no es la fuente de las reglas de derecho, conforme al adagio romano que expresa: *Non exemplis, sed legibus, judicandum est.*⁷

102. Organización judicial. Por encima de lo previsto en las normas técnicas que, en algunos matices difieren, esta concepción general de la función de la jurisprudencia es un punto de cohesión de la unidad de la familia del derecho romano germánico. No sólo corresponde a su tradición, sino también está vinculada a los principios que gobiernan la organización judicial y la manera en que se forman y reclutan a los juzgadores.

La organización judicial difiere enormemente según los países pertenecientes a la familia romano-germánica; es posible sin embargo, con la debida reserva de posibles excepciones, reconocer la existencia de algunos rasgos distintivos en la organización judicial.

En todos los países, la organización judicial se modela en base a una jerarquía. Las controversias se someten en primera instancia a tribunales ubicados a lo largo y ancho del territorio de un país específico. En la jerarquía judicial a estos tribunales de primera instancia se le sobreponen, en un número menor, tribunales de apelación o de segunda instancia. Una Suprema Corte se encuentra en la cúspide de la jerarquía judicial. Existen no obstante grandes diferencias en la aplicación de esta organización. Los tribunales de primera instancia pueden en particular tener una competencia muy variada. Dentro de un mismo país, pueden existir varios clases de tribunales, cuyo ámbito de competencia se determina según la naturaleza o cuantía de las controversias; jurisdicciones especiales (que pueden ser catalogadas como jurisdicciones de excepción) como son los tribunales de comercio, tribunales familiares, jurisdicciones del trabajo o del seguro social. Estas jurisdicciones de excepción existen en algunos países, pero no en otros.⁸ Las jurisdicciones de apelación varían igualmente en relación al tribunal inferior de primera instancia; las condiciones de procedibilidad de una apelación son también muy variables. La función de la Suprema Corte varía también de un Estado nacional a otro; puede tener facultades jurisdiccionales de apelación o de super-apelación, mientras que en otras partes sólo tiene una función de casación y se encuentra impedida de resolver el fondo de las controversias.

Al margen de la estructura jerárquica de los tribunales judiciales descritos, encontramos en algunos países jurisdicciones independientes. Numerosos países poseen jurisdicciones administrativas que constituyen una verdadera organización judicial autónoma. Para mencionar un ejemplo, en Francia existen tres niveles de jurisdicciones: el tribunal administrativo, la corte

⁷ Constitución romana 529: *Code*, 7-45-13.

⁸ Los tribunales de comercio que existían antiguamente fueron suprimidos en Italia, los Países Bajos, Portugal y Brasil.

de apelación administrativa y el Consejo de Estado; éste último se ha convertido súbitamente en juzgador de primera o última instancia o en juzgador de casación. Es también el caso en Alemania, en Austria, en los Países Bajos, en Finlandia, en Italia, en Liechtenstein, en Luxemburgo y en Mónaco así como en Suecia y diferentes países de América Latina (entre lo que se pueden mencionar Colombia, Panamá y Uruguay). Existen otros países como Bélgica, España, Suiza y la mayoría de los países francófonos de África, con jurisdicciones administrativas pero sometidas al control de la Suprema Corte y puede bien ser el caso que ésta destine una sala especializada en el contencioso administrativo. En fin, otros países no cuentan con tribunales administrativos, tal es el caso de Dinamarca y Noruega, Japón, Argentina, Brasil, Chile, Perú y Venezuela. Fuera de esto, la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios es a menudo limitada cuando se trata de enjuiciar a la administración. Por otra parte, en los países que cuentan con tribunales de esta naturaleza, las normas que determinan las facultades de los tribunales judiciales y administrativos son muy variadas: en tanto que en Francia la regla general enuncia que los tribunales del orden judicial no pueden juzgar actos de la administración pública,⁹ otros países (como es el caso de Bélgica, de los Países Bajos y de Suiza) no reconocen esta regla general y sus tribunales administrativos si tienen competencia para juzgar a la administración pública, pero como jurisdicciones de excepción sólo tienen competencia para los casos que la ley les asigna expresamente.¹⁰

Fuera de las jurisdicciones administrativas, se puede identificar en otros países otras instancias independientes de jurisdicciones. Alemania posee así una serie de Supremas Cortes federales reservadas para controversias relativas al derecho laboral, al derecho de la seguridad social y al derecho fiscal; Suiza tiene jurisdicciones federales autónomas en materia de derecho de la seguridad social, del derecho militar, para los asuntos de aduanas, entre otros.

Encontramos en algunos países una Corte constitucional cuya competencia es el control de la constitucionalidad de las leyes.¹¹ Es el caso de Alemania, Italia, España, Grecia y Portugal.

Además, la estructura federal de diversos Estados agrega otro elemento de complejidad. En estos países, la justicia es en gran medida de la competencia de las entidades federativas (entidades federativas, provincias o cantones) y sólo se identifica en la cúspide de la jerarquía judicial una o varias jurisdicciones federales; esta estructura puede ser reconocida entre otros en Alemania, en Suiza y en Brasil. En Venezuela en cambio, no existen jurisdicciones federales. En Argentina y en México al igual que en los Estados Unidos de América, se identifican una doble jerarquía judicial concurrente de jurisdicciones de las provincias o de las entidades federativas por una parte y de jurisdicciones federales por otra parte; la analogía con la organización judicial con los Estados Unidos de América es sin embargo pura apariencia porque las reglas que determinan la competencia de los dos órdenes de jurisdicciones no son las mismas, y porque por

9 Ley del 16-24 de agosto de 1790 y Ley del 16 fructidor año III. J. Rivero y J. Waline, *Droit administratif*, 19^a ed., 2002.

10 E. Sayagues-Laso, *Traité de droit administratif*, 1964, t. II, n° 942 y ss.; P. Flamme, *Droit administratif*, 2 vol., 1990.

11 L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, 1996; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, 1996

doquier las leyes federales, cuya aplicación cae dentro de la competencia de las jurisdicciones federales, se aplican en ámbitos distintos.¹²

103. Los jueces. En los países pertenecientes a la familia romano-germánica, los juzgadores son por lo regular juristas que dedican todo su tiempo a su función de juez. En relación a este aspecto se abandonó la tradición romana ya que generalmente, en Roma, ni los juzgadores, ni el pretor eran juristas.¹³

El principio general enunciado contiene excepciones. Se identifican en ciertos países juzgadores que son elegidos por cierto tiempo y que pueden estar desprovistos de una calificación jurídica (el claro ejemplo son los cantones rurales de Suiza y los tribunales de comercio franceses). A veces unos regidores o un jurado se asocian al juzgador, en materia penal (como es el caso de la Audiencia francesa) e incluso en el ámbito del derecho civil (por ejemplo el *nämnd* sueco) para impartir justicia. Los juzgadores son electos generalmente en forma vitalicia y el privilegio de su inamovilidad constituye una de las garantías fundamentales de su independencia. La regla inversa prevalece sin embargo en Suiza para los juzgadores del Tribunal federal¹⁴ y en otros países de Europa (Alemania e Italia) para los juzgadores de la Corte de justicia constitucional.¹⁵ En América Latina, los juzgadores de las Supremas Cortes sólo son vitalicios en Argentina, en Brasil y en Chile mientras que en otros países se les nombran por periodos que varían de tres a diez años; esta circunstancia, en algunas ocasiones, pareció comprometer en estos países el reino del derecho.

De manera muy general en todos los países de la familia romano-germánica, la función judicial da lugar a una a una carrera, que se adopta desde el inicio de la vida profesional; es poco frecuente que los juzgadores, como en los países del *common law*, sean elegidos de entre abogados que gozan de buen prestigio profesional.¹⁶ Estos juzgadores tienen por lo mismo una óptica diferente. Más allá de los casos concretos en los que han estado involucrados, la formación universitaria que recibieron, les posibilita gozar de una visión más amplia en las controversias que le son sometidas a su resolución; esta visión del derecho tiende a ser técnicamente menos rigurosa y lo es más aún, cuando coinciden con frecuencia con otra categoría de magistrados con los cuales mantienen relaciones estrechas como son los magistrados del Ministerio público, cuya función es hacer valer ante ellos los intereses de la sociedad. La institución del ministerio público aparece como una nota distintiva, digna de mencionarse, de los derechos de la familia romano-germánica.

Las características generales de las que se ha dado cuenta anteriormente no excluyen evidentemente las variaciones esperables. La magistratura no tiene en todos los países la misma

12 Argentina ha promulgado un Código Civil y un Código de Comercio que son ambos federales. México tiene un Código de Comercio federal pero cada uno de sus 31 entidades federativas ha promulgado un Código Civil distinto, el Código Civil Federal sólo se encuentra vigente en el Distrito Federal y en los territorios federales.

13 Dicha circunstancia explica la importancia entonces reconocida a los “prudentes”, J.P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 4a. ed., 1982, pp. 100-123.

14 Esos jueces son elegidos por un término de seis años por la Asamblea federal pero son reelegibles y por lo general son reelectos.

15 Los jueces de la Corte de justicia constitucional se eligen por un mandato no renovable de 12 años (§ 4 del *Bundesverfassungsgesetz*).

16 Es los países de América Latina esta situación varía sensiblemente respecto a los jueces de las Supremas Cortes.

organización, ni las mismas tradiciones. El legado y la venalidad que caracterizaron los oficios de la judicatura francesa, la función judicial que se arrogaron los Parlamentos en la antigua Francia, hicieron antaño de los juzgadores franceses una especie de casta, con una absoluta autonomía con relación a los servidores públicos de la administración francesa. Estas condiciones históricas no se reprodujeron en otros países en que los que la autonomía de los juzgadores fue sensiblemente menor en el pasado. Estas diferencias, que se subrayan con frecuencia, desempeñan sin duda una función importante en la historia, pero en la actualidad han sido atenuadas. El estatuto de gobierno de los magistrados franceses se ha aproximado al de los servidores públicos de la administración francesa a tal grado que la misma idea de la existencia de un verdadero Poder Judicial en Francia, se ha desvanecido. Por el contrario se ha podido percibir una originalidad profunda, en otros países, de la función judicial; la percepción que por doquier prevalece, es una profunda convicción de la judicatura de rehusarse a recibir órdenes de la Administración, la cual, bien al contrario, ha sido de manera creciente, sometida al control de los jueces.

Debe insistirse también sobre el número elevado y creciente de juzgadores de profesión en los países de la familia romano-germánica, en comparación con los países del *common law*: son en total cerca de 21,000 Juzgadores en Alemania y 6,000 juzgadores en Francia (en las jurisdicciones ordinarias del orden judicial).

104. Compilaciones de jurisprudencia. Elementos de naturaleza muy diversa diferencian en los diferentes países el papel desempeñado por la jurisprudencia. Entre esos elementos conviene citar, como ya se ha observado anteriormente, la existencia, y el perfeccionamiento en mayor o menor grado, de las compilaciones de jurisprudencia así como el carácter oficial que pueden adquirir en ciertos países. Es interesante notar al respecto las transformaciones sobrevenidas desde hace un siglo para perfeccionar en forma creciente las compilaciones de jurisprudencia; las cuales dan cuenta de la función cada vez más importante que se le confiere en la actualidad en numerosos países pertenecientes a la familia romano-germánica: Francia, México, España, Italia, Suiza, Turquía, entre otros. Esas compilaciones oficiales pueden ocasionalmente servir para poder discernir, sin que esta confesión sea gratuitamente confesada,, entre las resoluciones que ameritan hacer jurisprudencia y resoluciones que sería mejor olvidar. Así, en Turquía la publicación de las resoluciones selectas pretende coadyuvar a que los juristas turcos puedan entender mejor la interpretación de las nuevas disposiciones. De manera más discreta, en Francia la Corte de Casación parece reconocerle una autoridad mayor a las resoluciones cuya su publicación ella misma privilegió. En Alemania sólo se publican las resoluciones de principio de la Corte administrativa federal (Bundesverwaltungsgericht), en Suiza donde la intención de que sea seguida la doctrina de las resoluciones que son publicadas, aparece claremtne en la manera en que dichas resoluciones son presentadas, particularmente con un sumario que las precede. La distinción hecha en España de las resoluciones que son o no publicadas en la Compilación oficial se inspira de otro criterio: sólo se publican las decisiones relativas a la competencia del Tribunal Supremo o a la procedencia de una demanda entablada ante esta jurisdicción.

En la actualidad, se puede acceder a todas las resoluciones de las Supremas Cortes por medio de la informática. En muchos países sucede lo mismo, respecto a las resoluciones de las Cortes de apelación. El conocimiento de la jurisprudencia se ha vuelto así mucho más sencillo, y los abogados citan cada vez con mayor frecuencia ante las jurisdicciones a las que acuden, las resoluciones que estiman favorables a su causa y a las que han accedido mediante los nuevos métodos informáticos.

105. El estilo de las decisiones. El estilo de las resoluciones judiciales constituye otro elemento a

considerar.¹⁷ La obligación de fundar y motivar las resoluciones judiciales, es sin embargo reciente. Durante mucho tiempo, el pronunciamiento de la resolución se estimaba que era un ejercicio de la autoridad que no necesitaba de justificación alguna. La práctica de fundar y motivar las resoluciones se inició gradualmente en Italia a partir del siglo XVI y en Alemania en el siglo XVIII; la obligación general de fundar y motivar sus resoluciones les fue impuesta a los juzgadores hasta 1890 en Francia y en 1879 en Alemania. El principio que las resoluciones deben estar fundadas y motivadas está hoy en día firmemente establecido; la misma Constitución lo formula en Italia. Este principio en nuestra época es una garantía para las sociedades en contra de las decisiones arbitrarias y más aún, posiblemente cómo una forma de asegurar que las resoluciones judiciales, estarán debidamente meditadas.

En los países pertenecientes a la familia romano-germánica, las resoluciones judiciales son similares en la medida en que todas tienen que estar fundadas y motivadas. El estilo de su redacción difiere sin embargo según cada país.¹⁸ En algunos países se observa la técnica francesa del capítulo relativo a los “Considerandos”, que proviene del estilo de las conclusiones de los procuradores judiciales. Esta práctica se observa en Europa, fuera de Francia, en Bélgica, en Luxemburgo, en los Países Bajos, en España, en Portugal y en los países nórdicos Dinamarca, Noruega y Finlandia con la excepción de Suecia. La resolución judicial escueta, que se sintetiza en frases breves, es aún máspreciada. Este estilo de brevedad requiere de una gran experiencia y se observa *verbi gratia* en las resoluciones de la Corte de Casación francesa. El estilo lacónico es frecuentemente criticado por los juristas extranjeros.

En otros los países, por contrario, la resolución judicial se presenta bajo la forma de una disertación, más o menos extensa y conforme a un método riguroso según cada país; es el caso de Alemania, de Grecia, de Italia, de Suiza y de Suecia. En estos países, las resoluciones judiciales contienen con frecuencia referencias a resoluciones judiciales previas y citas de doctrina, que no se encontrarán, en general, en las decisiones judiciales del primer grupo de países.

106. Votos particulares. Otro elemento a considerar es la existencia, o la exclusión, de votos particulares o disidentes que expresan las opiniones disidentes de los jueces que han quedado en minoría.¹⁹ Los votos particulares considerados con una extrema hostilidad en Francia, no son una particularidad propia de los países del *common law*. Muchos de los países pertenecientes a la familia romano-germánica los han adoptado, en particular en América Latina (la terminología varía y se les conoce como discordias, disidentes, votos particulares, votos vencidos). En Europa,

17 J. P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 4a. ed., 1982, pp. 376, 433; T. Sauvel, “Histoire du jugement motivé”, *Rev. dr. public et sc. pol.*, 1955, 5-53; G. Gloria, “Civilian judicial decisions. An Historical account of Italian style”, 44 *Tulane L. R.* 740-749, 1970; P. Mimin, *Le style des décisions judiciaires*, 1978.

18 Véase al respecto el libro de Gillis Wetter, *The style of Appellate Judicial Decisions*, 1960, y los estudios históricos de G. Gloria, “Lo stile delle sentenze: ricerca storico-comparativa e testi commentati”, *Quaderni del Foro italiano* 351-354, 1967-1968; I grandi tribunali italiani fra i secoli XVI a XIX, *Quaderni del Foro italiano* 629, 1969; *Die Präzedenzentscheidungen der Senate vom Piedmont und Savoyen im 18 Jahrhundert Ius privatum gentium, Festscheidungen der Rheinsteine*, vol. I, 1969, 103-125; J. Esser, *Wertung, Konstruktion und Argument in Zivilurteil*, 1965. Véase también *Juges et jugements, L’Europe plurielle*, 1998, pp. 73-111; R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques*, LGDJ Monchrestien, 1996.

19 K. Nadelmann, “The Judicial Dissent, Publication v. Secrecy”, 8 *American Journal of Comparative Law*, 1959, pp. 415-432; W. Heyde, *Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters*, 1966, y *Discussions du 47^e Juristentag* (Nuremberg, septiembre de 1968).

su existencia puede resultar, como en Portugal, de la estructura propia del procedimiento que es totalmente escrito; o se puede pensar que se emplean en descargo de la conciencia de los juzgadores; en este caso, los votos minoritarios serían consignados en el proceso verbal, pero no recibirán publicidad de ninguna índole (verbi gratia Alemania, España: que se conocen como votos secretos). El argumento que consiste en preservar la secrecía del sentido del voto de un juzgador no se comparte en muchos países, aún cuando se trate del pronunciamiento de una simple resolución judicial colegial; el procedimiento de deliberación oral observado por el tribunal federal suizo o la Suprema Corte brasileña permite conocer en todos sus detalles el sentido del voto de cada juzgador.

En Alemania, desde la revisión constitucional del 21 de diciembre de 1970, los jueces de la Corte constitucional federal pueden dar a conocer sus opiniones disidentes después del pronunciamiento de la resolución mayoritaria.

107. La uniformidad de la jurisprudencia. Varios son los procedimientos que se utilizan para darle una estabilidad deseable a la jurisprudencia, en el ánimo de garantizar la certidumbre del derecho. Esta preocupación, presente en numerosos países, evidencia el papel real que esos países le reconocen a la jurisprudencia, aún cuando se esmeren en negarle su calidad de fuente del derecho.

La Suprema Corte constituye la cúspide en la jerarquía de la organización judicial, a quien le asiste una misión múltiple: no solamente debe asegurar la aplicación estricta de la ley, sino también garantizar la unidad de la jurisprudencia. En los hechos, la existencia de una Suprema Corte más que garantizar, amenaza la supremacía de la ley. El legislador podría sentirse más cómodo con tribunales locales, diseminados por todo el territorio, que podrían difícilmente configurar una jurisprudencia coherente. La Suprema Corte en cambio, dotada de un gran prestigio, visualiza las controversias desde una perspectiva más general (máxime como verbi gratia en Francia que no puede apreciar los hechos) y está inevitablemente seducida por el propósito de convertirse en una autoridad complementaria, si no es que francamente rival, del legislador. La concentración del Poder Judicial en Inglaterra fue la condición y la causa del desarrollo del derecho jurisprudencial, que constituye el *common law*. La concentración de la justicia administrativa en el Consejo de Estado tuvo en Francia el mismo efecto, por lo que atañe a la elaboración del derecho administrativo. Al evitar que las decisiones jurisdiccionales sean contradictorias, se fortalece, indubitablemente, la autoridad de la jurisprudencia en mayor medida que se garantiza la “correcta aplicación” de la ley.

Sin embargo, la existencia de una Suprema Corte pareció con frecuencia insuficiente, a cuyo efecto se tomaron determinadas decisiones con el fin de garantizar, entre las salas que integran la Corte, la unidad de la jurisprudencia. Esta función es atribuida en Francia, desde el año 1967, a unas “salas mixtas” mientras que, en un nivel superior, las sesiones plenarias conocidas después de la reforma como “la Asamblea plenaria” de la Corte de Casación (que vino a sustituir a la antigua fórmula de “las Salas reunidas”) tiene competencia para resolver las posibles contradicciones entre las mismas salas de la Corte de Casación, así como las de jurisdicciones inferiores. Igualmente en Alemania, la composición de salas con formaciones especiales (Grosse Senate, Vereinigte Grosse Senate) se previene en la Suprema Corte Federal de Justicia (Bundesgerichtshof) cuando una sala pretende derogar la jurisprudencia establecida por otra sala. Asimismo, la Asamblea plenaria (Grosser Senate) de la Corte administrativa federal debe reunirse cuando una sala de esta corte desea apartarse del sentido de la jurisprudencia publicada por esa corte. Se debe destacar también que en Alemania, la autorización judicial, que puede ser

necesaria en virtud de la ley para ejercer un recurso, debe ser obligatoriamente concedida cuando la resolución controvertida no se apegó a la jurisprudencia de la Corte Federal de Justicia.

108. Precedentes obligatorios. Contrariamente al principio generalmente aceptado, sucede que de manera excepcional en un país sea obligatorio para los juzgadores apegarse al sentido jurisprudencial en uno o varios precedentes.

La autoridad del precedente es vinculante en Alemania por lo que las resoluciones de la Corte Constitucional federal se publican en el periódico oficial federal (*Bundesgesetzblatt*).²⁰ La autoridad del precedente es vinculante igualmente, en Argentina y Colombia para las resoluciones de la Suprema Corte en materia constitucional. En Suiza los tribunales cantónales se encuentran también vinculados a las resoluciones del Tribunal Federal cuando éste haya declarado la inconstitucionalidad de una ley cantonal. En Portugal, se reconoce la autoridad del precedente de las resoluciones (*assentos*) pronunciados por el plenum del Tribunal supremo de justiça y que hayan sido publicados en el Diario Oficial (*Diario de Governó*) y en el Boletín del Ministerio de la Justicia; la autoridad del precedente se reconoce en Argentina a las resoluciones de la Suprema Corte cuando éstas provengan de apelaciones interpuestas por la vía de un recurso extraordinario; la autoridad del precedente es así mismo reconocida, al menos en lo que atañe a las jurisdicciones inferiores, a las decisiones de unificación que se pronuncian en Turquía, en condiciones especiales por su Corte de Casación o por su Consejo de Estado.²¹

La función creadora del derecho jurisprudencial se reconoce en España a través de la noción de doctrina legal.²² En España se admite una apelación ante el Tribunal Supremo en contra de una resolución judicial, en virtud de la ley, si esta resolución transgredió una doctrina legal, es decir una jurisprudencia establecida por varias decisiones del Tribunal Supremo. Una noción análoga a la doctrina legal española se puede identificar en Honduras. En México, desde 1981, la Constitución federal prevee expresamente la doctrina legal. Se requieren de cinco resoluciones consecutivas para que se reconozca el carácter de precedente obligatorio.²³ De manera análoga, se considera en Alemania cuando una regla de derecho ha sido consagrada por una jurisprudencia constante (*ständige Rechtsprechung*), deviene en una regla de derecho consuetudinaria y como tal debe ser aplicada en lo sucesivo por los juzgadores.²⁴ Suiza no acepta esta concepción, pero son

20 El artículo § 31 de la Constitución Política de la República Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) dispone a la letra que: “Las decisiones de la Corte Constitucional Federal obligan los órganos constitucionales de la Federación y los Ländern así como a todos los tribunales y autoridades administrativas”. En algunos casos previstos en el § 13 de la Constitución Política de la República Federal de Alemania (Nº 6.11, 12, y 14), la decisión de la Corte Constitucional tiene *fuera de ley*.

21 En su origen, esas decisiones de unificación fueron frecuentes. Véase al respecto N. Bilge, “Autorité de la jurisprudence en droit turc”: *Recueil de travaux de la 3^e rencontre turco-suisse*, 1966, pp. 181-211; I.E. Postacyioglu, “L’ autorité de la Jurisprudence en droit privé”: *ibidem*, pp. 213-228.

22 J. B. Herzog, *Le droit jurisprudentiel et le tribunal suprême en Espagne*, 1942; J. Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, 1953.

23 La jurisprudencia obligatoria se limitaba antes al ámbito del amparo (libertades públicas), lo que no ocurre en la actualidad.

24 Larenz y Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1997, § 3, nº 40..

poco frecuentes los cambios bruscos de jurisprudencia, una vez que el Tribunal Federal haya sentado jurisprudencia.²⁵

²⁵ A. Meyer-Hayoz, "Zur Frage der normativen Kraft der Rechtsprechung": *Recueil de travaux de la 3^e rencontre turco-suisse*, 1986, pp. 229-248.