

## TRADICIONES JURÍDICAS Y PROCESO CIVIL: SENTENCIA, PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA

José OVALLE FAVELA \*

SUMARIO: I. *Cultura y tradiciones jurídicas*. II. *Tradiciones jurídicas y proceso civil*. III. *El precedente*. IV. *La jurisprudencia*. V. *La jurisprudencia mexicana*. VI. *La sentencia*. VII. *Reflexiones finales*.

### I. CULTURA Y TRADICIONES JURÍDICAS

Desde la perspectiva de las ciencias sociales, Lawrence Friedman sostiene que el *sistema jurídico* en su operar efectivo es un organismo complejo dentro del cual interaccionan tres elementos esenciales: la *estructura* o forma, la *sustancia* o contenido y la *cultura*.<sup>1</sup> La *estructura* de un sistema jurídico es su armazón óseo; constituye la conformación durable, el cuerpo institucional, los huesos robustos y rígidos que lo mantienen en sus propios confines. La *sustancia* está compuesta por las reglas jurídicas sustanciales y por las reglas sobre los deberes y las obligaciones de las instituciones.<sup>2</sup>

Estructura y sustancia son componentes reales del sistema jurídico, pero constituyen cuando mucho el bosquejo o la figura, no la máquina entera funcionando. El mundo externo, el mundo social, es el que da vida y realidad al sistema jurídico; éste no está aislado y separado, sino que, por el contrario, es completamente dependiente de las demandas y

\* Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM.

<sup>1</sup> Friedman, Lawrence, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. de Giovanni Tarello, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 56.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 54.

peticiones (*inputs* o entradas) que provienen de la sociedad. Al concluir cada proceso, el tribunal emitirá una sentencia o una decisión, que constituye el resultado de salida o *output*, el cual, a su vez, tiene un efecto de retorno o *feedback* sobre el propio sistema jurídico.<sup>3</sup>

Para Friedman las fuerzas sociales actúan constantemente sobre el funcionamiento del derecho: “aquí lo destruyen, allá lo renuevan; aquí lo revigorizan, allá lo debilitan; escogen cuáles partes del derecho serán operativas y cuáles no; cuáles sucedáneos, desviaciones, circunvoluciones tendrán lugar; cuáles mutaciones se verificarán de modo evidente u oculto. A falta de una palabra mejor, se puede dar a algunas de estas fuerzas el nombre de cultura jurídica: en particular, a aquel elemento constituido por las actitudes sociales y los valores”.<sup>4</sup>

El autor afirma que la expresión cultura jurídica ha sido usada sin rigor, para describir un gran número de fenómenos conectados entre sí. Sobre todo, ha sido utilizada para referirse al conocimiento del sistema jurídico por parte del público, así como a las actitudes y la forma de comportarse del público con respecto del derecho. Estas actitudes varían seguramente de persona a persona, pero se puede hablar de la cultura jurídica de un grupo o de un país, si existen características idóneas para distinguirla de la cultura jurídica de otros grupos o de otros países. A este tipo de cultura jurídica la denomina externa.<sup>5</sup>

Frente a la cultura jurídica externa, Friedman distingue la que corresponde al grupo de profesionales del derecho, a la cual denomina cultura jurídica interna, y caracteriza como el “conjunto de valores, ideologías y

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 50-53 y 55.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 326 y 371. Ya Hegel se refería a este tipo de cultura jurídica, cuando afirmaba: “La clase de los juristas, que tienen el conocimiento particular de las leyes, suele considerarlo como su monopolio e impedir que se entrometa quien no es del oficio. Así los físicos tomaron a mal la doctrina de los colores de Goethe porque no pertenecía al oficio y además era poeta. Pero así como nadie necesita ser zapatero para saber que los zapatos le andan bien, tampoco necesita pertenecer al oficio para tener conocimiento sobre objetos que son de interés general. El derecho concierne a la libertad, lo más digno y sagrado en el hombre, y lo debe conocer en la medida en que es para él obligatorio”. *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. de Juan Luis Vermal, Buenos Aires, Sudamericana, 1975, p. 254, §215. También, Renato Treves se había ocupado de la experiencia jurídica como fenómeno cultural, en su libro *Diritto e cultura*, Torino, Giappichelli, s/f (pero probablemente publicado en 1948), especialmente, pp. 21-23.

principios propios de abogados, jueces y de otros que laboran al interior del cerco mágico del sistema jurídico”; valores y actitudes que producen notables efectos sobre los modos en lo que las pretensiones, que se originan en el mundo social, son dirigidas hacia el sistema jurídico y son resueltas por éste.<sup>6</sup>

El autor distingue estos dos tipos de cultura en los siguientes términos: “La cultura jurídica externa es la cultura jurídica (actitudes y valores) propia de toda la población y común a toda la población; la cultura jurídica interna es la cultura jurídica propia de aquellos miembros de la población que cumplen actividades jurídicas especializadas. Mientras que todas las sociedades tienen una cultura jurídica (es decir, la externa), sólo las sociedades en las cuales existen especializaciones y profesiones jurídicas tienen también una cultura jurídica interna”.<sup>7</sup>

En sentido similar, Giovanni Tarello entendía por cultura jurídica interna la que corresponde a los técnicos y especialistas del derecho: profesores de las facultades de derecho, jueces, funcionarios al servicio de la administración de justicia, abogados, notarios, etcétera; y por cultura jurídica externa, en general la del público.<sup>8</sup> Para Tarello, la cultura jurídica interna significaba el conjunto de técnicas expositivas e interpretativas de quienes se ocupan del derecho, tanto en la práctica como en la teoría, así como el conjunto de las ideologías referentes a la función del derecho que tales técnicas presuponen.<sup>9</sup>

El concepto de cultura jurídica es fundamental en el análisis comparativo de las familias, tradiciones o sistemas jurídicos. Con toda razón advertía Vittorio Denti que es imposible hacer seriamente derecho comparado sin un conocimiento adecuado de los factores políticos, económicos, sociales, religiosos, que están atrás de la evolución de los ordenamientos ju-

<sup>6</sup> Friedman, *op. cit.*, nota 1, p. 326.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 371 y 372.

<sup>8</sup> Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, trad. de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 181 y 182.

<sup>9</sup> *Cfr.* Guastini, Ricardo y Rebufa, Giorgio, en la “Introducción” a la obra citada en la nota anterior, p. 24. Evidentemente, Tarello se ocupó sobre todo de la cultura jurídica interna, tanto en la obra mencionada como en su fundamental, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, así como en la revista que fundó y dirigió *Materiali per una storia della cultura giuridica*.

rídicos. La comparación, sostenía, presupone que se establezca correctamente la relación entre derecho y cultura.<sup>10</sup>

Para subrayar esta relación entre el sistema jurídico y la cultura, John Henry Merryman prefiere utilizar la expresión tradición jurídica, en vez de sistema jurídico. Para este autor, una tradición jurídica no es un conjunto de normas jurídicas sobre los contratos, las sociedades anónimas o los tipos penales, sino que es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza del derecho y su función en la sociedad y en el gobierno, de la organización y la operación adecuada de un sistema jurídico, así como de la forma como el derecho se crea o debiera crearse, interpretarse, enseñarse y aplicarse: “La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro de la perspectiva cultural”.<sup>11</sup>

El agrupamiento de los sistemas jurídicos nacionales en grandes familias propuesto por René David para facilitar el análisis del derecho comparado, también se vincula con la historia de cada una de las familias, con los modos que han desarrollado para crear, interpretar y aplicar las reglas de derecho, pero sobre todo con “el tipo de sociedad que se pretende establecer con la ayuda del derecho, o aún el lugar que se reconoce al derecho como factor del orden social”.<sup>12</sup>

El papel de la cultura jurídica, tanto externa como interna, es fundamental en la conformación de cada tradición jurídica. Las actitudes y los valores del público hacia el derecho pueden propiciar o entorpecer el funcionamiento de cada sistema jurídico nacional. El mayor o menor conocimiento del ordenamiento jurídico por parte del público; el mayor o menor respeto y apego al derecho; la mayor o menor disposición para cumplir con las obligaciones asumidas; el apego o el desapego a los valores de la honradez, la buena fe, etcétera, influyen innegablemente en el número y la calidad de las demandas y peticiones dirigidas al sistema jurídico.

<sup>10</sup> Denti, Vittorio, “Diritto comparato e scienza del processo”, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 23.

<sup>11</sup> Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 2a. ed., trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 17.

<sup>12</sup> David, René y Jauffret-Spinozi, Camilla, *Les grandes systèmes de droit contemporains*, 11a. ed., París, Dalloz, 2002, p. 15.

Todavía con mayor intensidad, las actitudes, los valores, los principios y las ideologías de los juristas, los abogados, los jueces y magistrados y, en general, de quienes se ocupan del derecho, van a condicionar la forma como opera en la realidad un sistema jurídico. Es evidente que la aplicación e interpretación de un código procesal civil no sólo depende de la buena técnica legislativa empleada en su redacción, sino sobre todo, de la cultura jurídica externa e interna que prevalezca en el país o en el estado en el cual vaya a estar vigente.<sup>13</sup>

## II. TRADICIONES JURÍDICAS Y PROCESO CIVIL

Es evidente que en la actualidad las dos tradiciones jurídicas más relevantes son la del *common law* (o angloamericana) y la *romano-germánica* (*civil law*). Por un lado, la familia soviética o socialista ha venido perdiendo sus rasgos característicos, sobre todo a partir de la caída del Muro de Berlín en 1989, para retornar a la tradición romano-germánica.<sup>14</sup> Por otro lado, si bien es cierto que existen otras tradiciones, como la del derecho musulmán, u otros sistemas jurídicos nacionales, como los de la India, China o de los Estados del África y Madagascar, también lo es que no han tenido la relevancia ni la difusión de las dos primeras.

Es claro que en cada una de las dos grandes tradiciones jurídicas ha habido una innegable evolución, que han tenido cambios y aproximaciones, influencias recíprocas, los cuales no permiten sostener que se trata de dos culturas totalmente separadas y extrañas. Actualmente no se podría suscribir enteramente el siguiente párrafo que escribió Gustav Radbruch en 1958: “De tal modo la cultura jurídica de la civilización occidental se divide en dos regiones del todo diferentes: por una parte, los países donde ha sido recibido el derecho romano y donde más tarde fueron hechas las codificaciones según el modelo del Código Justiniano;

<sup>13</sup> En este sentido, Cappelletti señalaba que la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877 estuvo vigente, después de la Segunda Guerra Mundial, tanto en la parte occidental como en la parte oriental en las que se dividió Alemania, pero que tuvo aplicaciones e interpretaciones radicalmente distintas en cada una de ellas, a causa de los diversos criterios éticos, políticos y económicos imperantes. Cfr. Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado: las grandes tendencias evolutivas*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEJA, 1973, p. 16.

<sup>14</sup> Cfr. Sánchez-Castañeda, Alfredo, “La neorromanización del derecho socialista”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 757-770.

por otra parte, los países del *Cases Law* anglosajón. En aquéllos el depositario del derecho es el legislador, en éstos la clase de los juristas. En aquéllos la interpretación del derecho descende de la norma al caso particular; en éstos asciende del caso particular a la norma. Allá se crea derecho sobre la base de las leyes y del espíritu de las leyes; aquí sobre la base de la vida jurídica y de la naturaleza de los hechos”.<sup>15</sup>

Sin embargo, aunque no se pueda sostener ya que las dos tradiciones constituyen dos regiones totalmente diferentes, en virtud de las aproximaciones e influencias recíprocas que ha habido entre ellas, las afirmaciones de Radbruch tienen el mérito de resumir en sus líneas maestras los diversos orígenes y culturas jurídicas de cada una de estas dos tradiciones.

### 1. *La tradición romano-germánica*

Como su nombre lo indica, la tradición romano-germánica tiene su base histórica común en el derecho romano. “Tres veces Roma —escribió Ihering— ha dictado leyes al mundo y tres veces ha servido de lazo de unión entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado, cuando el pueblo romano se hallaba todavía en la plenitud de su poderío; después, por la unidad de la Iglesia a raíz de la caída del imperio, y finalmente, por la unidad del derecho al adoptarse éste durante la Edad Media. La opresión exterior y la fuerza de las armas trajeron por primera vez el resultado de la propagación de la fuerza intelectual del derecho, que se sobrepone a las dos épocas anteriores”.<sup>16</sup>

Es esta tercera gran contribución del derecho romano la que dio nacimiento a la tradición jurídica romano-germánica. El resurgimiento del derecho romano, a partir del siglo XII, se origina en los estudios sobre el *Corpus Iuris Civilis* que se desarrollan en la Universidad de Bolonia y en otras universidades europeas, los cuales son la base para la formación de los juristas, bajo cuya influencia se difunde el derecho romano justiniano, se pone en vigor como derecho supletorio y se convierte en el *ius commu-*

<sup>15</sup> Radbruch, Gustav, *Lo spirito del diritto inglese*, trad. de Alessandro Baratta, Milán, Giuffrè, 1962, p. 7.

<sup>16</sup> Von Ihering, Rudolf, *El espíritu del derecho romano*, trad. de Enrique Príncipe y Satorres, México, Oxford University Press, 2001, vol. 1, p. 1.

ne de los países de Europa continental.<sup>17</sup> El estudio y la aplicación supletoria de las reglas del derecho romano, que no fue infrecuente debido a la insuficiencia de las normas locales, propició la formación de una ciencia jurídica común en Europa continental.

La recepción del derecho romano en Italia, España, Portugal, Francia, los Países Bajos, el Imperio Alemán, Hungría y Polonia, entre otros, no fue una simple recepción pasiva de reglas extranjeras, sino la asimilación de métodos y técnicas, que a su vez recibieron la influencia de la doctrina y las reglas locales. En este sentido, Franz Wieacker, refiriéndose particularmente al caso de Alemania, ha escrito: “La recepción así llamada en sentido estricto, la de fines de la Edad Media, tuvo, por el contrario, por objeto el método y la construcción doctrinal de la ciencia jurídica europea, tal como se había ido formando ésta desde el siglo XII, en Bolonia preferentemente, aunque también en otras universidades italianas y francesas. Hay una recepción del derecho *romano* (justiniano) sólo en cuanto que esa ciencia había procedido del descubrimiento del *Corpus iuris*, pero restringiéndola dentro de los límites y de la interpretación que le había dado la jurisprudencia medieval... De ahí que nosotros entendamos mejor la “recepción” bajo la imagen no de la admisión de un cuerpo material extraño, sino de un proceso evolutivo, es decir, como una *cientificación* del derecho alemán y de sus órganos especializados con todas sus consecuencias...”<sup>18</sup>

En el proceso de conformación del *ius comune* de los países de Europa continental, también convergen el derecho canónico y el derecho germánico. En particular, en el proceso civil concurren la práctica italiana y las tradiciones germánicas.<sup>19</sup> Chiovenda afirmaba que el Código de Procedimiento Civil italiano de 1865 era “el producto de una larga historia, que en muy buena medida se resume en la de las relaciones entre romanismo y germanismo en el campo del proceso civil”.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Cfr. Coing, Helmut, *Derecho privado europeo*, t. I: *Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, pp. 35-37.

<sup>18</sup> Cfr. Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 92-93.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>20</sup> Chiovenda, Giuseppe, “Romanesimo e germanesimo nel processo civile”, *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, Roma, Foro Italiano, 1930, vol. I, p. 181. Chiovenda sostenía que “el estudio del proceso común no se limita al sistema de las normas

Las ideas de la Ilustración, la Revolución Francesa y las grandes codificaciones del siglo XIX culminan la formación de esta tradición jurídica. El largo proceso de formación de esta tradición jurídica concluye con la codificación y da lugar al surgimiento de los derechos nacionales.<sup>21</sup>

Pero si bien es cierto que cada derecho nacional va a tener su propio desarrollo, también lo es que la cultura jurídica, la ciencia, los métodos, las técnicas y las divisiones fundamentales del derecho van a tener de manera indiscutible la impronta de la tradición romano-germánica. Se podrán identificar y distinguir sectores dentro de esta tradición, como por ejemplo el sector latino (España, Francia, Italia, Portugal), el sector germánico (Alemania, Austria y Suiza), el sector escandinavo (Dinamarca, Suecia, Noruega y Finlandia), el sector latinoamericano, etcétera.<sup>22</sup> Sin embargo, en ninguno de estos sectores se podrá negar la influencia todavía presente de la tradición romano-germánica.

## 2. *La tradición del common law*

En Inglaterra medieval, también va a surgir otro derecho común, el *common law*, pero ajeno al fenómeno de la recepción-asimilación del derecho romano. A diferencia de los países de Europa continental, en Inglaterra el derecho romano no tuvo el carácter de fuente supletoria y esto fue un factor fundamental.<sup>23</sup> En Inglaterra medieval la enseñanza del derecho no se hacía en las universidades, como ocurría en Europa continental, en donde aquéllas jugaron un papel fundamental en el resurgimiento y difusión del derecho romano. Por el contrario, en Inglaterra la formación de los jueces y abogados se hacía en los gremios independientes de abogados (*Inns of Courts*).<sup>24</sup>

romanas y canónicas y de la legislación del imperio; sino que partiendo de un examen profundo del proceso romano puro, sea el clásico o sea el justiniano, debe extenderse a la doctrina de los glosadores y luego investigar la influencia germánica” (p. 186).

<sup>21</sup> Sobre la cultura jurídica del proceso de codificación, véase Tarello, *op. cit.*, nota 9, *passim*.

<sup>22</sup> *Cfr.* Wieacker, *op. cit.*, nota 18, pp. 449-453; y David, René y Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, nota 12, pp. 52-54.

<sup>23</sup> Coing, *op. cit.*, nota 17, p. 38.

<sup>24</sup> *Cfr.* Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, trad. de Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, 2002, pp. 203-205.



La expresión *common law*, originalmente, se utilizó para designar aquella parte del derecho inglés aplicada por los tribunales reales de justicia, a diferencia de las costumbres aplicadas por los demás tribunales locales o de competencia especializada. A partir de la edad media, los tribunales reales fueron conformando el derecho común de Inglaterra.<sup>25</sup>

Wieacker sostiene que la cultura jurídica de la familia del *common law* se distingue en forma decisiva por la ausencia de los tres factores que determinan a todos los derechos continentales: “la recepción perdurable del derecho romano, la victoria del concepto de soberanía del Estado y con ello el monopolio jurídico de la legislación por el Estado; y, finalmente, el sistema de derecho racionalista y sus conceptos generales, así como la racionalización del derecho por la alianza del Estado autoritario con la ciencia romanística”.<sup>26</sup>

Por el contrario, Wieacker caracteriza positivamente a la cultura jurídica del *common law* por la intensa aproximación del derecho público y el derecho judicial, el control judicial de las funciones públicas, la conservación de las antiguas libertades *estamentales*, afirmadas en la lucha contra el absolutismo de los Tudor y los Estuardo (en lugar de la libertad revolucionaria y ciudadana del continente), y como consecuencia, la perdurable participación popular en la administración de justicia penal; y, por último, el uso tradicional del precedente como fuente del derecho, que debe ser hallado por el propio juez. Todas estas características y otras “expresan en su forma más pura el estilo de vida de la sociedad anglosajona que descansa en la tradición, experiencia y razón práctica, aunque no en ideas y principios; de ahí que la esencia del derecho anglosajón haya impreso su huella con más intensidad que otro ninguno en cualquier otro país sobre el carácter nacional de su pueblo”.<sup>27</sup>

### 3. *Proceso civil*

Como es lógico, en cada una de estas dos tradiciones jurídicas el proceso civil ha tenido un desarrollo distinto.

<sup>25</sup> Cfr. David y Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, nota 12, p. 228. G. Williams define al *common law* como “the law common to the whole of England”. Cfr. Criscuoli, Giovanni, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, 3a. ed., Milán, Giuffrè, 2000, p. 66.

<sup>26</sup> Wieacker, *op. cit.*, nota 18, p. 446.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 446 y 447.

La larga evolución de la tradición jurídica romano-germánica culminó con la elaboración y promulgación de códigos de procedimientos civiles y de leyes sobre la organización y competencia de los tribunales. A finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX cada Estado nacional va a establecer en ordenamientos generales (códigos, ordenanzas o leyes) las reglas sobre la constitución, el desarrollo y la conclusión del proceso civil y sobre la integración y competencia de los órganos jurisdiccionales. Esta codificación forma parte del proceso cultural e histórico que se manifiesta a partir de esa época en todos los países de tradición romano-germánica.<sup>28</sup>

Si bien cada Estado nacional va a promulgar sus propios códigos y leyes sobre el proceso civil y los tribunales, y cada Estado va a tener un desarrollo específico, lo va a hacer dentro de los métodos y las técnicas de la tradición romano-germánica.

Seguramente es en el proceso civil donde cada ordenamiento nacional manifiesta más sus características propias. Es en esta materia donde se pueden identificar y distinguir varios sectores dentro de la tradición romano-germánica, como lo indicábamos anteriormente: entre otros, el sector *latino* (España, Francia, Italia y Portugal), el *germánico* (Alemania, Austria y Suiza), el escandinavo (Dinamarca, Suecia, Noruega y Finlandia), el *latinoamericano*, el de los países de *Europa central* (ex socialistas), etcétera.

Lo que no se puede negar es que todos ellos tienen, en mayor o menor medida, la influencia de la tradición romano-germánica y que forman parte de esa tradición. Por eso no deja de ser una ironía que autores alemanes tan eruditos como Konrad Zweigert y Hein Kötz pretendan desconocer la enorme influencia que Alemania ha recibido de esta tradición, como si el fenómeno de la recepción-asimilación del derecho romano en ese país durante los siglos XIII al XVIII prácticamente no hubiese existido o de haber existido hubiese sido irrelevante para la conformación de

<sup>28</sup> Tarello entiende por codificación, en sentido estricto y técnico, el proceso cultural e histórico a través del cual se hizo posible la idea del siglo XIX que conduce a la elaboración y promulgación de cuerpos de leyes organizadas o códigos. “*Codice*” y “*codificazione*”, explica el autor, son vocablos de ascendencia remota, que derivan (junto a “*Code*”, “*Código*” y otros vocablos de lengua romance) de *codex*, el libro compacto y cosido sobre el dorso, que contiene materiales jurídicos nuevos o viejos, recogidos por particulares o por la autoridad. *Cfr. op. cit.*, nota 9, pp. 18 y 19.

su derecho nacional. Seis siglos de historia de una cultura jurídica que ha producido algunos de los más destacados romanistas,<sup>29</sup> no pueden ser borrados por un exacerbado nacionalismo, el cual tampoco puede justificar la pretensión antihistórica de circunscribir la tradición jurídica romano-germánica a sólo España, Francia, Italia y Portugal.<sup>30</sup>

### III. EL PRECEDENTE

A diferencia de los Estados nacionales pertenecientes a la tradición romano-germánica, que regularon el proceso civil y la organización judicial mediante normas jurídicas generales expedidas por el legislador —códigos y leyes—, en la tradición del *common law* el derecho se fue conformando, fundamentalmente, a través de los precedentes establecidos en las sentencias judiciales.

John Anthony Jolowicz expresa que, según la teoría clásica, el *common law* existe desde un tiempo inmemorial, inalterado e inmutable, salvo por la ley. Las decisiones judiciales en los casos concretos no hacen más que declararlo. Si, por ejemplo, la Cámara de los Lores ejerce su derecho indiscutible de declarar la existencia de una regla de derecho contraria a la que ha declarado anteriormente la Corte de Apelación, desde el punto de vista teórico nada ha cambiado: la Corte de Apelación se ha equivocado y la Cámara de los Lores ha descubierto aquella que es —y que siempre ha sido— la verdadera regla de derecho.<sup>31</sup>

René David y Camille Jauffret-Spinozi señalan que el periodo de formación del *common law* comienza en 1066, con la conquista de los

<sup>29</sup> Basta recordar las obras clásicas de Ihering (que se cita en la nota 16), de Von Savigny, Friedrich Kart, *Sistema del derecho romano actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Editora de Góngora, 1839; y de Mommsen, Theodor, *Compendio de derecho público romano*, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, 1899; e *Historia de Roma*, trad. de A. García Moreno, Madrid, Góngora Editor, 1876, para limitarnos a autores con obra publicada en el siglo XIX.

<sup>30</sup> Zweigert y Kötz, *op. cit.*, nota 24, pp. 25, 83 y ss.

<sup>31</sup> Jolowicz, J. A. (ed.), *Droit anglais*, 2a. ed., París, Dalloz, 2000, p. 42. Desde 1797 sir Edward Coke había expresado: “it is the function of a judge not to make, but declare the law, according to the golden mete-wand of the law and not by the crooked cord of discretion”. *Cfr.* Lee, Thomas R., “Stare decisis in historical perspective: from the founding era to the rehnquist court”, *Vanderbilt Law Review*, núm. 3, abril de 1999, p. 660.

normandos y se desarrolla hasta el advenimiento de la dinastía de los Tudor, en 1485.<sup>32</sup> Hay datos que confirman que desde este periodo las sentencias eran un medio de trabajo indispensable para los juristas, pero no de que tuvieran fuerza vinculante.<sup>33</sup> En 1557 se inicia el uso de la palabra precedente, la cual se difunde en el siglo XVII. En el siglo XVIII el precedente, que había tenido hasta entonces fuerza persuasiva, se convierte en vinculante u obligatorio. Pero es hasta el siglo XIX cuando se adopta expresamente la *doctrine of binding precedent* o del *stare decisis* (*et quieta non movere*).<sup>34</sup>

Como consecuencia de esta doctrina, la sentencia, por un lado, tiene *eficacia interna* o *intra partes*, pues obliga a las partes por la regla de derecho en que se sustenta; y por el otro, tiene *eficacia externa* o *erga omnes*, ya que la regla de derecho mencionada será aplicable a cualquier otra persona que lleve a cabo una conducta que se ubique dentro de las previsiones de tal regla.<sup>35</sup>

La doctrina del *stare decisis* tiene diferente eficacia externa, de acuerdo con la jerarquía del órgano que emite la sentencia. Por regla, los precedentes derivados de las sentencias dictadas por la Cámara de los Lores son las que tienen mayor fuerza vinculante, pues obligan a todos los órganos jurisdiccionales subordinados (y no así a la propia Cámara, que en 1966 determinó que no la vinculaban sus propios precedentes); los de los tribunales de apelación tienen fuerza vinculante tantos para éstos como para los

<sup>32</sup> David y Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, nota 12, p. 225.

<sup>33</sup> *Cfr.* Criscuoli, *op. cit.*, nota 25, p. 332.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 334; y Cross, Rupert y Harris, J.W., *Precedent in English Law*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 7 y 8. Criscuoli cita la siguiente afirmación de Parke J, hecha en *Mirehouse v. Rennel* (1833), que pronto fue consagrada como clásica: “Our Common Law system consists in the applying to new combination of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we most apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient to all cases which arise...”. *Op. cit.*, nota 25, pp. 334 y 335 (“Nuestro sistema de common law consiste en aplicar a los nuevos hechos aquellas reglas de derecho que se derivan de los principios jurídicos y de los precedentes judiciales; y para garantizar la uniformidad, la coherencia y la certeza, debemos aplicar tales reglas, siempre que no resulten claramente irrazonables o inconvenientes, a todos los casos similares que se presenten...”).

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 63.

órganos subordinados. La eficacia se va reduciendo de acuerdo con la jerarquía de cada órgano jurisdiccional.<sup>36</sup>

Por otra parte, la eficacia vinculante del precedente se refiere sólo a la *regla de derecho* que con base en los *hechos* se establece en la sentencia; a esa regla, enmarcada por sus respectivos hechos, es a lo que se llama *ratio decidendi*.

Giovanni Criscuoli señala que en el derecho inglés la sentencia tiene las siguientes partes: *a*) la determinación de los hechos (*statement of facts*); *b*) el razonamiento jurídico en el que se sustenta la decisión (*legal reasoning*), y *c*) la decisión o juicio (*judgment*). El autor sostiene que la decisión por sí sola carece de relevancia para determinar la *ratio decidendi* y sólo tiene efectos internos para quienes fueron partes en el proceso en el que se dictó la sentencia. Pero la *ratio decidendi* no coincide exactamente con la determinación de los hechos ni con la argumentación jurídica, sino que más bien es el resultado de relacionar estas dos partes de la sentencia, por lo que puede definirse, conforme a la doctrina más acreditada, como “aquél principio de derecho que, en estrecha relación con los hechos del litigio considerados por el juez esenciales y trascendentes, éste reputa como justo y oportuno para resolver el caso concreto”.<sup>37</sup>

El papel de los hechos determinados en la sentencia de la que pretenda extraerse la *ratio decidendi*, es fundamental, pues tales hechos deben ser análogos a los de la sentencia en la que se vaya a aplicar la *ratio decidendi*. Los hechos van a formar parte de la *ratio* con la función principal de anclar la regla abstracta de derecho a la realidad, fijando concretamente la dimensión operativa.<sup>38</sup> La *ratio decidendi* se conforma tanto por la regla de derecho (*regula iuris*) como por los hechos a los que se aplicó la sentencia en que se sustenta.

En este sentido, Luisa Antonioli Deflorian señala que la aplicación de la *ratio* a un caso futuro sucede a través de un proceso analógico: si se consideran los hechos en un nivel de extrema concreción, difícilmente

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 339-344. Cross y Harris señalan que cada tribunal está obligado a seguir todos los precedentes derivados de los casos decididos por un tribunal de superior jerarquía, y que los tribunales de segundo grado (salvo la Cámara de los Lores) están vinculados por sus propias decisiones precedentes. *Op. cit.*, nota 34, p. 7.

<sup>37</sup> Criscuoli, *op. cit.*, nota 25, p. 344.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 345 y 346; y Cross y Harris, *op. cit.*, nota 34, pp. 43-47.

podrá extenderse la *ratio*, porque siempre será posible encontrar elementos divergentes; al contrario, si los hechos vienen reconstruidos en un alto nivel de abstracción, la *ratio* tendrá una aplicación extensiva.<sup>39</sup>

Por lo que se refiere al razonamiento jurídico, se debe distinguir, por una parte, la *ratio decidendi*, que es regla de derecho vinculada a los hechos relevantes del caso (*material facts*), en la que se sustenta la decisión; y por la otra, las demás consideraciones jurídicas expresadas por el juez en la sentencia, pero que no constituyen la base de su decisión, a las que se denomina *obiter dictum*. En tanto que la *ratio decidendi* tiene fuerza vinculante, pues como dice Crisculi “constituye el núcleo normativo vinculante de la decisión”, el *obiter dictum* no tiene fuerza obligatoria, sino persuasiva. Sólo las manifestaciones que representan, indispensablemente, el estrecho nexo de causalidad jurídica entre el hecho y la decisión integran la *ratio decidendi* y tienen carácter obligatorio; por exclusión, las demás manifestaciones jurídicas son consideradas *obiter dictum*, con sólo fuerza persuasiva.<sup>40</sup>

Aunque la idea del silogismo judicial no resulte ser la más exacta para describir el proceso lógico de la formación de la decisión judicial, sí resulta muy interesante para entender de manera esquemática la forma como los jueces deben determinar los hechos y las disposiciones jurídicas que aplican en la sentencia, tanto en la tradición romano-germánica como en la del derecho inglés, origen y modelo del *common law*. Como es sabido, en los países de la tradición romano-germánica la premisa mayor del silogismo se suele formar por la ley general o el principio jurídico; la menor, por los hechos específicos del proceso, y la conclusión, por la consecuencia jurídica resultante de la aplicación de la ley o el principio a los hechos.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Deflorian, Luisa Antonilli, “Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l’esperienza inglese”, *Revista di Diritto Civile*, núm. 1, enero-febrero de 1993, p. 144.

<sup>40</sup> Crisculi, *op. cit.*, nota 25, pp. 348 y 350; y Cross y Harris, *op. cit.*, nota 34, pp. 50-81.

<sup>41</sup> Seguramente fue César Beccaria uno de los primeros autores en sostener la idea del silogismo judicial. Él afirmaba: “En todo delito debe hacerse por el juez un *silogismo perfecto*. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de (lo) que se inferirá como consecuencia la libertad o la pena”. *De los delitos y de las penas (1764)*, trad. de Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, 1968, p. 31.

Por su parte, Criscuoli resume el silogismo judicial en el derecho inglés de la siguiente manera: “los hechos del caso A importan la aplicación de la regla B (premisa mayor); los hechos del caso presente son del tipo del caso A (premisa menor); los hechos del presente caso importan, por tanto, la aplicación de la regla B (conclusión)”.<sup>42</sup>

El sistema del precedente impone al juez el deber de determinar primero los hechos específicos del proceso que va a resolver, para después investigar si existe alguna sentencia anterior que se haya dictado sobre hechos del mismo tipo. En caso afirmativo, deberá extraer y definir la *ratio decidendi*, para determinar su posible aplicación a la sentencia que va a dictar. En este sentido, Peter Stein expresa que una decisión anterior constituye precedente para el juez de un caso sucesivo sólo cuando los hechos relevantes de los dos casos son del mismo tipo.<sup>43</sup>

La aplicación de la *ratio decidendi* no es mecánica, sino que supone el empleo de diversas técnicas de interpretación, que dependen del nivel de abstracción que se confiera a los hechos relevantes del caso en relación con la *regula iuris*. Entre estas técnicas se señalan la extensiva, la restrictiva y la analógica.

La técnica *extensiva* opera cuando el juez del proceso sucesivo advierte que la regla de derecho tiene un significado más amplio que la que los hechos parecen otorgarle. En este supuesto, el juez confiere a los hechos que integran la *ratio decidendi* una mayor abstracción para dar mayor amplitud a la norma jurídica.<sup>44</sup>

El procedimiento *restrictivo* es sustancialmente inverso al anterior y se utiliza cuando el juez encuentra que la *regula iuris* es demasiado amplia en relación con los hechos que constituyen su marco, de modo que su aplicación en el nuevo caso por decidir podría ser causa de injusticia. Este procedimiento integra la *restrictive distinguishing*, que es una técnica que los jueces ingleses utilizan cuando consideran que la *regula iuris* integrante de la *ratio decidendi* del precedente debe ser entendida en un sentido más restringido de cuanto aparece de la sentencia, porque el marco de los hechos que le fija el ámbito normativo, en consideración de de-

<sup>42</sup> Criscuoli, *op. cit.*, nota 25, p. 351.

<sup>43</sup> Stein, Peter G., “Judgment in the European legal tradition”, *La sentenza in Europa; metodo, tecnica e stile*, Padova, CEDAM, 1988, p. 35.

<sup>44</sup> Criscuoli, *op. cit.*, nota 25, p. 352.

terminadas circunstancias trascendentes de los hechos no oportunamente valoradas por el juez precedente, habría debido ser más circunscrito.<sup>45</sup>

Por último, el procedimiento analógico permite resolver también los procesos en los que los hechos, además de no estar regulados en una ley, no se relacionan con algún precedente (*cases of first impression*), en los que se recurre a la *analogia legis* (que en el derecho inglés se refiere sólo a normas judiciales y no a legislativas); sólo a falta de ésta, se puede recurrir a la *analogia iuris*, es decir, al uso de principios jurídicos generales.<sup>46</sup>

Además de las técnicas de interpretación de los precedentes, existen modos por los cuales éstos pueden perder su fuerza vinculante, entre los que destacan las siguientes: *a) abrogated decision*, cuando la *ratio decidendi* pierde todo valor vinculante por su explícita o implícita incompatibilidad con una ley posterior; *b) reversal*, cuando la sentencia es revocada en apelación; *c) plainly unreasonable and inconvenient*, cuando el precedente deviene inaplicable por el transcurso excesivo del tiempo, y *d) overruling*, que es la abrogación sustitutiva del precedente por un tribunal de grado superior al que lo emitió.<sup>47</sup>

A diferencia de Europa continental, en donde las universidades tuvieron un papel fundamental en la formación de los juristas, los jueces y los abogados, y contribuyeron, en muy buena medida, a la recepción–asimilación del derecho romano, en Inglaterra medieval la formación de los jueces y abogados se hacía en los gremios independientes de abogados (*Inns of Courts*), con base en el análisis de las sentencias dictadas por los tribunales y con una orientación predominantemente práctica.<sup>48</sup>

El papel tan relevante que el precedente ha tenido en la formación y el desarrollo del *common law*, ha requerido de la publicación de compilaciones de sentencias, lo que se ha venido haciendo desde 1283, a través

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 356.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 358, y Deflorian, *op. cit.*, nota 39, pp. 145 y 146.

<sup>47</sup> Criscuoli, *op. cit.*, nota 25, pp. 360-364.

<sup>48</sup> Zweigert y Kötz, *op. cit.*, nota 24, pp. 203-207. Cabe señalar que el primer curso universitario de derecho inglés fue impartido en 1753, por sir William Blackstone, en Oxford. La primera Facultad de Derecho dedicada a la enseñanza del derecho fue establecida en 1826, dentro de la Universidad de Londres. *Cfr.* Jolowicz, *op. cit.*, nota 31, p. 36.



de diversas colecciones (*Year Books, Law Reports, All England Law Reports*, etcétera).<sup>49</sup>

Desde los orígenes del *common law*, el precedente ha tenido un papel preponderante dentro de las fuentes del derecho. La función de la ley había sido muy restringida, complementaria a la del precedente. Sin bien es cierto que, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se ha incrementado el número de leyes aprobadas por el Parlamento, también lo es que su interpretación y aplicación por parte de los jueces se viene a integrar dentro de la cultura jurídica formada a lo largo de tantos siglos, por lo que se sujeta a la interpretación hecha por los tribunales en sentencias anteriores, conforme a la doctrina del *binding precedent* o del *stare decisis*. En este sentido, Kurt Lipstein sostiene que en su conjunto la ley escrita sirve para aportar correctivos al *common law*, por lo que, regularmente, es considerada *lex specialis*.<sup>50</sup>

La expansión de la tradición del *common law* a otros países, supuso necesariamente una recepción diferente del precedente. En Estados Unidos de América esa tradición adopta características muy específicas, desde el momento en que el mismo nacimiento de ese país como Estado independiente se dio con una Constitución escrita y con un sistema federal, factores ausentes en Inglaterra. Con base en esa Constitución surgiría después un sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), también ausente en Inglaterra. A pesar de estas y otras características, la tradición del *common law* forma parte esencial de la cultura jurídica norteamericana.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Cfr. Deflorian, *op. cit.*, nota 39, pp. 136-139; y Philips S. James, *Introducción al derecho inglés*, trad. de Jesús Torres García, Bogotá, Temis, 1996, pp. 16-18.

<sup>50</sup> Kurt Lipstein, "Common law courts in the ages of status", *La sentenza in Europa; método, técnica e stile*, Padova, CEDAM, 1988, p. 43.

<sup>51</sup> Roscoe Pound afirmaba: "Quizá ninguna institución del mundo moderno muestra tanta vitalidad y tenacidad como la tradición jurídica angloamericana, que nosotros llamamos *common law*. Si bien esta tradición jurídica es esencialmente un modo de ser del pensamiento jurídico y judicial, una manera de afrontar los problemas jurídicos, más que un cuerpo consolidado de reglas determinadas, ella logra en todo caso plasmar las normas, cualquiera que sea su origen, según los propios principios, y mantener en vida estos principios no obstante los formidables intentos de derribarlos y de sustituirlos. En Estados Unidos el *common law* sobrevive a la masa enorme de leyes que cada año viene insertada en nuestros *statute books* y da forma y sustancia a estas leyes". *Lo spirito della "Common Law"*, Milán, Giuffrè, 1970, p. 5.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA

En su significado original la palabra jurisprudencia hacía referencia a la ciencia o conocimiento del derecho.<sup>52</sup> Este es el significado que regularmente se otorga a *jurisprudence* en la tradición del *common law*. Sin embargo, en los países de la tradición romano-germánica también se utiliza esta palabra, y, seguramente, con mayor frecuencia, para designar a los criterios de interpretación de la ley sostenidos por los tribunales en sus sentencias. En este último sentido utilizaremos esta palabra.

Aunque el uso de esta expresión se remonta en Francia hacia los siglos XVII y XVIII, y a pesar de que su uso fue introducido en Italia a principios del siglo XIX,<sup>53</sup> se puede afirmar que el papel que ha desempeñado históricamente la jurisprudencia dentro de la tradición romano-germánica ha sido accesorio frente al proceso de codificación de los siglos XVIII y XIX, y en general, frente al papel fundamental que se asigna a la ley como fuente formal del derecho. Basta con recordar que Montesquieu llegó a afirmar que “los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”;<sup>54</sup> y que Beccaria sostenía que la autoridad de interpretar las leyes penales no podía residir en los jueces, porque no eran legisladores.<sup>55</sup>

Es claro que estas ideas de algunos de los pensadores de la Ilustración, finalmente, han sido superadas en el siglo XX, en el que se fortaleció la tendencia a recurrir, cada vez con más frecuencia, a los criterios de interpretación de la ley sostenidos en las sentencias de los tribunales. No obstante, todavía normalmente, la jurisprudencia no es considerada una fuente obligatoria del derecho, por lo que sólo se le atribuye fuerza per-

<sup>52</sup> Es muy conocida la definición de Ulpiano: *iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti adque iniusti scientia* (la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto). Cfr. Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, trad. de José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Depalma, 1986 (trad. de la 10a. ed. italiana), p. 25.

<sup>53</sup> Cfr. Gorla, Gino, “Giurisprudenza”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1970, t. XIX, p. 498.

<sup>54</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez, Buenos Aires, Claridad, 1971, p. 194.

<sup>55</sup> Beccaria, *De los delitos...*, *cit.*, nota 41.

suasiva, sobre todo cuando es reiterada por los tribunales, es decir, cuando es *jurisprudencia constante, conforme o consolidada*.<sup>56</sup>

En Francia, Jean-Louis Bergel sostiene que las decisiones judiciales no son reglas jurídicamente obligatorias más allá de las partes en el proceso, aun cuando de hecho, por la jerarquía de los tribunales, los precedentes pueden tener una autoridad determinante e imponerse, efectivamente, a las jurisdicciones inferiores.<sup>57</sup> En España, De la Oliva Santos, Díez-Picazo Jiménez y Vega Torres afirman que el derecho español no atribuye a la jurisprudencia fuerza de mandato jurídico obligatorio, pero le reconocen eficacia o valores jurídicos, con base en la *autorictas* de los más altos tribunales.<sup>58</sup> En Alemania, la jurisprudencia tampoco es obligatoria, pero la de los tribunales supremos ejerce una influencia cada vez más creciente en las sentencias de los demás tribunales.<sup>59</sup>

Se puede considerar que entre el precedente de la tradición del *common law* y la jurisprudencia de la romano-germánica existen diferencias esenciales. En primer lugar, el precedente es obligatorio, aunque se sustente en una sola sentencia; la jurisprudencia, normalmente, debe derivarse de varias sentencias y, por regla general, no tiene fuerza obligatoria, sino sólo persuasiva.

En segundo lugar, la obligatoriedad del precedente se basa en que la sentencia anterior resolvió sobre hechos relevantes del mismo tipo de los que está conociendo el juez sucesivo. Son los hechos del proceso precedente los que determinan la aplicabilidad de la *ratio decidendi* a los nuevos hechos. La propia *ratio decidendi* se conforma tanto por la regla de derecho como por los hechos a los que se aplicó la sentencia en que se sustenta.

<sup>56</sup> Michele Taruffo expresa que “casi todos los ordenamientos de *civil law*... no conocen el precedente con eficacia jurídicamente vinculante y admiten sólo precedentes con eficacia persuasiva”. “Dimensioni del precedente giudiziario”, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2, junio de 1994, p. 426.

<sup>57</sup> Bergel, Jean-Louis, *Théorie générale de droit*, 3a. ed., París, Dalloz, 1999, pp. 71 y 72.

<sup>58</sup> Oliva Santos, Andrés de la *et al.*, *Derecho procesal; introducción (Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil)*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 132 y 133.

<sup>59</sup> *Cfr.* Zeuner, Albrecht, “La sentenza in Germania”, *La sentenza in Europa; metodo, tecnica e stile*, Padova, CEDAM, 1988, p. 583.

En cambio, la jurisprudencia está constituida sólo por el criterio de interpretación de la ley sostenido reiteradamente por el tribunal en sus sentencias. La jurisprudencia, regularmente, es un criterio de interpretación jurídica, en el que los hechos objeto de las sentencias tienen una función muy poco relevante o simplemente no tienen ninguna.

En tercer lugar, el precedente puede ser establecido por los jueces de cualquier instancia, aunque los precedentes que fijan los órganos jurisdiccionales superiores finalmente tienen mayor fuerza vinculante. La jurisprudencia, en cambio, sólo puede ser fijada normalmente por los tribunales supremos o de casación y por los tribunales constitucionales, pero no por los jueces de primera instancia.

## V. LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Uno de los pocos casos en los que la jurisprudencia sí tiene carácter obligatorio es el del derecho mexicano. Uno de los juristas más relevantes del siglo XIX, Ignacio L. Vallarta, quien fue presidente de la Suprema Corte de Justicia de 1878 a 1882, fue el autor de la idea de crear el sistema de la jurisprudencia obligatoria. Vallarta conocía muy bien el derecho norteamericano,<sup>60</sup> pero también sabía que no podía trasplantar el precedente a México, tomando en cuenta la diversidad de las tradiciones jurídicas de ambos países.

Vallarta preparó el proyecto de Ley de Amparo que el Congreso de la Unión aprobó en 1882. En esta Ley se estableció que la jurisprudencia se formaba por los principios o criterios de interpretación de la Constitución sostenidos por la Suprema Corte de Justicia en cinco sentencias (a las que se llama ejecutorias) conformes; y que dicha jurisprudencia era obligatoria para los jueces de Distrito. Las sentencias eran dictadas en los juicios de amparo de los que conocía en segundo grado la Suprema Corte.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> Así lo confirma una de sus obras fundamentales, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980.

<sup>61</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones acerca del origen y de la evolución de la jurisprudencia obligatoria de los tribunales federales”, *Lecturas Jurídicas*, núm. 41, octubre-diciembre de 1969, pp. 88 y 89; Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del poder judicial de la federación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 527-531.

Con la salvedad del Código de Procedimientos Federales de 1897, que no reguló la jurisprudencia obligatoria, a partir del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908 dicha institución se ha venido consolidando y ha venido extendiendo su campo de acción. En este último Código se amplió la materia de la jurisprudencia para comprender, en adición a la interpretación de la Constitución, la de las leyes federales.<sup>62</sup>

La Ley de Amparo de 1919 extendió el número de órganos jurisdiccionales para los que era obligatoria la jurisprudencia: además de los jueces de distrito, los magistrados de circuito y los tribunales de las entidades federativas. También incluyó la interpretación de los tratados internacionales.<sup>63</sup>

La Ley de Amparo de 1935, todavía en vigor, reiteró esta regulación de la jurisprudencia. Las reformas de 1951 dieron fundamento constitucional a la jurisprudencia y crearon los tribunales colegiados de circuito, con la finalidad que conocieran de determinados amparos directos contra sentencias judiciales (cuya función es similar al recurso de casación), de los que había venido conociendo la Suprema Corte de Justicia. Pero no fue, sino hasta 1968 cuando los tribunales colegiados de circuito fueron facultados para establecer jurisprudencia obligatoria en las materias de su competencia.

Actualmente, la Suprema Corte de Justicia, tanto a través del Pleno como de sus Salas, puede crear jurisprudencia de dos formas: por *reiteración de criterios uniformes* sostenidos en cinco ejecutorias o por una sola determinación cuando resuelven sobre una *contradicción entre las tesis de jurisprudencia* o *tesis aisladas* sostenidas por las Salas o por los tribunales colegiados de circuito. Estos últimos sólo pueden crear jurisprudencia por reiteración de criterios. Para que los criterios puedan llegar a constituir jurisprudencia, se requiere que las sentencias hayan sido aprobadas por ocho ministros, cuando las dicte el Pleno; por cuatro ministros en el caso de las Salas, y por los tres magistrados que integran cada tribunal colegiado de circuito.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Fix-Zamudio, *op. cit.*, pp. 90-92, Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota anterior, pp. 531-537.

<sup>63</sup> Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 61, p. 533.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 542. De acuerdo con el artículo 194 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia se interrumpe, por lo que deja de tener carácter obligatorio, cuando el órgano que la emitió pronuncie una sentencia en sentido contrario; y se modifica siguiendo el mismo

La jurisprudencia es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales mexicanos, ya sea que se ubiquen dentro o fuera del poder judicial, o que sean federales o locales.<sup>65</sup> En este sentido, es posible afirmar que dentro del derecho mexicano la jurisprudencia constituye una verdadera fuente formal del derecho.<sup>66</sup> Para que pueda ser conocida por los magistrados, jueces, abogados y, en general, por quienes se ocupan del derecho, la jurisprudencia se da a conocer a través del *Semanario Judicial de la Federación*, publicación mensual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que fue establecida desde 1870, y también por medio de los discos compactos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido elaborando desde 1992, particularmente su serie anual de discos *Ius*.<sup>67</sup>

Eduardo García Máynez señaló con toda precisión las dos funciones fundamentales de la jurisprudencia: *interpretar* la ley e *integrarla* en sus lagunas.<sup>68</sup> La jurisprudencia sólo puede establecer la interpretación de la ley dentro del marco que el propio legislador establece, pero no puede modificar su texto expreso. La integración de las lagunas de la ley tiene que apegarse al propio contexto y fines de la ley y, en su caso, a los principios generales del derecho, conforme a lo que dispone el artículo 14,

camino para su formación. Cabe aclarar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia también puede establecer jurisprudencia con base en una sola sentencia aprobada por lo menos por ocho ministros, cuando decide sobre una controversia constitucional o una acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo que disponen los artículos 43 y 73 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>65</sup> Artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo.

<sup>66</sup> Cfr. Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1990, pp. 6 y ss.

<sup>67</sup> El *Semanario Judicial de la Federación* dejó de publicarse de 1876 a 1880, periodo en el cual las sentencias fueron dadas a conocer en el periódico *El Foro*; y de 1914 a 1918, con motivo de la Revolución Mexicana. Su nombre actual es *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, en el cual se incluyen tanto las tesis de jurisprudencia como la última de las sentencias con base en las cuales se constituye aquélla. Por periodos que han variado de diez a cinco años, la Suprema Corte ha venido publicando los *Apéndices al Semanario Judicial de la Federación* en los que reúne las principales tesis de jurisprudencia. El último *Apéndice* se publicó en el año 2000, por lo que se espera que el nuevo *Apéndice* se publique en el 2005. Para un análisis histórico del *Semanario Judicial de la Federación*, véase Guerrero Lara, Ezequiel, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación*, México, UNAM, 1982.

<sup>68</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 54a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 70.

párrafo cuarto, de la Constitución. La jurisprudencia que modificara la ley o la integrara al margen de su marco normativo, estaría usurpando la función que corresponde al legislador. Se trataría de una verdadera *jurisprudencia legislativa* evidentemente contraria a lo que disponen los artículos 49 y 107 de la Constitución.

En los últimos años ha crecido en forma muy considerable la creación de tesis de jurisprudencia, sobre todo por parte de los tribunales colegiados de circuito. En noviembre de 2003 había nada menos que 167 tribunales colegiados en toda la República, cada uno de los cuales puede crear su propia jurisprudencia. De las contradicciones entre las tesis de los tribunales colegiados conoce el Pleno o las Salas de la Suprema Corte. El problema es que hasta que no se resuelva la contradicción de las tesis, se crea una grave situación de incertidumbre jurídica. Son tantas las contradicciones de tesis, que es muy probable que Suprema Corte de Justicia esté estableciendo más jurisprudencia por contradicción de tesis que por reiteración de criterios.

La enorme dispersión de la creación de la jurisprudencia por tantos tribunales colegiados, y el tiempo que lleva cada resolución de contradicción de tesis, debe hacernos reflexionar sobre la necesidad de buscar un sistema que permita que la jurisprudencia pueda uniformar la interpretación de la ley y no que multiplique los criterios de interpretación. Con toda razón, Piero Calamandrei afirmaba que la diversidad de la jurisprudencia derivada de la pluralidad de los tribunales que la pueden crear, viola el principio de la igualdad ante la ley y destruye la certeza del derecho.<sup>69</sup>

Por otro lado, es también fundamental que la jurisprudencia se limite a interpretar la ley y, a lo sumo, a integrar sus lagunas. El problema en este tema es que no existe ningún medio para impugnar las tesis de jurisprudencia que van más allá de la interpretación y la integración de ley y que abiertamente la modifican. Podemos impugnar una ley, un tratado o un reglamento que estimamos inconstitucionales, pero no tenemos ningún medio para impugnar una tesis de jurisprudencia que consideramos contraviene el texto de una ley o, peor aún, de la Constitución.

Quizá la solución al problema de la diversidad pueda encontrarse si se prevé que los tribunales colegiados no están facultados para establecer

<sup>69</sup> Calamandrei, Piero, *La casación civil (Bosquejo general del instituto)*, trad. de Santiago Sentís Melendo, México, Oxford University Press, 2001, vol. 3, pp. 67-70.

por sí mismos la jurisprudencia, sino que deben someterla a la aprobación de un órgano de la Suprema Corte que coordine y uniforme la jurisprudencia. Y, seguramente habría que regular un medio para impugnar la jurisprudencia legislativa de los tribunales colegiados o de las Salas ante el Pleno de la Suprema Corte, del cual conocería como ponente el órgano encargado de aprobar la jurisprudencia de los tribunales colegiados.

## VI. LA SENTENCIA

Como señala con toda razón Heinz Kötz, la estructura de los tribunales, el desarrollo propio de cada proceso civil, la distribución de funciones entre los jueces y los abogados, así como la fisonomía de la sentencia, aparecen, imprescindiblemente, vinculados con la particular tradición jurídica de cada país, con la ubicación atribuida dentro del sistema jurídico a los tribunales, con el número de jueces, la estructuración de la carrera judicial y con el prestigio social del cual gozan dentro de la sociedad.<sup>70</sup>

Hemos visto que en el derecho inglés la sentencia tiene, cuando menos, las siguientes partes: *a*) la determinación de los hechos (*statement of facts*); *b*) el razonamiento jurídico en el que se sustenta la decisión (*legal reasoning*), y *c*) la decisión o juicio (*judgment*). Sin duda, la sentencia también contiene los datos de identificación del tribunal que la dicta, de las partes, del tipo de proceso y del objeto de éste.

Se destaca la responsabilidad personal que asume el juez en la determinación de los hechos y en la investigación y aplicación del precedente. Es muy frecuente que en los tribunales de apelación cada magistrado redacte su propia sentencia. La motivación de la sentencia es presentada en forma notablemente detallada y comprende tanto la determinación de los hechos como el razonamiento jurídico para interpretar y aplicar la regla de derecho, ya sea el precedente o la ley.<sup>71</sup> Cabe reiterar que el razonamiento de los jueces para interpretar y aplicar la ley se inserta dentro de la tradición del precedente, pues no suelen interpretar y aplicar la ley

<sup>70</sup> Hein Kötz, “Relazione introduttiva”, *La sentenza in Europa; metodo, tecnica e stile*, Padova, CEDAM, 1988, p. 550.

<sup>71</sup> Atiyah, Patrick S., “Judgments in England”, *La sentenza in Europa; metodo, tecnica e stile*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 140-146.



directamente, sino que previamente hacen un análisis de las decisiones judiciales que se han fundado en la ley a aplicar.<sup>72</sup> Hay que señalar que en muchos Estados de la Unión Americana las sentencias de apelación que confirman la resolución apelada prescinden de la motivación.<sup>73</sup>

Dentro de la tradición romano-germánica, en Italia la sentencia debe contener los elementos de identificación a los que nos hemos referido, la exposición del desarrollo del proceso, la motivación sobre los hechos y el derecho y la parte dispositiva.<sup>74</sup> Estas cuatro partes corresponden, en buena medida, a los que en España se denominan el preámbulo, los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y el fallo. En este caso, la motivación sobre los hechos se hace en los antecedentes.<sup>75</sup> En Francia también la sentencia se compone de los datos relativos a la identificación del proceso, la exposición del litigio, la motivación y la parte dispositiva.<sup>76</sup>

Sobre la base de estas cuatro partes fundamentales de la sentencia, cada Estado nacional hace un mayor o menor énfasis en cada una de ellas. De Francia, se destaca la brevedad de sus sentencias, con una motivación orientada sobre todo a la interpretación y aplicación de la ley.<sup>77</sup> Aunque, también, se advierte que la ley ha venido estableciendo criterios o cláu-

<sup>72</sup> Cfr. Kötz, *op. cit.*, nota 70, p. 547.

<sup>73</sup> Cfr. Farnsworth, E. Allan, *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d'America*, Milán, Giuffrè, 1979, p. 50; y Sereni, Angelo Piero, *El proceso civil en los Estados Unidos*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1958, p. 103.

<sup>74</sup> Cfr. Taruffo, Michele, "La fisonomía de la sentencia en Italia", *La sentencia Europa: método, técnica e stile*, Padova, CEDAM, 1988, p. 183.

<sup>75</sup> Cfr. Oliva Santos, Andrés de la *et al.*, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 371 y 372.

<sup>76</sup> Cfr. Vincent, Jean y Guinchard, Serge, *Procédure civile*, 26a. ed., Paris, Dalloz, 2001, pp. 845-850; y Schroeder, François-Michel, *Le nouveau style judiciaire*, Dalloz, 1978, pp. 33-41.

<sup>77</sup> Cfr. Kötz, *op. cit.*, nota 70, pp. 544, 548 y 549. Hasta antes de la reforma del 22 de diciembre de 1958, la exposición de los hechos no era materia de la sentencia, sino de *les qualités*, escritos que redactaban los abogados de las partes precisamente sobre los hechos. A partir de la reforma mencionada se suprimieron *les qualités*, por lo que la sentencia debe contener un enunciado de los hechos redactado por el propio juez. Cfr. Ranieri, Filippo, "Styles judiciaires dans l'histoire européenne: modèles divergents ou traditions communes ?", en Jacob, Robert (coord.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 191.

sulas abiertos que permiten una mayor valoración por parte del juez.<sup>78</sup> En Alemania se señala una mayor utilización de la jurisprudencia, pero tomada no directamente de las sentencias, como en el caso del precedente, sino por medio de las “máximas” compiladas y publicadas, que reproducen en forma abstracta y sintética los criterios jurídicos contenidos en las sentencias.<sup>79</sup>

## VII. REFLEXIONES FINALES

Esta breve descripción de las dos más relevantes tradiciones jurídicas, y de sus manifestaciones en la sentencia, el precedente y la jurisprudencia, no pretende desconocer las influencias y aproximaciones que se han venido dando entre ellas, ni la existencia elementos que acercan cada vez más a estas dos tradiciones.

Es evidente que una característica común de las dos tradiciones y de sus respectivas culturas jurídicas, está en la afirmación y el desarrollo de los derechos humanos, como lo ha advertido Friedman.<sup>80</sup> A partir de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, se inicia el proceso de difusión mundial de los derechos humanos. Como señala Norberto Bobbio, la Declaración Universal es el primer sistema de principios y de valores esenciales aceptados y reconocidos por la mayor parte de los hombres que habitan la tierra, a través de sus gobiernos respectivos; representa la conciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores en la segunda mitad del siglo XX.<sup>81</sup> Sus principios y valores constituyen las bases fundamentales también del proceso civil.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Cfr. Cornu, Gerard, “La sentence en France”, *La sentenza in Europa; metodo, tecnica e stile*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 165-167.

<sup>79</sup> Cfr. Kötz, *op. cit.*, nota 70, 547-548.

<sup>80</sup> Friedman, Lawrence M., “Is there a modern legal culture?”, *Ratio Juris*, núm. 2, julio de 1994, pp. 124 y ss.

<sup>81</sup> Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 72.

<sup>82</sup> En este sentido resulta muy interesante al análisis que hace Walter Habscheid de los principios fundamentales del proceso civil dentro de las dos grandes tradiciones jurídicas, en su artículo “Les grands principes de la procédure civile: nouveaux aspects”, *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. secondo: *Diritto processuale generale*, Milán, Guiffirè, 1993, pp. 3-14.

En el ámbito regional, los gobiernos miembros del Consejo de Europa suscribieron en 1950 la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, conocida también como Convención Europea de Derechos Humanos. Con base en ella funciona la Corte Europea de los Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, Francia, la cual tiene competencia para conocer de demandas por violaciones a la Convención por parte de los Estados contratantes, entre los que se incluyen tanto al Reino Unido como a la mayor parte de los países de Europa continental.<sup>83</sup> En la conformación de esta Corte concurren magistrados de las dos grandes tradiciones jurídicas y su jurisprudencia uniforma la interpretación que se debe dar a la Convención Europea en todos los países miembros, entre ellos obviamente el Reino Unido.

También el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en 1966, ofrece un amplio campo común en esta materia, que aproxima a las dos tradiciones, aunque todavía se pueden percibir importantes diferencias derivadas de las respectivas culturas jurídicas.<sup>84</sup>

En nuestro continente destaca la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* abierta a la firma, ratificación y adhesión en 1969, en San José de Costa Rica, con base en la cual funciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa ha sido reconocida por la mayor parte de los gobiernos de América Latina, pero no así por los de Canadá y Estados Unidos, por lo que no ha tenido la confluencia de las dos tradiciones jurídicas.<sup>85</sup>

Sin duda, en Europa el derecho comunitario ofrece otro campo de convergencia entre las dos tradiciones, pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece la interpretación uniforme de las normas de derecho comunitario y lo hace a través de la jurisprudencia. El Tribunal ha

<sup>83</sup> Cfr. Berger, Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, París, Sirey, 2000; Fix-Zamudio, Héctor, "Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales", *Transnational aspects of procedural law (X World Congreso on Procedural Law*, Taormina, 17-23 septiembre de 1995, Milán, Giuffrè, 1998, vol. I, pp. 247 y ss.; Guinchard, Serge *et al.*, *Droit processuel; droit comun et droit comparé du procès*, 2a. ed., París, Dalloz, 2003, pp. 81 y ss.

<sup>84</sup> Cfr. Comoglio, Luigi Paolo, "I modelli di garanzia costituzionale del processo", *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova, CEDAM, 1994, pp. 297-381.

<sup>85</sup> Cfr. Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 83, pp. 253 y 252; y García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*, México, UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 11-13.

sido conformado con predominio de la tradición romano—germánica, pero no ha excluido la cultura jurídica del *common law*, pues la jurisprudencia se basa en una sola sentencia.<sup>86</sup>

Hay también tendencias que buscan la unificación o la armonización de las normas procesales civiles en determinadas regiones, como en Europa<sup>87</sup> y América Latina,<sup>88</sup> las cuales todavía tienen un largo camino por recorrer. Hay temas, como el del derecho a la prueba, en el que las dos tradiciones jurídicas muestran diferencias que parecen irreductibles.<sup>89</sup>

Pero todos estos cambios y tendencias tienen que partir de la base de que el derecho sólo se transforma realmente cuando lo hace reconociendo los valores, las actitudes y los principios de cada una de las tradiciones y culturas jurídicas; que el verdadero cambio sólo se logra cuando se sabe conjugar la tradición con la innovación.

<sup>86</sup> Cfr. Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 83, pp. 263-267; Odriozola Mariscal, Carlos Enrique, “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 227-228, septiembre—diciembre de 1999, pp. 205-212; Capotorti, Francesco, “Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee”, *La sentenza in Europa; metodo, tecnica, stile*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 246 y 247; Demaret, Paul, “Le juge et le jugement dans l’Europe d’aujourd’hui: la Cour de Justice des Communautés Européennes”, en Jacob, Robert (coord.), *Le juge et le jugement dans les traditions, juridiques européennes*, París, L. G. D. J., 1996, pp. 342-346.

<sup>87</sup> Cfr. Giuseppe Tarzia, “Modelli europei per un processo civile uniforme”, *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 4, octubre—diciembre de 1999; del mismo autor, “Harmonisation ou unification transnationale de la procédure civile”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 4, octubre—diciembre de 2001.

<sup>88</sup> Vescovi, Enrique, “El proyecto de Código Procesal Civil Uniforme para América Latina”, *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, núms. 24-25, octubre-marzo de 1986; y del mismo autor, “Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de código europeo. Las tendencias que el código modelo va plasmando en la realidad”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, núm. 3, 1997.

<sup>89</sup> Cfr. Denti, Vittorio, “Armonizzazione e diritto alla prova”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, septiembre de 1994, pp. 677-679.