

CAPÍTULO QUINTO

LA JURISPRUDENCIA COMO SÍNTESIS DE DECISIONES JUDICIALES

I. Conceptos tradicionales en el sistema doctrinal de la legislación francesa	177
II. La Escuela de la Exégesis y el surgimiento de La <i>Thémis</i> con el prestigio de su fundador, Athanase Jourdan .	182
III. La <i>Thémis</i> de Athanase Jourdan	184
IV. La Escuela Científica. François Gèny	187
V. La contribución de Marcel Planiol.	190
VI. El método de Julien Bonnecase	196
VII. La visión de Louis Josserand	198
VIII. La perspectiva de Ambroise Colin y Henri Capitant . .	199
IX. Los hermanos Henri, Léon y Jean Mazeaud.	200
X. Las fuentes, métodos e instrumentos de Georges Scelle, Paul Esmein, Léon Julliot de la Morandière y Henri Lévy-Bruhl.	202
XI. Las observaciones de Roberto de Ruggiero, de Francesco Ferrara y Francesco Messineo	204
XII. La contribución realizada a la doctrina española por Felipe Sánchez Román, José Castán Tobeñas, Felipe Clemente de Diego, Demófilo de Buen, Luis Legaz y Lacambra y José Puig Brutau.	207

CAPÍTULO QUINTO

LA JURISPRUDENCIA COMO SÍNTESIS DE DECISIONES JUDICIALES

Benigniore interpretationem non minus iustius est quam tutius.

(En la duda, es tan justo como seguro seguir la interpretación más benigna).

D. 28.4.

I. CONCEPTOS TRADICIONALES EN EL SISTEMA DOCTRINAL DE LA LEGISLACIÓN FRANCESA

En su *Repertorio universal y razonado*, Merlin definía a la jurisprudencia como la ciencia del derecho, agregando que también se entendía por dicho término a los principios que se siguen en materia de derecho en cada país o en cada tribunal, o como el hábito o costumbre con la cual es de juzgar de tal o tal manera una cuestión y una serie de sentencias uniformes que constituyen un uso sobre una misma cuestión. En consecuencia, la jurisprudencia tiene así propiamente dos objetos: uno, que es el conocimiento del derecho; el otro, que consiste en hacer su aplicación. Justiniano la definía como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti sciencia* (el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto),²⁸⁴ enseñándonos con ello que la ciencia perfecta del derecho consiste simplemente en el conocimiento de las leyes, de las costumbres y de los usos, ya que demanda también un conocimiento general de todas las cosas, tanto sagradas como profanas, a las cuales las reglas de la justicia y de la equidad pueden aplicarse. De este modo, la jurisprudencia abarcaba necesariamente el conocimiento de todo aquello que pertenece a la religión, porque uno de los primeros deberes de la justicia es el de servirle de apo-

²⁸⁴ Ulpiano, Digesto: lib. I, tít. I, ley 10, § 11.

yo, de proteger su ejercicio, reprimir las vías de hecho que pudieran perturbarle y oponerse a todo aquello que pudiera inclinarse en menosprecio de la religión y de sus misterios. La jurisprudencia exigía, paralelamente, el conocimiento de la geografía, de la cronología y de la historia, porque no se podía entender bien el derecho de gentes y de la política sin distinguir los países y los tiempos, sin conocer las costumbres de las diversas naciones y las revoluciones que han llegado con sus gobiernos. No se puede conocer bien el espíritu de una ley sin saber aquello que le ha dado lugar, y los cambios que han sido hechos. El conocimiento de todas las otras ciencias y de todas las artes y materias, del comercio y de la navegación, encuentran semejanza con la jurisprudencia, no existiendo alguna profesión que no se encuentre sujeta a una cierta política dependiente de reglas de la justicia y la equidad. Todo aquello que considera el estado de las personas, los bienes, los contratos, las obligaciones, las acciones y las sentencias, también depende de la jurisprudencia. Las reglas que constituyen el fondo de la jurisprudencia surgen de tres fuentes diferentes: el derecho natural, el derecho de gentes y el derecho civil.²⁸⁵

En la obra que se considera cumbre de la Escuela de la Exégesis —como se califica al *Curso de derecho civil francés*— de los maestros de Estrasburgo, Carlos Aubry y Carlos Rau, se toca el tema de la interpretación judicial, en cuya expresión reconocen que los tribunales tienen no solamente el derecho, sino también el deber de interpretar las leyes o de suplir su silencio, en tanto que sea necesario para decidir los asuntos que les son sometidos. Que todo juez que en materia civil rehúse decir el derecho a las partes, bajo el pretexto del silencio, oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia (artículo 4o. del Código). Que para garantizar la independencia de la autoridad judicial será necesario impedir que con sus atribuciones interfiera a los tribunales pronunciar disposiciones generales y reglamentarias en las causas que les sean sometidas, es decir, de atribuir a sus decisiones la fuerza de una reglamentación aplicable a todos los casos análogos que pudieran presentarse (artículo 5o.). Que para impedir el regreso de ese pesado resultado, los parlamentos han establecido la autoridad de un nuevo orden judicial, que corresponde a una Corte de Casación, encargada de

²⁸⁵ Merlin, M., *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Int.-Lég, 5a. ed., Bruxelles, H. Tarlier, Libraire-Editeur, 1826, tome seizième, pp. 364 y 365.

reprimir toda contravención a la ley y de regularizar por sí misma la interpretación judicial, para propiciar que los tribunales establezcan una jurisprudencia uniforme.²⁸⁶

A la vez, los mismos autores antes invocados afirman que el conjunto de las soluciones más o menos concordantes, dadas por las cortes y tribunales, a las cuestiones de derecho que resuelven los negocios que les son sometidos, constituye aquello que se le ha llamado, en este sentido, la *jurisprudencia interpretario usualis nisus fori*. La jurisprudencia, que si ha contribuido poderosamente al progreso de la ciencia del derecho, y que está llamada por la naturaleza misma de la misión confiada a los tribunales en general, y más particularmente a la Corte de Casación —a integrar las lagunas de la legislación, así como a dirigir el desarrollo de los principios que en ella se han colocado— siempre ha gozado en Francia de una consideración justamente merecida. Pero, cualquiera que sea la autoridad que se le ha atribuido, en el caso de que ella sea constante sobre tal o cual punto de derecho, jamás forma una regla jurídicamente obligatoria para los ciudadanos o para los tribunales. Si el interés general reclama que el juez no se aparte —sin motivos graves— de las resoluciones consagradas por la jurisprudencia, es —mientras tanto— su deber el no dejarse detener por los precedentes, en los que la doctrina o la experiencia le hubieran demostrado el error o los inconvenientes.²⁸⁷

Dentro de la concepción de las nociones generales y del título primero del *Derecho civil francés* expuestas por Carlos Salomón Zacharias encontramos la expresión y definición del derecho y de la jurisprudencia, para preguntarse si el derecho es una ciencia o es un arte. Su respuesta aprecia que es tanto lo uno como lo otro, ya que considera que es ciencia cuando se trata del encadenamiento de sus principios y de sus deducciones lógicas, y que —a la vez— es un arte cuando se trata de su aplicación.²⁸⁸

El autor en consulta asevera que el conocimiento del derecho constituye la jurisprudencia, agregando que —en otros términos— ella es el

²⁸⁶ Aubry, Charles et Rau, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, sixième édition Revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Etienne Bartin, París, Librairie Marchal & Billard, 1936, tome premier, pp. 327-238.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 241.

²⁸⁸ Zacharias, Karl Salomón, *Droit civil français*, Traduit de l'allemand suir la cinquième édition, Annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon par M. M. G. Massé et Ch. Vergé, París, Auguste Durand, Libraire-éditeur, 1854, tome premier, pp. 2 y 3.

conocimiento de las leyes y el conocimiento de la manera en que sirven, que es el derecho aplicado, así como en un sentido menos general y más usual, entendemos por jurisprudencia el hábito de juzgar una cuestión de la misma manera, estableciendo una continuidad de sentencias similares, cuyo conjunto se convierte en un criterio auténtico de autoridad competente sobre un punto dudoso en la explicación o en la suplencia de la ley. Esta jurisprudencia posee un lugar destacado en el estudio del derecho, sobre todo después de la obligación impuesta a los jueces de motivar sus sentencias y sus autos, concediéndole a sus decisiones un valor doctrinal que no se le había reconocido anteriormente. Sin embargo, la jurisprudencia carece de vigor legislativo, y siempre es discutible. Mas, por otra parte, ella es constante, al grado de que adquiere autoridad; sin embargo, una sola decisión no es suficiente para establecerla sobre una cuestión, ya que no resulta necesario que la cosa haya sido siempre resuelta en el mismo sentido.²⁸⁹

Por su parte, Charles Demolombe —el príncipe de los exégetas— se ocupa de considerar las distintas acepciones contenidas en la palabra *derecho*, reconociendo que se aplica a la ciencia de las leyes, es decir, al conjunto de reglas doctrinales, fundadas en los textos, así como sobre la jurisprudencia y escritos de los jurisconsultos, incluyendo todos aquellos elementos de los que el orden y su vinculación constituyen la teoría científica del derecho. En este último sentido, se emplea como sinónimo de jurisprudencia, es decir, la ciencia del derecho o de las leyes. Sin embargo, la palabra *jurisprudencia* tiene en sí misma, todavía, muchas otras acepciones, ya que significa:

1o. La ciencia adquirida del derecho, que era la *prudencia juris* —en toda su significación romana— a los que después llamamos jurisperitos, como también jurisconsultos;

2o. El hábito de aplicar la ley de tal manera, al grado que nos permite decir: la jurisprudencia de la Corte de Casación se ha pronunciado en tal sentido, y

3o. Por último, el resultado de ese hábito, los precedentes y el conjunto de decisiones semejantes, sucesivamente resueltas sobre un mismo punto.²⁹⁰

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 3 y 4.

²⁹⁰ Demolombe, Charles, *Cours de code Napoléon, I, Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général. De la jouissance et de la privation des droits civils. Des actes de l'état civil. Du domicile*, Paris, Imprimerie Générale. A. Lahure Éditeur, Pedone Lauriel, Hachette et Cie. Cosse. Marchal et Billard, 1880, pp. 12 y 13.

Ha correspondido a Gabriel Baudry-Lacantinerie presentar el esquema de las principales corrientes de la jurisprudencia francesa sobrevenidas después de 1905 en el derecho civil, que observó alrededor de cuatro órdenes de ideas, y considerando a tales desarrollos como esenciales, tanto para la práctica como para la ciencia del derecho civil: 1. La existencia de una oposición de principio entre la doctrina y la jurisprudencia en el siglo XIX; 2. El problema de las relaciones de la doctrina y la jurisprudencia en su hora; 3. Los conflictos de jurisprudencia entre la Corte de Casación y las cortes de apelación, y 4. Los medios de defensa contra una jurisprudencia determinada y criticable de la Corte de Casación.

En cuanto a la formación de la oposición antes considerada, el mismo autor en consulta examina la acción que en su momento ejecutó la Escuela de la Exégesis, al grado de considerar que no es exagerado advertir que durante el mencionado siglo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encontraban colocadas en campos enemigos. Tal como Esmein lo había puesto en relieve desde 1902, señalaba que dicha oposición se había originado a partir del predominio ejercido por las concepciones de la Escuela de la Exégesis, sobre el conjunto de civilistas de aquel siglo. Sin embargo, se ocupaba de hacer notar que una distancia extraordinaria separaba y debía separar fatalmente la doctrina y la jurisprudencia, dado que la primera se confinaba en el examen de los textos del derecho considerados básicamente por la intención del legislador, mientras que la jurisprudencia no podía impedir la aplicación de los mismos textos sobre la base de hechos, es decir, de aquello que el autor llamaba el elemento experimental del derecho. Sin embargo, Baudry consideraba incomprensible la oposición entre una y otra.²⁹¹

²⁹¹ Baudry-Lacantinerie, G., *Traité théorique et pratique de droit civil avec la collaboration de M. M. Barde. Bonnecarrere. Chauvean. Chéneaux. M. Colin, Houques-Fourcade, Le Courtois. De Loynes, Saignat, Surville. Tissier. Wahl. Supplément par Bonnecase, Julien*. París-5, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1924, tome premier, pp. 213 y 214. En esta obra se agrega el suplemento aportado por Julien Bonnecase, en el que advierte que los civilistas del siglo XIX se han dividido en dos grandes Escuelas: la de la Exégesis y la Científica, que entonces subsistían; pero que mientras la primera de ellas había triunfado en aquel siglo, parecía acertado que tanto el presente como el futuro le estuvieran reservados a la segunda, creyendo dicho autor que el porvenir pertenecía a ésta. Veremos la aportación de Bonnecase en la edición que le debemos a José María Cajica, Jr., *La Escuela de la Exégesis en derecho civil*, Puebla, trad. del mismo editor, Editorial José M. Cajica, Jr., 1944, vol. XII, pp. 35-66.

En apoyo del criterio antes señalado, el mismo autor en consulta señala que el mayor menosprecio de la jurisprudencia por la doctrina correspondió a Federico Taulier, aunado a las opiniones de Marcadé y de François Laurent, observando que las sentencias —olvidándose de los principios— poseen una autoridad de la que la doctrina carece, y, al referirse a la jurisprudencia de la Corte de Casación, a la que califica por el poder tiránico que ejercía —mayor que el de la propia ley— al grado de que sus intérpretes no tenían un respeto excesivo por la ley, mientras que ellos se plegaban muy a menudo con la jurisprudencia.²⁹²

II. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS Y EL SURGIMIENTO DE LA *THÉMIS* CON EL PRESTIGIO DE SU FUNDADOR, ATHANASE JOURDAN

En otro lugar nos hemos ocupado de considerar las aportaciones de la referida Escuela de la Exégesis, en el que destacábamos que ella había sido integrada por un gran grupo de juristas, que se habían impuesto como tarea exhaustiva examinar minuciosamente la preceptiva del Código Civil de los franceses, de la que se reconocía que su primera manifestación exterior había aparecido en la memoria del trabajo de Blondeau de 1841, denominado *La autoridad de la ley*, que había sido leído en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia, en el que sostenía que las decisiones judiciales estaban constreñidas en la interpretación del sentido gramatical de ley, la cual podía realizarse mediante la exégesis de su letra. En el criterio antes referido, Blondeau daba los elementos que fueron cimentación de la tesis básica de los miembros de la escuela exegetica, que reconocía que el único fundamento de las decisiones judiciales radicaba en la ley, y que, por ello, la interpretación se constreñía al examen de los textos, debiendo rechazar las falsas fuentes de decisión, con las que se pretendía sustituir la voluntad del legislador. El repudio de esos factores se dirigía al rechazo de los precedentes judiciales, así como el de los usos no reconocidos en el terreno legal de consideraciones de utilidad general, en la equidad, en los adagios y en las doctrinas, preconizando que cuando el juez se encontrara ante el silencio o contradicción de las leyes debía abstenerse de juzgar,²⁹³ por considerar —como ya se ha advertido— que

²⁹² *Ibidem*, pp. 214-219.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 161 y 162.

los precedentes del titular de la función jurisdiccional constituían solamente falsas fuentes de decisión, con las cuales se pretendía sustituir la voluntad del legislador, mismas que debían ser rechazadas, al grado de que si el juez tuviera que decidir un conflicto regulado por leyes contradictorias —que impidieran saber cuál había sido la verdadera voluntad del legislador—, entonces no podía dictar resolución; por lo cual debía abstenerse, por constatar que tales disposiciones no existían, lo que le permitiría rechazar la demanda que iniciaba tal litigio. La consecuencia de dicho criterio concluía aceptando que toda interpretación no era otra cosa que la singular exégesis de los textos legales, función que se encontraba robustecida por la riqueza de la legislación civil napoleónica, que hacía difícil encontrar un caso que no estuviera previsto en su sistemática, reduciendo su labor de interpretación de la ley a la búsqueda del pensamiento de su autor. La interpretación debía solamente ser una aclaración de los textos, y no una interpretación del derecho. Tales consideraciones contenían la profesión de fe y culto al texto de la ley.²⁹⁴

En la misma obra antes mencionada agregábamos que había correspondido a Julien Bonnecase ubicar la labor de la Escuela de la Exégesis en tres periodos cronológicos de desarrollo: el primero —dedicado a su formación— a partir de la promulgación del Código francés en 1804 —hasta su consolidación doctrinal en 1830—, en la que habían participado los comentadores Delvincourt, Proudhon, Toullier, Merlin, Maleville y Chabot de l'Allier, con la singularidad de la aptitud de todos y cada uno de ellos para la enseñanza universitaria. El segundo periodo fue el de su apogeo, que congregó a los llamados grandes comentaristas, de los que formaron parte Aubry y Rau, Alejandro Duranton, Carlos Demolombe, Taulier, Demante, Comet de Santerre, Troplong, Taulier, Marcadé, Laurent. El tercer periodo contempla la declinación, ya que el tiempo había obtenido lo mejor de sus componentes; a esta fase pertenece Baudry-Lacantinerie. Debe agregarse que en toda la labor del culto a la ley, se manifestaba el carácter profundamente estatista, ya que se dogmatizó la exclusiva e infalible omnipotencia jurídica del legislador, en cuya labor se agotaban las fuentes que generaban la ley.²⁹⁵

²⁹⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, Introducción, 2a. ed., México, Porrúa, 1998, t. I, pp. 161 y 162.

²⁹⁵ Bonnecase, Julien, *Elementos de la exégesis en derecho civil*, trad. de la 2a. ed. francesa por José María Cajica Jr., Puebla, 1944, pp. 35-66, véase también del mismo au-

Resultaba evidente que el conocimiento de la Escuela de los Comentaristas del Código Napoleón, esencialmente representativos de la Escuela de la Exégesis, se esforzó en adaptar a la jurisprudencia su contribución para la interpretación general del derecho, aun cuando su examen lo realizaban únicamente en el ángulo de su propia doctrina, concordante con la intención del legislador. Por consecuencia, no obstante que las decisiones jurisprudenciales no reflejaban las concepciones desarrolladas en las obras de la doctrina, sí eran cruelmente criticados por eso los miembros de la Escuela. En razón de lo anterior, debía esperarse que apareciera la reacción que iba a traspasar la medida, tal como oportunamente se apreciaba la conveniencia de que ella se ocupara de fijar su atención como objeto principal de estudio a la misma jurisprudencia, ya que aun cuando reconocía lo indispensable que resultaba que continuara con la explicación dogmática en la enseñanza del derecho civil —con el conocimiento exhaustivo de los textos— no estaba reñido el que se ocupara de la exposición de los principios, pues consideraba necesario reservar un amplio espacio para registrar y hacer comprender los resultados —cada día más abundantes y más certeros— que aportaría el estudio directo y sintético de la jurisprudencia.²⁹⁶

En razón de lo anterior, estimamos razonable considerar el justo equilibrio que debía vincular las relaciones de la doctrina con la jurisprudencia, al considerar la existencia de una doble base tanto de la igualdad como de la diferencia en sus funciones. No obstante lo antes señalado, no dejamos de reconocer que la jurisprudencia emanaba en casos concretos de soluciones particulares.²⁹⁷

III. LA *THÉMIS* DE ATHANASE JOURDAN

Al tener presente la extraordinaria labor doctrinal realizada por los primeros grandes comentaristas del Código Civil de los franceses —que entre los años 1819 y 1831 mantenían a Toullier y Proudhon como sus dos principales representantes— no podemos prescindir de confrontarla con la acción realizada por la corriente intelectual iniciada en sentido opuesto

tor, traductor y editor, *Elementos de derecho civil*, vol. XIII, incluyendo la aparición de *La Themis y La escuela científica*, 1945, pp. 130-164.

²⁹⁶ *Idem.*

²⁹⁷ *Idem.*

por Athanase Jourdan, al fundar y desarrollar *La Thémis* y la Escuela que de ella surgió, que diseñó e imprimió una diversa tendencia al pensamiento jurídico de aquella época, como reacción en contra de la orientación que veía a la ciencia del derecho privado confinada en el Código, o en último extremo, a partir del Código, comprendiendo que ello entrañaba un verdadero peligro. Por ello, Julien Bonnecase advertía que frecuentemente se reconocía a *La Thémis* como un esfuerzo exclusivamente consagrado a provocar el renacimiento del estudio del derecho romano en Francia, y, por ello, de alguna manera se le consideraba como un brazo francés de la Escuela histórica alemana; pero en realidad se encontraba separada de ella en sus fundamentos y en su modo de elaboración, ya que Jourdan y sus colaboradores no aceptaban esa doctrina, aun cuando les satisfacía el gusto por los estudios históricos y de aplicarles el método científico. En ello se encontraba algún parentesco con la Escuela de Hugo y Savigny, aun cuando *La Thémis* tenía un dominio propio de actividad, con carácter netamente francés, resultando notable que una de las grandes preocupaciones radicaba en la enseñanza del derecho, su reorganización y funcionamiento, así como el conocimiento del derecho comparado.²⁹⁸

Creemos necesario hacer sentir que no debe pasar desapercibido el impulso que la propia *Thémis* y su programa imprimió a los principios generales del derecho, aun cuando era obvio que la tarea realizada en aquella época —1819-1831— por la jurisprudencia resultaba ingrata y no se parece en nada a la que sobrevendría, orientada a fijar el sentido de los textos del Código, que eran particularmente importantes, sin tratar de entender el alcance de ellos, o de adaptarlos a ciertas hipótesis, sino decir lo que significaban de manera principal, puesto que la jurisprudencia no se distinguía en nada de la interpretación a la cual se entregaba la doctrina, en la que se encontraban los mismos caracteres, en la que se cuestionaba

²⁹⁸ Bonnecase, Julien, *La Thémis* (1819-1831), son fondateur; Athanase Jourdan, *Introduction générale à l'histoire de la science du droit privé en France de 1789 à 1830*, París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, pp. 115-118 y 149 con nota 1 de p. 150. Debemos precisar que la *Thémis* fue un órgano especial y periódico de la ciencia del derecho en Francia, que se hizo presente de 1819 a 1831, y que su título completo fue *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, que reunió colaboraciones de magistrados, profesores y abogados. Su primera entrega ocurrió en noviembre de 1819 y la última en enero de 1831; debiendo aclarar que su nombre ha sido seleccionado en varios países en el curso del siglo XIX, como título de revistas jurídicas, lo mismo que de revistas literarias y científicas; así, apareció una *Thémis* alemana en Strasburgo, y otras en varias revistas italianas.

aquello que realmente había querido el legislador en tal o cual hipótesis, ya que adquiriría bastante más tarde su remonte pretoriano y científico.²⁹⁹

De acuerdo con las bases del programa trazado, *La Thémis* no constituyó solamente una colección doctrinal, ya que también orientó su labor por los aspectos prácticos, de manera que le dieron una significación muy especial a la función de la jurisprudencia, como contribuyente de la propia ciencia del derecho, y para ello Jourdan editó el primer *Boletín de Jurisprudencia Civil*, en el que desarrolla las concepciones de la revista en esta materia (t. I, pp. 48 y ss.), afirmando que la jurisprudencia no debe ser separada de la doctrina y de las leyes nuevas, que constituyen factores de progreso del derecho, al grado que complementan algunos aspectos diversos de la obra de los códigos. Las leyes nuevas reglamentan las materias que en ellas se habían olvidado, resultando que aportan puntos de solución en temas que no habían sido previstos. No obstante—en el balance de su época—destacaba que al emplearse el inventario exacto del amplio y precioso archivo de sentencias y doctrinas nuevas, debía componerse un segundo Edicto Perpetuo, con las sentencias de sus magistrados, así como un segundo Digesto, con las opiniones de sus más hábiles jurisconsultos. De ahí que se proponía hacer un balance de la jurisprudencia de su época, para establecer con firmeza el estado de cada una de las disposiciones del Código Civil y divulgar—al inicio de cada año—los cambios sobrevenidos en el precedente, de manera que *La Thémis* ofreciera a sus lectores, verdadera y periódicamente, el último estado de la ciencia del derecho. En conclusión, podemos observar que aun cuando su existencia fue corta, la influencia de *La Thémis* ha sobrevivido, ya que sus doctrinas eran la base de la ciencia jurídica hasta la segunda decena del siglo XX en Francia, de manera que marcó el renacimiento de los estudios jurídicos hacia la época contemporánea.³⁰⁰

Debemos observar que en el siglo XX sobrevino un cambio notable, al adquirir la doctrina jurídica conciencia de su tarea, en razón de que se observaba desde un ángulo nuevo, que le proporcionó una fase crítica a la

²⁹⁹ Véase la síntesis de la labor de *La Thémis* y su fundador, Athanase Jourdan, en la segunda edición que lleva su nombre, con la participación que le correspondió en el desarrollo de la ciencia del derecho privado en Francia, sus propósitos y programa, sus doctrinas, obra y métodos, así como las causas de su desaparición. Courdeaux, Imprimerie y Cadret, Rue Poquelin-Molière, 17. Que apareció primeramente en *Recueil de Legislation de Toulouse*, 1911, pp. 173-300.

³⁰⁰ *Idem*.

vez que reconstructiva. El gran promotor de ese movimiento fue François Gèny en su obra *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*, que constituyó un ensayo crítico, cuyas ideas produjeron una verdadera revelación y el punto de partida de la renovación del derecho civil francés —considerado tanto en su aspecto científico como en sus relaciones prácticas— destacando que dicha labor fue continuada por otra diversa del mismo autor, denominada *Ciencia y técnica en derecho privado positivo. Nueva contribución a la crítica del método jurídico*.³⁰¹

IV. LA ESCUELA CIENTÍFICA. FRANÇOIS GÉNY

Como también lo habíamos manifestado anteriormente, en algún otro lugar habíamos hecho referencia de que en 1899 había aparecido la mencionada obra del profesor de derecho en la Universidad de Nancy, François Gèny, así como a la resonancia histórica que le acompañó, ya que de hecho había señalado la conclusión cronológica del reinado de la Escuela de la Exégesis —que había dominado los foros y las facultades de derecho durante el siglo XIX— para dar paso a la llamada Escuela Científica, que manifestaba su preocupación en la adecuada distinción entre la ciencia, la técnica y el método. El carácter científico se manifestaba por el estudio de las fuentes reales de las reglas jurídicas, así como el de sus principios. La consideración de la técnica se concentraba en el análisis de las fuentes formales del derecho, tal como se consideraban a la propia ley y a la costumbre. Por cuanto al método, éste se orientaba por las directrices que sigue el espíritu para detectar y conocer cualquier objeto del conocimiento humano, para poder llegar a dominarlo.³⁰²

El análisis que Gèny había elaborado sobre el método exegetico le permitió constatar que su aplicación rigurosa propiciaba el estancamiento del derecho, por impedir el desarrollo de una libre investigación científica. Tal estancamiento se favorecía en razón de que tanto el examen de la letra de la ley como el proceso de inquisición sobre la posible voluntad del legislador estaba constreñido señaladamente al momento preciso del nacimiento de una ley, y con ello se privaba al acucioso investigador de poder examinar las ideas posteriores que surgieran, al grado que ello fa-

³⁰¹ Gèny, François, *Interpretación y fuentes del derecho privado positivo*, 2a. ed., con prólogo de Raimundo Saleilles, Madrid, Reus, 1925, pp. 196-227.

³⁰² Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, nota que antecede, pp. 164 y 165.

vorecía un notorio subjetivismo que impedía conocer con certeza la verdadera intención del creador, cuya voluntad en realidad es generalmente abstracta e inconsistente. A mayor abundamiento, Gèny observaba que la ley no constituía en verdad una obra acabada y perfecta, apreciando que resultaba mejor conocer que la misma padecía la existencia de lagunas, que requerían ser saturadas o integradas mediante la adopción de un procedimiento también científico. En ese método —que en realidad utiliza factores de integración y de complementación— se revela que no corresponde al legislador la titularidad exclusiva del monopolio de la formación exclusiva del derecho, puesto que tal ley, como obra humana que es, resulta frecuentemente incompleta.³⁰³

Por cuanto al pensamiento del legislador, Gèny admitía que era labor del intérprete buscarlo con el propósito de interpretar correctamente la ley; pero debía reconocerse que no correspondía a dicha ley el carácter de constituir la única fuente del derecho, ya que por su parte el juez, al interpretar para aplicar la ley, desempeña también una función creadora. A la vez, en abierta crítica a la Escuela Histórica, dicho autor afirmaba que al elaborarse una ley, ésta no se independiza de sus autores y cobra vida propia. De ello resultaba que para interpretar la ley no era indispensable remontarse a los momentos de su aplicación, sino a los de su promulgación, cuya labor debía realizarse sin prejuicios y considerando el medio social y las circunstancias que la habían generado, de manera que al examinar esos factores permitieran realizar un diagnóstico. Por cuanto al análisis del orden público, debía reconocerse que el mismo podría haber cambiado, y —a la vez— resultaba indispensable examinar los fines de la ley, entre los que aparecerá la *ratio legis* y el medio social que la originó. Por todos esos conceptos, el autor recomendaba que cuando la letra no fuese clara, el intérprete buscase su verdadero contenido en otra fuente formal o recurrir al sistema de la Escuela de la Libre Investigación Científica, puesto que tanto la ley como la costumbre no aportan con frecuencia explicaciones que satisfagan lo que determina que la función investigadora debe necesariamente ser libre de prejuicios o criterios provenientes de otras fuentes. Si el método requiere el ser científico, ello obedece en razón de que necesita apoyarse en criterios objetivos, que sean resultado de la naturaleza de las cosas en las que esos elementos se encuentran. Al obtener lo anterior, debe sistematizarse el resultado, que debe estar siempre

³⁰³ *Idem.*

orientado por la realización de la idea de justicia, y reconocer que el verdadero legislador es la realidad social, y la ley es apenas su pálido reflejo.³⁰⁴

En el resumen y conclusión de su doctrina, Génèy reconoce que el derecho —como orden normativo—, inspirado en la justicia y el bien común, se encuentra por encima de sus fuentes formales. Sin embargo, frecuentemente la ley escrita reconoce la necesidad de ser completada y precisada por la costumbre. Ello obedece a que el derecho positivo debe continuar siendo una simiente de transformación que le permite adaptarse a las exigencias de la vida social. Así, la jurisprudencia contemporánea se siente llamada a completar el derecho existente según las necesidades sociales, y —a veces— a construir verdaderas teorías, en armonía con la civilización actual. Corresponde, pues, a dicha jurisprudencia, buscar fuera de los elementos puramente formales y lógicos los medios de satisfacer plenamente su misión.³⁰⁵

En cuanto a las aportaciones realizadas por el mismo Génèy en su diversa obra *Ciencia y técnica en el derecho privado positivo*, aparecida catorce años después de su labor primaria, reconocía que las ideas expuestas en esa primaria labor constituyen la base de los estudios que él había anunciado en 1910, durante una lección impartida en el Colegio Libre de Ciencias Sociales, que denominó *Los procedimientos de elaboración del derecho civil*, en la que —como resultado de su investigación sobre el tema— encontraba que el problema del derecho positivo radicaba en buscar, discernir y caracterizar los elementos generales de órdenes muy diversos, que debían ser puestos en acción para resolverlo, agregando que en su interés se ocupaba en la elaboración científica, así como en la técnica del derecho positivo privado, para culminar con una última parte en la que constatará las relaciones respectivas de esas dos maneras de la investigación jurídica, para precisar la parte que le resulta a cada una de ellas y en combinar simultáneamente su operación.³⁰⁶

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 228-230, 309-424, 502-667 y 668-683. Véase también Bonnetcase, Julien, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, trad. de la 2a. ed. francesa por José María Cájica Jr., Puebla, México, 1944, pp. 27-31; 47-48, 56-60 y 158.

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ Génèy, François, *Science et technique en droit privé positif. Introduction. Première partie. Position actuelle du problème du droit positif. Éléments de sa solution*. En el primer párrafo de la nota previa del autor, con la que inicia su exposición, indica que los *Estudios* que impartió en el Colegio Libre de Ciencias Sociales se publicaron con el título *Los métodos jurídicos*, París, Giard et Brière, 1911. El resto aparece en pp. 173-196.

Gény advierte su creencia en la necesidad de continuar en la investigación profunda, a fin de poder penetrar la realidad, para dilucidar algunos de los puntos que permanecen oscuros, y con ello asegurar la conquista de una nueva posición en el combate por el método, ya que considera indispensable esforzarse en descubrir la misma fuente de la que surgen, que no es otra cosa que el derecho en sí. Como tal labor consiste —esencialmente— en una práctica fundada en el conocimiento, se trata de saber cómo podemos lograr el discernimiento de los preceptos jurídicos, independientemente de sus variantes y contingencias, que no los revelan, sino que los deforman. De ahí que reconoce la existencia de un doble problema —de ciencia y de práctica—, que, colocado sobre el terreno metodológico, vuelve a presentarse en una crítica de nuestros procedimientos de elaboración o de aplicación del derecho. En razón de ello, el autor se pregunta: ¿De qué manera, los jurisconsultos trabajamos? ¿De qué manera debemos trabajar? La respuesta exige tomar conciencia, que no puede adquirirse más que por la adaptación de los materiales jurídicos de una teoría racional que parta de las bases fundamentales del conocimiento y penetre hasta los resortes más íntimos de la acción, de manera que se le permita contestar las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la naturaleza propia del derecho objetivo, como elemento integrante de la realidad social? ¿Es él, objeto del conocimiento o una simple materia práctica, o ambas cosas a la vez?³⁰⁷

V. LA CONTRIBUCIÓN DE MARCEL PLANIOL

En el prefacio a la décima segunda edición del *Tratado elemental de derecho civil* de Marcel Planiol, escrito por Georges Ripert —quien colaboró en la redacción de esta magnífica labor— destaca que el 2 de octubre de 1899 se publicó el primer volumen de la primera edición de dicha obra, cuando la de Baudry Lacantinerie reinaba desde hacía más de veinte años en las facultades de derecho, y que con claridad presentaba el resumen de las obras de Moulton y de Colmet de Santerre, explicando el Código Civil de los franceses artículo por artículo y haciendo referencia a los sistemas; argumentaba las teorías y las objeciones, de manera que quienes estudiaban en él, aprendían que la labor que debían desempeñar como juristas no era únicamente la de interpretar el pensa-

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 1-3, 11 y 12.

miento del legislador, ya que de acuerdo con su criterio, la tarea a cargo del titular de la función jurisprudencial era únicamente la de aplicar la ley. De ahí que el papel de los estudiosos, que entonces la tenían a su cargo, se concretaba a la correcta interpretación de los textos, y, en los casos en los que la jurisprudencia no había desempeñado una labor que se apreciara como correcta, entonces se lo oponía autoridad superior de la doctrina. De ahí que dicho método exegetico estimulaba al estudiante tanto al desarrollo de un fino rigor lógico en sus razonamientos como a la orientación de su espíritu para el análisis. Sin embargo, Ripert advertía que no obstante los señalamientos que formulaba, tal disciplina no permitía al estudiante conocer que tres cuartas partes del siglo que entonces vivían habían agotado el valor de dicho método de interpretación —tal como lo reconocían maestros de la Facultad de París, como Labbé, Baudant y Bufnoir—, que se esforzaban por escapar al vicio del método puramente exegetico, destacando que Raymundo Saleilles había encontrado en el nuevo Código Civil alemán, diseños inéditos, y que François Gèny preparaba la expresión del nuevo método de interpretación que daría lugar a la Escuela científica.

Coincidiendo con los momentos finales del siglo XIX, Ripert destacaba que Marcel Planiol aún no llegaba a los cincuenta años, y que su vasta erudición le había facilitado escribir tres grandes volúmenes que renovarían la enseñanza del derecho civil. De ahí que en 1899 la obra estaba lista para aportar a los estudiantes una nueva visión del estudio de los temas jurídicos, que ya no se iban a concretar al Código, ya que en su obra encontrarían los conflictos de los intereses privados que se generan en la vida de las colectividades, con la lenta formación de sus instituciones la práctica de las reglas de conducta y la lucha seguida ante los tribunales, concurriendo la intervención incesante del legislador y la actividad de la práctica judicial. Así, el prologuista calificaba como maravilloso el sentido jurídico de Planiol, que había logrado que generaciones de estudiantes aprendieran de él, como razonar, juzgar y escribir.³⁰⁸

Georges Ripert destaca que una de las fuentes que Marcel Planiol invoca en su obra es colocar en primer lugar el conocimiento de la historia, destacando que, por el contrario, la labor de los exegetas se orientaba hacia una labor comparativa de las propuestas del derecho civil

³⁰⁸ Ripert, Georges, prefacio a la 12a. ed. francesa de Planiol, Marcel, *Tratado elemental de derecho civil. Introducción, familia, matrimonio*, trad. de la 12a. ed. francesa por José Ma. Cajica, Jr. Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., vol. VIII, 1946, pp. 7-9.

francés, directamente con los factores que le habían dado vida en el derecho romano, como si no hubiera ocurrido nada en los siglos intermedios. Con esa fórmula, era evidente que su trabajo desdeñaba las enseñanzas que la maestra de la vida podría aportar sobre los cambios y transformaciones que habían operado durante los siglos intermedios. En ese punto destacaba que Planiol era un romanista excelente, pero que además tenía vocación de historiador, de manera que se le había permitido enterarse de las costumbres y temas tratados por los autores antiguos, criticando al racionalismo que había separado el espíritu francés del sentido histórico. De ahí que sus referencias permitan enterarse del origen de una institución o de una norma, dado que no tenía el propósito de enseñar el derecho positivo de su época desligado de su origen y desarrollo, por apreciar que el conocimiento de los hechos en su desarrollo cronológico permitía juzgar sanamente la normatividad que de ellos emanaba. Como factor complementario del criterio desarrollado por Planiol, Ripert destaca que la historia y las legislaciones positivas brindan soluciones positivas, que pueden comprenderse cuando se conocen los factores que las generan: la moral —que es invariable a partir del surgimiento del cristianismo— y la economía política, que por naturaleza es cambiante en épocas y pueblos, pero que está latente en las normas jurídicas.

A mayor abundamiento, Planiol concentró su convicción en que el civilista necesita ponerse en contacto con la realidad, estudiando minuciosamente la jurisprudencia, poniendo de relieve el sentido de su autoridad, ya que no se dedica a condenarla cuando no coincide con la doctrina prevalente, por considerar que ambas se colocan en planos diversos, ya que advierte que el derecho consuetudinario posee el mismo valor y vigor que el derecho escrito. La función de la jurisprudencia no sólo se manifiesta en su aplicación de la ley, sino además en suplir o saturar las lagunas que en ella existen. Para él, no está obligado a observar el pensamiento del legislador si respeta el mandato de la ley, destacando que ningún estudio era tan difícil para el civilista como el de la jurisprudencia, pues era frecuente destacar un precedente como si tuviera utilidad absoluta. Para evitar ese error, estimaba recomendable saber escoger las sentencias, y Planiol nunca olvidó sentencias importantes, observando la necesidad de invocarlas en el lugar adecuado que les correspondía.³⁰⁹

³⁰⁹ *Ibidem*, pp. 9-11.

El mismo Marcel Planiol aporta un criterio anticipado sobre la jurisprudencia, al manifestar que las cortes y los tribunales reconstituyen perpetuamente —al margen de los códigos y de las leyes— un derecho consuetudinario de nueva formación, apreciando que es indudable que el propio Poder Judicial jamás se encuentre obligado por la jurisprudencia que haya diseñado, no obstante ser frecuente que se atiene a ella, como consecuencia de la conveniente y necesaria estabilidad de sus decisiones, dentro del marco de la legislación obligatoria. De ahí que las decisiones de los tribunales resultan obligatorias, en cuanto resuelven los conflictos de los particulares que se presentan para ser resueltos por esa jurisdicción. De manera expresa, el mismo autor afirma que lo característico del derecho consuetudinario que se manifiesta por la jurisprudencia siempre puede ser modificado por una decisión posterior que se apruebe en sentido contrario.³¹⁰

En nota de pie de página, el mismo Planiol explica que la esencia de la costumbre se encuentra en la autoridad de las sentencias, y que quienes se niegan a reconocer a la jurisprudencia como expresión del derecho consuetudinario no saben qué hacer de ella, ya que Gèny se había visto obligado a eliminar a la repetida jurisprudencia del señalado derecho consuetudinario, para asimilarla a la doctrina, reconociendo que sus sentencias constituyen opiniones aisladas, que expresaban el sentimiento de individualidades más o menos notables. En franca crítica a la anterior aseveración, Planiol advierte que la misma contiene la verdad, pero solamente con respecto a la doctrina, puesto que su autoridad es científica y está desprovista de cualquier sanción, pero no por cuanto a la jurisprudencia, sea en aquellos casos en los que realiza la interpretación de la ley, o en aquellos otros en que elabora una decisión ante el silencio de ésta o para saturar sus lagunas, pues en todas las alternativas la propia jurisprudencia dicta decisiones ejecutivas, constituyendo una forma viva del derecho, que se expresa como regla aplicada. Para concluir el anterior argumento, Planiol advierte que Esmein sostiene una opinión diversa de la suya, que aparece publicada en el t. IV, p. 533, del *Boletín de la Sociedad de Estudios Legislativos*, en el que a partir de que la costumbre es esencialmente obligatoria para el juez, argumenta que ese criterio es una expresión del

³¹⁰ Planiol, Marcel, con la colaboración de Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil. Introducción, familia, matrimonio*, trad. de la 12a. ed. francesa por José Ma. Cajica, Jr. Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., 1946, p. 31.

sistema inglés del *common law*, que nunca ha germinado en Francia, ya que de haberlo hecho, sus Parlamentos no habrían tenido la práctica de renovar constantemente la jurisprudencia y sus leyes, ya que al promulgar las costumbres redactadas, no hubieran requerido definir su obligatoriedad como leyes escritas. De ahí, pues, que el autor concluye el párrafo, al afirmar que la costumbre —según el sentido francés— es esencialmente móvil.³¹¹

En diverso capítulo de la obra que consideramos, Planiol se ocupa de considerar que el antiguo derecho francés poseía algunos elementos de unidad, de los que reconoce tres: el derecho canónico; las ordenanzas reales, y la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, en la exposición de este último punto omite la jurisprudencia, y concentra su exposición en la doctrina, a la que reconoce como las opiniones e ideas sostenidas en sus obras por los jurisconsultos; además, el mismo Planiol se ocupa de exponer en el capítulo IV de su obra el desarrollo del derecho civil después de la codificación, poniendo atención al tema de la jurisprudencia, a la que reconoce como la interpretación que hacen los tribunales de las leyes.³¹² En ello, al compararla con la labor del legislador, califica que la del juez parece ser modesta, aun cuando en la realidad es casi igual, ya que la ley sólo posee valor si se aplica y de acuerdo con la forma de su aplicación, existiendo como hecho incontestable que la interpretación de las leyes realizada por la autoridad judicial genera constantes modificaciones a las normas emanadas del poder público, y frecuentemente las sentencias producen la parálisis de la voluntad del legislador. Como ejemplo de ello —en nota de pie de página—, el autor agrega que lo son las principales sentencias dictadas por el Tribunal civil the Chateau-Thierry, presidido por Magnaud, que habían sido publicadas en tres volúmenes, que adquirieron gran celebridad.³¹³

Como caracteres propios de la jurisprudencia, Planiol reconoce que ella no labora tal como lo hacen los escritores o profesores que sintetizan sus ideas al construir sistemas sobre toda una materia, pues diariamente los tribunales dictan sentencias que en detalle consideran las cuestiones de litigio, sin estar obligados a respetar aquellas dictadas por otros tribunales, aun cuando les resulten superiores en grado, independientemente

³¹¹ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

³¹² *Ibidem*, p. 74.

³¹³ *Idem*.

de lo que a fin de cuentas pueda decidir la Corte de Casación, lo que permite que resulte una gran variedad de decisiones jurisprudenciales, que frecuentemente se manifiestan como contradictorias.

Por cuanto a la fijeza de la jurisprudencia, Planiol advierte que ella siempre termina obteniendo soluciones firmes, ya que en caso de conflicto entre diversos tribunales resulta competencia de la Corte de Casación dictar la solución definitiva. Dentro de esa razón, también observa que en aquellos casos en los que surge un nuevo problema jurídico —que genere criterios contrarios— el caso puede remitirse a dicha Corte, que está facultada para obligar a los otros diversos tribunales a respetar la decisión que ella adopte, logrando así garantizar a su país la unidad de la jurisprudencia, como complemento necesario para la unidad de la legislación, para lo cual quedó facultada a partir de la Ley del primero de abril de 1837, al conferírsele la supremacía reguladora de imponer sus soluciones a todos los otros tribunales, observándose en nota de pie de página que dicha medida había sido propuesta dos años antes por Víctor Fouchar, quien era abogado general en Rennes.³¹⁴ La segunda razón en la que Planiol apoya su criterio sobre la fijeza de la jurisprudencia radica en su convicción de que en todos los órganos judiciales se genera el propósito de crear una tradición, que consiste en reiterar sus decisiones cuando ya exista una opinión definida.

En conclusión, el autor atribuye a los dos factores antes señalados —uno de hecho y el otro de derecho— el que en la jurisprudencia fluyan corrientes intelectuales de las que resulta la fijeza, ya que no pueden esquivarse ni desviarse. De ello resulta la llamada *jurisprudencia definida*, que se manifiesta como un fenómeno general reconocido por los miembros del Poder Judicial, que propicia que los abogados litigantes procuren informarse con precisión cuáles son los criterios contenidos en las ejecutorias que han sido dictadas, estimando peligroso —dentro del criterio de Gèny y de Lambert— los cambios de criterios jurisprudenciales, por la posibilidad de las consecuencias retroactivas que puedan producir sobre intereses y contratos de particulares.³¹⁵

Por cuanto a lo que Planiol llamaba la *jurisprudencia moderna*, éste aprecia que no es suficiente conocer cómo llega a formarse, ya que estima indispensable conocer cuáles son sus resultados generales, sobre los cua-

³¹⁴ *Ibidem*, pp. 75 y 124.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 75.

les se limita a elaborar apenas una apreciación de conjunto, ya que el estudio detallado sería demasiado amplio. De ahí afirma que la jurisprudencia no se ha encauzado dentro de una proyección uniforme en la interpretación de las leyes, pues a veces parece muy audaz y, por el contrario, en otras se le ve muy tímida. A la vez, en ocasiones da la impresión de que su labor no es integral, por descuidar los medios propuestos para alcanzar una solución más equitativa o útil. En otras, al emplear medios indirectos, obtiene la paralización de las consecuencias de las normas jurídicas, que califica como incorrectas.³¹⁶

VI. EL MÉTODO DE JULIEN BONNECASE

Dentro de una proyección diversa de las anteriores, Julien Bonnecase agrupa sus explicaciones doctrinales en nociones centrales del derecho civil, de manera que funde las series de reglamentaciones que, aun cuando con nombres diversos, se refieren a los mismo principios y se identifican frecuentemente hasta en los detalles; reconoce que no puede negarse que algunas nociones dominen la totalidad de las instituciones de derecho civil, aun cuando no siempre se les consagre en disposiciones de alcance general. De ahí que en el prefacio de su obra, el autor explica que después del punto de vista doctrinal, pasa siempre a la jurisprudencia, ya que ningún estudioso del derecho civil podría ver pasar en silencio a la llamada jurisprudencia, sobre la que advierte que, lamentablemente, en algunos parece que su fin principal consiste en acumular decisiones, ya que ello importa poco desde el punto de vista de su evolución, que radica en los principios que de ella se encuentran en cada materia, que le han permitido superar el criterio que la colocaba subordinada a la doctrina, de la que resultaba una hermana inferior. Al contrariar el criterio que antecede, Bonnecase califica a la doctrina y a la jurisprudencia como dos hermanas gemelas, cuyos papeles se desarrollan uniformemente, en razón inversa de la edad de la legislación, puesto que de acuerdo con la edad del Código Civil, éste venía envejeciendo, y las reformas parciales aumentaban. En consecuencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia se vieron obligadas a dar respuesta a

³¹⁶ *Idem.*

los imperativos de la evolución jurídica, a veces en forma coordinada y otras en sentido opuesto.³¹⁷

En cuanto al concepto genérico que Bonnecase atribuye a la jurisprudencia, indica que es un término opuesto tanto a la doctrina como a la práctica extrajudicial, a la que reconoce por expresar el estado actual del derecho, tal como se refleja por el conjunto de soluciones dadas sobre determinadas materias, por las decisiones de los tribunales.³¹⁸ Para abundar en su concepción, Bonnecase advierte que así como la doctrina entraña el factor de unidad en diversos criterios, lo mismo opera con las sentencias de los tribunales, aun cuando ello ocurre al tratar problemas que se contraen en la misma materia. En razón de ello, el autor advierte la tendencia de reconocer a la jurisprudencia como una fuente formal del derecho, a pesar de que aprecia que ello no es exacto, ya que considera acertado sostener que la labor primaria de todo tribunal consiste en manifestarse como un centinela de la ley, de manera que pueda asegurar la plenitud de su aplicación. No obstante tal aseveración, el autor afirma que la externa con una reserva, ya que observa que la jurisprudencia no es una fuente formal de las reglas de derecho y de las instituciones jurídicas, considerando acertado aseverar que la función primordial que poseen los tribunales es la de ser guardianes de la ley y asegurar la plenitud de su aplicación, ya que a ellos corresponde el guardar su observancia, ya sea la Constitución o cualquier otra ley ordinaria o secundaria. Por tanto, asegura que no corresponde a la jurisprudencia el poseer la misma función que aquella que tiene la ley, afirmando que dicho criterio tiene —como apoyo adicional— el principio constitucional de la separación de poderes, que obviamente excluye a la jurisprudencia como fuente jurídica formal de las reglas del derecho.³¹⁹

El autor concluye su exposición apreciando la práctica extrajudicial, considerada desde el punto de vista de la noción de fuente jurídica formal; agrega que lo expuesto tanto en materia de doctrina como de jurisprudencia es aplicable también a la práctica extrajudicial, que califica co-

³¹⁷ Bonnecase, Julien, *Elementos de derecho civil*, trad. de José M. Cajica Jr., Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., 1945, prefacio t. I, pp. 14-19.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 80.

³¹⁹ Bonnecase, Julien, *Introducción al estudio del derecho. Nociones elementales científicas, técnicas, pedagógicas y bibliográficas*, trad. de la 3a. ed. francesa por José M. Cajica Jr., notas de derecho mexicano por Enrique Molina J., Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., 1945, pp. 186 y 187.

mo conjunto de estipulaciones por medio de las cuales los prácticos en actos jurídicos se esfuerzan por satisfacer los deseos de los interesados. Tal práctica no constituye una fuente jurídica, puesto que el artículo 60. del Código Civil francés —por contener una norma imperativa— es obligatorio para todos, ya que los convenios particulares no pueden derogar las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, no obstante que diariamente se ejecutan tentativas para no respetar dicho principio.

VII. LA VISIÓN DE LOUIS JOSSERAND

Al igual que lo hicieron Planiol y Bonnet, tenemos presente que Louis Josserand se refiere de manera conjunta tanto a los métodos de la interpretación privada o doctrinal como a la judicial, que constituyen dos fuerzas jurídicas que tradicionalmente han sido enfrentadas, dado que los criterios de la primera no siempre se ajustan a las soluciones consagradas por la segunda. De ahí la disidencia entre las opiniones de los intérpretes oficiales de la ley y los privados, entrañando la contienda ideológica entre universidad y tribunales, que abiertamente se manifestaba en el siglo XIX.³²⁰ El autor ahora invocado robustece sus observaciones al aceptar que los dos métodos coincidían en un mismo propósito, aun cuando diferente espíritu, dado que la jurisprudencia se desarrollaba bajo la presión de los acontecimientos, tratando de adaptar la regla jurídica al medio social para el cual se le había promulgado. En cambio, encontraba enquistada a la doctrina en un severo examen de los textos, lo que permitía enredarse en la complicada regla escolástica, que procedía a disecar cada palabra recogida en el articulado de reglas, al grado de interpretar cada coma con rigor de una lógica matemática, a fuerza de postulados, axiomas y teoremas. De todo ello, advierte que la doctrina emanada de los profesores de derecho resultaba abstracta en relación con su medio social, con el desarrollo económico y con las necesidades prácticas, incluyendo a la equidad, al grado de elaborar una ciencia seca, cuya obra, siendo sana, se manifestaba estéril, ya que sus conclusiones eran distantes de aquellas de la jurisprudencia y sin ninguna consagración práctica. Ello signifi-

³²⁰ Josserand, Louis, *Derecho civil. Teorías generales del derecho y de los derechos. Las personas*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1952, t. I, vol. I, pp. 90 y 91.

caba que existían dos derechos: el de la Escuela, que emanaba de las facultades, que no era aplicado, y el de los tribunales, que se presentaba como una fórmula social activa que se encargaban de convertir en realidad. En esa lucha, la doctrina siempre resultaba vencida, pues un código no es una obra hermética e inmutable, dado que la vida jurídica de un país resulta paralela a la vida social y económica. Por tal razón, es el intérprete quien debe actualizarlo.

No obstante lo señalado, Josserand encontraba una nueva orientación de la doctrina, que se manifestaba de una manera realista y elevada, por destacar que el Código Civil francés es un oráculo al que hay que entender por sus palabras y hasta por sus comas, surgiendo a la vez un acercamiento entre la universidad y los tribunales;³²¹ Josserand aprecia de manera muy destacada la labor realizada en 1902 por François Gèny, así como por Esmein y Saleilles, dentro de los perfiles de la *Revista Trimestral de Derecho Civil*, cuyo primer artículo entrañaba todo un programa: tomar a la jurisprudencia como el principal objetivo de estudio, de manera que no perdería por ello su originalidad ni su fuerza, ya que, por el contrario, adquiriría una savia rejuvenecida y nuevas floraciones. En ese diseño, se consideraba a la jurisprudencia como la materia prima sobre la cual debe trabajar tanto el escritor como el profesor, de manera que logren sistematizarla y —además— guiarla. Así pues, emulando a Ihering advertían como divisa: “Por la jurisprudencia”; pero más allá de ella. Ese principio permitiría lo que Josserand denominaba una especie de clínica, a la que Gèny felizmente llamaba *libre investigación científica*.³²²

VIII. LA PERSPECTIVA DE AMBROISE COLIN Y HENRI CAPITANT

La visión de los autores antes señalados se orienta obviamente a la temática de la interpretación judicial del derecho positivo, que reconocen reside en la jurisprudencia, como el cuerpo de decisiones elaboradas por los tribunales, al conocer y resolver litigios que se generan con motivo de la aplicación de la ley. Tal función se hace más notable a medida que la ley se aleja de la fecha de su promulgación, en razón de que las decisiones judiciales tienden a modelarse unas a otras, al grado de que surge el mo-

³²¹ *Ibidem*, pp. 90-97.

³²² *Ibidem*, pp. 90-92.

mento en el que una determinada cuestión queda definida por la jurisprudencia, y a partir de ese instante resulta la presencia de una nueva disposición, surgida de un derecho consuetudinario y práctico que genera la propia vida. Sin embargo, los autores que se invocan advierten que teóricamente el criterio que así se presenta carece de obligatoriedad jurídica, ya que en Francia —a diferencia de lo que suceda con el *case law* o derecho jurisprudencial inglés— los otros tribunales, así como los mismos de los que emanan las decisiones, mantienen absoluta libertad para ajustar sus criterios a los índices planteados por las decisiones judiciales anteriores, aun cuando también señalan Colin y Capitant que no es frecuente que se produzcan tales desvíos, ya que aun cuando los precedentes no resultan obligatorios, sin embargo inspiran a los jueces de manera fatal. A lo anterior, los mismos tratadistas agregan que tratándose de las decisiones del Tribunal de Casación, ellas gozan de una autoridad casi igual a la de la misma ley.³²³ De ahí reconocen que aun cuando la jurisprudencia civil francesa se había desenvuelto un poco al azar, luego había desarrollado sistemas suficientemente lógicos y equitativos, que con frecuencia habían llegado a suplir a la ley escrita y, en ocasiones, a corregirla. Sin embargo, agregaban que no era prudente exagerar la virtud y méritos de tal jurisprudencia, puesto que no obstante ser un instrumento de progreso muy imperfecto, sus decisiones están siempre expuestas a un cambio completo de criterio, que la reemplace con una nueva orientación.³²⁴

IX. LOS HERMANOS HENRI, LÉON Y JEAN MAZEAUD

Como los autores franceses que hemos mencionado en las páginas presentes, los Mazeaud tienen en cuenta que la jurisprudencia se ha convertido en Francia en fuente fundamental del derecho, básicamente, en razón de la considerable importancia que se le ha reconocido, aun cuando los jueces se encuentran limitados a dictar resoluciones que tienen autoridad ceñida a las partes litigantes, en cada uno de los procesos que deciden, te-

³²³ Colin, Ambroise y Capitant, Henri, *Curso elemental de derecho civil. Introducción —estado civil— domicilio y ausencia*, con notas sobre el derecho civil español por De Buen, Demófilo, 3a. ed. revisada y puesta al día en la parte española por José Castán To-beñas, y José María Castán Vázquez, trad. de la 2a. ed. francesa por la redacción de la Revista General de la Legislación y Jurisprudencia, t. I, pp. 61-64.

³²⁴ *Ibidem*, pp. 64-66.

niendo en cuenta —además— que el juez no puede ni abstenerse ni negarse a dictar una resolución, no obstante que la ley presente una laguna, o simplemente sea oscura en su redacción, ya que —en todo caso— corresponde a la función jurisdiccional resolver los problemas que ante ella se dilucidan. En esas condiciones, es frecuente que el funcionario judicial recurra a la práctica de observar lo que los precedentes de los tribunales superiores han resuelto en problemas análogos o similares. En ese sistema de repetir lo que otros han aseverado emanan frecuentemente reglas de interpretación, y cuando la letra es clara, se contentan con aplicarla sin interpretarla. En caso contrario, investigan el pensamiento del legislador que se encuentra en los trabajos legislativos preparatorios, aunque no se sienten obligados a observar las decisiones que en ellos se hayan adoptado.³²⁵

A la vez, los mismos tratadistas antes mencionados advierten que los estudiosos del derecho no están de acuerdo sobre el reconocimiento de la autoridad de la jurisprudencia como fuente del derecho, ya que algunos observan que la función de los tribunales —que tienen como objetivo interpretar la ley— poseen implícitamente un poder análogo al del legislador para crear reglas jurídicas. Por el contrario, otros estudiosos —amantes de las discusiones teóricas— niegan que la jurisprudencia posea una facultad creadora, ya que consideran que corresponde a la autoridad judicial, constreñir sus funciones a la aplicación de la ley, así como a comprobar la costumbre existente en cada materia. De ello resulta que sus decisiones posean una autoridad indirecta, emanada de fuentes directas que la apoyan. La conclusión que plantean los hermanos Mazeaud en esta materia reconoce que en Francia, la jurisprudencia se ha convertido —por diversas razones— en fuente de derecho de considerable importancia. Ello lo atribuyen a la obligación que el artículo 5o. del Código Civil impone a los jueces, al prohibirles pronunciar, por vía de disposición general y reglamentaria, en las causas que les son sometidas. Como consecuencia, resulta que el juez está impedido para dictar una decisión que pretenda llegue a obligar a una persona que sea extraña a las partes del proceso. Apoya dicho criterio el tenor del artículo 1351 del mismo ordenamiento, que dispone que la autoridad de cosa juzgada no tiene lugar más que con respecto a lo que ha sido objeto del fallo, resultando preciso que la cosa demandada sea la misma, que la demanda esté fundada en la misma causa,

³²⁵ Mazeaud, Henri, Léon y Jean, *op. cit.*, nota 86, pp. 170-175.

que sea entre las mismas partes y formulada por ellas o contra ellas en la misma calidad procesal.³²⁶

En conclusión, los hermanos Mazeaud admiten que la jurisprudencia es un lento proceso de formación de la regla de derecho, que no carece de relación con la costumbre, ya que a veces se confunde con ella y recuerdan que en Inglaterra se llama costumbre a los precedentes judiciales. Sin embargo, en Francia se trata de una costumbre muy particular, ya que no resulta emanada de la conciencia popular, sino de la función jurisdiccional que ejercen los magistrados, proveyendo a la ley con sangre nueva, de manera que la torna aplicable a nuevas situaciones, lo que permite a dichos autores considerar que la jurisprudencia es para la ley, la fuente de la juventud.³²⁷

X. LAS FUENTES, MÉTODOS E INSTRUMENTOS
DE GEORGES SCELLE, PAUL ESMEIN, LÉON JULLIOT
DE LA MORANDIÈRE Y HENRI LÉVY-BRUHL

Ha correspondido a Georges Scelle ocuparse de hacer un resumen de las fuentes del derecho positivo, cuyo enunciado califica como metafórico, aun cuando considera que la metáfora resulta acertada, en cuanto las reglas del derecho surgen originariamente del *humus social*, como las aguas emanan del sol, y dentro de dichas fuentes —llamadas orgánicas— como la legislación y la jurisprudencia. Al realizar la anterior afirmación, se pregunta dicho autor si se considera a la referida jurisprudencia como una fuente distinta de la propia ley o de la costumbre, que los jueces tienen por misión observar en los litigios concretos. La respuesta a la interrogante planteada considera que si la pregunta se plantea en un país de derecho consuetudinario y ante un jurista anglosajón, será afirmativa e inmediata, puesto que en el orden jurídico que rige en tal lugar los precedentes judiciales —como todos los demás actos jurídicos— constituyen elementos de la formación de las reglas del derecho, ya que, como ocurre en Inglaterra, se reconoce que un precedente judicial hace jurisprudencia. De ahí que el juez hace la ley, es decir, la decisión del juez es fuente del derecho, tal como en Roma lo era el Edicto del pretor; pero en Francia —como en muchos otros países continentales— que se inspiran en la concepción soberana de la ley, tal como ella reinaba en el inicio del siglo XIX, la

³²⁶ *Ibidem*, pp. 161-169.

³²⁷ *Ibidem*, pp. 170.

respuesta es frecuentemente inversa. Se creía en esa época —y se le continúa creyendo— que el juez dice el derecho, pero jamás el hecho.³²⁸

Cuando Paul Esmein se refiere a la jurisprudencia, la reconoce como fuente de las normas jurídicas, y en nota de pie de página precisa que en la Roma antigua se llamaba *jurisprudentes* a los sabios en materia de derecho, cuya opinión tenía a la vez autoridad en la consideración de los jueces, agregando que el mismo vocablo se empleaba de manera análoga en Alemania, pero en Inglaterra la palabra *jurisprudencia* designa la ciencia histórica del derecho, es decir, el género de especulación sobre el derecho, que constituye el objeto de su estudio, con un sentido cercano de aquel que el mismo vocablo tenía en Roma.³²⁹

Léon Julliot de la Morandière considera que además de la propia ley y la costumbre, otra fuente del derecho se manifiesta por medio de la jurisprudencia, que se forma por el conjunto de decisiones judiciales resueltas a propósito de ciertas cuestiones jurídicas, ya que el derecho positivo es puesto en acción como consecuencia de las sentencias rendidas por los tribunales, por lo que corresponde a éstos fijar el verdadero sentido de las reglas legales, al decidir cómo deben ser aplicadas.³³⁰

Henri Lévy-Bruhl se ocupa de estudiar los métodos e instrumentos de trabajo, considerando que resulta imposible hablar de fuentes del derecho y de sus métodos sin antes haber incorporado una idea sobre ellas, aceptando que en el lenguaje técnico del derecho francés se entiende por *jurisprudencia*, las decisiones de los tribunales de todo orden, desde el más humilde del simple policía, hasta la Corte de Casación, de manera que podrá verificarse que el vocablo tiene un sentido muy distinto de aquel que había tenido en Roma, y aprecia que a primera vista —dentro de un sistema jurídico como el francés— pueda parecer extraño que la referida jurisprudencia sea una fuente del derecho independiente de la misma ley, ya que dicho sistema reposa en la ficción de que la ley ha resuelto anticipa-

³²⁸ Scelle, Georges, “Le droit et la théorie de l’État”, dentro de la obra denominada “Introduction à l’étude du droit”, con la colaboración de Esmein, Paul, *La place du droit dans la vie sociale*, Julliot de la Morandière, Léon, *Introduction à l’étude du droit civil français*, y Lévy Bruhl, Henry, *Les sources. Les méthodes les instruments de travail*, París, Editions Rousseau et Cie., 1951, t. I, en nota de pie de página núm. 1, Scelle apoya su afirmación en Mostesquieu, *Espri des lois*, L. chap VI, pp. 9, 16 y 17, y para la refutación del exclusivismo legislativo en Gèny, *Método de interpretación*, pp. 182 y ss.

³²⁹ *Ibidem*, pp. 114 y 115.

³³⁰ *Ibidem*, pp. 238 y 239.

damente todas las dificultades que pudieran presentarse. De ahí que el papel del juez consiste no en imaginar una respuesta novedosa, sino en buscar en el conjunto de textos puestos a su disposición, aquella que sea la que mejor se adapte al litigio que le es sometido. Sin embargo, es evidente que el legislador no ha previsto todas las complejas hipótesis que presenta la vida social, por lo que se ha impuesto al titular de la jurisdicción la obligación de resolver todos los casos que queden sujetos a su competencia, por lo que están obligados a aplicar la ley, sea en forma extensiva o restrictiva, y a veces distinta de aquella que parece normal, para que resulte en un sentido alegórico, un vino nuevo en viejas odres.³³¹

XI. LAS OBSERVACIONES DE ROBERTO DE RUGGIERO, DE FRANCESCO FERRARA Y FRANCESCO MESSINEO

Roberto de Ruggiero hace un análisis clasificatorio de las fuentes del derecho en el sistema romano. En ellas se refiere al *ius ex scriptum* y al *ius ex non scripto*, que además abarcaban a la *ley*, los *senatus consulta*, *magistratum edicta* y *responsa prudentium*. Como se deduce de las anteriores expresiones, ellas se refieren al derecho escrito, conocidas también como la ley, senadoconsultos, edictos de los magistrados y respuesta de los prudentes, o sea, de los sabios, que son las que después se compilaron en el Digesto, para ser reconocidas como la *jurisprudencia romana*. Sin embargo, el autor considera que fuera de la costumbre, no es posible admitir que exista otra fuente mediata o indirecta, ya que rechaza como tal a la equidad, y aprecia que a propósito de las fuentes, estima indispensable abordar los aspectos de interpretación y aplicación del derecho, que son temas en los que se encuentra la problemática que genera la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, con la concordante obligación del juez para resolver todas las controversias que someten a su decisión, prohibiéndole rehusarse, sea por silencio, oscuridad, contradicción o insuficiencia de las leyes, de manera que así resulte facultado para crear la norma aplicable al caso concreto, cuando no encuentre la disposición en la ley.³³²

³³¹ *Ibidem*, pp. 271 y 272.

³³² Ruggiero, Roberto de, *Instituciones de derecho civil*, trad. de la 4a. ed. italiana anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teigeiro, Madrid, Reus, vol. I, pp. 75-78.

Al referirse el mismo autor a los métodos de la interpretación de las leyes, advierte —en nota a pie de página— que no obstante la institución de la casación, que preside la exacta interpretación de las leyes y ejerce una función reguladora, no es absoluta la libertad de los jueces, ya que todos los sistemas se orientan para lograr alcanzar las altas finalidades del derecho, así como para ponerlo en contacto directo con las manifestaciones de la vida actual, reconociendo que el derecho está repleto de lagunas —que constituyen espacios vacíos en los que la falta de voluntad de la ley—, aun cuando tiene presente que otros juristas rechazan la existencia de tales lagunas, por apreciar la suficiencia del ordenamiento jurídico en el dominio del mundo de las relaciones humanas mediante la aplicación de los principios generales.

En la culminación de sus consideraciones, De Ruggiero acepta que existen casos en los que la jurisprudencia es incapaz de declarar el derecho legislado, como ocurre en aquellos en que la voluntad del legislador se encuentra demasiado afirmada en el texto de una ley, en la que —al mismo tiempo— existe poco para que pueda identificársele, como ocurre en aquellos casos en que una regla se preste a dos significaciones diversas y contradictorias, o cuando una vez que se haya satisfecho la investigación de las razones históricas, sociales y económicas, y hasta la intención del legislador, se encuentren los mismos motivos en el fin y utilidad de la norma para decidir, tanto en un sentido como en el diverso, ya que cuando tras largos debates doctrinales y forenses ninguna de las dos partes litigantes obtenga la victoria, entonces deberá decirse que sí existe una laguna, que no puede ser saturada por la interpretación ordinaria, ya que la única que puede lograrlo es la auténtica, ya que en ese supuesto la doctrinal y la judicial nada pueden.³³³

Por su parte, Francesco Ferrara considera como presuntas fuentes de lo jurídico a la doctrina y a la jurisprudencia, teniendo en cuenta que la actividad teórica y práctica de los juristas ha sido considerada —a menudo— como fuente del derecho, puesto que se confunde la elaboración y desarrollo del material jurídico, con la creación del nuevo derecho, y aprecia que autores como Savigny y Puchta colocaban al lado de las leyes y costumbres, una tercera fuente, que era la ciencia, y que esa opinión se encontraba atenuada por otros escritores; pero que en su tiempo no se tenía como tarea el conocimiento científico del derecho, ya que tal ciencia es-

³³³ *Ibidem*, pp. 160-163.

tudiaba las diversas disposiciones legales, hasta el grado de penetrar su valor íntegro y extensión, con el propósito de localizar los principios generales, de los cuales —por deducción lógica— descendía el material completo, integrado y desarrollado como un todo orgánico, en el sistema del derecho.

Dentro del esquema intelectual que exponía Ferrara encontraba que el jurista descubría nuevas aplicaciones, de manera que resultaban más audibles las voces que le atribuían fuerza creativa a la jurisprudencia, ya que se observaba al juez como un intermediario entre el derecho y la vida. En esa perspectiva, consideraba que el legislador sólo podía dar una línea general del orden jurídico, pero para su actuación y elaboración práctica se dejaba a la aplicación del juez, que en su función y para el caso que se decide, transforma la norma abstracta en mandamiento concreto, de manera que tal labor constituye no solamente su aplicación, sino una verdadera creación autónoma del derecho.

No deja de advertir Ferrara que otros escritores observan que el juez no siempre es llamado a la aplicación de un texto preciso de las leyes, ya que frecuentemente se enfrenta a expresiones ambiguas y dudosas, que le obligan a realizar una evaluación de los intereses en juego, para encontrar un sentido propio a la norma, o bien, para transformar y adaptar las leyes a las nuevas necesidades, abandonando como si fuera letra muerta ciertos textos, que no corresponden más a las exigencias del momento, al grado de que finalmente le permitan colmar las lagunas de la ley. En tal actuación, el juez crea derecho para el caso concreto. En esas circunstancias de la aplicación de las leyes, se atribuye a la función judicial el carácter de jurisprudencial y constituir una fuente del derecho.³³⁴

Al considerar los métodos para el conocimiento e interpretación de las normas jurídicas, Franceso Messineo tiene presente el llamado teleológico, o también denominado *de la jurisprudencia de intereses* —que constituye una tesis contraria a la interpretación con base lógica, a la que también se le conoce como *jurisprudencia conceptual*—, en la que es deber del intérprete el localizar la finalidad de la norma atendiendo únicamente las necesidades prácticas o intereses que ella está llamada a satisfacer, haciendo caso omiso de la voluntad del legislador o de la ley misma. Este método ha permitido a ciertos juristas ocuparse del conocimiento del sustrato práctico —sea técnico y económico— de las instituciones jurídicas.

³³⁴ Ferrara, Franceso, *Teoría del diritto obbiettivo*, Firenze, luglio 1920, pp. 149-152.

Sin embargo, Messineo aprecia que su empleo demerita o llega a excluir el método lógico de interpretación, que en realidad debe estar destinado a una función, que es la de permitir conocer la base de hecho que constituye el eje de toda labor interpretativa. A mayor abundamiento, el autor encuentra que la fórmula antes indicada es apenas la preliminar, ya que la básica comienza cuando la labor técnica y económica ha agotado su función. De ahí que al no darse cuenta de las diversas etapas del método, que olvida el sentido práctico, permite que adquiera mayor significación el criterio, arbitrio o gusto personal y propio del mismo intérprete, en perjuicio de la certeza del contenido de la norma que se va a aplicar. Por tanto, advierte que el no abuso de la lógica formal no justifica el exceso opuesto de prescindir de ella.³³⁵

Messineo considera, igualmente, que la búsqueda de los bienes de la interpretación y determinación de los dogmas jurídicos no debe permitir desatender la labor práctica que ejecutan los jueces por conducto de sus sentencias, ya que en ellas expresan principios para la aplicación de la ley que —en su conjunto— suelen llevar el nombre de jurisprudencia, a la que atribuye constituir un elemento muy importante de estudio para el jurista, de manera que aporta elementos para la formación y renovación de los principios del derecho, ya que se manifiesta como el reflejo de su vida.³³⁶

XII. LA CONTRIBUCIÓN REALIZADA A LA DOCTRINA
ESPAÑOLA POR FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, JOSÉ CASTÁN
TOBEÑAS, FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, DEMÓFILO DE BUEN,
LUIS LEGAZ Y LACAMBRA Y JOSÉ PUIG BRUTAU

Para Felipe Sánchez Román, el vocablo *jurisprudencia* resulta multívoco, por la posibilidad de atribuirle diversos significados, ya que de acuerdo con la tradición surgida del Digesto, Justiniano la reconocía como ciencia del derecho, aun cuando advierte que con reconocida y peligrosa generalidad también se denominó a los letrados —en un tiempo no muy remoto— como licenciados en jurisprudencia. A la vez, observa que esa denominación se utiliza cuando los poderes públicos se aprestan a resolver cuestiones de su competencia, empleándola cuando sus tribunales otorgan unifor-

³³⁵ Messineo, Franceso, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. I, 1954, pp. 108 y 109.

³³⁶ *Ibidem*, p. 120.

midad a sus decisiones judiciales, y en su aspecto práctico se le define como arte o hábito de interpretar y aplicar rectamente la ley.³³⁷

Al considerar el valor de la continuidad de los criterios que contienen las sentencias judiciales, Sánchez Román acepta que la jurisprudencia debe ser admitida como una fuente del derecho positivo, advirtiendo que en razón de pasar por diversas etapas, su nacimiento en las instituciones empieza por el uso, que al reiterarse como costumbre le otorga carácter de regla jurídica; luego se le eleva a precepto escrito en la ley, para culminarlo como complemento de tal generación, al resultar aplicada uniformemente por los tribunales de justicia. Sin embargo, considera que para que se dé la necesaria uniformidad en las decisiones judiciales es imprescindible que dicha función social se encomiende a un solo tribunal, que —a la vez— sea superior a todos los demás.³³⁸

Para José Castán Tobeñas, la jurisprudencia tiene una acepción originaria que en Roma significó el conocimiento del derecho; pero encuentra que en la que se le daba en España posee un diferente significado y doble sentido, ya que en uno de ellos se contrae a la doctrina establecida por los tribunales —independientemente de su jerarquía— al decidir casos que quedan bajo su responsabilidad. En el otro, que es más restringido —invocando a Felipe Clemente de Diego—, se reconoce como el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo, o el conjunto de sentencias de éste, por las que se revela el modo uniforme de aplicar el derecho.³³⁹

Al observar Castán Tobeñas la experiencia que opera en materia jurisprudencial en los países anglosajones, reconoce que se ha creado como institución que llena —en parte— los mismos fines el sistema del precedente judicial vinculatorio (*leading case*), que obliga a jueces que conocen casos subsecuentes, a respetar el criterio primario que se haya externado sobre una materia. A la vez, el autor tiene en cuenta que en el diverso sistema de jurisprudencia constante que ha prevalecido en la Europa occi-

³³⁷ Sánchez Román, Felipe, *Estudios de derecho civil y el código civil é historia general de la legislación española. Introducción*, 2a. ed. Madrid, 1899, t. I, p. 31.

³³⁸ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

³³⁹ Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1962, t. I, vol. 1, p. 376; anotando en pie de página la referencia vertida por Diego, Felipe Clemente de, *Instituciones de derecho civil*, t. I, pp. 97 y ss.; así como la monografía del mismo autor invocado, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Madrid, 1925, pp. 41 y ss.

dental opera solamente mediante la aprobación de una serie continua de decisiones judiciales, dictadas de manera uniforme en casos semejantes, de los que resulta la jurisprudencia, aun cuando advierte que en España prevalecía el sistema emanado de la doctrina legal, resultante de una regla de derecho formulada por dos o más sentencias del Tribunal Supremo, como una variedad del método de la jurisprudencia constante, señalando que tiene la ventaja de una mayor precisión.³⁴⁰

No obstante los señalamientos que anteceden, Castán Tobeñas reconoce la existencia de un problema más teórico que práctico, ya que las decisiones de los tribunales venían siendo fuente principal y tal vez única del derecho en la fase más antigua de la evolución social, pero que en los sistemas legislativos modernos —que han sido objeto de codificaciones— se mostraba dudosa su condición de fuente del derecho, puesto que no resulta competencia de los jueces y tribunales la creación o producción de nuevas reglas jurídicas, ya que ello compete a los órganos legislativos, resultando complicado deslindar los terrenos propios de la producción, aplicación y creación de la ley, frente a la actividad jurisdiccional. Sin embargo, advierte que la jurisprudencia constituye la forma viva del derecho, por lo que cree que puede ostentar la categoría y significación de una fuente del derecho de naturaleza peculiar, que no debe ser confundida con las otras fuentes, agregando que De Diego y De Buen han creído encontrar la razón del valor que en su momento poseía la jurisprudencia, por su vinculación con los principios generales del derecho, apreciando que Puig Brutau llega a la conclusión de que la jurisprudencia y el arbitrio judicial son fuente de derecho, con un alcance muy superior al que suele admitirse; pero a juicio del propio Castán Tobeñas, afirma que en España la jurisprudencia no es una fuente normativa autónoma de producción jurídica, como pueden serlo la ley y la costumbre, aun cuando las decisiones de su Tribunal Supremo —en medio de vacilaciones e imperfecciones— había contribuido a facilitar la inteligencia y aplicación de sus leyes civiles.³⁴¹

De las diversas variantes que hemos considerado sobre el significado del vocablo *jurisprudencia* debemos ahora considerar la que proporciona Felipe Clemente de Diego, que en el examen de la raíz *prudencia* encuentra ser una contracción de *providencia*, que estima significa previsión, conocimiento, percepción, que ligada a *jus, juris*, permite concluir que la

³⁴⁰ *Ibidem*, pp. 376 y 377.

³⁴¹ *Ibidem*, pp. 377-385.

liga de ambas voces resulta conocimiento y percepción del derecho y de lo justo, aun cuando el concepto preciso indica que no se llama jurisprudencia a cualquier aplicación del derecho, sino a aquella que se reitera de manera constante, coherente y uniforme, al grado que se traduce en un criterio general en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.³⁴²

Por razones que Felipe Clemente de Diego denomina *per eminentiam*, advierte que la aplicación de las leyes corresponde genéricamente a todos los tribunales, pero en la especie se trata de los criterios del Tribunal Supremo de la Nación, por lo que en un sentido material entraña el conjunto de sentencias de dicho Tribunal Supremo, en las que se manifiesta de manera reiterada y uniforme la aplicación del derecho. A la vez, el sentido formal se contrae al índice de decisión constante y uniforme de dicho cuerpo judicial.³⁴³ A la vez, como fuente del derecho, el autor considera que la *jurisprudencia* conjuga dos elementos: la convicción jurídica que se apoya en la ley o en las otras fuentes directas e inmediatas, así como una serie reiterada y uniforme de sentencias que son pruebas fehacientes de tal convicción. El resultado de la conjugación de esos factores se manifiesta —en una forma concreta— con fuerza legal para el caso resuelto y, como consecuencia, como fuente de derechos subjetivos, aun cuando no de derecho objetivo. A la vez, como en esas fuentes se localizan lagunas que en alguna forma deben ser suplidas, ello permite constatar que la actividad de los tribunales se encuentra muy cerca de la producción jurídica, puesto que, al quedar colocada entre el precepto abstracto y el caso concreto, su labor interpretativa y de aplicación contribuye al desarrollo de la normatividad, dándole una dirección específica y precisando su contenido, al grado de que por ello la llamada jurisprudencia se asimila a las fuentes formales y directas del derecho.³⁴⁴

Coincidiendo en el concepto central que vincula los criterios que hemos considerado en los párrafos precedentes, Demófilo de Buen observa también las diversas acepciones de la palabra *jurisprudencia*, a la que le otorga el rango de ciencia del derecho —como aparecía en las Instituciones de Justiniano— como también resulta con el empleo frecuente y ordinario que se atribuye al estudioso del derecho al llamárse-

³⁴² Diego, Felipe Clemente de, *Instituciones de derecho civil español*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Agullón Ballesteros, Madrid, 1959, t. I, p. 120.

³⁴³ *Ibidem*, pp. 120 y 121.

³⁴⁴ *Idem*.

le doctor en jurisprudencia, o también —como sucedió en su momento a quien esto escribe— al ser alumnos de la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia. Ello no obsta para permitir que se invoque variadamente el concepto, aplicándolo también a la doctrina establecida por los tribunales en sus decisiones. Sin embargo, a fin de cuentas, el mismo concepto se reduce a la doctrina sentada por los tribunales, en cuanto adquiere fuerza normativa y se impone como obligatoria para lo sucesivo, tal como ocurre cuando se dice que se sienta *jurisprudencia*, cuando los fallos judiciales reúnen determinadas condiciones.³⁴⁵

A la vez, De Buen tiene presente que en cuanto al valor de las decisiones judiciales, existen en los pueblos europeos dos concepciones sobre el valor de la jurisprudencia: la continental y la inglesa. La primera no ha asimilado una práctica sobre el valor creador del derecho, ya que en el ángulo racionalista de la perspectiva continental las metas del orden jurídico se expresan siempre en normas abstractas, que el juez debe observar para aplicarlas al caso concreto. La segunda participa de la convicción de que al derecho hay que localizarlo en las sentencias de los buenos jueces; resultando en esa corriente trasplantada a Norteamérica, que el derecho positivo es obra de las decisiones judiciales, resultante de los casos que resuelven, recordando que existe un refrán popular que afirma que “cuando un médico comete un error, procura ocultarlo, y que, cuando un juez comete un error, se convierte en ley del país.” De ello resulta que el resto de los jueces quedan obligados a estar por lo decidido en la regla que ya se ha reconocido en la sentencia anterior (*stare decisis*). Sin embargo, el mismo autor considera que en los casos en los que no existe el precedente, se enfrenta el problema que surge para aplicar una norma por vez primera, orientando su criterio por los elementos técnicos que le proporciona su formación profesional, para ajustarlos a la armonía que exige la ley inglesa, procurando encontrar la ley, y no crearla.³⁴⁶

Del criterio antes señalado resulta comparativamente que en la función de los jueces continentales éstos aplican y no crean las normas jurídicas, por apreciar que la inteligencia no puede limitarse a una interpretación que se constriña a realizar la función mecánica de la lógica. En dicho cri-

³⁴⁵ Buen, Demófilo de, *Introducción al estudio del derecho civil. Ideas generales. Fuentes históricas del derecho civil español. Codificación. Normas jurídicas*, Madrid, Revista de Derecho Privado, s. f., pp. 326 y 327.

³⁴⁶ *Idem*.

terio no se excluye el valor de la jurisprudencia para la formación del derecho; agrega De Buen tres aspectos en los que su importancia se manifiesta: 1) *práctica*, en razón de que el juez pretenderá continuar aplicando su propio criterio en los casos análogos que tenga la responsabilidad de resolver. A la vez, su prudencia le sugerirá no apartarse de las fórmulas emanadas de los tribunales que le sean superiores; 2) *jurídica*, dado que la fuerza de cada decisión precedente constituye un valor de formación de las normas vigentes, y 3) *histórica*, por la contribución que la vida del derecho aporta en el fenómeno de su recepción. Como ejemplo formal, el autor invoca la importancia tradicional de la jurisprudencia romana, en la que al lado del cuerpo del derecho civil surgió el honorario, que los pretores utilizaron para ayudar, suplir y corregir el propio derecho civil, recordando que fue Marciano quien señaló que su contenido era la voz viva del derecho civil, particularmente por el arte con el que supo armonizar las leyes arcaicas con los tiempos nuevos, aun cuando no deja de reconocer las críticas vertidas en el orden práctico, al apreciar una pereza mental en los juzgadores, que en lugar de buscar el valor de la justicia se limitan —por miseria moral e intelectual— a permitir la inercia de los precedentes, apreciando que para él, la jurisprudencia, como norma jurídica, es apenas una subclase del derecho consuetudinario.³⁴⁷

Por su parte, Luis Legaz y Lacambra se ocupa de considerar la actividad judicial como fuente del derecho, advirtiendo que en la función de juzgar no hay más criterio obligatorio para el juez que el expresado por la ley, aun cuando reconoce que es en la escuela de Kelsen en la que hay que buscar los progresos decisivos sobre la concepción tradicional del significado de la actividad jurisdiccional, como creadora del derecho.³⁴⁸ El mismo autor cree aclarar que la legislación, jurisdicción y administración no son tres poderes del Estado, sino tres momentos del proceso de creación del orden jurídico, y, que, en el criterio de Kelsen, aplicar una norma, individualizarla, es crear una norma individualizada, pero —agrega Legaz— el juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla al caso concreto, aun cuando la ley le permite siempre un margen de libertad, que le da oportunidad —al aplicar la norma general— de crear una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un plus al con-

³⁴⁷ *Ibidem*, pp. 328-330.

³⁴⁸ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 4a. ed., Barcelona, Bosch, 1975, pp. 574 y 575.

junto del orden jurídico. De ahí que advierte que dicha sentencia no es solamente una operación lógica de individualización, sino un acto de creación en el proceso dinámico del orden jurídico. Por tal razón, admite el autor que no debe confundirse un problema de lógica jurídica, con la política jurídica, ya que en España —afirma Legaz y Lacambra— no está reconocida la jurisprudencia como fuente del derecho.³⁴⁹

José Puig Brutau tiene presente que, para los romanos, *prudentia* era el arte de sugerir lo que hay siempre que conseguir o evitar, ya que por su pleno conocimiento del derecho y señorío de la compleja vida social, posee capacidad para dirigir la actividad humana hacia la justicia. Sin embargo, dicho autor observa que la ciencia jurídica —como era concebida en Roma— no podía tener paralelismo con la moderna ciencia del derecho, pues los juristas romanos no manifestaban vocación hacia los aspectos de una teoría abstracta, lo que operó con la actualidad del derecho en Europa, mediante la aportación surgida de Bolonia, en cuya Universidad, sus profesores desarrollaron su conocimiento mediante la interpretación del Digesto, notando que el pandectismo alemán fundó la lógica de su sistema en los textos del derecho romano.³⁵⁰

El mismo Puig Brutau invoca vivamente a Enrique Lalaguna, cuando éste advierte que la jurisprudencia romana se identifica con el derecho en su expresión más viva, así como a Díez-Picazo, al afirmar que en ningún otro momento —como en el jurisprudencial— se enlazan tan íntimamente la teoría y la práctica del derecho, agregando que en la actualidad, en España resulta habitual que se entienda por jurisprudencia al conjunto de criterios de interpretación establecidos por los tribunales de justicia, y, de manera concreta, por el Tribunal Supremo.³⁵¹

Al considerar el mismo autor antes citado la discusión doctrinal sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho, recuerda la expresión de

³⁴⁹ *Ibidem*, pp. 576 y 577.

³⁵⁰ Puig Brutau, José, *Introducción al derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 244-246. El autor agrega en nota de pie de la primera página antes señalada, que en la página 23 de la misma obra de Schulz que hemos citado, la *jurisprudencia* romana no es la *Rechtswissenschaft* o ciencia del derecho alemán del siglo XIX, según lo observa Koschaker en su libro *Europa y el derecho romano*, p. 210 de la edición alemana de 1947, sino más bien la *Rechtsspraxis* o práctica del derecho; pero en alemán, la palabra más próxima al sentido moderno de *jurisprudencia*, como doctrina de los tribunales, es *Rechtsprechung*; esto es, el derecho del que *hablan* (*sprechen*: hablar), pp. 244-246.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 246.

Paul Esmein, al afirmar que el debate carece de salida, ya que la respuesta dependerá de la manera correcta de formular la interrogación, en virtud de que el “sí” o el “no” pueden estar justificados dentro de un determinado marco de referencia. En efecto, los autores que optan por la negativa rechazan la posibilidad de que la jurisprudencia produzca lo que ellos entienden que derecho es lo que se expresa en normas jurídicas, redactadas con expresiones concretas y taxativas, que integren proposiciones generales, abstractas y vinculantes. Sin embargo, si la pregunta inquiriere sobre el origen del conocimiento que permite formular las normas de derecho civil positivo, entonces la contestación será diferente, en razón de que la aptitud de formular reglas generales resulta de los conocimientos que emanan de la actividad jurisdiccional y de la reflexión doctrinal. De esas dos alternativas deriva la decisión de examinarlas conjuntamente.

En efecto, en el sentido negativo, Puig Brutau examina el criterio que considera que no corresponde a los tribunales la labor de crear nuevas normas jurídicas y concentrarla en su aplicación. Dentro de esa corriente intelectual, Federico de Castro advierte que la jurisprudencia no tiene por misión dictar leyes pequeñas y secundarias, pues tal función le haría perder su mayor valor al derecho, que es el de constituir un instrumento de adaptación de las normas a la plural y cambiante realidad social.³⁵² No obstante ese aspecto razonable que se considera, el propio Puig Brutau acepta que no puede desconocerse el valor y fuerza persuasiva que resulta de cada sentencia que plantea un criterio ejemplar, aunque ella se manifieste en una sola ocasión. A la vez, estima conveniente agregar que la función del tribunal no puede constreñirse a aplicar un derecho que exista en normas expresas —tal como se examina en el tema de las lagunas—, dado que surgen hipótesis litigiosas que no se encuentran previstas y que no se ajustan con exactitud a los supuestos previstos, apoyando la corriente negativa el otro aspecto, que reconoce que las normas jurídicas se caracterizan por su generalidad y abstracción y que, por el contrario, las decisiones judiciales son concretas de casos aislados, lo que les priva la naturaleza de constituir en verdad normas.³⁵³

³⁵² El autor hace referencia a Castro y Bravo, Federico de, *Derecho civil de España*, 3a. ed., Madrid, 1955, t. I, pp. 568 y 569.

³⁵³ *Op. cit.* nota 350, pp. 254-256. En nota 41 de pie de página, Puig Brutau señala que en su libro *La jurisprudencia como fuente del derecho*, aparecido en 1951, en sus páginas 221-233 expuso que el precedente judicial no había impedido al *common law* una

Después de referir Puig Brutau los criterios que niegan a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho, expone diversas razones para apreciar su valor, advirtiendo que los juicios vertidos en su contra carecen de un valor absoluto y no agotan la realidad en la que se expresan las fuerzas sociales creadoras del derecho, que no requieren la autorización previa del legislador para manifestarse, agregando que resulta frecuente que las reglas emanadas del poder público aparezcan, cuando ya los problemas se han manifestado y los jueces han señalado ya sus direcciones; y abunda que en el derecho civil la jurisprudencia es el origen del conocimiento jurídico y —a la vez— la fuerza que interviene de manera permanente en la evolución de las normas, ya que es frecuente que por regla general el legislador no se anticipa a la solución de los problemas.

Como ejemplo que apoya el criterio que antecede, Puig Brutau hace el señalamiento de la norma constitucional española recogida en su artículo 18-1, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que constituye una fórmula que se localiza entre las que regulan los derechos fundamentales y las libertades públicas, vincula tal precepto con el artículo 20-4 de la misma Constitución española, que reconoce que tales derechos constituyen un límite al ejercicio de las libertades de expresión, que el mismo precepto reconoce y protege. Sin embargo, también señala que en el *Boletín Oficial* de las Cortes Españolas, de 19 de diciembre de 1979, se ha publicado un proyecto de ley, destinado a la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, que consta de diez artículos, que contrastan notoriamente con las enseñanzas que podrían haberse obtenido de la fecunda literatura jurídica y abundante jurisprudencia sobre esos temas, que existe en muchos países, como resulta de la consideración de cinco documentados artículos, aparecidos en el número de julio de 1979 de la Universidad de Iowa, que se dedican al tema del *expanding conflict* (conflicto creciente) surgido en Esta-

evolución constante, criterio en cuyo apoyo mencionaba a Julius Stone, “Fallacies of the Logical form in English Law”, publicada por Oxford University Press en el libro *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, Nueva York, 1947, pp. 696-735, que a la vez participa como un capítulo del libro del mismo autor *The Province and Function of Law*, Londres, 1947, recomendando confrontar con Jerome Frank, *Courts on Trial*, Princeton, 1949, pp. 263 y ss.; así como sobre el distinto valor que se da a la regla *stare decisis* en Inglaterra y Estados Unidos, A. L. Goodhart, “Case law in England and America”, visible en *Cornell Law Quarterly*, vol. 15, febrero de 1930, pp. 173-193.

dos Unidos, para cuyo verdadero conocimiento sirve el acercarse a casi un siglo de jurisprudencia en un asunto como el derecho a la intimidad de la vida privada (*right of privacy*), desarrollado originalmente en ese país a partir del artículo de Samuel Warren y Louis Brandeis, publicado en 1890 en la revista jurídica de la Universidad de Harvard, en el que se hacía referencia a los excesos cometidos por los medios de publicidad de aquel momento. De ello resulta útil y conveniente —opina el autor— el estudio de los medios con los que trataron de combatir tales abusos, ya que en muchos países han surgido decisiones de los tribunales, sobre la responsabilidad civil y la culpa extracontractual, cuyo conocimiento cree es conveniente para orientar los criterios legislativos.³⁵⁴

En su conclusión, Puig Brutau afirma que el derecho civil nació impulsado por el valor normativo resultante de los casos concretos y, que lo que se encuentra en su base ha sido resultado de la lógica emanada de las soluciones que se les ha dado. Por ello, insiste que en el principio fue el caso, tal como lo sostienen Schulz y Kaser, al afirmar que el derecho romano es un derecho del caso. Su recta decisión no es una simple solución aislada, sino la pauta para seguirla al darse otro caso idéntico; sin embargo, muchos detalles hacen que cada caso sea distinto, por lo que cada decisión entraña no la solución de un caso concreto, sino la aparición de principios generales. Así advierte que Llewellyn reconoce que de cada caso resultan los tipos, *the type-situation-facts* (los hechos de la situación tipo).³⁵⁵

³⁵⁴ *Ibidem*, pp. 263-265.

³⁵⁵ *Ibidem*, pp. 268-269, en las que el autor cita a Kaser, Max, *Zum "ius honorarium"*, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Madrid, Seminario de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1978, p. 231, y Schulz, Fritz, *Principles of Roman Law*, Oxford, The Clarendon Press, 1936, pp. 40 y ss., así como a Llewellyn, K. N., *The Common Law Tradition*, Boston & Toronto, Little, Brown and Co., 1960, pp. 180, 295 y 431.