

Präjudizien als Rechtsquelle: Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung.—

Oscar Adolf GERMANN. "Acta Instituti Upsaliensis Iurisprudentiae Comparativae: II." Uppsala, "Almqvist & Wiksell", 1960. 52 pp.

El autor, profesor de la Universidad de Basilea, lleva a cabo no tanto un estudio teórico sobre la doctrina de las fuentes, como una investigación relacionada con la práctica judicial, para deducir de ella algunas consecuencias. Fruto de unos coloquios en las tres Facultades de Derecho suecas, el folleto toma más en cuenta el derecho vigente que el histórico y se asienta fundamentalmente en la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo de los tres o cuatro últimos decenios, así como en la experiencia judicial inglesa y norteamericana.

Antes de seguir adelante, y por lo mismo que se trata del concepto en torno al cual gira la monografía, digamos que si bien **Präjudizien** podría traducirse literalmente, puesto que en el derecho romano y en textos posteriores **juicio** y **sentencia** fueron términos sinónimos,¹ es indudable que incluso colocando un guión entre la partícula y el substantivo para destacar el contraste (**pre-juicios**, por tanto, en vez de prejuicios), en el castellano actual prevalece la acepción que lo identifica con parecer formado sin tener cabal conocimiento de algo o de alguien. En vista de ello, y ateniéndonos a la nomenclatura anglosajona de que el propio Germann se vale (véase, por ejemplo, la página 20), creemos que **Präjudizien** puede y debe trasladarse a nuestro idioma como **precedentes judiciales**.

Según el autor, por precedente judicial pueden entenderse dos cosas: **a)** la situación de un juzgador que quede vinculado a la decisión de otro relativa a un presupuesto legal o una cuestión previa, o sea, aclaramos, la hipótesis de las llamadas cuestiones prejudiciales;² y **b)** el influjo que decisiones anteriores ejerzan sobre la sentencia que haya de recaer en un caso posterior. Es del segundo de esos significados del que trata la obra, donde los precedentes judiciales se contraponen a las fuentes del derecho, concebidas como fuentes de conocimiento.

Acerea de la vinculatoriedad de los precedentes judiciales discrepan el derecho anglosajón y el continental europeo. Por otra parte, mientras en In-

1 Véase, por ejemplo, *Partida III*, título xxii, ley 1, así como la nota mía que acompaña a la traducción del artículo de Silveira, *La premisa inarticulada en las sentencias (julgamentos, en portugués)*, en la "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 21, enero-marzo de 1956, pp. 61-67), p. 61.

2 Para el deslinde entre cuestiones prejudiciales y cuestiones previas, véase nuestro *Derecho procesal penal* (en colaboración con Levene h.), tomo I (Buenos Aires, 1945), pp. 234-5 y 243-4.

glaterra los precedentes de los tribunales superiores (**House of Lords** y **Court of Appeal**) poseen **binding authority**, incluso respecto de ellos mismos, en Estados Unidos, en cambio, esa vinculatoriedad no rige para los juzgadores supremos, aun cuando de hecho suelen atenerse a la misma. En todo caso, el precedente no prevalece frente a la ley, y también esta regla repercute con diferente intensidad en Inglaterra y en Estados Unidos, porque en éstos el **statute law** tiene mayor relieve que en aquélla, donde la **equity** y el **judge-made-law** conservan la primacía.³ En el derecho continental europeo, por el contrario, los precedentes no son vinculativos para los tribunales inferiores ni para los superiores, sin perjuicio de que gocen de gran predicamento en la práctica ni de que, en Francia, la tan elogiada labor de su Consejo de Estado como órgano máximo de la justicia administrativa se haya desenvuelto en gran parte a través de la jurisprudencia.

Pasando a Suiza, Germann muestra cómo la fidelidad a los precedentes se combina, en direcciones antagónicas, por un lado, con la modificación y, por otro, con la unificación de la jurisprudencia. Esa fidelidad no es tampoco óbice para que los jueces inferiores se aparten de los precedentes, cuando no lleguen a persuadirse de su justicia. Dada la conocidísima fórmula que el código civil suizo adopta para que se cubran sus lagunas, atribuyendo al juez un cometido de legislador pudiéramos decir ocasional, los precedentes desempeñan papel decisivo para salvar los casos no previstos, así como igualmente para puntualizar conceptos a que la ley se remite sin fijar su alcance, como los de buena fe, buenas costumbres, etcétera.⁴ Para integrar la ley en sus vacíos se acude con frecuencia al derecho comparado, sobre todo en materia de obligaciones, aun cuando bueno será que con tal motivo el integrador no olvide las diferencias sociológicas, a veces muy profundas de un país a otro.

¿En qué medida son vinculativos los precedentes judiciales? Por de pronto, para que una concreta decisión vincule, habrá de disfrutar de autoridad de cosa juzgada. En segundo lugar, la fuerza en cuestión reside en la **ratio decidendi**, en lo que los ingleses llaman **the essential ground of decision**, a no confundir con las que el derecho anglosajón denomina **dicta**, es decir, apreciaciones más o menos interesantes, pero sin influjo sobre el problema a debatir. Aun cuando, como regla, suceda lo contrario, existen sentencias en que la **ratio decidendi** no se traduce en un principio o en que falta su fundamentación. Los precedentes poseen alcance general, por lo mismo que la generalidad es carac-

³ Téngase en cuenta, sin embargo, que "las circunstancias actuales de Inglaterra se alejan mucho de las de la época victoriana, y que la creciente socialización de su derecho ha motivado que las leyes y reglamentos, que antes constituían la excepción, hoy sean la regla": reseña nuestra del artículo de Mackay Cooper, *La "common law" e la "civil law" vedute di uno scozesse* (en este "Boletín", núm. 27, septiembre-diciembre de 1958, pp. 246-7).

⁴ O de manera más amplia, aun cuando Germann no aluda a ellas, a la fijación de las designadas por Stein como *normas o máximas de experiencia*, enquis-tadas en las disposiciones legales: cfr. su libro *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse* (Leipzig, 1893), p. 21. Véase también, en relación concreta con el último de los conceptos mencionados en el texto, nuestro artículo *Actos procesales contra las "buenas costumbres"*, en "Estudios de Derecho Procesal" (Madrid, 1934), pp. 497-506.

terística de las normas jurídicas de nuestros días, sean legales, consuetudinarias o jurisprudenciales —sin duda, apuntamos, como consecuencia del principio democrático de igualdad de los ciudadanos ante la ley—,⁵ sin que, para el autor, sea imaginable o previsible un retorno hacia una justicia singularizada, del tipo de la del cadí musulmán.

Prescindiendo, por su menor relieve, del capítulo tercero concerniente a las circunstancias en que cabe apartarse o modificar los precedentes, saltaremos al cuarto, en que se estudia su relación con las demás fuentes jurídicas, principalmente con la costumbre y con la ley. Germann, en contra de una corriente doctrinal muy difundida, entiende que los precedentes y el derecho consuetudinario son fuentes muy distintas;⁶ más aún: desde el doble punto de vista de su vigencia y de sus raíces, aquéllos estarían más cerca de la ley (entre otras razones, a causa de su fuerza estatal) que de la costumbre. Los precedentes serían, pues, conforme al criterio del Tribunal Federal suizo, una fuente autónoma, con tanto más motivo cuanto que el centro de gravedad de la función jurisdiccional se habría desviado desde la mera aplicación a la búsqueda del derecho, tesis ésta harto discutible, pero que no es para ser discutida en las líneas finales de una reseña bibliográfica.⁷

Niceto ALCALÁ-ZAMORA

⁵ Muy elocuente a este propósito resulta el hecho, que Calamandrei refiere, de que en la práctica italiana la opción entre juicio de derecho y juicio de equidad, permitida ante los jueces públicos por el artículo 114 del código procesal civil de 1940, se hubiese resuelto sistemáticamente a favor de la primera alternativa, con rechazo, pues, por parte de los propios litigantes de la llamada *justicia del caso singular*: cfr. su libro *Processo e democrazia* (Padova, 1954), p. 32 (pp. 44-5 de la traducción española de Fix Zamudio; Buenos Aires, 1960). Sin embargo, en España (al menos antes de la vigente ley sobre arbitraje de 1953) los contendientes solían preferir la amigable composición al arbitramento según derecho.

⁶ Acerca de este extremo, en dirección opuesta a la del autor, véanse nuestros trabajos *Ensayo de diferenciación entre la jurisprudencia y los "usos forenses"* (primero en el "Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela", 1933, tomo 1, pp. 45-66, y luego en nuestros citados "Estudios Der. Proc.", pp. 263-301) y *Derecho consuetudinario y función judicial* (en "Estudios", cit., pp. 477-96).

⁷ Si, en cambio, queremos destacar que una cosa es la existencia de un sistema jurídico continental europeo (que hoy habría que caracterizar como occidental o acaso liberal, para distinguirlo del oriental, soviético o socialista), con unos determinados rasgos comunes, y otra muy distinta que cuando se analicen conceptos o instituciones pertenecientes a diferentes países del mismo, el examen pueda circunscribirse a dos o tres de ellos y mostrar como si se diesen en el conjunto, notas o trazos que sólo pertenezcan a los tomados en consideración. En este defecto incurre más de una vez Germann, según tuvimos ya ocasión de reprocharle en la reseña que desde este "Boletín" (núm. 41, mayo-agosto de 1961, pp. 492-3) consagramos a su artículo *La portata dei precedenti giudiziari* (en "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1960, pp. 1067-92), trabajo que concuerda en sus líneas generales con el que ahora comentamos, pero que discrepa de él en numerosos pasajes del texto y de las notas, dada la extensión considerablemente mayor (casi el doble) del folleto respecto de la versión aparecida en Italia.