

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA FRANCESA

INTRODUCCION

Realizar un intento de comparación entre la jurisprudencia mexicana y la francesa requiere conocer el punto de vista de algunos autores franceses que han dedicado algo de su tiempo en analizar la naturaleza y la fuerza jurídicas de dicha jurisprudencia. Pensamos además, que para un lector mexicano es necesario el conocimiento tanto de su evolución histórica como una cierta base de la organización judicial en Francia. Por estas razones hemos decidido dividir este estudio en cinco partes: evolución histórica, organización judicial, algunas definiciones de la palabra jurisprudencia, formación de la jurisprudencia y naturaleza y fuerza jurídicas de la jurisprudencia. No pretendemos hacer un estudio exhaustivo de la jurisprudencia sino dar a conocer algunos puntos que nos parecen interesantes para conocer mejor este fenómeno jurídico tan importante en nuestra época. Tendremos, entonces que analizar y tratar de contestar la importante pregunta que se hacen muchos juristas, a saber: si la jurisprudencia es o no una fuente formal del derecho. Por tanto examinaremos las respuestas que varios autores franceses hacen a esta pregunta. Pensamos que la comparación que se podría hacer con la opinión de varios autores mexicanos sobre la jurisprudencia mexicana puede aportar una cierta luz sobre el concepto de jurisprudencia en general.

PRIMERA PARTE: EVOLUCION HISTORICA

Es necesario distinguir dos periodos en la evolución histórica de la jurisprudencia francesa; antes y después de la Revolución de 1789.

1. Antes de 1789

Durante el periodo que corresponde a la Francia del "Antiguo Régimen" los Parlamentos provinciales rendían resoluciones en las cuales

anunciaban que pensaban establecer y seguir, en sus decisiones posteriores, tal o cual principio de derecho. Estas decisiones eran lo que todavía se llama: *arrêtés de réglemant* es decir sentencias reglamentarias. Dichas sentencias establecían reglas de carácter general valederas para todos los habitantes de la provincia.

Podemos hablar, en este caso, de una verdadera fuente de derecho; los Parlamentos eran verdaderos creadores del derecho, y prácticamente la única fuente al lado de las costumbres.

Con la Revolución las cosas van a cambiar radicalmente. Caen las estructuras del antiguo régimen y al mismo tiempo surge la idea de que debe ser la Nación la única fuente de derecho.

2. *La Revolución de 1789 y después de la Revolución*

Es evidente que los hombres de la Revolución no podían estar de acuerdo con el principio según el cual el rey era a la vez legislador y juez.

En efecto, para el “espíritu del siglo” el derecho tiene que ser formulado por la Nación, por el intermediario de los legisladores, representantes de los hombres que la constituyen; los tribunales deben limitarse a aplicar lo que hayan decidido. Es por esta misma razón que encontramos en la boca de Robespierre frases como: “Esta palabra de jurisprudencia de los tribunales . . . debe ser borrada de nuestro idioma; en un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia no es otra cosa sino la ley.”¹

Dichas palabras, pronunciadas en el año de 1790, reflejan de manera exacta el pensamiento de la mayoría de los hombres de la Revolución y sobre todo de los que tuvieron una participación activa en la elaboración de los textos de la época. En efecto podemos encontrar tres textos constitucionales prohibiendo expresamente a los tribunales “inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo”. Dichos textos figuran en las Constituciones del 3 de septiembre de 1791, en la de 1793 y en la del Año III. Lo que se pretendía evitar era una concentración en las mismas manos de los dos poderes: el legislativo y el judicial, tal como había sucedido en los tiempos de la monarquía.

Sin embargo debemos reconocer que esta aversión hacia los tribu-

¹*Archives Parlementaires*, 1 Serie, t. XX, p. 516 .

nales y hacia la jurisprudencia se hizo sentir durante poco tiempo. En 1804, Portalis, uno de los principales redactores del Código Civil declaraba en uno de sus discursos lo siguiente: “al igual que de la ley, no se puede prescindir de la jurisprudencia. Se necesita una jurisprudencia porque es imposible regular todos los objetos civiles con las leyes.”

A pesar de haber reconocido los méritos de la jurisprudencia los redactores del Código Civil guardaron una cierta desconfianza hacia los jueces y, en varios artículos de su obra, limitaron los poderes de los tribunales, conforme se consigna en el artículo 5: “Queda prohibido a los jueces pronunciar por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas a ellos sometidas”, y en el artículo 1351: “La autoridad de la cosa juzgada no tiene efecto más que con respecto a aquello que fue juzgado. Lo que se pide debe ser exactamente lo mismo; la demanda debe estar fundada sobre la misma causa, implicar a las mismas partes, estar formulada por ellas y contra ellas sin cambio de calidad.”

Del primer artículo mencionado se sacó el principio según el cual los jueces no tienen la obligación de conformarse a sus decisiones anteriores; es decir, que las decisiones de cualquier tribunal, aun cuando sea de la Corte de Casación, no tienen carácter obligatorio. Los jueces tendrán siempre la posibilidad de rendir sentencias en sentido opuesto a las de los demás tribunales y aun a sus propias sentencias anteriores.

Esto no quiere decir que los tribunales están en la imposibilidad de establecer principios para el futuro; en efecto, el hecho de no tener la obligación de respetar sus decisiones anteriores no impide que cada tribunal enuncie, en cada una de sus sentencias, principios que con toda probabilidad respetará en sus decisiones posteriores sobre el mismo problema de derecho ante él planteado. Este punto es de suma importancia para el futuro desarrollo de nuestro tema y en particular para saber si la jurisprudencia puede o no ser una fuente del derecho.

Del segundo artículo mencionado se sacó el principio según el cual las sentencias de los tribunales tenían autoridad relativa y no absoluta. Sin embargo debemos hacer notar que dicha autoridad relativa concierne únicamente la ejecutoria misma, lo que en Francia se llama el dispositivo de la sentencia, y no la motivación de dicha ejecutoria, o sea el razonamiento jurídico llevado a cabo por los jueces para llegar a una solución que es la decisión en sí. Aunado al principio anteriormente mencionado es fácil hacerse una idea de los límites impuestos a los jueces en el ejercicio de sus funciones. Podemos darnos cuenta que estamos

lejos de las ideas de Robespierre y de la Revolución en general.

Dichas ideas llevaron a la creación de un tribunal supremo llamado Tribunal de Casación que según los profesores Marty y Raynaud fue

un verdadero centinela establecido para el mantenimiento de las leyes, para imponer al juez el respeto de la ley y de la separación de los poderes *en cassant* solamente por contravención expresa a la ley, sin poder aun llevar a cabo una interpretación que, en caso de necesitarse, debía ser solicitada al poder legislativo mismo.²

La ley de 1o. de abril de 1837 cambió esta situación. El Tribunal de Casación se vuelve Corte de Casación y se establece un nuevo sistema judicial, actualmente vigente, que estudiaremos en la segunda parte de este artículo. El papel de dicha Corte de Casación difiere mucho del que corresponde al Tribunal de Casación. En efecto la misión de dicha Corte va a consistir, entre otras cosas, en unificar la jurisprudencia de los tribunales franceses.

SEGUNDA PARTE: LA ORGANIZACION JUDICIAL

Tres órdenes constituyen la base de la organización de la justicia francesa: el orden administrativo, el orden judicial (o civil) y el orden criminal (o penal). El orden administrativo, totalmente autónomo, conoce de los litigios en los cuales están implicadas las colectividades públicas, que pueden ser el Estado mismo o las colectividades locales. Los litigios pueden surgir entre dichas colectividades, o entre una o varias de estas colectividades y una o varias personas privadas. El orden judicial conoce por su parte de los litigios entre personas privadas exclusivamente, y el orden criminal tiene por objetivo castigar las infracciones a las leyes. Estos dos últimos órdenes tienen muchos puntos comunes y en general una organización paralela en cuanto al personal y a las instituciones. En los dos casos la instancia superior es la Corte de Casación, "órgano supremo de la jerarquía judicial" francesa y cuya misión es: controlar la conformidad a las leyes de las decisiones de los tribunales

² Marty, G., Raynaud, P., *Droit Civil*, t. 1, Sirey, París, 1961, p. 200.

inferiores. Para el futuro desarrollo de nuestro tema es importante analizar más en detalle la organización y el funcionamiento de estos dos órdenes. En los dos encontramos tribunales de derecho común y tribunales de excepción. La diferencia entre estos dos tipos de tribunales se fundamenta en la siguiente regla: los tribunales de derecho común son competentes en todos los casos, salvo el de atribución de competencia a un tribunal de excepción por un texto especial. La competencia especial puede derivar o de la cuantía del asunto o de la calidad jurídica de las personas involucradas o bien de la tipificación del litigio. Empezaremos por una breve enumeración de los tribunales de excepción para, después, estudiar más a fondo el funcionamiento de los tribunales de derecho común. En el orden judicial (civil) los tribunales de excepción son los siguientes:

a) Los tribunales de instancia que conocen de los litigios civiles cuya cuantía no excede de los 3000 francos. Cada tribunal está integrado por un juez único.

b) Los Consejos de los "Hombres Prudentes", competentes en asuntos de tipo laboral. Están integrados por representantes elegidos de los patrones y de los asalariados, los preside el juez de instancia que tiene voto preponderante para los casos de empate.

c) Los tribunales de Comercio, integrados por comerciantes elegidos.

d) Los tribunales Paritarios de Arrendamientos Rurales, integrados por arrendadores y arrendatarios en igual número.

En cuanto al orden criminal (penal) los tribunales de excepción son los siguientes:

a) Los tribunales de las Fuerzas Armadas (justicia militar) que conocen de las infracciones estrictamente militares cometidas por todas las personas que directa o indirectamente se encuentran al servicio de las fuerzas armadas.

b) La Corte de Seguridad del Estado que conoce de los crímenes y delitos contra la seguridad del Estado cometidos en tiempo de paz.

c) Los tribunales para menores y *Cours d'Assises* para menores que conocen de los delitos y crímenes cometidos por menores de dieciocho años, en el primer caso, y de los crímenes cometidos por menores de dieciséis a dieciocho años, en el segundo caso.

En lo que se refiere a los tribunales de derecho común de los dos órdenes se puede decir que tienen una organización paralela; los magistrados que conocen de los litigios referentes a uno de estos dos órdenes están por lo general llamados a conocer de los litigios del otro orden, en una formación similar o diferente. Por regla general, rinden sus sentencias en forma colegiada. Empezaremos por los tribunales del orden judicial.

a) En la base, se encuentran los Tribunales de Gran Instancia, normalmente competentes para conocer de todos los litigios de naturaleza

civil en primera instancia. Están constituidos por tres magistrados y pueden integrar varias salas especializadas, en las grandes ciudades. Normalmente rinden sus sentencias en audiencia pública, sin embargo, en los asuntos referentes al derecho de la familia las rinden “a puerta cerrada”.

b) Las Cortes de Apelación constituyen la segunda instancia. Conocen los recursos en contra de las sentencias rendidas por todos los tribunales que se encuentran bajo su jurisdicción ya sea de derecho común o de excepción. Están divididas en salas especializadas y, en el caso de la ciudad de París, estas mismas salas están divididas en secciones. Al igual que los Tribunales de Gran Instancia, rinden sus sentencias en forma colegiada en audiencia pública, salvo casos especiales.

c) La corte de Casación, como ya lo hemos dicho, es el “órgano supremo de la jerarquía judicial” francesa. No constituye un tercer grado de jurisdicción, como podría pensarse, en virtud de que conoce de los recursos interpuestos en contra de las sentencias de las Cortes de Apelación, porque es “juez del derecho y no del hecho”. Nunca juzga el fondo de los asuntos sino que se limita a decir si las decisiones de las Cortes de Apelación están o no conformes a la ley.

Esta se compone de varias salas civiles y una sala criminal. Las salas civiles están divididas de la siguiente manera: dos secciones civiles, una sección comercial y financiera y una sección social. Cada sala está integrada por siete magistrados pero puede incluirse un número mayor. Explicaremos posteriormente cómo y por qué la Corte de Casación puede rendir sus sentencias en formaciones diferentes.

En cuanto a la organización de los tribunales de derecho común del orden criminal, se trata de una organización un poco más complicada en virtud de que se divide en dos: las jurisdicciones de instrucción y las jurisdicciones de juicio. Las jurisdicciones de instrucción se componen de: el juez de instrucción y la Sala de Acusación. El juez de instrucción, es escogido entre los magistrados del Tribunal de Gran Instancia por un periodo de tres años; se encarga de recibir las informaciones, de reunir las pruebas y de decidir si el inculpado tiene que comparecer ante una jurisdicción de juicio o si debe ser puesto en libertad. Se ha dicho muchas veces que es el hombre más poderoso de Francia.

La Sala de Acusación constituye el segundo grado de instrucción. Puede conocer de los asuntos calificados por el juez de instrucción como delitos o contravenciones; conoce automáticamente de los asuntos calificados como crímenes. Participan en ella tres magistrados y tiene su sede en cada Corte de Apelación.

Las jurisdicciones de Juicio son las siguientes:

a) Las *Cours d'Assises* que juzgan los crímenes. Se componen de una Corte con tres magistrados y un jurado popular de 9 miembros. Sus decisiones no son susceptibles de un recurso ante la Corte de Apelación

sino directamente ante la Corte de Casación.

b) Los Tribunales correccionales que conocen de los delitos. Están integrados por tres magistrados del Tribunal de Gran Instancia y sus decisiones sí pueden ser objeto de un recurso ante la Corte de Apelación (sala llamada *des appels correctionnels*).

c) Los Tribunales de Policía que conocen de las contravenciones. Son en realidad Tribunales de Instancia y están integrados por un juez único.

Las Cortes de Apelación y la Corte de Casación también forman parte del esquema de organización del orden criminal. Así queda integrada la pirámide de los tribunales de los órdenes judicial y criminal. Se puede constatar que tienen puntos comunes y que sus organizaciones han sido copiadas una de la otra.

Antes de concluir es importante señalar que la Corte de Casación francesa no conoce de los recursos sobre constitucionalidad de las leyes. Es el Consejo Constitucional (artículos 56 a 63 de la Constitución) el que se encarga de examinar dichos recursos así como de controlar la regularidad de las elecciones presidenciales y parlamentarias.

Como conclusión es preciso hacer referencia al Tribunal de los Conflictos, encargado de resolver los problemas de competencia que pueden surgir entre el orden administrativo por un lado y los órdenes judicial y criminal por el otro.

TERCERA PARTE: ALGUNAS DEFINICIONES DE LA PALABRA JURISPRUDENCIA

En esta tercera parte nos limitaremos a enumerar algunas definiciones que importantes autores franceses dieron de la jurisprudencia. No pretendemos partir de estas definiciones para tratar de analizar su naturaleza o su fuerza jurídicas. Nuestro fin sigue siendo el de informar sobre los diferentes conceptos que han imperado o que siguen imperando en materia de jurisprudencia.

Para el maestro M. Planiol la jurisprudencia es “la manera según la cual las leyes son interpretadas por los tribunales”.³

P. Esmein la reduce a “las reglas de derecho formuladas por los tribunales, que sea interpretando la ley o que sea complementándola o

³ Planiol, M., *Traité Élémentaire de Droit Civil*, LGDJ, t. 1, París, 1928.

modificándola constituyen lo que se llama la jurisprudencia”.⁴ El profesor J. Boulanger la define como “la ley interpretada, modificada, complementada, tal como aparece a través de las decisiones judiciales”. Y agrega que en un sentido amplio el término jurisprudencia “designa el conjunto de decisiones rendidas por los tribunales ” y en un sentido restringido “designa la serie de decisiones relativas a un punto de derecho determinado”.⁵

Para terminar esta enumeración citaremos al profesor J. Carbonnier quien define la jurisprudencia de la manera siguiente: “La jurisprudencia es una superposición de cosas juzgadas que por el hecho de acumularse se vuelve jurisprudencia”.⁶

Hemos escogido, entre muchos, a estos cuatro autores porque nos pareció interesante poner juntas las cuatro definiciones que, según nuestra opinión, marcan una cierta evolución del concepto jurisprudencia.

En efecto, en tres de ellas encontramos la idea de “interpretación”, pero cada vez más completa y más precisa. De la simple interpretación de Planiol pasamos a la “complementación” y a la “modificación” de Esmein y de Boulanger. El profesor Esmein va todavía más lejos cuando habla de “reglas de derecho formuladas por los tribunales”. Y El maestro Boulanger aporta una precisión cuando menciona “el conjunto” y “la serie de decisiones”.

En cuanto a la definición del profesor Carbonnier, nos parece muy original, como apartándose de todo lo que se había dicho anterioremente.

En la última parte de nuestro artículo volveremos a encontrar todas estas nociones; ley, reglas de derecho, interpretación, modificación, complementación, conjunto de decisiones, serie de decisiones, cosa juzgada, autoridad de la cosa juzgada, que, agregadas a otras, nos permitirán hacer un intento de síntesis de las diferentes doctrinas francesas en materia de jurisprudencia.

⁴Esmein, P., “Le Rôle de la jurisprudence dans la vie du droit”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1957, núm. 2.

⁵Boulanger, J., “Jurisprudence”, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, París, 1953.

⁶Carbonnier, J., *Droit Civil*, núm. 1, Thémis, PUF, París, 1962.

CUARTA PARTE: FORMACION DE LA JURISPRUDENCIA

Para la mayoría de los autores franceses se necesita la reunión de tres elementos para que se forme la jurisprudencia: las sentencias o ejecutorias, la reiteración y la jerarquía judicial. Algunos piensan que se necesita también la presencia de un cuarto elemento, la publicación. Por nuestra parte pensamos que este cuarto elemento no constituye en sí un elemento de formación de la jurisprudencia sino una condición necesaria para que dicha jurisprudencia pueda ser considerada como fuente de derecho, tal como lo veremos en la última parte de este artículo.

Analizaremos estos tres puntos sucesivamente tomando como referencia la opinión del profesor J. Carbonnier, por ser la más clara y la mejor resumida.

1. Sentencias o ejecutorias

Cuando se trata de definir la jurisprudencia o de analizar cómo se forma, los términos sentencias o ejecutorias no se deben entender en su sentido comúnmente aceptado, es decir: conjunto de decisiones de los tribunales y de las Cortes tomadas en su redacción completa. En efecto, dichas sentencias están siempre elaboradas de acuerdo a un patrón bien establecido. En todas ellas y en todos los casos figuran, por lo menos, dos partes bien distintas: lo que se llama "motivos" (*Attendu que...* o *Considérant que...*) por un lado, y por el otro el "dispositivo" (*Par ces motifs...*) Esta última parte contiene la decisión en sí. Los motivos, por el contrario, contienen el razonamiento jurídico de los jueces, "la doctrina jurídica de donde procede la solución". El elemento de formación de la jurisprudencia es entonces "lo que se encuentra de más abstracto en las sentencias que tiene un valor general para otros casos posibles. No es la decisión en sí, sino las proposiciones de derecho contenidas en las motivaciones".⁷

Este primer punto es primordial para nuestro propósito. En efecto, nunca se deben asimilar los términos sentencias y jurisprudencia. Las sentencias no son la jurisprudencia; y la jurisprudencia necesita de otros elementos que los contenidos en las sentencias para su formación.

⁷ *Idem*, p. 112.

2. Reiteración

Este segundo elemento de formación de la jurisprudencia plantea varios problemas. La regla general es la que se puede enunciar de la siguiente manera: *rerum perpetuo similis judicatarum auctoritas*. Pero no es una regla absoluta en el caso de la jurisprudencia francesa. En efecto, basta a veces una sola decisión de la Corte de Casación para que se establezca una jurisprudencia. Hacemos referencia a los famosos *arrêtés de principe*, es decir decisiones de principio. En dichas sentencias, es tan clara la opinión de la Corte de Casación y enunciada de una manera tan decisiva que no deja lugar a dudas en cuanto a la doctrina jurídica ahí expuesta, y a la voluntad de los magistrados de esta Suprema Corte en verla generalizada.

Otro problema consiste en saber si los términos utilizados en una sentencia tienen que ser repetidos en las siguientes, tratando el mismo punto de derecho, para que se pueda hablar de una verdadera reiteración. Eso es, si los magistrados tienen la obligación de utilizar los mismos términos, palabra por palabra, en el enunciado de su "opinión" sobre un punto de derecho ya examinado con anterioridad por otros magistrados o por ellos mismos. El maestro Carbonnier no aborda este problema. No parece ser una obligación en el derecho francés. Si bien los magistrados, en la mayoría de los casos y para evitar confusiones, vuelven a emplear términos que figuran en una decisión anterior, tienen la libertad de utilizar otros que a ellos les parezcan más claros o más precisos, sin alterar el contenido de sus proposiciones.

3. La jerarquía judicial

Según el maestro Carbonnier la opinión de las jurisdicciones superiores, y en particular la de la Corte de Casación, predominan sobre la de los tribunales inferiores por dos razones: la primera se debe a que los tribunales superiores tienen siempre la facultad de sustituir su opinión a la de los tribunales inferiores, siempre y cuando se intente algún recurso en contra de las sentencias de dichos tribunales; y la segunda, a que los tribunales inferiores, para evitar que sus sentencias sean reformadas por los tribunales superiores, adoptan desde la primera vez la opinión de dichos tribunales.

Como lo hemos visto en el punto dos de este artículo existen siem-

pre por lo menos dos grados de jurisdicción en el orden civil y en la mayoría de los casos en el orden penal. Es fácil entonces entender que se pueda lograr una cierta unificación de la jurisprudencia de los tribunales franceses; más aún cuando un asunto llega hasta la Corte de Casación cuya opinión prevalece en todos los casos. Si bien muchas veces se ha podido observar cierta inconformidad por parte de las Cortes de Apelación, inconformidad que puede llegar hasta la franca rebelión, la Corte de Casación tiene siempre la última palabra a través del mecanismo siguiente:

Frente a un recurso en casación la Corte puede adoptar dos actitudes: rechazar el recurso y en este caso la sentencia de la Corte de Apelaciones tendrá pleno efecto, o aceptar el recurso y confirmar, o “romper” la decisión del tribunal inferior y reenviar el caso ante otra jurisdicción inferior del mismo grado que la anterior. Esta, a su vez, tiene dos opciones: conformarse con la tesis adoptada por la Corte de Casación o juzgar en el mismo sentido que los primeros jueces. Si su decisión es el objeto de un nuevo recurso (*pourvoi*) la Corte de Casación decidirá con todas las salas reunidas (instancia muy solemne). Podrá rechazar o aceptar el nuevo recurso. En caso de “romper” nuevamente la decisión del tribunal inferior, reenviará el caso ante una tercera jurisdicción inferior, del mismo grado que las dos anteriores, la cual tendrá la *obligación* de adoptar la tesis de la Corte de Casación con “todas las salas reunidas”.

Gracias a este mecanismo se puede lograr una unificación de la jurisprudencia y es precisamente el papel de la Corte de Casación el hacerlo.

Aunque no exista ningún texto al respecto, este tercer elemento de formación de la jurisprudencia es básico; sin embargo, es común oír hablar en Francia de “jurisprudencia de la Corte de Casación” o de “jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones”; eso quiere decir que no es necesario que el tribunal supremo haya tomado una decisión respecto de un punto de derecho para que se haya formado una jurisprudencia sólo que, cada vez que haya intervenido, su opinión prevalecerá sobre todas las demás.

En conclusión podemos decir que existirá jurisprudencia sobre algún punto de derecho, siempre y cuando se hayan reunido estos tres elementos, entendidos de la manera descrita, y que no es necesaria la intervención de la Corte de Casación; pero que en última instancia prevalecerá su opinión sobre todas las demás en caso de haber intervenido,

cumpliendo así con su papel de unificadora de la jurisprudencia.

QUINTA PARTE: NATURALEZA Y FUERZA JURIDICAS DE LA JURISPRUDENCIA

Al llegar a esta quinta y última parte de nuestro estudio queremos repetir una vez más que nuestro fin no es contestar de una vez por todas las preguntas que se hacen muchos juristas, a saber, si la jurisprudencia es fuente de derecho y al mismo tiempo su corolario, si los jueces crean derecho. Nuestra meta no tiene esa ambición. Queremos simplemente informar sobre el estado de la cuestión en Francia y aportar al mismo tiempo argumentos que podrían servir de base para una discusión posterior.

El primer elemento, el de mayor valor para nosotros, es que todos los autores franceses están de acuerdo en reconocer la importancia de la jurisprudencia en la vida jurídica del país. Los profesores G. Marty y P. Raynaud, por un lado y el maestro J. Maury, por el otro, han llegado a esta misma conclusión.⁸

No se trata de un fenómeno exclusivamente francés. En efecto podemos constatar que en la mayoría de los países europeos la jurisprudencia recibe el mismo trato. Basta para eso citar al primer presidente de la Corte de Casación de Italia cuando dice que la jurisprudencia es “el ejercicio de la *justicia viviente* que interviene directamente para regular las relaciones contenciosas o llevar a cabo la función punitiva en el campo de la ley”.⁹

Estamos ya muy lejos de la opinión de los hombres de la revolución francesa. La jurisprudencia, por el papel que desempeña en la vida jurídica de cada país, ha adquirido ciertos derechos; se le ha reconocido validez a tal grado que muchos ven en ella una verdadera fuente de derecho, al igual que las leyes o las costumbres, pero en el derecho francés,

⁸ Marty, G., Raynaud, P., *op. cit.*, *supra*, nota 2; Maury, J., “Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit”, *Le droit privé français Etudes offertes a G. Ripert*, París, 1950.

⁹ Eula, E., “Le rôle de la jurisprudence dans la vie du droit”, *Revue Internationale de droit comparé*, París, 1957, núm. 2, p. 415.

tal posición es muy difícil de sostener, como lo veremos más adelante, porque aun si se admite que los jueces franceses crean derecho, es necesario entonces estudiar si esta fuente juega el mismo papel que la ley y si tiene el mismo grado de obligatoriedad que ella: en conclusión, sí es una verdadera fuente formal de derecho. No debe olvidarse que el sistema jurídico francés es un sistema de derecho escrito, muy diferente de un sistema británico de *common law* en el cual la mayoría por no decir la unanimidad, de los autores, están de acuerdo en reconocerle al juez el papel de creador de derecho.

Conviene entonces hacerse las siguientes preguntas: ¿Qué autoridad jurídica tiene la jurisprudencia francesa? Si tiene alguna autoridad jurídica ¿de dónde proviene? Si no la tiene ¿qué otra clase de autoridad puede tener? Después de haber contestado estas preguntas podremos deducir si para los autores franceses la jurisprudencia es una verdadera fuente de derecho, autónoma, o si es solamente una autoridad de *facto* y no de *jure* tal como lo expresa el maestro Carbonnier. Veremos que existe una gran variedad de respuestas, casi en igual número que el de autores sobre la materia, quienes sí están de acuerdo en reconocer la importancia de la jurisprudencia. La cuestión controvertida en todos ellos es saber si “la jurisprudencia constituye una de las fuentes formales del derecho, si es creadora de reglas jurídicas”.

1. *¿Tiene la jurisprudencia una autoridad jurídica igual a la de una fuente formal del derecho?*

Para contestar esta pregunta nos parece que la comparación de la jurisprudencia con fuentes formales del derecho es el camino más indicado. Trataremos entonces primero, de comparar la jurisprudencia con la ley, y después con la costumbre, que son dos tipos diferentes de fuentes formales. De no poder establecer un paralelo entre la jurisprudencia y estas dos fuentes formales tendremos que concluir que la jurisprudencia es o una fuente del derecho *sui generis* o simplemente una autoridad reconocida como tal por todos.

1.1. *¿La jurisprudencia puede tener la misma autoridad que la ley?*

1.1.1. *El principio de la separación de los poderes*

Por la lectura de los artículos 34 y 37¹⁰ de la Constitución de Francia del 4 de octubre de 1958 podemos darnos cuenta que el constituyente no ha querido otorgar al poder judicial la facultad de legislar como lo hizo para el poder legislativo por un lado (artículo 34) y para el poder ejecutivo, por el otro, que sí puede legislar por vía reglamentaria (artículo 37). Es, con toda probabilidad, a esta carencia por parte del juez a la que se refiere el maestro G. Ripert cuando dice: "No obstante es imposible, en nuestra Constitución actual, que el poder judicial tenga el poder de crear reglas de derecho".¹¹ También en este principio de la separación de los poderes se basan las teorías de autores no tan recientes como Géný y Carré de Malberg. El razonamiento de Géný es el siguiente: si la jurisprudencia fuera fuente de derecho, es decir si existirían reglas jurisprudenciales, los jueces invadirían la función legislativa. Ahora bien numerosos textos les han prohibido emprender cualquier cosa de esta naturaleza; no pueden existir, pues, reglas jurisprudenciales.¹² Es un argumento igual de simple al que utiliza Carré de Malberg en su obra "Contribución a la teoría general del Estado" para negar al juez francés cualquier poder legislativo. En efecto sostiene que

el poder de decidir *generaliter* le es negado al juez, que puede únicamente en cuanto a derecho, crear un derecho de especie. Es en este sentido y por este motivo que se debe afirmar *enérgicamente* que la jurisprudencia no puede ser considerada en Francia, de ninguna manera, como una fuente general del derecho positivo como es el caso en Inglaterra.¹³

Autores más modernos como Dupeyroux que sí reconocen a la jurisprudencia un cierto poder de creación del derecho, admiten, sin

¹⁰ Ver *Constitución de Francia*, Adoptada en el referéndum del 28 de septiembre de 1958 y promulgada el 4 de octubre de 1958, texto en francés y traducción al español, Embajada de Francia.

¹¹ Ripert, G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, París, 1955, p. 384.

¹² Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, citado por Dupeyroux, O., en "La jurisprudencia, source abusive du droit", en *Mélanges Maury*, t. 2, Dalloz et Sirey, París, 1960, p. 357, nota 28.

¹³ Carré de Malberg, *Contribución a la teoría general de l'Etat*, t. 1, p. 745.

embargo que los jueces invaden el campo legislativo sin nada que lo pueda justificar.¹⁴ Es por esta misma razón que se refiere a la jurisprudencia como de una fuente abusiva del derecho.

Este punto ya no debe ser entonces motivo de controversia. El problema, sin embargo, sigue siendo el mismo. A pesar de la ausencia de algún texto que permita a los jueces crear reglas de derecho al igual que el legislador o que el poder ejecutivo, la cuestión es saber si la jurisprudencia puede tener la misma autoridad que la ley. Dos argumentos semejantes al del principio de la separación de los poderes nos pueden ayudar. Al contrario de este último argumento basado en la ausencia de un texto, se trata ahora más bien de la existencia del artículo 5 del Código Civil.

1.1.1.1. *La ley prohíbe al juez establecer reglas de carácter general*

Encontramos este argumento en todos los autores. Citaremos únicamente dos obras; la de Marty y Raynaud y la de J. Carbonnier. Para G. Marty y P. Raynaud “el artículo 5 del Código Civil inspirado por la idea de separación de los poderes dispone que se prohíbe a los jueces pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria”.¹⁵ Agregan que este artículo constituye “un serio obstáculo al desarrollo de un derecho de fuente jurisprudencial”.¹⁶ En cuanto al profesor J. Carbonnier, apunta en su manual de derecho civil que

La sentencia está encerrada en un estatuto constitucional que le impide volverse regla de derecho. Tal es el objeto directo del artículo 5 del Código Civil que prohíbe formalmente al juez rendir, como lo hacían los Parlamentos del Antiguo Régimen, sentencias de reglamento: es un corolario del principio de la separación de los poderes.¹⁷

¹⁴ Dupeyroux, O., “La jurisprudence, source abusive du droit”, en *Mélanges Maury*, t. 2, Dalloz et Sirey, París, 1960, p. 353.

¹⁵ Marty, G. et Raynaud, P., *op. cit.*, *supra*, nota 2, p. 202.

¹⁶ *id.*, p. 203.

¹⁷ Carbonnier, J., *op. cit.*, *supra*, nota 6, pp. 115 y 116.

Conforme a las ideas de dichos autores, los jueces no tienen ni el poder de legislar ni el poder de establecer reglas de carácter general. De estos dos argumentos se deduce un tercero en el que todos los autores están de acuerdo: admiten que la jurisprudencia francesa no tiene carácter obligatorio.

1.1.1.2. *La jurisprudencia no tiene carácter obligatorio*

Fuera del caso que planteamos en el punto anterior, cuando la Corte de Casación decide encontrándose todas las salas reunidas, la jurisprudencia francesa no tiene carácter obligatorio. Esto quiere decir que los jueces no están obligados a formular sus sentencias en el sentido en el que lo hayan hecho los tribunales superiores, ya sea la Corte de Casación o las Cortes de Apelaciones; ni siquiera tienen la obligación de respetar sus decisiones anteriores.

De los tres puntos que acabamos de analizar se puede deducir que si bien los tribunales pronuncian reglas de derecho, éstas nunca podrán tener la misma autoridad que la ley, en virtud de que no emanan de un poder al cual la norma suprema le reconozca la facultad de legislar y a que dichas reglas tampoco podrán tener igual eficacia que la ley por carecer de dos atributos importantes: la generalidad y la obligatoriedad. Existen otras diferencias de carácter más práctico que a continuación estudiaremos.

1.1.2. *Otras diferencias*

1.1.2.1. *La retroactividad de la jurisprudencia*

El artículo 2 del Código Civil dispone que la ley *nunca* puede ser retroactiva.¹⁸ Por el contrario la jurisprudencia puede llegar a tener retroactividad justamente cuando hay un cambio de jurisprudencia. “Los cambios de jurisprudencia son peligrosos por causa del efecto retroactivo que se produce sobre los intereses y los contratos de los particulares”.¹⁹ Esta diferencia, capital, entre la jurisprudencia y la ley, treinta

¹⁸ Artículo 2 del Código Civil : “La ley dispone solamente para el futuro; no tiene efecto retroactivo.”

¹⁹ Planiol, M., *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 49.

años después de Planiol, la vuelve a subrayar el profesor J. Carbonnier: “Se trata aquí de algo muy diferente a un cambio de legislación. El cambio de jurisprudencia es retroactivo por naturaleza: la jurisprudencia nueva se aplicará de pleno derecho a todo lo que los particulares habían podido hacer en base y en fe de la jurisprudencia anterior”.²⁰

1.1.2.2. *La violación de la jurisprudencia*

A diferencia de la violación de la ley, la Corte de Casación no concibe la posibilidad de un recurso ante ella basado en la violación de la jurisprudencia; y esta es una decisión bastante antigua (Reg. 21-XII-1891, D.P. 1892-1543). Tampoco “rompe” sentencias de Cortes de Apelaciones por el mismo concepto. En la mente de los magistrados queda bien claro que violar la jurisprudencia no tiene los mismos efectos que violar la ley; que la jurisprudencia no es la ley ni alguna otra cosa que pueda tener su misma autoridad.

1.1.2.3. *Motivaciones de la sentencia*

Para la Corte de Casación francesa la motivación de una sentencia basada exclusivamente en la jurisprudencia no es una motivación suficiente (Civ. 26-III-1941. D. A. 41, 1940).

1.1.2.4. *La jurisprudencia varía mucho más que la ley*

Nadie puede dudar de esta afirmación. Por ser el “derecho viviente” la jurisprudencia se encuentra en una constante evolución. Sufre muchos cambios y a veces muy rápidos. Estos cambios, no forzosamente radicales, pero sí importantes, aparte del peligro que representan por el efecto de retroactividad que generan, tienen otro gran defecto: provocan una inseguridad y una inestabilidad jurídicas nefastas. Una fuente del derecho no puede presentar defectos tan grandes que van en contra del principio mismo de justicia.

1.1.2.5. *Autoridad relativa de la cosa juzgada*

²⁰ Carbonnier, J., *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 116.

En oposición a la autoridad absoluta de la ley la jurisprudencia francesa, en virtud del artículo 1351 del Código Civil, tiene solamente una autoridad relativa.²¹ Al igual que para el artículo 5, los autores Marty y Raynaud ven en este artículo un serio obstáculo “al desarrollo de un derecho de fuente jurisprudencial”.²² Agregan, que “por la autoridad jurídica que se desprende de la solución dada o de la acumulación de decisiones en el mismo sentido se crean reglas de derecho de orden jurisprudencial”;²³ “la jurisprudencia crea derecho por el único hecho de aplicar la ley”.²⁴ Argumentos válidos en sí pero a los que el profesor Carbonnier contesta: “La jurisprudencia es una superposición de cosas juzgadas; . . . pero no es por el hecho de acumularse que va a adquirir una eficacia que no tenía al estado aislado”.²⁵ Y el maestro Maury agrega: “¿Cómo pasar de la repetición de decisiones judiciales, que es nada más que un hecho, a una regla jurídica? ¿Cómo sacar la obligación del hecho?”²⁶ Cada autor tiene respuestas diferentes a estas preguntas. Algunos como Carbonnier niegan a la jurisprudencia cualquier característica de fuente jurídica; para él la jurisprudencia no solamente carece de la autoridad que pueda tener la ley sino que por ningún concepto puede ser considerada como una fuente digamos *sui generis*; es la posición más radical junto con la del profesor Ripert. Otros autores piensan que la jurisprudencia, aun sin tener la misma autoridad que la ley, es sin embargo una fuente del derecho, para unos una fuente limitada (Boulanger/Marty y Raynaud) y para otros una fuente abusiva (O. Dupeyroux). Dos autores han tratado de dar unas respuestas originales a las preguntas que hace el profesor Maury, mismas que estudiaremos a continuación.

21 Texto del artículo 1351 del Código Civil, *vid. supra*, p. 331.

22 Marty, G. et Raynaud, P., *op. cit., supra*, nota 2, p. 203.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 Carbonnier, J., citado por Boulanger, J. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Sirey, París, 1961, núm. 3, p. 421, nota 1.

26 Maury, J. *op. cit., supra*, nota 8, p. 31.

1.1.3. Posibles soluciones

1.1.3.1. *Se trata de una delegación del legislador al poder judicial*

Es el argumento desarrollado por el maestro Dupeyroux. Este autor dice que se necesitaría una delegación expresa del legislador en un texto (ley o reglamento) sin la cual el razonamiento pierde todo su valor jurídico. El maestro se refiere a “una costumbre que tiene un rango inferior a las reglas legislativas”. Es fácil contestar a este argumento por lo menos en el caso de Francia, donde no existe tal delegación. Podría ser a lo mejor el caso de México. En realidad son pocos los países donde existe tal delegación: el problema se ha planteado para España y sobre todo para Suiza.²⁷ Los maestros Marty y Raynaud sostienen por su parte que una tal delegación nunca puede existir porque “el legislador *no puede* delegar al juez. . . el poder de crear un derecho que estaría al margen de la ley o aún en contra de ella”.²⁸ Está claro que para ellos éste no puede ser un argumento válido para ver en la jurisprudencia una fuente del derecho al igual que la ley.

1.1.3.2. *Se trata de una recepción implícita de la jurisprudencia por el legislador.*

El razonamiento del profesor Waline, autor de esta tesis, es el siguiente: se puede constatar que el legislador muchas veces interviene cuando una jurisprudencia está establecida o en vía de establecimiento, bien sea para confirmarla, bien sea para rechazarla; existe entonces una comunicación implícita entre el legislador y el poder judicial; si dicho legislador no interviene eso quiere decir que tácitamente aprueba la labor del poder judicial.²⁹ Y de ahí vendría el poder normativo de la jurisprudencia. El profesor Maury se opone a esta recepción implícita, demasiado ficticia. Primero porque es muy raro que el legislador conozca

²⁷ Ripert, G., “Le rôle de la jurisprudence dans la vie du droit”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, LDGJ, París, 1957, núm. 2, p. 429.

²⁸ Marty, G. et Raynaud, P., *op. cit.*, *supra*, nota 2, pp. 204-205.

²⁹ Waline, citado por Maury, J., *op. cit.*, *supra*, nota 8, pp. 29 y 38.

bien la jurisprudencia y segundo, porque aun conociéndola, el hecho de no intervenir no quiere decir que le dé su voto de aprobación.³⁰ El mismo profesor Waline reconoce que “la regla jurisprudencial. . . no adquiere el valor jurídico de una ley formal, que no va a tomar lugar entre las reglas jurídicas como una ley escrita formal”. En conclusión, que si el legislador no la adopta por una ley formal de idéntico contenido, sigue siendo una simple regla jurisprudencial.

Las dos soluciones que acabamos de analizar no contestan las preguntas hechas por el profesor Maury. El maestro Dupeyroux, por otro lado ha sostenido que la jurisprudencia tenía la misma autoridad y el mismo objeto que la ley; ya que para el justiciable la ley y jurisprudencia son lo mismo.³¹ Después de todo lo que acabamos de ver, pensamos que podemos decir con toda claridad que si bien la jurisprudencia tiene el mismo objeto que la ley, está lejos de tener su misma autoridad. No le podemos negar todavía que sea una fuente del derecho pero sí podemos afirmar que no tiene la misma autoridad que la ley. ¿Tendrá la misma autoridad que la costumbre?

1.2. *¿La jurisprudencia puede tener la misma autoridad que la costumbre?*

Ningún autor se atreve a decirlo de una manera tajante. Sin embargo, algunos han abordado el problema en forma muy sincera, Marty y Raynaud, sin reconocer que la jurisprudencia pueda tener la misma autoridad que la costumbre afirman, no obstante, que se le asemeja porque tanto en la jurisprudencia como en la costumbre existe sobre todo un elemento de aceptación y de adhesión por parte de los juristas. El mismo Planiol ve en la jurisprudencia “un derecho consuetudinario de nueva formación”.³² Pero el maestro Carbonnier se opone, con justa razón a esta asimilación de la jurisprudencia a la costumbre: “en efecto no tiene nada (la jurisprudencia) de lo que supone el derecho consuetudinario: ni el origen popular (es un derecho de técnicos), ni la noción de

³⁰ Maury, J., *op. cit.*, *supra*, nota 8, p. 39.

³¹ Dupeyroux, O., *op. cit.*, *supra*, nota 14.

³² Planiol, M., *op. cit.*, párr. 14, p. 7.

duración (una sola sentencia puede constituir jurisprudencia)”.³³ No creemos necesario agregar algo a esta demostración.

Hemos entonces llegado a la conclusión de que la jurisprudencia no puede tener la autoridad ni de la ley ni de la costumbre. Debemos de preguntarnos ahora si a pesar de eso la jurisprudencia no constituye una fuente autónoma del derecho, tal como lo piensan los maestros Maury, Marty y Raynaud. Para contestar esta pregunta será necesario investigar cuál es la autoridad de la jurisprudencia, y descubrir su naturaleza.

2. ¿Cuál es la autoridad de la jurisprudencia?

2.1. ¿Cuál es la naturaleza de la jurisprudencia?

Trataremos de analizar en esta parte los rasgos más importantes de la jurisprudencia, a saber: la importancia del precedente judicial y el hecho de que a una misma cuestión de derecho los jueces dan una misma solución.

2.1.1. La fuerza del precedente judicial

En la introducción a esta última parte de nuestro estudio hemos afirmado que la jurisprudencia había adquirido importancia capital en la vida jurídica de Francia. Pensamos que ello proviene en gran parte de la fuerza que adquieren las decisiones de los tribunales y en particular las de la Corte de Casación. Es un hecho por todos admitido que el precedente judicial no se impone de la misma manera en un sistema de derecho escrito que en un sistema de *common law*, aunque por un lado, dicho precedente tenga cada vez más autoridad en los sistemas de derecho escrito y por el otro, exista menos carácter obligatorio en los sistemas de *common law*. Tal idea se deduce de un excelente artículo del profesor Joseph M. Sweeney publicado en la *Revue Internationale de Droit Comparé*.³⁴ Este poder del precedente judicial es para el maes-

³³ Carbonnier, J., *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 116.

³⁴ Sweeney, J., M., “L’exposition du droit para le juge, source d’un malentendu sur le droit des Etats-Unis et le droit français”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, LGDJ, París, 1960, núm. 4, p. 685.

tro Boulanger el origen de la influencia de la jurisprudencia.³⁵ ¿De dónde proviene la fuerza de los precedentes judiciales? Para el maestro Carbonnier se trata de “un aspecto de la gran ley de continuidad, de imitación, sin la cual el derecho no podría ser explicable”.³⁶ De esta “gran ley” se obtiene el siguiente principio:

2.1.2. *Frente a una misma cuestión de derecho: misma solución*

Si una misma cuestión de derecho se plantea con cierta frecuencia ante los jueces, estos tomarán rápidamente la costumbre de rendir, para esta cuestión, la misma solución. Insiste el maestro Carbonnier en admitir que los jueces no tendrán la obligación de juzgar de la misma manera, pero que es muy probable que lo hagan, asegurando así la igualdad entre todos los justiciables. Sólo que no se trata aquí de la misma igualdad que tenemos todos ante la ley. En el caso de la jurisprudencia se necesita el planteamiento de algún problema de derecho ante un tribunal, sin cuyo requisito no se da la regla; en el caso de la ley somos *todos* iguales y no solamente las personas que tienen que recurrir a la acción de la justicia. La primera igualdad depende en gran parte de la segunda, pero no se pueden poner al mismo nivel.

2.1.3. *La jurisprudencia es la manifestación de opinión de los jueces*

Es la tesis que sostiene el maestro Boulanger y desemboca en idéntica conclusión a la anterior. En efecto, para él, la decisión de un tribunal no es otra cosa que la manifestación de la opinión del juez o de los jueces;³⁷ además, no se puede concebir un continuo cambio de opiniones, por que esto podría ser considerado como una falta de seriedad y sobre todo, como una falta de seguridad y de igualdad de todos los justiciables. Por este motivo el profesor Carbonnier hace notar que la jurisprudencia aparece en realidad como la “costumbre de los tribuna-

³⁵ Boulanger, J., *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 17.

³⁶ Carbonnier, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 111.

³⁷ Boulanger, J., *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 21.

les”;³⁸ no de la costumbre, como fuente de derecho, sino del hábito que adquieren los jueces al fallar en idéntico sentido.

2.2. *¿Cómo se manifiesta esta opinión, esta costumbre?*

2.2.1. *La función de la jurisprudencia*

Todos los autores citados están de acuerdo en afirmar que el papel de la jurisprudencia es ante todo el de complementar e interpretar la ley, de adaptarla a los hechos, de precisar las reglas de derecho y de aplicar las normas del sistema a una situación concreta. De manera resumida es lo que se puede decir de la función de la jurisprudencia francesa. Dicha jurisprudencia existe únicamente en función de la ley. Pero no es un todo. Como dice el maestro Ripert se necesita “una autoridad que dé la regla de aplicación práctica”;³⁹ porque, en realidad, la ley no crea más que una regla formal. A los “tribunales que reciben el texto de una ley que acaba de nacer, les pertenece hacerla vivir”.⁴⁰ Encontramos que la anterior es una definición de la jurisprudencia semejante a la del primer presidente de la Corte de Casación de Italia que ya hemos examinado, o sea que por el hecho de interpretar, adaptar, precisar, complementar y aplicar la ley, los jueces no hacen otra cosa que darle vida. En cuanto al argumento según el cual la jurisprudencia puede ser contraria a la ley, o remediar un vacío jurídico, el mismo profesor Ripert afirma: “Cuando se alaban la originalidad y los progresos de la jurisprudencia, se olvida demasiado que no existe decisión que sea verdaderamente contraria a una ley. Decisiones que suplirían la ausencia de ley tampoco conozco muchas”.⁴¹

Podemos entonces afirmar que la jurisprudencia no crea normas jurídicas en ausencia de un texto legislativo; es posible que lo haga, pero solamente en casos excepcionales, porque no es tal su función; no se puede tampoco olvidar que en todos los casos los jueces tienen que mo-

³⁸ Carbonnier, J., *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 112.

³⁹ Ripert, G., *op. cit.*, *supra*, nota 27, p. 385.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Ripert, G., *op. cit.*, *supra*, nota 27, p. 429.

tivar sus decisiones, apoyándolas en algún texto; les queda siempre el recurso de la analogía, ya que no tienen la facultad de establecer una tesis jurídica a partir de la nada, es decir, crear normas legales obligatorias.

2.2.2. *Las reglas jurisprudenciales son muy imprecisas*

La conclusión lógica a todo lo que hemos dicho hasta ahora se encuentra condensada en esta afirmación: para el maestro Ripert son forzosamente imprecisas dichas reglas porque tienen que ser extraídas de los motivos de las sentencias, y “nunca podemos estar seguros que en un caso más o menos semejante, pero no exactamente el mismo, el juez no encontrará otros motivos para apoyar su determinación”.⁴²

Sería entonces una equivocación peligrosa tomar la jurisprudencia como verdadera fuente del derecho, con la eficacia y la generalidad que tienen la ley y la costumbre.

Veamos entonces si la jurisprudencia puede ser otro tipo de fuente; una fuente *sui generis* diferente de todas las demás.

2.3. *¿Cuáles son las características de esta opinión?*

2.3.1. *Se trata de una regla jurídica individual*

Esta afirmación de los autores Marty y Raynaud parece, a primera vista resolver el problema.⁴³ Sin embargo, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿los jueces crean esta regla de derecho, o simplemente la enuncian al precisar y al aplicar la ley? Hemos visto que el juez no tiene la libertad de crear, es decir, partir de la nada. Además, tal parece que el hecho de individualizar la norma jurídica no significa forzosamente crearla; puede simplemente expresar que el juez la enuncia, que dicha regla individual estaba ya contenida en el texto en el cual el juez apoya su decisión. No existe necesariamente creación; aun en los casos de vacío jurídico, tal como lo hemos visto. Por ello es difícil sostener, como lo hacen los maestros Marty y Raynaud, que la jurisprudencia es la “partici-

⁴² *Idem*, p. 430.

⁴³ Marty, G., et Raynaud, P., *op. cit.*, *supra*, nota 2, p. 201.

pación del juez a la creación del derecho”.⁴⁴

Veamos ahora que para ser una verdadera fuente, por no tener la misma autoridad que la ley, la jurisprudencia necesitaría llenar los siguientes requisitos.

2.3.2. *Precedente judicial obligatorio, publicación, consenso de los interesados*

Todos los autores parecen estar de acuerdo por lo menos en lo que se refiere a los últimos dos requisitos. Hemos agregado el primero porque nos parece que no puede ser desligado de los otros dos.

En cuanto al segundo, parece muy obvio; una fuente de derecho que no tiene publicación, y sin publicación completa y a tiempo, pierde todo su valor. No se puede pedir a los individuos que respeten normas que no han sido publicadas o que no han sido de su conocimiento. La ley, por ejemplo, adquiere validez a partir del momento de su publicación, salvo raras excepciones. El maestro Boulanger va todavía más lejos cuando dice: “La experiencia demuestra . . . que las decisiones judiciales pueden constituir una jurisprudencia solamente en el caso de que sean publicadas; la publicación constituye la única manera de verificar, con todas las precisiones necesarias, la realidad del precedente alegado”.⁴⁵ Para él no existe jurisprudencia si no hay publicación de las decisiones de los tribunales. Su posición es todavía más radical que la de los demás autores.

Ahora bien, en cuanto al tercer requisito, el consenso de los juristas, el profesor Boulanger ve en él una condición necesaria para que el precedente judicial sea obligatorio, al igual que la intervención de la Corte de Casación. Ahí encuentra el secreto de la autoridad de la jurisprudencia.

El maestro Maury desarrolla igualmente este argumento.⁴⁶ Pero existe una diferencia fundamental entre esas dos concepciones; mientras el profesor Boulanger sostiene que dichos requisitos son necesarios para

⁴⁴ *Id.*, p. 204.

⁴⁵ Boulanger, J. *op. cit.*; *supra*, nota 5, p. 21.

⁴⁶ Maury, J. *op. cit.*, *supra*, nota 8, p. 43.

que la jurisprudencia sea una *autoridad*, el maestro Maury piensa que estos elementos dan a la jurisprudencia el carácter de *norma jurídica establecida*.

De reunirse los tres elementos estudiados nos inclinaríamos más hacia la posición del profesor Maury para decir que en estas condiciones la jurisprudencia sí es una fuente del derecho, que el juez sí crea derecho, y que la regla judicial tiene el carácter de norma jurídica establecida. Pero como lo veremos a continuación, la jurisprudencia francesa está lejos de cumplir con estos tres requisitos.

2.3.3. *¿La jurisprudencia es una fuente muy limitada?*

Trataremos de verificar, en este párrafo, si en la realidad la jurisprudencia cumple con los tres requisitos arriba mencionados. De no poder hacerlo tendremos que concluir que la jurisprudencia francesa es entonces o una fuente muy limitada o solamente una autoridad de hecho. Hemos dicho anteriormente⁴⁷ que raras veces el precedente judicial tiene el carácter obligatorio; solamente cuando la Corte de Casación interviene en una forma muy especial, con todas las salas reunidas se da este supuesto. Fuera de tales casos, ¿qué sucede? Se podría pensar que estas decisiones son las únicas que podrían considerarse como normas jurídicas establecidas. En la práctica son poco numerosas. La jurisprudencia sería entonces una fuente muy limitada. Además, como lo señala el profesor Boulanger, la jurisprudencia no puede crear un formalismo, contractual o procesal, y forjar reglas de carácter cuantitativo. La determinación de un plazo, por ejemplo, es un caso donde la limitación de la jurisprudencia francesa como fuente de derecho salta a la vista.

Más aún, conforme al segundo elemento, ¿cuántas decisiones de los tribunales y de las Cortes se publican? A pesar de las numerosas publicaciones que existen en Francia y que en gran mayoría se deben a la iniciativa privada, no es posible publicar absolutamente todas las sentencias. Las que no se publican no podrían entonces tener el carácter de norma jurídica establecida. La tarea de los juristas sería muy complicada, pues necesitarían saber con exactitud cuáles resoluciones se han publicado y cuáles no, para conocer el estado del derecho vigente.

⁴⁷ Vid. *supra*, p. 342.

Este argumento nos inclina a pensar que definitivamente la jurisprudencia no puede ser una fuente del derecho porque sería una fuente demasiado limitada que pondría en peligro la seguridad jurídica de los justiciables. No se le puede reprochar a un abogado o a un notario el hecho de no conocer absolutamente toda la jurisprudencia de todos los tribunales, en cambio sí se le puede reprochar el hecho de no conocer la ley.

En cuanto al tercer elemento tampoco se cumple con regularidad. Basta leer las notas escritas por los comentaristas de la jurisprudencia en las revistas especializadas y analizar la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones, para darse cuenta que no siempre existe consenso en los juristas. Es cierto que numerosas decisiones han sido admitidas por la opinión común de los juristas y se conservan y aceptan en el derecho francés; pero qué decir de una solución jurisprudencial que no está de acuerdo con el sentimiento de los especialistas. Las decisiones judiciales, en general, envejecen más rápido que los textos legislativos. En estos casos la tarea del abogado y del notario sería muy ardua para saber cuáles de todas las decisiones han recibido el consenso de los juristas y cuáles no.

Para algunos autores estos argumentos no le quitan a la jurisprudencia francesa su calidad de fuente del derecho; es el caso de los maestros Marty y Raynaud y del mismo profesor Maury. Para otros, el profesor Carbonnier sobre todo, la jurisprudencia no es más que un simple acto de autoridad, autoridad privilegiada como él dice.⁴⁸

2.4. *La autoridad de la jurisprudencia es una autoridad de hecho*

Terminaremos este estudio con la opinión de los maestros Carbonnier y Boulanger al respecto.⁴⁹ “La jurisprudencia no es una verdadera fuente del derecho civil, comparable a la ley o aun a la costumbre. Pero es una *autoridad* y una autoridad considerable en derecho civil”.⁵⁰ Refi-

⁴⁸ Carbonnier, J., *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 117.

⁴⁹ Es la opinión que sostiene el profesor Boulanger en su artículo del *Répertoire de Droit Civil*, pero en su artículo publicado en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1961) el maestro parece inclinarse más hacia la posición contraria, a saber que la jurisprudencia sí es una fuente del derecho.

⁵⁰ Carbonnier, J., *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 115.

riéndose a la opinión común de los juristas el maestro Boulanger agrega: “La jurisprudencia tiene plena autoridad si está en acuerdo con esta opinión, y mientras dure este acuerdo: es autoridad de hecho, dependiendo de un poder de hecho”.⁵¹

En cuanto al argumento según el cual el juez crea normas jurídicas el profesor Carbonnier responde que más que una creación es más bien una *construcción*. Crear es partir de la nada. Los jueces nunca podrán partir de la nada; siempre tendrán que fundamentar sus decisiones en textos legislativos existentes que en sí contienen la decisión que procede. Podríamos citar también en este sentido al maestro Boulanger cuando a propósito del artículo 1384 del Código Civil francés, afirma: “la jurisprudencia francesa ha edificado su construcción, verdadero rasca-cielo, sobre la cabeza de un alfiler”.⁵²

3. Conclusión

Nos permitimos citar al maestro Ripert:

La doctrina que, por lo menos durante la primera parte del siglo XIX había manifestado alguna oposición a una jurisprudencia sospechada de interpretar la ley de manera demasiado amplia, ha expresado su más grande admiración hacia el progreso que una jurisprudencia innovadora ha traído, y la ha incitado a hacer todavía más, liberando el derecho del yugo de la ley escrita. La jurisprudencia ha sido considerada como fuente del derecho al igual que la ley.

Los más sorprendidos de esta atribución de un poder legislativo han sido los jueces. No tenían la pretensión de crear un derecho nuevo, sino por prudencia y sabiduría son, los conservadores del derecho establecido . . . Ya no es una interpretación sino una creación lo propuesto. Es sin embargo, imposible admitir en el marco de nuestra Constitución actual, que el poder judicial tenga el poder de crear reglas de derecho. La doctrina que pretende dár-

⁵¹ Boulanger, J., *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 23.

⁵² Boulanger, J., *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, 1961, núm. 3, p. 431.

selo está preocupada ella misma por un tal poder. Busca sus límites para no admitir el arbitrio del juez y la concepción del derecho libre.⁵³

53 Ripert, G., *op. cit.*, *supra*, nota 11, pp. 381, 382, 384.