

mentos, es posible construir una sociedad abierta, libre y, finalmente, justa, plenamente justa, pensando en el otro del mismo modo que el otro piensa en uno mismo y pensando en la propia colectividad. Ahí está la tolerancia para cumplir esa función de argamasa social, de cohesión, de freno, límite o barrera,

frente a los abusos, las imposiciones y las injusticias.

Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Departamento de Historia  
del Derecho y de las Instituciones  
Facultad de Derecho. Universidad  
Complutense de Madrid  
e-Mail: fmartine@der.ucm.es

María José FALCÓN Y TELLA, *La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 220 pp.

La nueva obra de la profesora María José Falcón y Tella plantea de una forma clara, concisa y concreta las cuestiones fundamentales que se enmarcan en el estudio de la jurisprudencia. Cuestiones problemáticas, llenas de contenido práctico e inmenso interés, que nuestra época demandaba una reflexión profunda a fin de dar respuesta a las propias exigencias de la ciencia del Derecho.

Desde un enfoque histórico, de Derecho comparado y de teoría general del Derecho, se da respuesta de una manera ordenada y coherente a los interrogantes que giran en torno al concepto de jurisprudencia, su carácter de fuente o no del Derecho y su función a desempeñar.

Con claridad expositiva, el trabajo se divide en tres apartados fundamentales: la jurisprudencia como

ciencia en el Derecho romano; el precedente judicial en los sistemas de Derecho anglosajón —distinguiendo, a su vez, dentro de ellos entre el sistema inglés y el norteamericano—, y la jurisprudencia en el Derecho continental —especialmente en el ordenamiento jurídico español—.

Entendida la «iurisprudencia» romana como *prudentia iuris*, señala la virtud del Derecho romano, la razón por la cual su aportación al orden social de Occidente perdura, en haber sido un Derecho jurisprudencial, es decir, científico, en vez de un orden impuesto por el legislador. Con respecto al carácter científico, es clásica a este respecto la definición de jurisprudencia dada por Ulpiano en el Digesto (D. 1.1.10.2) como «*divinarum atque humandarum rerum notitia, iusti atque injusti sciencia*», es

decir, como conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto.

Si bien, como bien señala la autora, la «iurisprudencia» no equivale al moderno concepto de ciencia del Derecho, sino a la noción que de ésta tenía el Derecho romano.

En este punto, especial interés despierta al lector de nuestro tiempo la exposición y reflexión que realiza la autora del término «iurisprudencia» como «prudencia» aplicada al mundo del Derecho, de carácter eminentemente pragmático, diferenciándolo de la *scientia* y la *sapientia*, de carácter cognitivo o científico. La «prudencia» en el campo del Derecho es el arte de buscar lo justo y omitir lo injusto y, en consecuencia, con la «iurisprudencia» romana no se pretendía investigar una verdad «científica» a través de una construcción lógica, sino que se buscaba obtener un resultado «práctico», la actuación de la justicia en las relaciones sociales. Teniendo en su base la filosofía griega, especialmente la de Aristóteles y el Estoicismo, la virtud de la prudencia aplicada al Derecho es «teleológica», pues no considera a la acción en sí misma, sino en cuanto conduce al bien del hombre, que actúa como fin. Por otra parte, la grandeza de la «iurisprudencia» romana, por su carácter casuístico, inductivo e intuitivo, contrasta con el valor de la ciencia del Derecho

hoy en día como elaboración teórica doctrinal.

Por ello resulta obvio —como bien señala la profesora María José Falcón y Tella— que la jurisprudencia romana designaba el resultado de la actividad de un tipo especial de hombres, cualificados por su papel en la vida pública, que les exigía determinadas cualidades, especialmente la «prudencia», lo cual les confería *auctoritas* moral, en virtud de su personalidad, como *auctor*, como hombres egregios. El jurista era un hombre de *officium*, un hombre virtuoso, que buscaba como meta la realización bien hecha de una tarea. De esto se deriva que el modelo prudencial no se pueda desligar de la mejora personal, profesional e intelectual, las cuales repercuten unas en otras, al servicio de la forja de la personalidad. A diferencia de lo que ocurre en la actualidad, el jurisconsulto no era un mero exegeta o técnico de la ley, sino una persona con *auctoritas* —diferente de *potestas*—, pieza fundamental en el proceso de formación y creación del Derecho romano. La jurisprudencia en el Derecho romano es, por tanto, una fuente del Derecho que no depende del legislador ni del juez, sino de los expertos.

Cambiando de tercio nos adentramos en el apartado correspondiente al precedente judicial en los sistemas de Derecho anglosajón,

tradición jurídica de la cual María José Falcón y Tella posee un conocimiento privilegiado que muestra en su exposición de forma rigurosa, clara y muy útil y recomendable para aquellos que quieran conocer con rigor científico qué es y cómo funciona la familia jurídica del *common law* con sus matices y peculiaridades propias.

De las diferencias entre los principales tipos de sistemas jurídicos anglosajones en materia de jurisprudencia —básicamente el inglés, el estadounidense y el escocés— se ocupa ampliamente en su obra, si bien, antes de analizar el sistema anglosajón hacia el interior, lleva a cabo un estudio hacia el exterior, contraponiéndolo a los Derechos continentales, de base romano-germánica, destacando como nota curiosa que, pese a que el sistema anglosajón no es de base romanista en líneas generales, sino más bien todo lo contrario, sin embargo, en materia de jurisprudencia existe una gran analogía entre el Derecho anglosajón, más en concreto el inglés, y el Derecho romano, entre la *jurisprudence* inglesa y la *iurisprudentia* romana.

Siguiendo la exposición que realiza la autora del Derecho inglés —recordemos que el Derecho inglés es básicamente jurisprudencial frente al Derecho continental *civil law* de origen romano y expresión legislativa—, donde mejor se plas-

ma la separación entre los ordenamientos de tradición jurídica continental y los anglosajones es en su sistema de fuentes. El Derecho inglés es un Derecho de casos —*case law* en sentido amplio—, eminentemente jurisprudencial.

Centrándonos en el Derecho creado por los jueces —*judge made law*—, especial consideración por su reflexión merece la *equity* como parte de él. La *equity* inglesa está entendida no al modo romano-germánico —como justicia del caso concreto, justicia moderadora—, sino a la manera anglosajona, como sistema jurisdiccional propio, derivado de la discrecionalidad de los jueces y árbitros a la hora de aplicar consideraciones generales de justicia a las controversias jurídicas; únicamente tiene en común con la noción continental de «equidad» —aparte de su denominación que conduce lógicamente a equívoco— su inicial origen histórico en la *aequitas canonica*. Mas hoy en día, sin embargo, el equivalente de la «equidad continental» no vendría constituido por la *equity inglesa*, sino más bien por lo que se conoce como *natural justice*.

Así, la *equity* inglesa, la «jurisprudencia de equidad» —*equity jurisprudente*—, como rama del *case law*, que constituye una categoría diferente tanto del *statute law* como del *common law* —la expresión *common law* en sentido am-

plio designa al Derecho anglosajón en general, frente al *civil law* o Derecho continental, y en sentido más restringido el conjunto sistemático de principios y reglas jurídicas no escritas, un Derecho consuetudinario de carácter feudal extraído de los precedentes judiciales emanados de los Tribunales reales de Westmister Hall, que se han denominado precisamente *Courts of Common Law*, es el conjunto de principios constituidos a partir de los precedentes del antiguo Tribunal de la Cancillería. Actualmente, tras las *Judicature Acts*, el *common law* y la *equity* se imparten por los mismos Tribunales, pero sus principios son tan diferentes que incluso en los últimos tiempos constituyen ramas separadas del *case law*. Estas diferencias en sus reglas y principios son consecuencia de su diverso origen histórico.

Nos hemos extendido en exponer la *equity* inglesa porque suele ser ésta una institución atractiva para el jurista de formación continental cuando se adentra en el conocimiento de la tradición anglosajona buscando entender la raíz de su funcionamiento y posibles aproximaciones al sistema continental. En esta obra, el lector encontrará conceptos claros y la forma real de funcionamiento de esta institución en las diferentes tradiciones anglosajonas.

Ahora bien, no olvidemos que es al estudio del precedente judicial

al que la profesora María José Falcón y Tella dedica una exposición amplia, detallada, sistemática y rigurosa, como la principal fuente del Derecho anglosajón.

Frente a la norma jurídica —*legal rule*— se encuentra la regla del precedente —*rule of precedent*—. En terminología continental: frente a la ley, el precedente.

Como señala la autora, un «precedente» judicial es un juicio o decisión de un Tribunal de Justicia citado con autoridad para decidir un caso similar de la misma manera, o bien de acuerdo con el mismo principio o por analogía. En un sistema jurisprudencial como el de la familia romano-germánica la concepción del Derecho es de carácter «cerrado» —son Derechos o sistemas cerrados— en los que cualquier asunto puede y debe, al menos teóricamente, recibir solución mediante la «interpretación» de una norma jurídica generalmente formulada de antemano por el legislador en términos bastante amplios. Por el contrario, los sistemas anglosajones son ordenamientos «abiertos» e incluso, donde se da por supuesta la existencia de numerosas lagunas, en los que la misión del jurista se centra fundamentalmente en el proceso de descubrimiento y establecimiento de normas particulares, dirigidas a la solución de los casos concretos y aplicables al supuesto específicamente planteado.

Respecto a la pregunta de si el precedente es vinculante o no. En esta materia rige el principio del *stare decisis* o *stare decisis quieta non movere*, es decir, el «atenerse a lo ya decidido y no modificar lo que existe». Sin embargo, esta regla admite excepciones cuando la decisión anterior es evidentemente contraria a la razón, y todavía más si es opuesta a la ley divina. La doctrina del Derecho es la siguiente: los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos que sean netamente absurdos o injustos.

Analizadas por la autora las diferencias entre los sistemas jurídicos del *common law* y los sistemas jurídicos continentales, así como las principales diferencias entre el precedente anglosajón y la jurisprudencia continental, finaliza esta segunda parte de su trabajo con unas reflexiones e indicaciones —a tener presentes en la actual aproximación entre los sistemas de Derecho codificado y los de *case law*— de las cuales no queremos privar al lector, por ser unas líneas muy esclarecedoras, propias de quien conoce a fondo ambos sistemas.

Como es bien apreciable, en nuestros días asistimos a un paulatino acercamiento entre los sistemas de Derecho codificado y los de *case law*. Por un lado, la jurisprudencia tiene hoy un papel más activo en la Europa continental —el uso del precedente es cada vez más

frecuente— y, por otro, en los sistemas del *common law* las normas legislativas son cada vez más relevante. Esto tiene como consecuencia que en los estudios teóricos del precedente en la cultura jurídica anglosajona se hable no tanto de su fuerza —*strength*— como de su ámbito —*scope*—, y, a su vez, que en los sistemas continentales se discuta acaloradamente su papel o no de fuente de Derecho.

Como bien indica María José Falcón y Tella, no obstante lo anterior, las diferencias entre la organización judicial anglosajona y la continental continúan siendo muchas, tanto en la teoría de las fuentes como en la cultura jurídica. De ahí que se considere un error metodológico adoptar una doctrina, la de los precedentes anglosajones, extraña al sistema continental, para explicar un fenómeno de este sistema como referencia a decisiones anteriores. El precedente sería toda decisión judicial anterior relevante para la solución de casos futuros. Una teoría que trate de justificar y explicar el uso de los precedentes continentales no debería ser una copia, ni siquiera una adaptación, de la teoría anglosajona.

Y es que, pese a este acercamiento entre el precedente anglosajón y la jurisprudencia continental, existiría algo que los sigue distinguiendo: la jurisprudencia continúa siendo considerada como un mecanismo

de control de la uniformidad en la aplicación del Derecho —especialmente a través de la casación—, mientras que los precedentes son empleados más bien como técnicas de «argumentación jurídica».

A este fin —señalar peculiaridades y notas específicas de la jurisprudencia continental, tanto frente a la jurisprudencia romana como en relación con el precedente anglosajón— obedece el estudio realizado por la autora en el Cap. IV de la obra, el más extenso, en el que analiza con rigor científico y sistemático dentro de la jurisprudencia continental el sistema jurídico español.

Junto al concepto de jurisprudencia expuesto en los capítulos anteriores existe una tercera acepción del mismo. Es la *jurisprudencia* francesa o romano-germánica. Se trata de la jurisprudencia como fenómeno judicial, como conjunto de decisiones de los tribunales o, para hablar con más propiedad, de unos tribunales concretos. Ésta es la acepción de la jurisprudencia que rige en el Derecho español y que lo podemos definir como «la identidad de razón común a un conjunto de sentencias provenientes de la sala correspondiente del Tribunal Supremo o a las sentencias provenientes del Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Ahora bien, como bien apunta María José Fal-

cón y Tella, la cuestión no termina aquí. Cabría hoy, tras la Constitución de 1978, hablar aún de más jurisprudencias, de una verdadera «superposición de jurisprudencias». Junto a las jurisprudencias de ámbito «interno» español —central (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) y autonómico (Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas)— tenemos al ámbito «internacional» —el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

Tras analizar desde el Derecho positivo las notas características y funciones de la jurisprudencia de los órganos anteriormente mencionados, María José Falcón y Tella lleva a cabo un estudio más profundo y detallado de la *ratio* de la sentencia. Diversas acepciones y conceptos afines que permite al jurista adquirir los conocimientos necesarios para conocer el escurridizo requisito de la «identidad sustancial de fallos» exigido en nuestro sistema jurídico para que haya jurisprudencia.

Unido igualmente al requisito de la habitualidad o reiteración, pero en sentido cualitativo, no cuantitativo, para que haya jurisprudencia del Tribunal Supremo en nuestro país se exige la «identidad sustancial de fallos». Se requiere que los fallos sean idénticos, una igualdad

o uniformidad de criterio al resolver la cuestión. Esto implica que se trate de «supuestos» esencialmente idénticos y «soluciones» igualmente idénticas, que la razón por la que se decide sea la misma.

Por otra parte, SSTS hablan de casos «análogos» y casos «idénticos», si bien no hay contradicción entre el empleo de ambos adjetivos, pues los casos deben ser «análogos» —esto es, semejantes— a nivel fáctico de los hechos, e «idénticos» en la esencia, en la *ratio* —en aquellas notas que constituyen la clave por la que se decide—. A esto se conoce como *eadem ratio decidendi*. Se entiende por *ratio decidendi* de la sentencia lo que no son consideraciones circunstanciales —*obiter dicta*—. Lo esencial es el fallo y aquellas partes de los «considerandos» que lo fundamentan, la base, razón decisiva o inmediata, de la decisión, no las restantes razones incidentales. Por otra parte, conceptos afines como *causa legis* —en los negocios jurídicos—, *ratio legis*, *ocassio legis*, *anima legis*, *ratio legislatoribus*, *ratio histórica*, *corpus*, *opinio iuris* —en la costumbre—, etc., son amplia y claramente desarrollados por la autora.

Expuestas las funciones que desempeña la jurisprudencia en el sistema español, ante la pregunta de si es la jurisprudencia —especialmente la del Tribunal Supremo— fuente del Derecho en el ordena-

miento jurídico español, la doctrina está dividida y María José Falcón y Tella pasa revista sintéticamente a los principales argumentos al servicio de una u otra posición doctrinal. Especial consideración merece en relación con la pregunta que nos ocupa el estudio realizado en torno a la jurisprudencia y la equidad, así como la analogía.

Para averiguar cuál es el valor de la jurisprudencia —objeto de esta obra— y responder coherentemente al interrogante de si es o no fuente del Derecho en los sistemas continentales como el español, es preciso matizar cuál es el concepto de fuente que se maneja: el material o el formal. El primero respondería a la cuestión ¿quién crea el Derecho, qué fuerza social?, y el segundo respondería a la pregunta ¿cómo se crea el Derecho, por qué cauces o procedimientos formales?

*De iure* la jurisprudencia, la del Tribunal Supremo en el Derecho español no es fuente de Derecho. El art. 1.1 del Código Civil no enumera la jurisprudencia entre las fuentes del ordenamiento jurídico español y ésta es una enumeración exhaustiva. La función asignada a la jurisprudencia en el Título Preliminar del Código Civil es de «complemento» del ordenamiento jurídico. Si dijese que lo «completa» podríamos entender que efectivamente se trata de una fuente de Derecho, pero no es así. La jurisprudencia

dencia no crea normas, se limita a interpretarlas y aplicarlas, mientras que las fuentes sí las crea.

Sin embargo, «de hecho» la jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy importante. Se dice que «la ley reina y la jurisprudencia gobierna», y a veces se ha considerado que la jurisprudencia del TS es fuente, aunque no en sentido formal, sí una fuente «material», «secundaria» o «impropia» con un valor de interpretación orientadora, autorizada, pero no vinculante, y con efectos no generales, sino limitados a los litigantes. La jurisprudencia no vincula a los tribunales inferiores, que únicamente dependen de la ley. Tampoco vinculan al propio tribunal que puede cambiar de jurisprudencia. No obstante —como apunta María José Falcón y Tella—, el Tribunal Constitucional, a partir del reconocimiento del principio de igualdad en la Constitución, ha elaborado una doctrina que, para algunos, supone la instauración de dicha justicia constitucional como auténtico precedente, fuente del Derecho. Se trata de la exigencia de que un mismo órgano no pueda modificar el sentido de sus decisiones sin justificar suficiente y razonablemente tal fallo.

La obra finaliza con una exposición de la principal normativa positiva en torno a las fuentes del Derecho y a la jurisprudencia

en el ordenamiento jurídico español desde la perspectiva de su evolución histórica, así como el tratamiento de la jurisprudencia en otros ordenamientos jurídicos continentales distintos del español —el Derecho alemán y el instaurado por el Código Civil suizo—, para concluir con una abundante y seleccionada bibliografía que da muestras del gran valor científico de la nueva obra y el rigor intelectual en su autora.

Se trata de una obra bien documentada, sólida y profunda de la cual el lector podrá sacar provecho y enriquecerse de los clarificadores análisis que la profesora María José Falcón y Tella realiza en el estudio de la jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental, especialmente por las disquisiciones de teoría del Derecho que adornan sus argumentos y que sitúan a esta nueva obra en lugar relevante entre las obras de referencia más significativas que se han consagrado a esta forma de manifestación del Derecho.

María de los Ángeles NOGALES  
NAHARRO

Departamento de Derecho  
Facultad de Ciencias Sociales  
y Jurídicas  
Universidad Católica «Santa Teresa  
de Jesús» de Ávila  
marian.nogales@ucavila.es