

LA INSUFICIENCIA DEL PRECEDENTE JUDICIAL  
EN EL SISTEMA JURÍDICO DE TRADICIÓN ROMANÍSTICA:  
UNA PERSPECTIVA DIACRÓNICA DE LA TRADICIÓN  
DEL DERECHO ROMANO, POR EL VALOR ACTUAL  
DEL JURISTA Y DE LA *PRUDENTIA IURIS*  
COMO ELEMENTOS DE RESISTENCIA

José Félix CHAMIE\*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Perspectiva romanista. El ius y la iurisprudencia. La prudentia iuris dentro del sistema de fuentes del derecho no se compara con el precedente judicial; aquélla es expresión de una actividad profesional y especializada alrededor de un sistema complejo de ius civile, ius gentium y ius honorarium, de la interpretación y de la búsqueda de la decisión más justa.* III. *Perspectiva hodierna. La posición jurídica del juez y su función social: la decisión justa del juez con ocasión del discernimiento de lo justo. El precedente judicial: su noción y su diferencia con la iurisprudencia romana. Similitud en el discernimiento sobre la decisión justa del caso concreto: el hábito de juzgar rectamente y la prudentia iuris del juez y del jurista. Insuficiencia del “precedente”.* IV. *Conclusión. El precedente judicial es insuficiente para resolver los problemas de la crisis actual del sistema de fuentes del derecho. En cambio la idea de iurisprudencia podría contribuir para llegar a mejores soluciones.* V. *Bibliografía.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Deseo expresar mi más sincera gratitud al ilustre profesor Jorge Adame Goddard, con todo mi afecto y amistad, y a la querida amiga profesora Laura Velázquez, por la invitación a participar en esta publicación en ocasión del 80

---

\* Profesor de derecho romano y derecho civil en la Universidad Externado de Colombia. Doctor en derecho por la Universidad de Roma “Tor Vergata”; [jose.chamie@uexternado.edu.co](mailto:jose.chamie@uexternado.edu.co).

Aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Para mí es motivo de gran honor participar en este emblemático homenaje.

Este escrito se propone apenas enunciar algunas reflexiones en clave diacrónica alrededor de uno de los argumentos más interesantes en la mente del jurista, el del precedente judicial, con el objetivo de distinguirlo de los elementos de la tradición romanística, en particular la *iurisprudentia*, y aprovechar la ocasión para, en clave diacrónica, proponer una relectura de la posición del jurista en el sistema actual de las fuentes del derecho. Desde ya, se debe decir que el precedente judicial no es igual al valor de la *opinio iuris* del jurista romano. La idea de precedente está en estrecha relación con el momento de aplicación del derecho, con la certeza y la seguridad jurídicas, con el principio de igualdad, con la motivación de la decisión judicial, con los fines del ordenamiento jurídico, con los fines del derecho en sí mismo, en últimas, con la justicia. No obstante, en los países del sistema jurídico de tradición romanista, en las últimas décadas, se ha venido empleando la expresión “precedente judicial” por una marcada influencia del derecho anglosajón, y se ha pretendido comparar el sistema de precedentes con la *prudentia iuris* romana. Sin embargo, en nuestros países realmente no se trata de “precedente” en el sentido del *common law*, sino más bien de técnicas de vinculación al precedente. Y, por otro lado, la *iurisprudentia* romana difícilmente es comparable con el precedente judicial. Es cierto que la certeza del derecho es un postulado básico, pero también es cierto que el sistema de fuentes del derecho del estatal-legalismo se encuentra en crisis, y que la ley como fuente principal del derecho, por lo mismo, es evidencia de esa crisis en la hipertrofia legislativa de nuestra época. Por esto, conviene al jurista reflexionar inclusive más allá de la idea de precedente judicial, y proponer una re-lectura de la tradición que permita devolver la *auctoritas* al jurista y, por qué no, a sus opiniones; aceptar que tenemos mucho más que los jueces *boca de la ley*, y que la *iurisprudentia* en el sentido romano podría ser hoy una vía de salida del laberinto del estatal-legalismo.

Intentaré abordar la cuestión del valor del precedente desde dos perspectivas sincréticas: la del derecho romano, para distinguirlo de la experiencia única del derecho romano en materia de *iurisprudentia* (II), y la hodierna, de la doctrina procesalista contemporánea sobre el precedente (III). Finalmente, enunciaré algunas reflexiones conclusivas que se deducen de ambas perspectivas (IV), con miras a evidenciar la autonomía de la ciencia jurídica como actividad de expertos, reposicionar la figura del jurista, y plantear soluciones a la crisis del sistema de fuentes del derecho en el estatal-legalismo.

II. PERSPECTIVA ROMANISTA. EL *IUS* Y LA *IURISPRUDENTIA*.  
LA *PRUDENTIA IURIS* DENTRO DEL SISTEMA DE FUENTES  
DEL DERECHO NO SE COMPARA CON EL PRECEDENTE JUDICIAL,  
AQUELLA ES EXPRESIÓN DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL  
Y ESPECIALIZADA ALREDEDOR DE UN SISTEMA COMPLEJO DE *IUS*  
*CIVILE*, *IUS GENTIUM*, Y *IUS HONORARIUM*, DE LA INTERPRETACIÓN  
Y DE LA BÚSQUEDA DE LA DECISIÓN MÁS JUSTA

Derecho, justicia, equidad, igualdad, al igual que sobre estas ideas dijera hace veinte años el profesor Fernando Hinestrosa, no es “ampuloso ni ocioso traer a colación estos conceptos, ni la actividad de quienes han de elaborar el primero, el derecho, para la regulación de la conducta de los miembros de una sociedad, interpretarlo y aplicarlo”.<sup>1</sup> Ahora más que nunca “se evocan las tareas primordiales del jurista romano (*agere, cavere, respondere*), la singular posición que ocupaba en la sociedad, la exigencia de condiciones, calidades y talante correspondientes a la trascendencia de la responsabilidad de su tarea, de su rol en la sociedad”.<sup>2</sup> El papel del jurista, y su importancia para la solución de muchos de los problemas que nos aquejan en la actualidad debe ser una cuestión a considerar con seriedad. Se ha pretendido comparar el precedente judicial con la jurisprudencia romana, y esto quizá merezca algunas precisiones. Para comprender mejor la idea de la actividad del jurista romano conviene aproximarse desde la idea misma del objeto de su estudio, el *ius*.

Como sabemos, en relación con la terminología en latín de los juristas romanos, *ius* / “derecho”, en sentido general, es *ars boni et aequi*, obra realizada conforme al sistema de reglas de un arte que une en su base el fundamento religioso, la dimensión ético-política y la igualdad (D. 1, 1, 1 pr.),<sup>3</sup> y se mantiene unido en un sistema gracias a la tarea de un grupo profesional

<sup>1</sup> Cfr. Hinestrosa, Fernando, “La profesión jurídica”, conferencia de instalación del Ier. Congreso Colombiano de Derecho Procesal, *Revista de Derecho Privado*, Cartagena de Indias, núm. 30, enero-junio de 2016, pp. 5 y ss.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> Acerca de la definición de Celso, indispensable ver las contribuciones de Gallo, Filippo, “Sulla definizione celsina del diritto”, *SDHI*, 53, 1987, pp. 7 y ss. (ahora en *Opuscula selecta*, Padova, 1999, pp. 551 y ss.); *id.*, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, que pone énfasis en el llamado que la definición hace en cuanto a ser el derecho obra del hombre y en cuanto a la igualdad; tal obra humana se desarrolla conforme a reglas y, yendo más allá de las palabras de Gallo, sobre la base de Riccobono reinterpretado por Catalano y de los juristas justinianos (Const. *Δέδωκεν / Dédōken* 7), uso la referencia a “sistema”. Considero que la referencia a *bomum* expresa bien el ligamen entre los momentos religioso, ético y jurídico, pero el discurso se ampliaría sobre aspectos que no es posible afrontar en esta ocasión.

de expertos que lo mejora cotidianamente y cuya existencia y actividad se presuponen en la palabra *ars* de la definición (D. 1, 2, 2, 13).

En otro tipo de definiciones, el *ius* es aquel que ha sido establecido por la *natura* y/o por la *naturalis ratio*, por las leyes, por los plebiscitos, por los senadoconsultos, por las Constituciones imperiales, por el edicto del pretor, por las opiniones de los juristas, por la costumbre (Gai. 1, 3-7; J. 1, 2, 3-10; D. 1, 1, 7).<sup>4</sup> Sin entrar en el examen de las referencias a la *natura* y/o a la *naturalis ratio* (Gai. 1, 1 = D. 1, 1, 9; J. 1, 2 pr. 2; D. 1, 1, 1, 3), se puede recordar cómo se precisa que la *lex* / “ley” es *quod populus iubet atque constituit* (Gai. 1, 3; J. 1, 2, 4), pero que son también leyes las otras disposiciones normativas que, si bien indirectamente, se reconducen a la expresión de la voluntad del pueblo: los plebiscitos mediante la *lex Hortensia* (Gai. 1,3; J. 1,2,4; D. 1, 2, 2, 8), los senadoconsultos por analogía de tratamiento con las decisiones de la plebe y por necesidad (J. 1, 2, 5; D. 1, 2, 2, 9), las Constituciones imperiales, mediante la *lex de imperio* (Gai. 1, 5; J. 1, 2, 6; D. 1, 2, 2, 11; D. 1, 4, 1 pr.), en fin, la costumbre (J. 1, 2, 9; D. 1, 3, 32) (como se sabe, el *legis vicem optinet / pro lege servetur / legis habet vigorem* de la doctrina de las fuentes, en ocasiones, derivó en un uso directo de la calificación de *lex* para tales disposiciones, y, para las Constituciones imperiales, devino también *legem esse constat*).<sup>5</sup> Por el contrario, el edicto de los magistrados es una expresión de la autolimitación del *ius edicendi* (Gai. 1, 6; J. 1, 1, 7; D. 1, 1, 7, 1).<sup>6</sup>

<sup>4</sup> No me detengo sobre las diferencias entre los tres elencos. Un elenco más completo del uso del término *ius* por parte de los juristas lo da Paulo en D. 1, 1, 11; también este elenco es incompleto, y la integración del siguiente fragmento, D. 1, 1, 12, es tan sólo un inicio: en efecto, en ese título el objetivo está delimitado. Los usos de *ius* para indicar el derecho del que una persona es titular no se toman en consideración en esta reflexión respecto a su relación con el término *lex*.

<sup>5</sup> *Cfr.* para la doctrina de las fuentes: Gai., 1, 3-5; Pomp., D. 1, 2, 2, 12; Ulp., D. 1, 4, 1 pr. 1; para los usos mencionados, por ejemplo para los plebiscitos, ya Quinto Mucio, D. 9, 2, 39 pr., calificaba como *lex* el plebiscito del tribuno Aquilio; para los senadoconsultos, Ulpiano, en D. 14, 6, 9, 4, calificaba como *lex* el Macedoniano; para las Constituciones imperiales, véase Papiniano, en D. 37, 5, 21 (junto con la Glosa, D. 37, 5, 7), Paulo, en D. 4, 5, 7 pr. *Cfr.* otros ejemplos en Heumann-Seckel, *Handlexikon*, s.v. *lex*, cada uno merecedor de explicación: por ejemplo: *lex Quiritium* en Ulpiano, D. 6, 1, 1, 2, ha provocado una nota en la traducción en alemán de los digestos, *a cura di Knütel et alii*, que precisan que se trata de las Leyes de las XII Tablas, y la misma edición Mommsen-Krüger (17a. ed.), al igual que H.-S. denuncian la sospecha de interpolación; sin embargo, también la interpolación tiene un autor cuyo uso del término no puede no interesar, y podría explicarse en relación con el latín de los grecoparlantes, de los que hablamos *infra*. Para la designación de las Constituciones imperiales como *leges* en época tardía, véase siempre Archi, Gian Gualberto, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970; *id.*, *Teodosio II e la sua codificazione*, 1976, *passim*.

<sup>6</sup> *Cfr.* Schipani, Sandro, “Releer y traducir los digestos. A propósito de la traducción de *ius* y *lex*. Observaciones introductorias para una lectura de limpieza terminológico-

El término “jurisprudencia” sabemos que tiene distintos significados, pero a pesar de ello no se trata de un término ambiguo.<sup>7</sup> En el sistema romano germánico, o también llamado de *Civil Law*, “jurisprudencia” tuvo inicialmente el significado de “ciencia del derecho”, referida especialmente a los juristas romanos (*iuris prudentes*) como señala Ulpiano (D. 1, 1, 10, 2), al definirla como “*divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”. Se trata de un particular discernimiento sobre la justicia y la equidad de las cosas, una toma de decisiones sobre lo que es más justo y más productor de igualdad. Este significado de ciencia del derecho no es ajeno a la tradición germánica, que forma parte de la familia del derecho romano, pero tampoco es extraño al mundo anglosajón.<sup>8</sup> No obstante ello, el término, en su significado romano, no es completamente equivalente al concepto moderno de “ciencia jurídica”, ni en el derecho germánico con el desarrollo de la *Jurisprudenz*, ni en el derecho anglosajón con su noción de *Jurisprudence*.

El equivalente griego de la noción romana está en la expresión *phronesis* (*Φρόνησις*), que se refiere a una sabiduría práctica, a la virtud del pensamiento moral para la comprensión de la diferencia entre el bien y el mal, el conocimiento y la evaluación de lo justo y de lo injusto, de la decisión más productora de igualdad y de justicia, dentro de un sistema de lo correcto, honesto, probo, y más igualitario, para un mejor vivir y un mejor morir. Para los juristas romanos, *scientia* está por *systema*, o *système* (*Σύστημα*) en griego. Así, *prudentia* no es propiamente *sapientia*, conocimiento en sí mismo, sino *ars*, entendido como un sistema de lo bueno y lo equitativo, un arte encaminado a distinguir ciertas cosas, alcanzar unas y evitar otras, conocimiento de lo que es justo y de aquello que no lo es; en otras palabras, una *prudentia* en el campo del derecho (*prudentia iuris*),<sup>9</sup> se insiste, de la solución

---

conceptual”, *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Externado de Colombia, 2014, t. I, pp. 28 y ss.; *id.*, “I giuristi iuris conditores / fondatori del diritto”, *Roma e America*, 13, 2002, p. 275; *id.*, “Nómos e lex e il loro rapporto con il ius”, en A. Lamarra y C. Buccolini (dirs.), *Nomos-lex. XV Colloquio Internazionale del Lessico Intellettuale Europeo. Atti del convegno*, Roma, 4-6 gennaio 2016 (en preparación).

<sup>7</sup> Falcón y Tella, María José, *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law*, Brill, Hague, 2011, pp. 7 y ss.

<sup>8</sup> La voz “jurisprudencia” significa “ciencia adquirida del derecho”, *prudentia iuris*, pero también el hábito práctico de aplicar la ley a los casos, o el resultado de este hábito, los precedentes y el conjunto de decisiones semejantes dadas sobre un punto: García Goyena, Florencio y Aguirre, Joaquín, *Febrero ó Librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid, Roix, 1842, p. 6.

<sup>9</sup> *Cfr.* Adame Goddard, Jorge, “Método para la solución de casos jurídicos”, *Ars Iuris*, núm. 37, 2007, pp. 13 y ss., que además con lucidez explica cómo “[e] razonamiento pru-

cada día mejor, en el sentido de la más cercana a lo honesto, a lo justo, a lo más productor de igualdad.

La elaboración de los juristas en el siglo II a.C. fue estructurada científicamente por Quinto Mucio, quien fue el primero que plasmó el método sistemático-constitutivo en la elaboración del derecho, y la jurisprudencia se elevó hacia aquel específico rol ambivalente de principio ordenador del derecho, autónomo e indispensable, para cualquier otro principio ordenador.<sup>10</sup> Es el carácter de indispensable que ostenta la labor de la jurisprudencia en el derecho romano, como lo observa el jurista Pomponio al trazar el *origo iuris atque processus*, cuando dice que “*ita in civitate nostra... aut est proprium ius civile, quod sine scriptum in sola prudentium interpretatione consistit*” (D. 1, 1, 1, 12), y este derecho se hace efectivo por los magistrados. Como dice Schipani, el presupuesto estructural asumido por este rol es el de una sociedad de libres e iguales, que en ella encuentra su propia expresión coherente y de ella constituye su fuerza.<sup>11</sup>

Los juristas, en su tarea cotidiana de mejorar y sistematizar el derecho, en su propia elaboración doctrinal engloban las normas producidas en un derecho fragmentario por el Senado, y luego especialmente por el príncipe, combinándolas con pericia en el campo de su propia elaboración, coordinándolas con otras fuentes, realizando de alguna manera una tarea de unificación al menos parcial.<sup>12</sup> Los (*iuris*) *prudentes* romanos son los juristas, y la *iurisprudencia* es el conjunto de las opiniones que se formulan en razón de su actividad, identificada con la moderna doctrina. Las fuentes (Gai., 1, 5;

---

dencial propio del Derecho está orientado a definir la conducta justa, por lo cual se le llama prudencia de lo justo o jurisprudencia. Por su fin se distingue de la prudencia ética orientada a definir la conducta buena desde el punto de vista del bien o perfección de la persona, y de la prudencia política que define la conducta adecuada al bien común”; Falcón y Tella, M., *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law, cit.*, p. 7.

<sup>10</sup> Cfr. Schipani, Sandro, “Releer y traducir los digestos. A propósito de la traducción de *ius* y *lex*. Observaciones introductorias para una relectura de limpieza terminológico-conceptual”, *cit.*, pp. 28 y ss.; *id.*, “I giuristi iuris conditores / fondatori del diritto”, *cit.*, p. 275; *id.*, “Nómos e lex e il loro rapporto con il ius”, *cit.* (en preparación).

<sup>11</sup> Cfr. Schipani, Sandro, *La codificación del derecho romano común*, trad. de J. F. Chamie, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 24 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. Volterra, Edoardo, “Il problema del testo delle costituzioni imperiali”, *La critica del testo. Atti del secondo Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971, p. 1096, observa: “los juristas se sirven de dichos pasajes y de tales citas [*sc.* de las Constituciones imperiales] en su tarea de construcción del Derecho reduciendo y traduciendo en reglas precisas y en principios generales las órdenes, las instrucciones, las decisiones imperiales emanadas por especies singulares, dando a decisiones de casos aislados y concretos el alcance de norma general y de principio abstracto, coordinando al sistema jurídico las normas y los principios por ellos individualizados y formulados”.

Pomponio en D. 1, 2, 2, 5 y 12; Papiniano en D. 1, 1, 7 pr.) afirman que la *auctoritas* o los *responsa prudentium* concurren en la formación de los *iura populi Romani* al mismo nivel de los otros hechos normativos. La *iurisprudencia* no es sólo una de las partes de todos los *iura*, sino que representa el momento central y unificador de la experiencia jurídica romana.<sup>13</sup>

Como lo señaló en su oportunidad Pugliese, el derecho que se produjo no estuvo constituido por un acercamiento atomista de soluciones particulares, cuya aplicación a nuevos casos era posible sólo si éstos podían en cierta manera coincidir con aquel inicialmente resuelto. Los juristas interpretaron y (re)elaboraron la solución de casos concretos, imaginaron otros casos, extrayendo de éstos reglas y principios.<sup>14</sup> El mismo Pugliese subraya la importancia de la diferencia entre derecho “casuístico-jurisprudencial” y “derecho casuístico-judicial”, porque el primero lleva el sello de la jurisprudencia. La época clásica estuvo indudablemente caracterizada por un número tal y una relevancia tal de preceptos particulares y concretos, que no se encuentra parangón en la experiencia de los sistemas jurídicos modernos; estos preceptos tenían su contrapeso en otros preceptos generales y abstractos igualmente importantes.<sup>15</sup>

La actividad interpretativa de los juristas se presenta en la formación y elaboración del derecho, de reglas y principios prácticos y científicos; en la experiencia romana el derecho se forma del “caso”, de la “solución del caso”. Pero de esta simple enunciación nace una gran cantidad de problemas reconstructivos e interpretativos de la tradición, pues la doctrina romanista está lejos de ser unánime en cuanto al “método” de los juristas romanos.<sup>16</sup> Mucho se ha dicho en relación con el derecho romano que fue un “derecho casuístico”; la idea ahora es introducir algo nuevo en la argumentación que se ha sostenido ya en la romanística, y vincular la reflexión con el argumento del precedente judicial, en especial en nuestro tiempo luego de investigaciones de interés.<sup>17</sup> Como sabemos, el método de los juristas romanos en el

<sup>13</sup> Talamanca, Mario, *Instituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 31.

<sup>14</sup> Cfr. Adame Goddard, Jorge, “Método para la solución de casos jurídicos”, *cit.*, pp. 13 y ss.

<sup>15</sup> Pugliese, Giovanni, “Spunti e precedenti romani nelle moderne codificazioni”, *Index*, 14, 1986, pp. 19 y ss.

<sup>16</sup> Cfr. Vacca, Letizia, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, 2a. ed., Torino, 2012, p. 133.

<sup>17</sup> Falchi, G., *Introduzione ai fondamenti del diritto Europeo*, Città del Vaticano, 2007, pp. 105 y ss.; Horak, F., “Osservazioni sulla legge, la casistica e il «case law» nel diritto romano e nel diritto moderno”, *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno di Cagliari*, Milano, 1982, pp. 67 y ss.; Thomas, J., “Aspetti metodologici della giurisprudenza romana classica”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata*, 30, 1971, pp. 311 y ss.; Vacca, Letizia, *Contributo allo*

estudio y la solución de los casos sometidos de diversa forma a su consideración era de tipo inductivo.

Como ha sido evidenciado en la romanística,<sup>18</sup> los *iuris prudentes*, al afrontar las cuestiones, no se comportan de manera muy distinta a como lo harán muchos siglos después los juristas del *Common Law* inglés. La aproximación al estudio de los hechos (como dirá luego el pretor, *da mihi facto dabo tibi ius*) está despojado de la búsqueda de un principio de legalidad propio de la mentalidad moderna, y que representa un “peso” que influencia psicológicamente al jurista y al juez en los ordenamientos del *Civil Law*.

Precisamente esta autonomía al afrontar los hechos del caso, y el análisis del caso mismo, sin prejuicios legalistas, es la que constituye el dato más significativo de la experiencia del *case law* romano, pero al mismo tiempo la más difícil de comprender para nosotros. Los romanos se valían de un método radicado en aspectos espirituales de su tiempo, actualmente desaparecidos por el paso de los siglos, el tiempo transcurrido que impuso en el derecho un *Volksgeist* objetivamente distinto, con una lógica deductiva que impera hoy, y de la cual el intérprete hodierno no podrá liberarse tan fácilmente.<sup>19</sup>

El jurista romano examina el caso en todos sus elementos y todos sus aspectos, precisamente la *iurisprudencia*, que si bien es definida como “*divinarum atque humanarum rerum notitiae iusti atque iniusti scientia*”, es en realidad conocimiento adquirido por el estudio de la experiencia. Inicialmente el proceso de escogencia de los elementos esenciales para la decisión o la solución de la cuestión puesta a consideración del jurista es intuitivo, pero se trata de una intuición culta, afinada por los años de ejercicio profesional en el ámbito de la asesoría jurídica tanto a privados como al emperador.

Pero con mayor importancia, ese criterio jurídico se ha formado en atención a la experiencia jurídica de otros colegas de su tiempo o del pasa-

---

*studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976; *id.*, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, *cit.*, pp. 133 y ss.

<sup>18</sup> *Cfr.* Pringsheim, E., “The Inner Relationship between English and Roman Law”, en *CLJ*, 5, 1935, pp. 347 y ss.; Stein, Peter, “I precedenti nella «Common Law»”, *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno di Cagliari*, *cit.*, pp. 53 y ss.; Dawson, J. P., *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, pp. 103 y ss.; Monateri, P. *et al.*, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, 2005, pp. 118 y ss.; *cf.* Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *Diritto@Storia*, núm. 10, 2011-12, *passim*.

<sup>19</sup> Pugliese, Giovanni, “I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto”, *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Firenze, 1977, pp. 29 y ss.; Talamanca, Mario, “La romanistica italiana fra Otto e Novecento”, *Index*, 33, 1995, pp. 159 y ss.; Mannino, V., “Considerazioni intorno a una presunta Pandettistica di ritorno”, *Europa e Diritto privato*, 2005, I, pp. 365 y ss.

do, conocimiento que consta en obras escritas o cuando menos mediante la tradición de orientaciones interpretativas ya consolidadas.<sup>20</sup> Las orientaciones prevalecientes se hacen *regulae*, es decir, la tendencia de ser prevalentes en la solución de los casos, consideradas de tiempo atrás ya las más razonables y plausibles, *pithaná*, para citar el título de la célebre obra de Labeón.

Se trata de los elementos esenciales para la solución, cuya efectividad los hace reglas elásticas y apropiadas para el caso concreto, y casos evidentemente similares. Al parecer, desprenderse de los elementos empleados en la solución de casos anteriores no sería posible; parecería que la analogía fue siempre aplicada en el contexto del *ius controversum* romano, donde los *responsa* jurisprudenciales fungían como de “precedente”,<sup>21</sup> o que desconocerlos al menos sería extraño a la mentalidad y al *modus operandi* de la jurisprudencia romana. Empero, esto no indica en sí mismo un paralelismo con la metodología de los juristas ingleses, que osaban atenerse a los precedentes ya antes de que en el tardo siglo XIX fuera sancionado formalmente el *stare decisis*.<sup>22</sup>

Sin embargo, el jurista romano no sentirá el vínculo de atenerse a la solución dada en casos similares cuando encuentre particulares características diferenciadoras entre el caso sometido a su consideración y la regla de casos anteriores. Esto recuerda el *distinguishing* sobre el cual a menudo se basan las decisiones de los tribunales en países del *Common Law*,<sup>23</sup> y si nos fijamos con atención, los juristas romanos usan la metodología de la distinción. Si, por el contrario, el jurista considera más relevantes los elementos que caracterizan al nuevo caso como caso análogo,<sup>24</sup> la solución debería ser como aquella tomada en el caso referencia o caso anterior.

<sup>20</sup> Cfr. Schipani, Sandro, “Releer y traducir los digestos. A propósito de la traducción de *ius* y *lex*. Observaciones introductorias para una relectura de limpieza terminológico-conceptual”, *cit.*, pp. 28 y ss.

<sup>21</sup> Talamanca, Mario, Comentario a F. Gallo, “Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32)”, *BIDR*, 1989-1990, pp. 92, 93 y 743.

<sup>22</sup> Vacca, Letizia, *Contributo*, *cit.*, pp. 21-23; Stein, Peter, *I precedenti*, *cit.*, pp. 54 y 55; Mattei, Ugo, “*Stare decisis*”. *Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, Milano, 1988; Criscuoli, Giovanni, *Introduzione al diritto inglese. Le fonti*, 2a. ed., Milano, 1994, pp. 325 y ss.

<sup>23</sup> Vacca, Letizia, *Contributo*, *cit.*, p. 27; Thomas, J., “The Art of Distinguishing”, *L’educazione giuridica*, II. *Profili storici*, Perugia, 1979, pp. 207 y ss.; Franchini, Lorenzo, “Il diritto casístico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *Diritto@Storia*, núm. 10, 2011-12, *passim*.

<sup>24</sup> Gallo, Filippo, “Alle origini dell’analogia”, *Diritto e processo nell’esperienza romana. Atti G. Provera*, Napoli, 1994, pp. 37 y ss.; Vacca, Letizia, “La «svolta adrianea» e l’interpretazione analogica”, *Metodo casístico*, *cit.*, pp. 39 y ss.; Mantello, Antonio, “L’analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici”, *Studi R. Martini*, II, Milano, 2009, pp. 605 y ss.

Resulta significativo que las dos posibilidades con las que puede ser solucionado un caso sometido a la consideración del jurista (solución con los elementos del caso de referencia o solución con elementos diferentes), de acuerdo con la técnica diairetica empleada por los juristas romanos, sean precisamente consideradas en la *responsa prudentium*; así formulada, de acuerdo con la técnica mencionada, indica alternativamente una u otra solución según las circunstancias de cada caso. El jurista romano no se ocupa de la verificación de los hechos, pero busca destacarlos cuando su valor específico así lo requiere, y a su vez cuando la distinción misma lo requiere.<sup>25</sup>

A título de ejemplo se toman en cuenta algunos pasajes del epitome de Paulo a los digestos de Alfenio Varo:<sup>26</sup>

*Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset. Respondit non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset [D. 10, 4, 19].*

*Servus cuiusdam insciente domino magidem commodavit: is cui commodaverat pignori eam posuit et fugit: qui accepit non aliter se redditurum aiebat, quam si pecuniam accepisset: accepit a servulo et reddidit magidem: quaesitum est, an pecunia ab eo repeti possit. Respondit, si is qui pignori accepisset magidem alienam scit apud se pignori deponi, furti eum se obligasse ideoque, si pecuniam a servulo accepisset redimendi furti causa, posse repeti: sed si nescisset alienam apud se deponi, non esse furem, item, si pecunia eius nomine, a quo pignus acceperat, a servo ei soluta esset, non posse ab eo repeti [D. 12, 6, 36].*

*Villae instrumento legato supellectilem non contineri verius est. Vineae et instrumento eius legato instrumentum vineae nihil esse Servius respondit: qui eum consulebat, Cornelium respondisse aiebat palos perticas rastos ligones instrumenti vineae esse: quod verius est [D. 33, 7, 16 pr. 1].*

Se observa cómo según las características del caso el jurista resuelve la *quaestio* o mediante la adecuación a la orientación precedente, o si no, dando lugar a una nueva regla con características específicas similares. Si no se trata de una nueva regla *ex casu*, entonces el jurista concede, en cierta medida, validez a la regla precedente mediante una metodología basada en el *ars boni et aequi*. Esta, precisamente, es una diferencia notoria con la dis-

<sup>25</sup> Cfr. Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *cit.*, *passim*.

<sup>26</sup> Se sabe que Alfenio fue discípulo de Servio, de cuya formación habría refinado esta técnica en los *responsa*; cfr. Guarino, Antonio, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1968, pp. 724 y ss.

ciplina hodierna del precedente judicial y su funcionamiento. Se refleja la elasticidad de una cierta forma de un “derecho casuístico”, pero por obra de los juristas y de su *interpretatio* del sistema complejo y articulado de fuentes del derecho. A propósito, el conocido pasaje de Paulo en D. 50, 17, 1, que podría considerarse un claro ejemplo del método casuístico romano: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*.

Desde la perspectiva sincrónica, se observa cómo a una orientación interpretativa la sustituye otra, mediante la interacción entre el *ius controversum* y la consolidación de interpretaciones u orientaciones jurisprudenciales.<sup>27</sup> La consolidación de reglas mediante su aplicación a casos análogos es, sin duda, quizá un aspecto común a los juristas romanos y anglosajones, pero con la marcada diferencia —por lo menos en los periodos preclásico y clásico— de que en ese derecho romano la consolidación de las reglas se da con el *ius controversum*. El siempre presente problema de la fuerza de la ley (*legis vicem*) de la *responsa prudentium* y su larga vicisitud que pasa por el *ius publice respondendi*, la ley de citas y la codificación de Justiniano.

En cierta medida también en el *Common Law* se observa la consolidación de orientaciones jurisprudenciales: pero esto ocurre con el paso del tiempo, y a uno se sustituye otro, desde un punto de vista diacrónico.<sup>28</sup> Entre los siglos II a.C. y III d.C. coexisten distintas tendencias jurisprudenciales opuestas, empleadas para resolver el mismo género de casos, valga recordar las posiciones contrapuestas entre sabinianos y proculeyanos, que compartieron su vigencia en un mismo periodo de tiempo. Se debe decir que “vigentes” en el sentido de que eran objeto de aplicación inclusive en sede judicial, pero no eran todavía *ius receptum*.

Esto en cuanto a partir de la mitad del siglo III a.C. la consultoría jurídica se desarrolla de forma libre, por lo cual los casos similares iban sometidos a la *responsa* de distintos juristas, con soluciones basadas en diferentes *rationes decidendi*. Pluralidad y divergencia propia de una jurisprudencia que no estaba todavía influenciada por la autoridad imperial. Otro aspecto es que no existía un órgano oficial que unificara la actividad interpretativa, lo que hoy se observa inclusive para el jurista del *Common Law*.

No es el caso ahora de revisar a fondo la realización práctica del *ius controversum*, tan sólo mencionar que detrás de la labor del jurista están siempre los principios de buena fe y equidad, y que ninguna otra sociedad supo darse

<sup>27</sup> Cfr. Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *cit.*, *passim*.

<sup>28</sup> Cfr. Cannata, Carlo Augusto, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, 2a. ed., Milano, 1976, p. 56; Criscuoli, Giovanni, *Introduzione*, *cit.*, pp. 231 y ss., p. 274.

un ordenamiento jurídico como lo hizo la romana en el periodo clásico de la jurisprudencia. El fenómeno jurídico expresa una variedad de tendencias que imponen soluciones distintas a casos similares, pero de manera espontánea estas tendencias se superan para avanzar hacia la uniformidad de las decisiones, y es también el caso del derecho romano a partir del siglo II d.C., al superar la dialéctica jurisprudencial entre sabinianos y proculeyanos.

No han faltado intentos para explicar la fuerza vinculante de la jurisprudencia en los distintos casos: 1) *responsa* acogidos de inmediato en la praxis; 2) *responsa* acogidos parcialmente; 3) *responsa* rechazados de inmediato.<sup>29</sup> Pero cuáles eran los mecanismos para establecer el carácter vinculante de una u otra línea jurisprudencial o bien de una u otra línea de interpretación. Es posible formular hipótesis razonables, pero no tenemos los elementos suficientes en las fuentes para afirmar que fuese un rescripto imperial a poner fin a la controversia interpretativa, o lo fuese la opinión de un jurista de gran autoridad. Se piensa entonces en el *ius publice respondendi* otorgado por Augusto a ciertos juristas. Se sostiene que Juliano, último de los sabinianos,<sup>30</sup> habría cumplido esta función, por así decirlo, de unificar criterios.<sup>31</sup> En la mayoría de los casos las fuentes no dicen que la jurisprudencia misma ponga fin al estado de *ius controversum*, alcanzando cierta uniformidad interpretativa. Esta perspectiva podría sostenerse con base en el célebre rescripto citado por Gai. 1, 7, y así los *responsa prudentium* habrían tenido una eficacia de tipo para-legislativo.<sup>32</sup>

Se debe tener en cuenta también la hipótesis según la cual habría sido la praxis la que dio prevalencia a una corriente sobre otra.<sup>33</sup> Es decir, una orientación interpretativa que prevalecía por la aprobación general de usos y costumbres jurídicamente relevantes.<sup>34</sup> El *ius controversum* se transforma en *ius receptum*. La noción de *ius receptum* (o *inductum*) se confirma en las fuentes,<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Gallo, Filippo, “La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1.3.32: teoria giuliana o interpolazione postclassica?”, *BIDR*, 1991-1992, pp. 94, 95, 99 y ss.; Giaro, Tomasz, “Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale”, «*Fides, Humanitas, Ius*». *Studii L. Labruna*, IV, Napoli, Jovene, 2007, pp. 2249-2252 y ss.

<sup>30</sup> Pomp. D. 1, 2, 2, 53.

<sup>31</sup> Schulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 219.

<sup>32</sup> *Cfr.*, *ibidem*, p. 209; Gallo, Filippo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1971, 47-48, pp. 153 y ss.

<sup>33</sup> Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *Diritto@Storia*, núm. 10, 2011-12, *passim*.

<sup>34</sup> Betti, Emilio, “La creazione del diritto nella «iurisdictio» del pretore romano”, *Studi G. Chiovenda*, Padova, CEDAM, 1927, pp. 65 y ss.

<sup>35</sup> Gai. 3, 82; 3, 160; D. 1, 3, 14; D. 1, 3, 32; D. 2, 1, 14; D. 9, 2, 51, 2; D. 19, 1, 11, 8; D. 21, 2, 56, 7; D. 22, 1, 2; D. 24, 1, 1; D. 27, 4, 1 pr.; D. 30, 71, 4; D. 35, 1, 24; D. 35, 1,

y hace referencia en particular a la praxis judicial, a las sentencias de los jueces.

Se dice que en relación con el *ius controversum*, desde la perspectiva sincrónica, hay una cercanía entre el derecho romano y la experiencia anglosajona,<sup>36</sup> pero si bien en ciertos aspectos son similares, la primera difiere notablemente de la segunda. La referencia al periodo arcaico dentro del paralelismo entre los dos modelos en comento había ya sido evidenciada por la doctrina, al señalar la posible analogía entre las funciones del “tribunal ciudadano” en el periodo de las *legis actiones*, y las cortes centrales de Londres en los siglos XII al XVII.<sup>37</sup>

Es posible sostener que en la época arcaica, en el periodo del derecho pontifical, la actividad de asesoría jurídica se desarrollaba por medio de un monopolio de la interpretación por parte del colegio de los pontífices, en relación con los *mores maiorum*, y que evidencia una pluralidad de horizontes interpretativos. Esto es así si se observa desde la perspectiva diacrónica. Vale la pena preguntarse entonces con qué modalidad se desarrollaban el *agere*, *cavere*, *respondere* de la jurisprudencia de los pontífices, cómo expresaban sus opiniones oficiales, para realizar un completo análisis comparativo de los dos sistemas.

El proceso de centralización del poder a partir de Augusto, y el absolutismo del mismo durante la época posclásica, en especial a partir de Constantino, modificaron sensiblemente el cuadro de las fuentes formales del derecho, y entonces la codificación iba a marcar un punto de particular importancia al colocar definitivamente a las Constituciones imperiales (*leges*) en la cúspide de la jerarquía.<sup>38</sup> El otorgamiento por Augusto del *ius publice respondendi ex auctoritate principis* a algunos juristas, precisamente a aquellos que simpatizaban con las reformas constitucionales que hacían caminar la República hacia el Principado, fue el inicio de un largo pro-

---

73; D. 39, 3, 3, 3; D. 40, 7, 2, 4; D. 41, 2, 1, 14; D. 41, 2, 32, 2; D. 44, 7, 5 pr.; D. 45, 1, 4, 2; Paul. Sent. 5, 2, 2; Gell. 12, 13, 3.

<sup>36</sup> Gorla, Gino, “Studio storico-comparativo della «common law» e scienza del diritto (le forme d’azione)”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, I, 1962, pp. 25 y ss.; Pringsheim, F., *The Inner Relationship*, cit., pp. 347 y ss.; Stein, Peter, *Roman Law and English Jurisprudence in Yesterday and Today. An Inaugural Lecture*, Cambridge, 1969, pp. 3 y ss.; Sarfatti, M., “«Roman Law» and «Common Law»: Forerunners of a General Unification of Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 3, 1954, pp. 102 y ss.; Peter, Hans, «Actio» und «Writ». *Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*, Tübingen, 1957, pp. 51 y ss., 81 y ss.

<sup>37</sup> Cfr., por todos, Franchini, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, cit., *passim*.

<sup>38</sup> González de Cancino, Emilssen, “Non exemplis sed legibus iudicandum est”, *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper Polo*, Santiago, 2007, pp. 415 y ss.

ceso que llegaría dentro de la misma codificación justiniana a su cúspide, con la idea de un desplazamiento de la base del valor de las opiniones jurisprudenciales: sólo las acogidas en la codificación de Justiniano, y en las formas en que allí se presentaban, podían ser consideradas verdaderas fuentes del derecho.<sup>39</sup>

Una fuente que, aunque parezca aislada, alimenta el debate acerca del sistema de fuentes en el derecho romano y el valor del precedente es D. 1, 3, 38 (*Callistrato, libro I quaestioum*): “*Nam imperator noster Servus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*”.

Para González de Cancino, esta fuente es, literalmente, una golondrina extraviada. Esto si se la ve desde su exégesis. Sin embargo, en el sistema y el orden del *Digesto* el pasaje se encuentra en el libro I, título III, “De las leyes, de los senadoconsultos, y de la costumbre inveterada”. En este título del *Digesto* se enuncia el sistema de fuentes planteado por la codificación de Justiniano.

En la época de Adriano, la labor de Salvio Juliano sobre el edicto de los magistrados sistematizándolo, clarificándolo, cristalizando sus disposiciones, determinó la superación del dualismo *ius civile-ius honorarium* y, de cierta manera, el control del emperador y sus órganos de justicia sobre lo que fuera la tradición pretoria. En la época posclásica las Constituciones imperiales se convierten en la fuente principal, o quizá la única, del derecho. Podría ser que los precedentes judiciales a los que alude D. 1, 3, 38 se refieran a la reiteración de la costumbre de una ciudad, en varios juicios, y se pregunta González de Cancino, ¿de manera que aparezca la preexistencia de tal uso? Esto podría haber sido así, pero quizá para la época de los severos.<sup>40</sup>

La relación entre los dos sistemas se plantea entre el derecho y el juez, entre interpretación del derecho y decisión del caso. En el sistema romano el jurista “sugiere” con sus respuestas (*responsa*) las soluciones, pero estas soluciones no tienen *per se* un contenido preceptivo, ni para el caso concreto ni en general para otros casos, no tienen un valor formalmente preceptivo para otros casos. Y esto parece indiscutible.<sup>41</sup> En el derecho anglosajón el juez profiere sentencias que tienen no sólo un valor normativo para el caso concreto, sino que también tienen valor formalmente preceptivo para sucesivos casos análogos. Lo cierto es que el procedimiento de formación de la experiencia jurídica romana en la jurisprudencia clásica resulta bastante

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 415 y ss.

<sup>40</sup> *Cfr. ibidem*, p. 424.

<sup>41</sup> *Cfr. Vacca, Letizia, La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano, cit.*, p. 114; Lombardi, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 59 y ss.

similar al procedimiento de formación y de interpretación del derecho del *Common Law*, y no tanto similar a los actuales procedimientos de producción del derecho en los ordenamientos continentales en la actualidad.<sup>42</sup>

Como lo señala Letizia Vacca, entre los dos sistemas (derecho romano y *Common Law*) es análogo el procedimiento racional que el jurista de uno y otro emplea para “encontrar” en el ordenamiento la solución al caso singular, y para “construir” a partir de los casos singulares el ordenamiento mismo. Este procedimiento es diferente de aquel en el cual se debe “encontrar” en la ley, que es precepto general, la norma para “aplicar” al caso singular.<sup>43</sup>

Las modificaciones del derecho consuetudinario no llegan a hacerse necesarias sino en casos muy raros; la experiencia confirma que las reglas de derecho en una sociedad se forman por sí mismas, se encuentran adaptadas a sus relaciones, a su realidad y necesidades. Junto al derecho consuetudinario se ubica la práctica judicial, el *usus fori*, o conjunto de reglas de derecho que se forman por la práctica uniforme de los funcionarios públicos, y las máximas establecidas de este modo tienen también fuerza de ley.<sup>44</sup> ¿Pero cuándo comienzan a tenerla? Esto es lo que no puede señalarse con exactitud, todo lo que puede decirse se reduce a que es necesario que el número de precedentes sea suficiente para constituir una opinión pública sobre un punto de derecho.<sup>45</sup> No parecería racional pensar que se atribuyera un efecto semejante a una sola decisión judicial, pero la autoridad de un funcionario o de un cuerpo ha sido tan grande que ha puesto fuera de duda con una sola decisión puntos controvertidos en derecho. Es así como la fuente romana en D. 1, 3, 38 (Callistrato, *Quaest.*) debe leerse en el sentido de que supone un cierto número de decisiones.<sup>46</sup>

“Hay una diferencia metodológica radical entre los dos sistemas. En el moderno derecho continental, como ocurría en el derecho romano, el énfasis no está en el caso individual en particular, sino en una serie o grupo

<sup>42</sup> Vacca, Letizia, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 114.

<sup>43</sup> Cfr. *idem*.

<sup>44</sup> Falck, N., *Prologómenos del derecho o enciclopedia jurídica*, trad. de R. Navarro Zamorano y J. A. de Zafra, México, 1852, p. 13, que recuerda cómo Blackstone destacaba la ventaja del derecho consuetudinario como ventaja del derecho inglés, en el hecho de que, como un derecho compuesto de costumbres, descansa sobre la libre voluntad del pueblo.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 14 y ss.

<sup>46</sup> Cfr. Mackeldey, Ferdinand, *Compendium of Modern Civil Law*, New York, Kaufmann, 1845, que destaca cómo este derecho consuetudinario se forma de las decisiones judiciales uniformes en casos similares, que hoy en día los alemanes llaman la “práctica”, o los “usos judiciales” (*usus fori*), y los franceses llaman la “*jurisprudence des arrêts*”. Cfr. Phillimore, J. G., *Private law among the romans*, London, 1863, pp. 38 y ss.

de casos que crean una práctica”.<sup>47</sup> Los sistemas abiertos son esencialmente sistemas de derecho jurisprudencial, o judicial, caracterizados por la menor, o, sin más, marginal importancia de las disposiciones normativas expresas. En estos sistemas, los órganos llamados a verificar en última instancia el derecho a aplicar (los pretores en Roma, y los jueces en el *Common Law*), observando reglas y límites que cambian de ordenamiento en ordenamiento, pueden innovar el estado del derecho precedente, asumiendo nuevos juicios de valor, en el plano de la política del derecho.

Hay toda una proyección sobre el plano político-legislativo. Desde el punto de vista de la operatividad lógica, no hay diferencia entre la norma jurídica y el precedente: en ambos, a una determinada situación de hecho se reconducen determinados efectos sobre el plano del derecho. Un sistema de derecho jurisprudencial o judicial en estado puro no existe; tanto juristas como jueces deben confrontarse con las disposiciones normativas expresas y heterónomas que imponen reglas de conducta que no dependen de la valoración autónoma de ellos.<sup>48</sup> No obstante esta afirmación, se deben tener en cuenta los argumentos de Taruffo en relación con la complejidad de la decisión judicial y la motivación de ésta. No hay duda entonces de que las dos experiencias, la del derecho romano y la del *Common Law*, son diferentes.

### III. PERSPECTIVA HODIERNA. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL JUEZ Y SU FUNCIÓN SOCIAL: LA DECISIÓN JUSTA DEL JUEZ CON OCASIÓN DEL DISCERNIMIENTO DE LO JUSTO. EL PRECEDENTE JUDICIAL: SU NOCIÓN Y SU DIFERENCIA CON LA *IURISPRUDENTIA* ROMANA. SIMILITUD EN EL DISCERNIMIENTO SOBRE LA DECISIÓN JUSTA DEL CASO CONCRETO: EL HÁBITO DE JUZGAR RECTAMENTE Y LA *PRUDENTIA IURIS* DEL JUEZ Y DEL JURISTA. INSUFICIENCIA DEL “PRECEDENTE”

La reflexión acerca del precedente judicial pone al centro de la cuestión al juez y su tarea frente al caso. No en vano se ha ocupado el maestro Jorge Adame también de la responsabilidad del juez en el cumplimiento de su tarea, y ha destacado cómo también en la actividad del juez hodierno encontramos la “prudencia” del juicio. Así, “[l]a responsabilidad principal de un juez es

<sup>47</sup> Goodhart, A., “Precedent in English and Continental Law”, 50 *Law Quarterly Review*, 40, 1934, p. 42.

<sup>48</sup> Así, Talamanca, Mario y Capogrossi, Luigi, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 5 y ss.

juzgar bien, por lo que toda la ética judicial, en lo que tiene de ética específica o particular, se orienta a la práctica de la conducta necesaria y conveniente para que el juez cumpla esa delicada misión de juzgar rectamente”.<sup>49</sup>

Con atinada precisión señala Adame Goddard que la actividad de los jueces es baluarte de la paz social; el juez define cómo ha de restablecerse la justicia mediante sentencias justas y convincentes, definiendo lo justo debido y los medios para reparar la injusticia en el caso concreto, lo que el maestro Adame denomina “la función social del juez”.<sup>50</sup> De esta manera, lo primero que se evidencia es que el juez debe discernir sobre la decisión justa, tal y como el jurista romano, pero en un ámbito distinto de la profesión jurídica si lo vemos desde el presente. La posición del juez en la actualidad es distinta de aquella del *iudex* romano, y, obviamente, de aquella del *iuris perito*.

Dicho esto, es decir, teniendo en cuenta la posición del juez en la actualidad respecto del discernimiento para la decisión justa del caso sometido a su conocimiento, hagamos entonces referencia al precedente judicial.

Lo que antes fuera una doctrina válida sólo dentro de los confines del *Common Law*, hoy es correctamente considerado como un problema universal de la teoría jurídica y las teorías normativas de la argumentación;<sup>51</sup> este es el punto de partida y la conclusión inevitable en materia de precedente judicial en la actualidad.

Para Taruffo, el precedente consiste en “una decisión anterior de la que es posible extraer una regla jurídica con base en la cual es posible resolver un caso posterior igual o similar... el núcleo del precedente es la *ratio decidendi* de la decisión anterior”.<sup>52</sup> Las investigaciones desde la perspectiva argumentativa han evidenciado problemas que de otro modo no habrían sido considerados, evitando el riesgo de ver sólo una imagen unidimensional de un fenómeno jurídico problemático complejo, como lo es la decisión judicial y su relación con el precedente, y con la necesaria argumentación del juez para la escogencia de la regla o principio para la solución del caso concreto por decidir, y también en relación con los decididos.<sup>53</sup> Se trata de los “perfiles de complejidad” de la decisión judicial, como dice Taruffo.

<sup>49</sup> Adame Goddard, Jorge, “La justicia del juez: juzgar bien”, *Revista de la Judicatura*, núm. 21, 2006, pp. 115 y ss.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>51</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, trad. de R. Camarena, Bogotá, 2015, pp. 10 y ss.

<sup>52</sup> Taruffo, Michele, “Per un’analisi comparata del precedente giudiziario”, *Ragion Pratica*, 6, 1996, p. 62.

<sup>53</sup> Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *Precedente. Anuario Jurídico*, vol. 1, 2012, pp. 185 y ss.; Iturralde, V., “Precedente judicial”, *Eunomia. Revista en*

La función principal de la decisión judicial es resolver una controversia según criterios legales y racionales controlables. Esto sería lo que reemplazaría al “discernimiento sobre lo justo y lo injusto”, o bien, el discernimiento para la decisión “más honesta y productora de igualdad”. Tal función se realiza cuando el juez toma una decisión final en el procedimiento individual de entre diversas hipótesis posibles en conflicto.<sup>54</sup> Se trata del “discurso justificativo” del juez. Debe haber claridad, “en Estados Unidos ningún juez se considera verdaderamente vinculado al precedente. El juez americano aplica el precedente si y solo si considera que aplicando el precedente llega a una conclusión que él piensa que es justa”.<sup>55</sup> Esto quiere decir que en el *Common Law* americano no hay realmente precedente vinculante.<sup>56</sup>

Otro punto a destacar, siempre con Taruffo, es que inicialmente se piensa que en el *Civil Law* el precedente no existe, o al menos no existe el precedente de tipo original, precedente de tipo angloamericano.<sup>57</sup> En Latinoamérica hay un “precedente” como va interpretado por la ciencia jurídica latinoamericana. En la teoría clásica del precedente angloamericano su función más importante es la de asegurar la igualdad de los ciudadanos frente a la ley. En el mismo sentido, que el ciudadano pueda prever cómo el juez en un caso futuro va a decidir un caso similar, esto es, la garantía de la seguridad jurídica y certeza del derecho para el ciudadano. Ya en los años veinte, Calamandrei indicaba la función de unificar o de uniformar que debía cumplir la jurisprudencia. La previsibilidad de las decisiones judiciales se consideró, en el periodo de la codificación, como finalidad de la ley escrita y no de la jurisprudencia o de las decisiones judiciales (*cfr.* la doctrina probable en Colombia, Corte Constitucional colombiana sentencias de constitucionalidad: C-836/2001 y C-537/2010).

Taruffo dice que el mito de la ley que no se interpreta, del juez como boca inanimada, ya no existe. Esta idea había ya entrado en crisis con la

---

*Cultura de la Legalidad*, 4, 2013, pp. 194 y ss.; Moreno Cruz, Pablo, “Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial”, en Benavides, José Luis (comp.), *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, Bogotá, Externado de Colombia, 2014, pp. 59 y ss.

<sup>54</sup> Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, p. 186.

<sup>55</sup> Kozei, R., “Stare decisis as judicial doctrine”, 67 *Wash. & Lee L. Rev.*, 2010, 411; Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *Ius et Veritas*, vol. 22, núm. 45, 2012, pp. 88 y ss.

<sup>56</sup> Goodhart, A., “Precedent in English and Continental Law”, *cit.*, pp. 41 y ss.; Taruffo, M., “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.

<sup>57</sup> Moschzisker, R., “Stare decisis in Courts of last resort”, 37 *Harvard Law Review*, 1924, p. 409; Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.

obra de François Génay en la teoría de la interpretación, y con la jurisprudencia de intereses en Alemania. En los discursos sobre el precedente en el *Civil Law* nunca se habla de igualdad. El valor de la igualdad frente al derecho se ha perdido. Se habla de previsibilidad y uniformidad, pero no de igualdad, afirma Taruffo.<sup>58</sup> Es cierto, el juez ya no es “la boca de la ley”, es un paradigma superado; el juez debe enfrentarse a cantidades enormes de trabajo, y a un texto legal cada vez más farragoso y especializado, debe hacer frente a la decodificación, con cada vez menos herramientas hermenéuticas, con lentos desarrollos en innovación y con poco reconocimiento salarial. Si bien la ley sigue siendo una de las fuentes más relevantes, no es la única, y cada vez se muestra menos eficaz dentro de un sistema de producción normativa disperso y con poca legitimidad.

Se ha dejado de lado la teoría clásica del precedente, y se emplean otras técnicas para uniformar la jurisprudencia. Pero estas técnicas no tienen nada que ver con el precedente. Así, en el *Civil Law* no sería correcto hablar de precedente, o no por lo menos en su concepto clásico, señala Taruffo. En este sentido, se piensa en la *súmula vinculante* en Brasil (tomada del sistema de la vieja URRSS y de Cuba), que no es precedente porque no decide un caso específico. Empero, Taruffo dice que el precedente en el *Common Law* inglés y americano es persuasivo, o más o menos persuasivo, pero no vinculante.<sup>59</sup>

En particular en mi país, Colombia, hablamos de la doctrina probable, que ha sido definida como una “técnica de vinculación al precedente”. Así, en los términos de la Corte Constitucional colombiana:

La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la *perpetuo similiter judicatarum*. En Colombia, como se indica en la Sentencia C-836 de 2001, la figura tuvo su origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10o. de la Ley 153 de 1887. Posteriormente, en la Ley 105 de 1890 se especificaron aún más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema, y cambió el nombre de “doctrina legal más probable” a “doctrina legal”. Finalmente, en el artículo 4o. de la Ley 169 de 1896 se estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia.

<sup>58</sup> Cfr. Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, p. 186; *id.*, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, p. 180; *id.*, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, p. 90.

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.<sup>60</sup>

Cabe preguntarse, junto con Taruffo, si hablamos de “precedente” en el *Civil Law*, ¿hablamos mejor de técnicas para uniformar? ¿O hablamos de jurisprudencia? Hay ambigüedad en el uso del término. ¿Se trata de enunciados generales y abstractos? (¿ley?, ¿en cuál sentido?).

Se debe tener en cuenta que muchas veces la máxima jurídica no representa la verdadera razón de la decisión, y es tan sólo algo que el autor de la motivación pone como retórica de su discurso sin conexión con el caso que ha sido decidido. En el precedente clásico se distingue entre la motivación de una decisión (*ratio decidendi*) y el *obiter dictum*.<sup>61</sup> La máxima puede ser mentirosa y no corresponder a la razón de la decisión del caso. Para el jurista no puede dejarse a un lado la preocupación por el avance de un modelo burocrático, autoritario y vertical de la administración de justicia, dando a las altas cortes o a un tribunal supremo el poder de interpretar en términos generales la ley sin hacer referencia a un caso específico.<sup>62</sup> De ser vinculante este poder, crea un modelo burocrático y autoritario (en el sentido de Weber); todo poder está encima y nada por debajo. Taruffo piensa que la justicia debe hacerse en primera instancia, y sobre los hechos. La justicia se administra aplicando la ley, interpretando la ley de acuerdo con los hechos sobre los que las partes están en litigio.<sup>63</sup>

El nivel de administración concreta de justicia es la primera instancia. La justicia se hace abajo, mucho más que al extremo de arriba del sistema judicial. A este fenómeno se le denomina “particularismo judicial”. Es el juez de los hechos el que en realidad interpreta la ley. El Tribunal supremo implica un alto grado de abstracción interpretativa. Por este motivo se

<sup>60</sup> Corte Constitucional colombiana, sentencia C-537 de 2010.

<sup>61</sup> *Cfr.* Moreno Cruz, Pablo, “Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial”, *cit.*, pp. 59 y ss.

<sup>62</sup> Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, pp. 188 y ss.; *id.*, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.

<sup>63</sup> Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, p. 190; *id.*, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, p. 92.

deben buscar soluciones intermedias y menos formalistas. En realidad, la distinción tradicional entre los dos sistemas ha venido a menos. Fundados el uno en el precedente y el otro en la ley escrita, la distinción no tiene en la actualidad ningún valor descriptivo, si es que acaso la tuvo antes.<sup>64</sup> Es curioso que en el sistema romano germánico o de *Civil Law* se amplía el uso de la jurisprudencia. En el *Common Law* se amplía el uso de la ley escrita (en “áreas codificadas”).

Vista la jurisprudencia como fuente de derecho, el ámbito de la interpretación judicial se condiciona a la estructura de la argumentación jurídica, pero ahora no es una estructura silogística-deductiva, ni dogmática-sistemática, sino una estructura tópica propia en el sentido declarado en los años setenta por Theodor Viehweg (*Topik und Jurisprudenz*) y eficazmente recordado por Taruffo.<sup>65</sup> “Los precedentes representan los *topoi* que orientan la interpretación de la norma en la compleja fase dialéctica de la *Rechtsfindung*, que sustentan a la interpretación adoptada como válida en el ámbito de la argumentación justificativa, como por ejemplo, la motivación de la sentencia”.<sup>66</sup>

La cuestión es que el juez está obligado no sólo a mostrar la corrección de sus fallos, sino también a presentarlos convincentemente. La jurisprudencia constituye el contenido efectivo del derecho viviente.<sup>67</sup>

En la actualidad, jurisprudencia en sentido amplio se refiere a la pluralidad de casos resueltos.<sup>68</sup> El precedente, en cambio, a la decisión del caso

<sup>64</sup> Así, los resultados de la investigación comparativa de MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents: a comparative study*, Aldershot, Ashgate, 1997, *passim*; *cf.* Anderlini, Felli, Riboni, “Why stare decisis?”, *Review of Economic Dynamics*, 17, 2014, pp. 726-773; *cf.* Taruffo, Michele, “Precedente y jurisprudencia”, *Precedente. Anuario Jurídico*, 2007, pp. 85 y ss.

<sup>65</sup> Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.; *id.*, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, pp. 185 y ss.

<sup>66</sup> *Cfr.* Viehweg, Theodor, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, Munchen, S Aafl, 1974, pp. 7 y ss., y *passim*, uno de los principales exponentes de la llamada “Escuela de Maguncia”.

<sup>67</sup> *Cfr.* Mengoni, Luigi, “Diritto vivente”, *Dig. Disc. Priv. sez. Civ.*, Torino, Giappichelli, 1990, vol. VI, pp. 445 y ss.

<sup>68</sup> Como se dijo, la *iurisprudentia* romana, en cambio, se refiere a una actividad profesional e independiente a cargo de un grupo de expertos (*iuris periti*), actividad principalmente de interpretación del *ius* para dar al caso la solución más honesta, correcta, justa, productora de igualdad. Esto dentro de un sistema de fuentes del derecho complejo y articulado de “varios derechos” (*ius civile, ius gentium, ius honorarium*) que interactúan entre sí y sobre el cual se ocupa el jurista. En este sentido, la *iurisprudentia* en concreto es la ciencia jurídica, la actividad del jurista de discernir entre lo justo y lo injusto, entre lo que debe hacerse y lo que no, la decisión justa, ajustada a la *interpretatio* del *ius* y de sus principios, la búsqueda de la

particular. Asume acá importante valor la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* en el concepto de precedente, y el *distinguishing* y el *overruling* como técnicas para no considerar vinculante el precedente que no se pretende seguir, es decir, apartarse de la *regula iuris* porque no encaja en el caso.

Taruffo explica que en el sistema norteamericano la fuerza del precedente existe, pero en grado menor. Los jueces americanos lo aplican con gran discrecionalidad, pero la regla de *stare decisis* permanece. En el *Civil Law* el grado de fuerza es menor, pero nada excluye que existen precedentes que por ser autoridad y carácter persuasivo se impongan a los jueces sucesivos. La fuerza del precedente no se expresa de manera general o de forma indiferenciada en relación con un juez cualquiera, depende de la dirección, de la jerarquía. Se habla de precedente vertical y horizontal.<sup>69</sup>

Parece improbable que la casación vaya a convertirse en una “Corte del precedente” siguiendo la tendencia evolutiva. Ojalá no se acentúe la situación actual, con una jurisprudencia aluvional, cada vez menos coherente e influyente. El precedente puede operar como las estructuras disipativas de la teoría de la complejidad, esto es, como momentos de formación de áreas de orden dentro del fluir desordenado de jurisprudencia; factores de racionalización, de uniformidad. De predictibilidad y de igualdad de tratamiento en la incontrolable cantidad y variedad de casos decididos por las cortes.<sup>70</sup>

En cuanto a la *auctoritas* del precedente, conviene preguntarse por sus caracteres en sentido propio. Siempre con Taruffo, estos son: “unidad”, “autoridad” e “influencia”, en función de los cuales dichos precedentes puedan emerger del caos de la praxis judicial. Por otro lado, las decisiones de cortes extranjeras se difunden con la creciente globalización de la cultura jurídica, pero este fenómeno no cabe dentro en la definición de precedente.

Según el *Common Law* en general, el primer juez decide el caso, y el segundo juez crea el precedente, pues aplica la regla del primer juez. El 90% de la motivación de la decisión en las cortes inglesas es el análisis de los hechos; el derecho cuenta poco desde este punto de vista, son los hechos que están en todos los niveles de la jurisdicción y sobre la mesa de lo que el juez decide.<sup>71</sup>

En esto asume relevancia la consideración acerca de las categorías explicativas del razonamiento judicial. La motivación judicial es, sin lugar a

---

solución justa mediante la “*prudentia*” calificada como “*prudentia iuris*”, por la cual los juristas son “*discernientes*” dentro de un sistema del *bonum et aequum*.

<sup>69</sup> Cfr. Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.; *id.*, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, pp. 185 y ss.

<sup>70</sup> Cfr. Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, p. 90.; *id.*, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, p. 195.

<sup>71</sup> Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *cit.*, pp. 88 y ss.

duda, un proceso complejo. Como ha dicho Taruffo, deben ser consideradas las dimensiones dialéctica, epistemológica, jurídica, lógica, axiológica, y también el sentido común. La cuestión acá es que el proceso complejo de la decisión judicial no depende de una sola dimensión en la construcción del razonamiento argumentativo.<sup>72</sup>

En materia de motivación judicial, bajo la influencia de autores como Dworkin, Alexy, MacCormick, Marmor, Waldron, entre otros, una gran parte de la teoría jurídica actual gira alrededor de algún tipo de “normatividad jurídica”.<sup>73</sup> Uno de los aspectos esenciales de este tipo de teoría es que ésta se ocupa especialmente de la justificación de resoluciones judiciales y de la racionalidad de las mismas. Por ello es de gran relevancia establecer los contenidos y los usos argumentativos del concepto jurídico de precedente judicial, en la medida en que la relación entre la filosofía del derecho y el precedente judicial se observa desde dos puntos de vista.<sup>74</sup>

El primero indica que para aplicar un precedente judicial es necesario dar argumentos que justifiquen la similitud entre los dos casos, argumento también de índole filosófica. Ningún operador jurídico puede evitar los argumentos teóricos y filosóficos, analíticos y normativos, para aplicar racionalmente un precedente, las razones prácticas que sustenten la aplicación del precedente.<sup>75</sup>

El segundo consiste en que no puede haber un sistema jurídico racional si los jueces no siguen sus propios precedentes, como asunto de certeza y seguridad jurídicas. Cualquier aplicación del precedente judicial debe ir acompañada de una analogía entre los casos, y ello es posible sólo mediante un razonamiento teórico complejo acerca de las similitudes y diferencias, para luego distinguir (*distinguish*) y comparar precedentes con la debida razón motivada del camino escogido por el fallador; en cualquier caso, el operador jurídico debe dar razones prácticas que justifiquen sus argumentos.<sup>76</sup>

La obligación de considerar los precedentes no implica necesariamente seguir cada precedente, y es una condición de racionalidad para cualquier sistema jurídico. Como indican Neil MacCormick y Robert Summers, la adherencia a los precedentes es un requisito del razonamiento

<sup>72</sup> Taruffo, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *cit.*, pp. 185 y ss.

<sup>73</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, *cit.*, pp. 10 y ss.

<sup>74</sup> *Idem.*

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> *Idem.*

humano práctico, en la medida en que no puede haber justificación racional de una práctica social sin la aplicación universal de las mismas reglas.<sup>77</sup>

La regla de reconocimiento de los países de *Common Law* identifica al precedente judicial como regla de derecho, y si bien no ocurre otro tanto en las jurisdicciones de *Civil Law*, en las que el “precedente” tiene carácter persuasivo, sin olvidar la doctrina probable del derecho colombiano, y la *súmula vinculante* del derecho brasileño, que no son propiamente de fácil ubicación en el concepto clásico de precedente.<sup>78</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN. EL PRECEDENTE JUDICIAL ES INSUFICIENTE PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DE LA CRISIS ACTUAL DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO. EN CAMBIO, LA IDEA DE *IURISPRUDENTIA* PODRÍA CONTRIBUIR PARA LLEGAR A MEJORES SOLUCIONES

El juez romano, durante el periodo del procedimiento formulario, debe atenerse a la fórmula del pretor, y éste debe atenerse a lo que él mismo dispone en su edicto. Por otro lado, la *responsa prudentium* de los juristas era tenida en cuenta por los pretores en las causas, y es de asumir que también otros tipos de obra eran tenidos en cuenta, como los comentarios, las instituciones, o las *quaestiones*. Por su parte, tales *responsa prudentium*, como expresión de la *iurisprudentia*, fueron asumiendo valor de ley, bien por sí mismos, bien mediante la autorización del emperador, luego con la ley de citas, y finalmente inmortalizados para todos los tiempos por Justiniano en sus digestos.

Dentro de esta experiencia jurídica tan peculiar difícilmente puede encontrarse la misma idea moderna de precedente judicial. Ni el *iudex* romano seguía un “precedente” ni tampoco puede afirmarse que los juristas seguían un sistema de “precedentes” vinculados a las reglas jurídicas. De acuerdo con el caso y el tipo de obra, los juristas siguen una u otra opinión de otro jurista con reconocida *auctoritas*, sin que se explique todas las veces por qué se deja de seguir o por qué se adopta.

El *iudex* romano aplica la fórmula que el pretor ha redactado para el caso concreto; en cierto periodo histórico, la *responsa* del jurista puede ser esgrimida en el proceso y el pretor atenderla, reconocida la *auctoritas* del *iuris perito*, para resolver la causa en la fórmula. En el derecho imperial,

<sup>77</sup> MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Precedents*, cit., pp. 4 y ss.

<sup>78</sup> De allí que sea atinado hablar mejor de “relevancia” mayor o menor del precedente judicial según el caso y de acuerdo con la técnica de vinculación: cf. Moreno Cruz, Pablo, “Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial”, cit., pp. 59 y ss.

el *iudex* es un funcionario de la burocracia imperial, el derecho que lo sujeta es el de las Constituciones imperiales, y su operación hermenéutica es ya similar a la del juez moderno. Sin embargo, resulta insuficiente el precedente judicial para resolver todos los problemas de la crisis actual del sistema de fuentes del derecho, y en cambio la idea de *iurisprudencia* y de *responsa prudentium* podría ser, en una relectura, de gran ayuda para alimentar el debate.

En lo que puede decirse que hay una semejanza es en el momento de discernir sobre la decisión más justa, independientemente de estar vinculado a una regla de precedente. El jurista discierne sobre el *ius* para la *responsa*, el pretor discierne a la luz de su *iurisdictio* para dar el derecho en la fórmula, el juez posclásico, como el juez moderno, discierne sobre las normas para dictar la sentencia. En realidad, ninguno está rigurosamente vinculado a un “precedente”, pero es cierto que los interesados han de esperar fundadamente que si los hechos de su caso son similares, entonces la autoridad jurisdiccional decida conforme a las mismas reglas análogas. Se habla de la exigencia de certeza del derecho. Ante la dispersión, seguramente se ha intentado poner límite, y ello seguramente explica las codificaciones.

En estos últimos tiempos se asiste a la progresiva afirmación de instancias que tienden a privilegiar la interpretación judicial para promover la adaptación de las normas a las cambiantes exigencias de la sociedad civil. Taruffo eleva la preocupación de que parece privilegiarse una orientación hacia el reconocimiento de una eficacia al menos “persuasiva” del “precedente” en el sistema continental. En esta dirección opera el principio de igualdad, cuyo significado hoy en día va mucho más allá del tradicional alcance de ciudadanos iguales ante la ley y que los casos similares sean decididos de manera uniforme.

Es cierto que no es el propósito el retorno o vuelta a tiempos, concepciones y actitudes pretéritos, como dijera el profesor Fernando Hinestrosa, hemos de rescatar los valores de la especie y de la patria, construir el verdadero tejido social, privilegiar la ética y el sentido del derecho. Por cierto, no es un “trabajo de Hércules”; se trata del cambio de actitud, perseverancia, conducta severa, estricta, vigilante.

Por qué no permitir la creación del derecho mediante otros medios de producción normativa distintos al formalismo parlamentario, medios de producción normativa más dinámicos, fuentes del derecho expresión de la cambiante realidad. Sin embargo, persiste la exigencia de seguridad jurídica, de preservar la dignidad de la persona humana, de los derechos fundamentales, preservarlos de cualquier riesgo de emplear el derecho o la jurisdicción

para cumplir con la oscura cita de fundamentalismos religiosos, políticos, de raza, clase, cultura.

En todo esto ha de proponerse una re-lectura del papel del jurista en el sistema de fuentes del derecho. Si se suprime el valor de la ciencia jurídica en la tarea de iluminar e instruir a los tribunales y a los magistrados en la interpretación doctrinal y aplicación de las leyes, se abrirá siempre paso el oráculo del legislador. “La inflación legislativa actual confirma tal previsión”. Considero necesario recuperar el significado pleno del dualismo terminológico y conceptual presente en nuestro sistema entre ley y principios, mediante una operación de, por así decirlo, “limpieza terminológico-conceptual”, “releer la tradición, la experiencia jurídica, los momentos de la estabilización del derecho de nuestro sistema, una relectura problemáticamente abierta a descubrir cuál significado se tomó en ellos inclusive en locuciones que se fijaron de tiempo atrás, como, p. ej., la de «el juez está sometido sólo a la ley» (¿a la «ley»? o ¿al «derecho»?).<sup>79</sup>

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, Jorge, “La justicia del juez: juzgar bien”, *Revista de la Judicatura*, núm. 21, 2006.
- ADAME GODDARD, Jorge, “Método para la solución de casos jurídicos”, *Ars Iuris*, núm. 37, 2007.
- ANDERLINI, Felli Riboni, “Why stare decisis?”, *Review of Economic Dynamics*, 17, 2014.
- ARCHI, Gian Gualberto, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, trad. de R. Camarena, Bogotá, 2015.
- BETTI, Emilio, “La creazione del diritto nella «iurisdictio» del pretore romano”, *Studi G. Chiovenda*, Padova, Cedam, 1927.
- CANNATA, Carlo Augusto, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, 2a. ed., Milano, 1976.
- CRISCUOLI, Giovanni, *Introduzione al diritto inglese. Le fonti*, 2a. ed., Milano, 1994.
- DAWSON, J. P., *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968.
- FALCHI, G., *Introduzione ai fondamenti del diritto Europeo*, Città del Vaticano, 2007.

---

<sup>79</sup> Schipani, Sandro, “Releer y traducir los digestos. A propósito de la traducción de *ius* y *lex*. Observaciones introductorias para una relectura de lipieza terminológico-conceptual”, *cit.*, p. 118.

- FALCK, N., *Prologómenos del derecho o enciclopedia jurídica*, trad. de R. Navarro Zamorano y J. A. de Zafra, México, 1852.
- FALCÓN Y TELLA, María José, *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law*, Hague, Brill, 2011.
- FRANCHINI, Lorenzo, “Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e «common law»”, *Diritto@Storia*, núm. 10, 2011-12.
- GALLO, Filippo, “Alle origini dell’analogia”, *Diritto e processo nell’esperienza romana*, Napoli, Atti G. Provera, 1994.
- GALLO, Filippo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010.
- GALLO, Filippo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1971.
- GALLO, Filippo, “La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1.3.32: teoria giulianea o interpolazione postclassica?”, *BIDR*, 1991-1992.
- GALLO, Filippo, “Sulla definizione celsina del diritto”, *SDHI*, 53, 1987.
- GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín, *Febrero ó Librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid, Roix, 1842.
- GIARO, Tomasz, “Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale”, “*Fides, Humanitas, Ius*”. *Studii L. Labruna*, IV, Napoli, Jovene, 2007.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen, “Non exemplis sed legibus iudicandum est”, *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper Polo*, Santiago, 2007.
- GOODHART, A., “Precedent in English and Continental Law”, *50 Law Quarterly Review* 40, 1934.
- GORLA, Gino, “Studio storico-comparativo della «common law» e scienza del diritto (le forme d’azione)”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, I.
- GUARINO, Antonio, *L’esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1968.
- HINESTROSA, Fernando, “La profesión jurídica”, conferencia de instalación del 1er. Congreso Colombiano de Derecho Procesal, *Revista de Derecho Privado*, Cartagena de Indias, núm. 30, enero-junio de 2016.
- HORAK, F., “*Osservazioni sulla legge, la casistica e il «case law» nel diritto romano e nel diritto moderno*”, *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno di Cagliari*, Milano, 1982.
- ITURRALDE, V., “Precedente judicial”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 2013.
- KOZEL, R., “Stare decisis as judicial doctrine”, *67 Wash. & Lee L. Rev.*, 2010.

- LOMBARDI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *Interpreting Precedents: a comparative study*, Aldershot, Ashgate, 1997.
- MACKELDEY, Ferdinand, *Compendium of Modern Civil Law*, New York, Kaufmann, 1845.
- MANNINO, V., “Considerazioni intorno a una presunta Pandettistica di ritorno”, *Europa e Diritto Privato*, I, 2005.
- MANTELO, Antonio, “L’analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici”, *Studi R. Martini*, II, Milano, 2009.
- MATTEI, Ugo, “*Stare decisis*”. *Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, Milano, 1988.
- MENGGONI, Luigi, “*Diritto vivente*”, *Dig. Disc. Priv. sez. Civ.*, Torino, Giappichelli, vol. VI, 1990.
- MONATERI, P. et al., *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, 2005.
- MORENO CRUZ, Pablo, “Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial”, en BENAVIDES, José Luis (comp.), *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, Bogotá, Externado de Colombia, 2014.
- MOSCHZISKER, R., “*Stare decisis* in Courts of last resort”, *37 Harvard Law Review*, 1924.
- PETER, Hans, “*Actio*” und “*Writ*”. *Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*, Tübingen, 1957.
- PHILLIMORE, J. G., *Private law among the romans*, London, 1863.
- PRINGSHEIM, F., “The Inner Relationship between English and Roman Law”, *CLJ*, 5, 1935.
- PUGLIESE, Giovanni, “Spunti e precedenti romani nelle moderne codificazioni”, *Index*, 14, 1986.
- PUGLIESE, Giovanni, “*I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*”, *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Firenze, 1977.
- SARFATTI, M., “«Roman Law» and «Common Law»: Forerunners of a General Unification of Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 3, 1954.
- SCHIPANI, Sandro, *La codificación del derecho romano común*, trad. de J. F. Chamie, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- SCHIPANI, Sandro, “Releer y traducir los digestos. A propósito de la traducción de *ius* y *lex*. Observaciones introductorias para una relectura de lim-

- pieza terminológico-conceptual”, *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Externado de Colombia, 2014, t. I.
- SCHIPANI, Sandro, “I giuristi iuris conditores / fondatori del diritto”, *Roma e America*, 13, 2002.
- SCHULZ, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968.
- STEIN, Peter, *Roman Law and English Jurisprudence in Yesterday and Today. An Inaugural Lecture*, Cambridge, 1969.
- STEIN, Peter, “I precedenti nella «Common Law»”, *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno di Cagliari*, mayo, 1981.
- TALAMANCA, Mario, *Instituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- TALAMANCA, Mario, Comentario a F. Gallo, “Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32)”, *BIDR*, 1989-1990.
- TALAMANCA, Mario, “La romanistica italiana fra Otto e Novecento”, *Index*, 33, 1995.
- TALAMANCA, Mario y CAPOGROSSI, Luigi, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè, 2013.
- TARUFFO, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de *Civil Law*”, *Ius et Veritas*, vol. 22, núm. 45, 2012.
- TARUFFO, Michele, “Per un’analisi comparata del precedente giudiziario”, *Ragion Pratica*, 6, 1996.
- TARUFFO, Michele, “Sobre la complejidad de la decisión judicial”, *Precedente. Anuario Juridico*, vol. 1, 2012.
- THOMAS, J., “*The Art of Distinguishing*”, *L’educazione giuridica, II. Profili storici*, Perugia, 1979.
- THOMAS, J., “Aspetti metodologici della giurisprudenza romana classica”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Macerata*, 30, 1971.
- VACCA, Letizia, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976.
- VACCA, Letizia, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, 2a. ed., Torino, 2012.
- VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, Munchen, S Aafl, 1974.
- VOLTERRA, Edoardo, “*Il problema del testo delle costituzioni imperiali*”, *La critica del testo. Atti del secondo Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971.