

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



TESIS DOCTORAL

**LA JURISPRUDENCIA
COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO**

MSc. SERGIO ANTONIO AGUILAR MARTÍNEZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO



MSc. SERGIO ANTONIO AGUILAR MARTÍNEZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO

Guatemala, octubre de 2017

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: MSc. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jáuregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Augusto Eleazar López Rodríguez
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
SECRETARIO: Dr. Saúl González Cabrera

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 5 junio de 2017

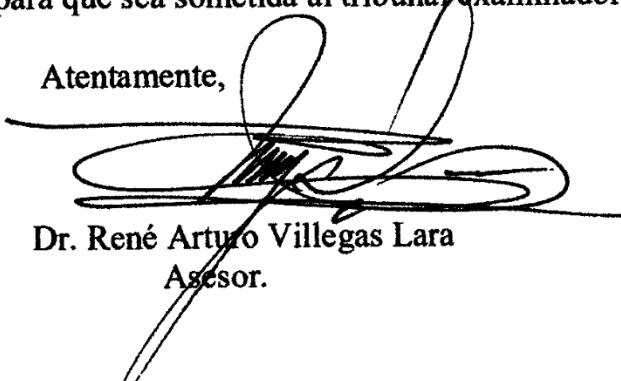
Señor Director de la
Escuela de Postgrado
Dr. Ovidio Parra Vela
Facultad de CC. JJ. Y SS.
Universidad de San Carlos.

Señor Director:

Por disposición de la Dirección de la Escuela, asesoré al maestro Sergio Antonio Aguilar Martínez, en la investigación que realizó para escribir su tesis de doctorado en Derecho, sobre el tema LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO.. El maestro Aguilar Martínez, tal como consta en el informe final, desarrolla las fuentes formales del Derecho, tal como las ha agrupado la teoría general del Derecho, haciendo énfasis en la jurisprudencia como una fuente formal que debería tener otra prestanda frente a la ley y la costumbre. No obstante, el propósito principal de la tesis, que parte del problema investigado y de la hipótesis que se sostuvo en el proyecto de investigación., el maestro Aguilar Martínez logra los objetivos de la investigación, que es demostrar la importancia de la jurisprudencia, lo cual, no es problema en países como los Estados Unidos de América, pero si lo es en sistemas romano germánicos, como el nuestro. . Por lo demás, la bibliografía consultada es la adecuada y estimo que el informe final cumple con los objetivos científicos de la Universidad, de la Facultad y de la Escuela de Postgrado, por lo que puede continuarse el trámite que corresponde.

En consecuencia, como asesor, apruebo la tesis escrita por el maestro Sergio Antonio Aguilar Martínez, para que sea sometida al tribunal examinador que se nombre.

Atentamente,



Dr. René Arturo Villegas Lara
Asesor.

Guatemala, 28 de septiembre de 2017

Mtro. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:


Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO

Esta tesis fue presentada por el Lic. **Sergio Antonio Aguilar Martínez** del Doctorado en Derecho, de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, veintisiete de septiembre del dos mil diecisiete.-----

En vista de que el MSc. Sergio Antonio Aguilar Martínez aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho**, lo cual consta en el acta número 37-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑADA A TODOS”

Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A MI MADRE: Doña Clara Luz Martínez Barrera de Aguilar

*Solo sé que fuiste la única persona por la que he sentido amor
entrañable.*

ÍNDICE



CAPÍTULO I	
1. El Derecho como ciencia	
2. La conducta humana como objeto de la regulación jurídica	
3. Ciencia causal y ciencia normativa	3
4. La norma jurídica y su estructura	4
5. Fundamentos filosóficos de la ciencia jurídica	5
5.1. El <i>iusnaturalismo</i> o derecho natural	8
5.2. El <i>iuspositivismo</i> o positivismo jurídico	10
5.2.1. La omnipotencia del legislador	10
5.2.2. El movimiento en favor de la codificación	11
5.2.3. La codificación justiniana	12
5.2.4. La codificación napoleónica	13
5.2.5. La Escuela de la Exégesis	14
5.3. El realismo jurídico	16
6. La norma jurídica como expresión de la Ley	18
7. El ordenamiento jurídico	20
7.1. La unidad del ordenamiento normativo	22
7.2. La coherencia del ordenamiento jurídico	23
7.3. La plenitud del ordenamiento jurídico	24
8. La jerarquía del ordenamiento jurídico	26
CAPÍTULO II	29
1. Las fuentes del Derecho	29
1.1. Crítica al concepto fuentes de Derecho	29
1.2. Consecuencias de esta crítica	30
1.3. Fuentes históricas	33
1.4. Fuentes reales	34
2. Fuentes formales	35
3. Formas de manifestación del Derecho	36
3.1. La costumbre	37
3.1.1. Legitimación de la costumbre dentro del sistema legal	40
3.1.2. El problema del contenido de la costumbre como fuente	42
3.2. La ley como fuente formal del Derecho	45



3.3. Ley material y ley formal	46
4. El proceso de formación de la Ley.....	49
4.1. Procedimiento legislativo.....	49
4.2. Iniciativa de Ley	49
4.3. Discusión.....	49
4.4. Aprobación.....	50
4.5. Sanción	50
4.6. Promulgación	51
4.7. Publicación.....	51
5. El reglamento.....	53
6. La jurisprudencia.....	55
7. El constitucionalismo contemporáneo	57
CAPÍTULO III	63
1. La creación judicial del Derecho	63
2. El contenido de la sentencia como acto jurisdiccional.....	64
2.1. El fundamento fáctico	65
2.2. El fundamento normativo.....	66
2.3. El fallo.....	67
3. Naturaleza jurídica de la decisión	68
4. Obligaciones del juez al fundamentar la sentencia.....	70
5. Doctrina de la creación judicial del Derecho.....	72
6. Doctrinas que niegan valor normativo a la jurisprudencia	75
7. Posiciones doctrinarias que reconocen a la jurisprudencia como fuente de Derecho. 80	
8. La jurisprudencia de los tribunales o precedentes judiciales.....	83
9. Concepción de la jurisprudencia en el sistema anglosajón y en el Derecho continental	84
10. La determinación de la norma jurídica aplicable al caso.....	87
a. Selección de la fuente aplicable	87
b. Elección de la disposición aplicable dentro del marco seleccionado. Crítica del silogismo	89
b.1. Predecisión normativa personal del juez.....	91
b.2. Derivación de las alternativas jurídicamente correctas.....	93
c. Optar por la solución normativa aplicable.....	94



11. La argumentación de la decisión, fundada en el sentido estructurado de la fuente elegida	101
12. El poder decisorio de los jueces	102
CAPÍTULO IV	101
1. La jurisprudencia vinculante	101
2. La <i>ratio decidendi</i>	102
3. <i>Obiter dictum</i>	103
4. Influencia del <i>Common Law</i> en el Derecho continental	104
5. Características distintivas de la <i>ratio decidendi</i>	106
6. La creación de normas jurídicas a partir de la interpretación de las fuentes del Derecho preexistentes	107
7. El poder creativo originario y poder creativo derivado	111
8. Perspectiva de la creación judicial del Derecho en nuestro sistema legal	113
9. La prevaricación, el error judicial y la irracionalidad constitucionalmente relevante como límites	113
10. La doctrina legal sentada por la corte suprema de justicia	115
11. Identidad frente a similitud	116
12. Advertencias para tratar del mismo modo casos diferentes	118
13. Regla general y <i>obiter dicta</i>	120
14. La tarea de distinguir el caso a resolver del precedente que se invoca	121
15. Efectos del abandono del precedente	122
16. La modificación de la jurisprudencia y la seguridad jurídica	124
17. La sistematización de la jurisprudencia	125
Conclusión	129
Referencias	131

INTRODUCCIÓN



La idea de investigar sobre este tema surge de mi deseo de responder a la interrogante que se formulan los litigantes y la misma judicatura que a diario aplica la jurisprudencia constitucional, de si la doctrina legal es o no es una fuente formal de Derecho para la resolución de un caso determinado. Si esto se confirma, establecer sus límites y la forma técnica en que la norma jurisprudencial debe aplicarse.

Durante mi ya largo peregrinaje profesional y más acentuadamente a partir de la promulgación de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en enero de mil novecientos ochenta y seis, me ha preocupado la forma por demás ligera, como los tribunales de justicia, a la hora de enjuiciar los hechos, fundamentan sus fallos en la doctrina legal sentada por la Corte de Constitucionalidad y no por la que debiera sustentar la Corte Suprema de Justicia.

Adicionado a ello, también me perturbaba el desconocimiento del objeto del Derecho como una parcela debidamente acotada por la ciencia, en vista de que al franquear el umbral de la antigua Escuela de Derecho se leía en el frontispicio "Facultad de Ciencias...". Por lo que me acicateaba la idea de concebir el verdadero sentido del Derecho como un concepto científico, como una ciencia, no una congerie de normas uniformes y ordenadas en un código o en la miríada de leyes que conforman el sistema o sistemas legales. Duda, que persistía, no obstante, los cien años de investigaciones profundas sobre el objeto de estudio de nuestra materia, realizados por la teoría general del Derecho. Este saber debía ser previo en mí, para la investigación de aquel fenómeno jurídico.

En este orden de ideas, ahora que me enfrento al fin de la carrera académica y debo superar el requisito imprescindible de la tesis doctoral, estimo de interés científico, académico y social analizar un fenómeno de indudable actualidad: *La jurisprudencia como fuente formal de Derecho*. Sobre todo, por la inusitada aplicación de los precedentes judiciales en la solución de los distintos conflictos legales que a diario plantean los litigantes ante los tribunales y la obligación indelegable del juez de



resolverlos conforme a la ley. Frente a la relevante actualidad del tema, creo será de utilidad –reitero-, para abogados, jueces y profesores de derecho.

Además, por esto mismo, deviene fundamental para este trabajo, dar respuesta a la pregunta: ¿La *forma* de citar la doctrina legal para fundamentar las resoluciones, satisface los principios justificativos de una fuente legal de Derecho, v.gr. la certeza, la igualdad y la unidad de una fuente formal vinculante?

Para contrastar nuestra hipótesis con la doctrina legal sentada y forma aplicada en nuestro ordenamiento jurídico, llevé a cabo una revisión teórica de la concepción contemporánea de la creación judicial de los tribunales de la cúspide de la organización judicial, en la forma científica que se debe utilizar según el tenor del Derecho comparado, especialmente el *Common Law* y el Derecho continental.

A través de los años hemos ido adquiriendo una serie de presupuestos acerca de qué es y cómo debe aplicarse la norma jurisprudencial, y encontramos que esos presupuestos de alguna manera no son parte del conocimiento ni la experiencia de los jueces y litigantes.

Partiendo del método jurídico-deductivo, desde un punto de vista restrictivo, compuesto de dos procedimientos normativos: la legislación y la jurisdicción, establecimos las operaciones lógicas que permiten pasar de las normas generales a las soluciones particulares, las que a su vez, autorizan establecer un vínculo entre el Derecho objetivo y las soluciones jurídicas, cuya *ratio legis* entraña la creación judicial de Derecho. Este método, es el auténtico método de la ciencia del Derecho, como ciencia aplicada a las estructuras formales y lógicas de las normas y de los ordenamientos jurídicos.

El conocimiento alcanzado por la teoría en un momento dado no significa un punto estático, porque, los investigadores siguen en una búsqueda sin fin, interpretando, afirmando o rechazando sus hipótesis metodológicamente y tomando decisiones más efectivas que beneficien a la humanidad.

El desarrollo de la investigación consta de cuatro capítulos:

1. En el primer capítulo, se analizan los conceptos que la dogmática jurídica nos enseña para la determinación del objeto de estudio de la ciencia del Derecho, como una ciencia



normativa frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los fenómenos fácticos. Dentro de la descripción del orden normativo de la interacción humana, analizo el principio de imputación como principio ordenador para la descripción de la norma jurídica, y su esencial diferencia con al principio de causalidad de las ciencias naturales. De forma breve expongo las corrientes doctrinarias que en la era moderna y contemporánea ha recorrido el pensamiento jurídico, aludiendo a los instrumentos normativos que sirvieron de piedra angular para la concepción de este conocimiento, en los límites de la experiencia humana, separado de la metafísica.

2. En el capítulo segundo, se aborda la teoría de las fuentes del Derecho en la forma descrita por la cultura jurídico-académica tradicional, que por cierto su estudio tiende a considerarse como demasiado elemental, viene a ser el ABC del Derecho y que por lo tanto no tiene mucho sentido detenerse en él. Nada más alejado de la verdad. Tras esta aparente unanimidad, se esconden las alternativas teóricas que se manifiestan en las diferentes creencias jurídicas que tienen una extraordinaria relevancia práctica, pues afectan a las tareas de interpretación y aplicación del Derecho que realizan los juristas. Piénsese por ejemplo en lo que supone históricamente la disputa entre costumbre y ley o entre ley y jurisprudencia.

Este capítulo representa un franco esfuerzo por alcanzar un consenso entre esa elementalidad y la concepción fundamental, de considerar a la teoría de las fuentes como un estudio útil para allanar los desacuerdos persistentes entre los litigantes. El foro requiere de un amplio acuerdo sobre cuáles finalmente son las fuentes del sistema normativo que determinan la conducta de la sociedad. Para este efecto, explico teórica y legalmente cada fuente como la enseñan textos jurídicos, en donde desarrollo las que son objeto de esa polémica interpretativa hasta analizar los problemas que afronta el sistema legal en torno a las contradicciones relativas a la unidad, coherencia e inexistencia de normas. Termino el mismo con un examen individualizado de los actos normativos creados por el legislador de donde debe derivar la doctrina legal como fuente formal.

3. En el tercer capítulo: Este capítulo contiene la explicación del tema de fondo, es decir, la creación judicial de la norma jurisprudencial, en donde previamente, al estudio de esta



fuerza formal, explicamos el examen de la sentencia. Refiero una conceptualización desde el Derecho comparado, la feliz coincidencia entre el *Derecho continental* y el *Common Law* en la conformación de la doctrina legal, y que influyen poderosamente entre sí en los grandes cambios jurídicos de relevancia práctica, y que giran en torno a la teoría de las fuentes. En este mismo apartado, hago referencia a lo que en verdad interesa al tema investigado, a la premisa normativa de la decisión, mediante la cual, como se analiza en lo que sigue del trabajo, el juez realiza una auténtica función creativa del Derecho o norma que va a aplicar en la sentencia para la resolución del caso concreto. La íntima relación entre el hecho probado y el fundamento normativo, es la que delimita institucionalmente el ámbito creativo-normativo del órgano jurisdiccional, diferenciándolo así, de la función legislativa.

Centrándonos en el fundamento normativo, explicamos cada uno de los cometidos del juzgador en el ejercicio de su función jurisdiccional al dictar la resolución: calificación jurídica de los hechos, selección de la fuente normativa, derivación y opción de la solución normativa aplicable al caso.

4. La jurisprudencia vinculante: En este capítulo final, explico la respuesta a la hipótesis planteada, con arreglo al ordenamiento jurídico, esto es, sometiendo al sistema de fuentes establecido, concibiendo la norma jurídica no como monopolio del legislador, sino como fundamento normativo, derivado previamente de una fuente del Derecho, que sustenta la decisión del fallo. Acogiéndome al planteamiento teórico y plenamente adoptado en la práctica diaria por jueces y litigantes, (*La jurisprudencia como fuente formal del Derecho*) describo, las posturas doctrinales sobre la creación judicial del Derecho, precisando la técnica para la conformación de la doctrina legal vinculante y las características de la *ratio decidendi* como poder creativo de la sentencia. Definimos la delimitación del perímetro normativo de los precedentes, a saber: la prevaricación, el error judicial, la irracionalidad constitucionalmente relevante de la sentencia, para cerrar con el abandono de la doctrina legal o precedente judicial por la Corte Suprema de Justicia y la cuestión de la modificación de la jurisprudencia y la seguridad jurídica.

CAPÍTULO I



1. El Derecho como ciencia

“La ciencia jurídica no trata de lo cuantificable. Quien vea el signo distintivo de la Dogmática, en que ésta procure elaborar sus objetos de tal modo que sean medibles, y, debido a ello, los resultados de su estudio sean matematizables, tiene que excluir de antemano del campo de las ciencias, al Derecho”. (Larenz, 1994: 186).

Debo confesar que durante mucho tiempo no me era inteligible la concepción del Derecho como ciencia. No fue sino gracias al magisterio de los estudios del postgrado, cuando pude entender que la teoría del Derecho no se contrae a un saber consistente en la congerie ordenada de normas, que en una época y una determinada comunidad se considera Derecho. Sin embargo, seré indulgente conmigo mismo, este saber simplista, impropio para un abogado, me llevó siempre a cuestionarme sobre el objeto, sobre el *quid* de la ciencia jurídica. Ahora, por imperio del tema de fondo, estimo impostergable considerar su investigación, para poder decidir la naturaleza jurídica de los precedentes judiciales.

Con el éxito de las investigaciones de la ciencia natural, en el siglo XIX se intentó elevar la ciencia del Derecho al rango de una ciencia, postulando para ello un método similar al científico-natural, como un ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza.

En los comienzos del siglo XX, especialmente en Alemania, con la filosofía del Derecho se sitúa a la ciencia del Derecho como ciencia del espíritu, sin que se perfilara un método para la determinación de su objeto. Por otra parte, nunca han enmudecido las voces que niegan totalmente a la investigación jurídica el carácter de científica, ya sea por la naturaleza mutable y casual de las normas jurídicas positivas, las que, aducen, no pueden ser objeto de una ciencia; ya sea porque el papel del conocimiento es secundario frente al factor volitivo y sentimental al adoptar decisiones jurídicas, por lo que califican el método jurídico-científico como un autoengaño.



Entre las respuestas que se han dado sobre esta ciencia –dice Larenz-, se encuentra la de considerar a la ciencia del Derecho como sociología del Derecho (ciencia de los hechos) o como una teoría *formal* del Derecho, que se ocupa únicamente de las relaciones lógicas de los fenómenos jurídicos, pero se deja de lado su contenido. Se vuelve entonces a la ciencia positiva, que no pocas veces se confunde su designación con el positivismo jurídico, negando el objeto científico del Derecho y se afirma que, salvo la lógica y la matemática, solo puede darse un conocimiento científico de los hechos perceptibles y de su legalidad corroborable experimentalmente. La teoría del Derecho, que se ocupa del conocimiento de proposiciones del *deber ser* (normas), no puede incluirse en el concepto de ciencia. Oportuno resulta recordar la frase de Kirchmann (Julio German von Kirchmann, 1802-1884), juez y procurador del rey alemán, citado por Larenz, al negar el carácter de ciencia a la jurisprudencia, cuando dijo: “Tres palabras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en maculatura”. (1994: 25-26).

2. La conducta humana como objeto de la regulación jurídica

Para la inteligibilidad del Derecho como ciencia, debe formularse una distinción entre los elementos constitutivos de su justificación, explicando a la manera kelseniana, que frente a las ciencias de la naturaleza, se alzan las ciencias “normativas”, cuyo objeto no son los hechos sino las normas. A este tipo de ciencias pertenece la ética y la ciencia del Derecho. Su principio básico es el principio de imputación, por medio del cual se atribuyen determinadas consecuencias a ciertos supuestos de hecho y asimismo determinadas acciones a determinadas personas consideradas responsables. El principio de imputación tiene diversas aplicaciones en la teoría pura, sobresaliendo la que tiene lugar en la misma norma o proposición jurídica. Esta se compone de supuesto de hecho (ilícito) y consecuencia jurídica (o sanción).

Se dice que gracias al legislador que ha creado la norma, determinada consecuencia (o sanción) se imputa a determinado supuesto ilícito. La diferencia entre causalidad e imputación reside en que la relación entre la condición como causa y la consecuencia como efecto, que se expresa en la ley natural, no es similar a la relación entre condición



y consecuencia formulada en una norma jurídica, pues la natural es independiente de la intervención humana. (Robles, 2011: 18-19).

Con la palabra “norma” se alude a que algo debe ser, es decir, que un hombre debe comportarse de la manera que lo determina el contenido de la misma. Las normas, dice Kelsen, en su significado externo, mandamientos mas no enunciados, son acciones humanas dirigidas con intención, actos volitivos, de que un hombre actúe de determinada manera. Pero, cuando ordena, permite o autoriza con característica de norma jurídica, el sentido de su acción no puede ser descrito con el enunciado que afirme que el otro así actuará, sino sólo con el enunciado que así debe actuar. Lo que debe ser, puede no haber sido, no ser actualmente y no llegar a ser nunca, perdurando no obstante como algo obligatorio. Esta es la esencia de la distinción entre ciencia causal y ciencia normativa. (Kelsen, 1993: 15-18).

3. Ciencia causal y ciencia normativa

La naturaleza es, cierto orden de cosas o un sistema de elementos enlazados entre sí como causa y efecto; ligada según el principio de “causalidad”. Las llamadas leyes naturales, con las cuales la ciencia describe aquel objeto, como por ejemplo la oración que afirma: “si se calienta un metal, el mismo se dilata”, son aplicaciones de ese principio. La relación entre calor y dilatación es la causa y el efecto.

Al surgir el positivismo jurídico, encontramos perfilado como objeto de estudio, el comportamiento recíproco determinado por normas que disciplinan la conducta humana: *la ciencia jurídica*. Para la organización, descripción y ordenamiento de este objeto, la ciencia jurídica utiliza un principio ordenador diferente al de causalidad y se denomina: *principio de imputación*, ya explicado. Por tanto, la ciencia del Derecho se contrae a la *determinación* del derecho como norma (o, más precisamente como un orden normativo), y al conocimiento y descripción de las relaciones que ellas constituyen con los hechos por esas normas determinados. Con esta concepción la ciencia del derecho se define como ciencia normativa y singulariza su objeto frente a todas las demás ciencias que

aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos (Kelsen, 1993: 89-90).



4. La norma jurídica y su estructura

La norma jurídica en su estructura formal, es la prescripción en la cual se enlaza una *consecuencia jurídica* a un *supuesto de hecho*, a través del verbo copulativo *deber*.

La norma jurídica, como toda proposición, enlaza un hecho (el supuesto) con otro hecho (la sanción o consecuencia jurídica) V.gr. El vendedor está obligado a entregar la cosa vendida y a garantizar al comprador la pacífica y útil posesión de la misma. (Art. 1809 del Código Civil). Esta norma no afirma que los vendedores se comportan siempre del modo indicado o que en el futuro habrán de comportarse así. Más bien prescribe que todos aquellos que han de considerarse “vendedor” en el sentido de esta disposición; *deben* observar un comportamiento determinado en relación con la cosa comprada. La norma jurídica no afirma que algo sea así o así, sino que preceptúa, permite o prohíbe algo. Tampoco se puede preguntar, por tanto, si esta norma es verdadera o falsa, sino sólo si es válida, es decir, parte integrante del orden jurídico vigente.

La consecuencia jurídica reside siempre en la región de lo normativo. No es equivalente, por ejemplo, al resultado fáctico que persigue el dador de la norma, sino, visto como normativo, solo el medio más o menos adecuado para producirlo. Mientras la consecuencia jurídica sobreviene (es decir, vale) en cada caso como hecho normativo (nacido de una obligación) en virtud de la validez de la norma jurídica, el resultado de hecho depende de otros múltiples factores; por ello, también puede fallar en un caso concreto. El enlace de un suceso fáctico, tal como está descrito en el supuesto de hecho de la norma, con una consecuencia jurídica, que reside en la región de lo jurídico vigente y que por ellos, “entre en vigor” con la realización del supuesto de hecho, es lo específico de la proposición jurídica como forma de expresión lingüística de una norma. (Larenz, 1994: 243-245).



El enunciado jurídico no dice, como en la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces se da el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B debe ser, aunque quizás B no se produzca en la realidad.

A mayor detalle, expliquemos la función de esta estructura lingüística: La sanción contenida en aquella consecuencia, se atribuye a la conducta contraria a la debida u obligada reflejada por la hipótesis constitutiva del supuesto normativo, pero, su relación con la forma de la oración (proposición), está relacionada (enlazada) por la cópula *debe ser*, no por la de *tener que ser*, es decir por un enlace voluntario; pero, como se dijo, puede no acontecer o haber acontecido, v.gr. Si se produce el hecho A (vencimiento del plazo de la deuda) el hecho B (ejecución forzosa del patrimonio del deudor) es debido. Si esta relación de hechos fuese regida por la ley causal, el efecto B) ejecución del patrimonio, de manera indefectible se produciría; pero jurídicamente es distinto, el cobro judicial no siempre se produce en la realidad, porque la consecuencia ha sido establecida por una norma jurídica instaurada por un acto voluntario.

La atribución o señalamiento de una consecuencia jurídica a la conducta contraria a la obligada, es el fundamento sobre el que descansa el Derecho como ciencia, cuya teoría, debida a la doctrina positivista permite su inteligibilidad y la distinción con las ciencias que se rigen por las leyes causales, propias del estudio de los fenómenos naturales. (Kelsen, 1993: 90-91).

5. Fundamentos filosóficos de la ciencia jurídica

La teoría general del Derecho es la ciencia que tiene por *objeto*, en parte, las normas jurídicas en su contenido y sentido. El Derecho se objetiva en normas y su fenomenología, se conoce, explica y enseña con referencia a las normas.

La ciencia del Derecho es una porción del conocimiento humano, entendido el concepto de ciencia como: un conocimiento ordenado que se utiliza para organizar experiencias sobre fenómenos que se distinguen entre sí por la significación conceptual de sus *notas comunes* confirmables con la realidad objetiva que, en el caso del Derecho,



la realidad fenoménica la conforma, la conducta intersubjetiva del ser humano obligado por la norma jurídica u orden jurídico coactivo.

En el Derecho, las normas son el producto de la elaboración racional del propio Derecho. La tarea de organizar esas experiencias se realiza mediante un método que tiene por objeto reducir la incertidumbre al tomar decisiones más efectivas entre varias alternativas. ¿Cuál es ese *método*?

La generación de normas está compuesta de dos procedimientos: la legislación y la jurisdicción. La primera consiste en el poder que ostenta el legislador de dictar normas generales, la segunda es el poder del juez para resolver casos particulares, utilizando el sentido de esas normas generales.

Dentro de este contexto, la creación del Derecho sigue el *método deductivo*, consistente en el conjunto de operaciones racionales que permiten pasar de las normas generales a las soluciones particulares, las que, a su vez, autorizan establecer un vínculo entre el Derecho objetivo y las soluciones jurídicas. Este método, es el auténtico de la ciencia del Derecho, como ciencia aplicada a las estructuras formales y lógicas de las normas y de los ordenamientos jurídicos.

La ciencia entiende el Derecho como un sistema, es decir, como una totalidad de proposiciones que se presuponen y deducen mutuamente. Las proposiciones jurídicas son condicionadas las unas de las otras y deducidas las unas de las otras, siguiendo así la genealogía de una proposición hasta los primeros principios y descendiendo estos hasta las últimas disposiciones jerárquicas. La compatibilidad de subsunción de una norma con las restantes ya dadas, es abstractivo y formal.

En esta vía, el conjunto de estos conocimientos adquiridos al seguir la huella común y distintiva de cada fenómeno, se alcanza la estructuración de un orden o sistema normativo para cuya validez jurídica se crea un conjunto de conceptos, categorías, reglas y principios relacionados entre sí, denominado: teoría. (Aguiló Regla, s.f.: 1056).

Hoy día, el conocimiento alcanzado por la teoría no significa un punto estático, porque los investigadores siguen en una búsqueda sin fin, interpretando, afirmando o rechazando sus hipótesis, superando sus teorías en beneficio de la humanidad.



En este momento, en el Derecho, se perfilan nuevos protagonistas en la generación de nuevas formas de resolver las controversias, por ejemplo, el *Soft law* fundamentado no en la coacción, se confía más en la negociación, el diálogo, la facilitación, la aceptación y la persuasión antes que en la ejecución; es el caso de muchas instrucciones regulativas o recomendaciones de múltiples organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Ican, (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), organismo privado pero que con la confluencia de representantes de numerosos Estados, gobierna a nivel global, el sistema para asignar las direcciones de Internet. Son nuevos cuerpos normativos y *praxis* que expresan formas del *Soft law* basadas en las auto-obligaciones de los participantes, valorizando las negociaciones, hacen hincapié sobre la amenaza de excluir de los beneficios del instructivo convenido.

La globalización ha traído el fenómeno de la proliferación de estos ordenamientos paralelos o directamente alternativos al Estado-nación, modificando de manera radical la concepción iluminista de nuestra imagen del Derecho y de sus fuentes, incluso podríamos acercarnos a la asunción de un carácter privado por parte del Derecho. (Zaccaria, 2010:113-115).

En el ámbito de la teoría del Derecho con el paso del tiempo se han perfilado concepciones teóricas con profundas diferencias de abordar los propios sistemas jurídicos, la relación entre el “Derecho que es” y el “Derecho que debiera ser” sigue siendo el punto central del debate.

La misión de toda investigación jurídica es hacer visible y mostrar la conexión de sentido inherente al orden jurídico, que son algo más que una aglomeración de normas particulares basada en la arbitrariedad.

El fundamento filosófico que hoy manejamos es producto de la evolución cultural, que como veremos a continuación marca ese eterno trajinar del ser humano para alcanzar el ideal del hombre justo. El paso del tiempo ha hecho acopio de sus propios principios y concepciones, y su desarrollo no ha hecho otra cosa que reforzar a los contendientes en sus respectivas posiciones teóricas, pero las profundas diferencias teóricas permanecen en pie.



5.1. El *iusnaturalismo* o derecho natural

La concepción iusnaturalista es la teoría que fundamenta la validez del Derecho, en la infinita justicia y sabiduría de Dios, como fuente de todo principio moral universalmente verdadero, y en la capacidad de la razón humana para conocer las leyes de la naturaleza en el plano ontológico.

¿Qué es Derecho natural?, se preguntaba Hobbes y a su vez se respondía: los escritores llaman comúnmente *jus naturale* a la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su naturaleza, es decir, de su vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin.

Concibe la libertad como la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten.

Este filósofo concibe la Ley de la naturaleza (*lex naturalis*) como un precepto o norma general establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada. Aunque quienes se ocupan de estas cuestiones acostumbran confundir –dice-, *ius* y *lex*, Derecho y ley. Precisa distinguir esos términos, porque el Derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el Derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una materia. (Hobbes, s.f.:54).

En el medioevo, el Derecho es considerado como una norma fundada en la misma voluntad de Dios y dada a conocer por este a la razón humana o, como dice san Pablo, como la ley escrita por Dios en el corazón de los hombres. Esta concepción del Derecho natural encuentra su consagración oficial en la definición que se da del mismo en el *Decretum Gratiani* (que es la primera gran colección de Derecho canónico, y que más tarde constituirá parte del *Corpus iuris canonici*): El Derecho natural es el contenido en la



ley mosaica del *Viejo testamento* o en el *Evangelio*. De esta concepción del Derecho natural, como Derecho de inspiración divina, ha derivado la tendencia constante de pensamiento iusnaturalista de considerar el Derecho como superior al positivo.

Es importante tomar nota para entender el *iusnaturalismo*, que la sociedad medieval era una sociedad pluralista, en cuanto que estaba constituida por una pluralidad de grupos sociales, cada uno de los cuales tenía su propio ordenamiento jurídico. El Derecho se presentaba como fenómeno social, como producto no del Estado sino de la sociedad civil. Con la formación del Estado moderno, la sociedad asume en cambio una estructura monista, en sentido de que el Estado concentra en sí todos los poderes, en primer lugar el de crear Derecho: no le basta con colaborar en su creación, sino que quiere ser el único que establece el Derecho, bien directamente a través de la ley, bien indirectamente mediante el reconocimiento y control de las normas de formación consuetudinaria. Se asiste por consiguiente al proceso de monopolización de la producción jurídica por parte del Estado. (Bobbio, 1998: 43-45).

El Derecho natural, en este sentido, es una teoría moral; esto es, un cierto punto de vista acerca del conocimiento moral, una epistemología acerca de cómo y en qué condiciones podemos decir que una conducta o estado de cosas es bueno, justo, virtuoso, etc., seguidamente la teoría relativa al conocimiento del Derecho natural es también un determinado modo de concebir el fenómenos jurídico.

En resumen, la caracterización general que tuvo el Derecho natural se ve confirmada por el racionalismo que se desarrolla en los siglos XVII y XVIII y más allá de las diferencias que se acumulan a lo largo de la historia del *iusnaturalismo* antiguo, teológico, voluntarista, etc., son formas de manifestación meritorias de un capítulo de la Historia del Derecho. Estimamos que el rasgo común identificador, se contrae, a que la idea de justicia o moralidad es concebida, no como justicia de tal o cual sociedad, sino como una exigencia normativa derivada de Dios, de la naturaleza o de la razón. Pues bien esos rasgos que definen la cultura del *iusnaturalismo*, son los que dominaron por completo, el panorama del pensamiento occidental hasta el siglo XIX. (Betegón, 1997: 31,60).



5.2. El *iuspositivismo* o positivismo jurídico

Rafael de Asís, en el *Estudio preliminar de la obra El Positivismo Jurídico* de Bobbio, dice: el origen del positivismo jurídico, constituye un proceso histórico que se enfrenta a los planteamientos *iusnaturalistas* sobre el derecho. Tiene como precedentes la *Compilación de Justiniano* y el pensamiento de Hobbes “*De Cive*” (*El Ciudadano*) a partir de la Escuela de la Exégesis. (1998: 13).

Son tres los momentos que se destacan en una serie de hitos, de los cuales la Escuela de la Exégesis es el resultado:

1. El dogma de la omnipotencia del legislador.
2. El movimiento en favor de la codificación.
3. La escuela de la exégesis.

5.2.1. La omnipotencia del legislador

El dogma positivista de la omnipotencia del legislador representa el tránsito a la modernidad y se encuentra vinculado a un determinado tipo de Estado: el Estado absoluto. Este consistió en la eliminación de los poderes intermedios y atribución de un poder pleno, exclusivo e ilimitado al legislador. Esta concepción inicial absolutista evoluciona y da paso a un Estado de tipo liberal, consistente en la protección frente a las arbitrariedades de los distintos poderes, incluido el legislativo, mediante mecanismos constitucionales, tales como la separación de poderes o el principio de representatividad consagrado con la aparición del sistema democrático. Dentro de esta concepción del Derecho, cabe preguntarse, cuál es el papel que desempeña el juez ante el Derecho. Ciertamente, en la distinción de las diferentes corrientes o escuelas del Derecho, resulta básico establecer el sentido que se dé a la actividad que corresponde al juzgador. Por ejemplo, para el *iusnaturalismo*, el Derecho tiene que estar en consonancia con unos determinados principios de justicia, pero básicamente quien tiene que acudir a ellos, es



el juez en la resolución de las controversias. El juez no solo tendrá que utilizar el Derecho positivo sino que podrá basarse también en principios de justicia o Derecho natural. Al mismo resultado llegamos si analizamos la postura del sentido judicial en el positivismo, para el juzgador sólo es Derecho el positivo, excluyendo toda consideración al *iusnaturalismo*.

La codificación, marca el comienzo de la soberanía de la función legislativa, fundamento necesario de la doctrina positiva. Este hallazgo lo encontramos en Francia con el *Código de Napoleón*, (fruto de la cultura racionalista de la Ilustración), como un derecho sencillo, unitario y breve, a diferencia de la *Compilación de Justiniano*, que consistía en una reunión de fragmentos. La codificación trae consigo, junto al abandono del Derecho natural, la exaltación de la razón (con el consiguiente abandono de la costumbre). De ahí que resulte difícil explicar el sentido del derecho, sin entender el sentido y el valor de la codificación, aspecto que abordaré en seguida. (Bobbio, 1993: 13-16,43-44).

5.2.2. El movimiento en favor de la codificación

El pensamiento jurídico del siglo XIX ha caracterizado a la doctrina *iuspositivista* como positivismo legalista, ya que era habitual identificar el Derecho con la ley promulgada por el Estado. Una de las manifestaciones más destacadas es el código. Un código es un libro que recoge de forma sistemática todo el Derecho vigente, bien en su totalidad, bien en un sector determinado del ordenamiento.

La idea de la codificación nace de la cultura racionalista preconizada por el jurista inglés Jeremías Bentham (1748-1832), quién estaba convencido que es posible establecer una ética objetiva que pueda ser justificada en una legislación universal, es decir, en la posibilidad de establecer leyes racionales para todos los hombres. La comunidad de ideas de Bentham con el pensamiento jurídico de la Ilustración francesa puede verse claramente en estas afirmaciones suyas, que fijan las cualidades esenciales

de las leyes en la claridad y en la brevedad, las mismas cualidades sobre las que habían insistido los redactores franceses de los primeros proyectos de codificación.



De manera que la idea de la codificación como fruto del racionalismo, se convirtió en realidad precisamente en la ilustración, en donde se encarnaron como fuerzas histórico-políticas, durante la Revolución Francesa, puesto que fue durante el desarrollo de esta (1790 y 1800) cuando toma consistencia política la idea de codificar el Derecho. La sociedad francesa en ese momento no tenía un único ordenamiento civil, penal y procesal, sino una multiplicidad de derechos territorialmente limitados. En concreto, el territorio se dividía jurídicamente en dos partes: la septentrional donde estaban vigentes, las costumbres locales y la meridional, donde regía el Derecho común romano. La concepción racionalista consideraba la multiplicidad y la complicación del Derecho como producto del arbitrio de la historia: las viejas leyes debían, por lo tanto ser sustituidas por un Derecho simple y unitario que habría de ser dictado por la *ciencia de la legislación*, una nueva ciencia que interrogando a la naturaleza del hombre, habría establecido, cuáles eran las leyes universales e inmutables que habrían de regular la conducta del hombre. La multiplicidad de leyes –decían los filósofos de la Ilustración-, es producto de su corrupción. El principio de la codificación fue, desde luego, consagrado en la Constitución aprobada por la Asamblea constituyendo del 5 de septiembre de 1791. Al final del título I (disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución y colocando después de la Declaración de Derecho, se establece: “Se hará un código de leyes civiles comunes a todo el reino”. (Bobbio, 1993: 80-82, 106). A continuación haré una breve reseña de las codificaciones que han tenido una vasta repercusión en el desarrollo del pensamiento jurídico moderno en los dos últimos siglos.

5.2.3. La codificación justiniana

Dos han sido las codificaciones que han tenido una influencia fundamental en el desarrollo de nuestra cultura jurídica: la justiniana y la napoleónica. Sobre la obra de Justiniano se basó la elaboración del Derecho común romano en el medioevo y en la



edad posterior. Se conoce como Derecho común al que rige en todos los países de la Europa Central (y en sus colonias) desde el siglo XII al XIX. Está formado por los textos legales incluidos en el *Corpus juris*, la más importante recopilación del Derecho romano de la historia. Fue realizada entre 529 y 531 por orden del emperador bizantino Justiniano (527-565) y dirigida por Triboniano. La colección justiniana consistió en una compilación de leyes precedentes (*El Digesto*), de fragmentos de los principales juristas romanos distribuidos por materia y las interpolaciones o sea adiciones o modificaciones adaptadas a las exigencias de la sociedad bizantina, formuladas por los compiladores. El nombre de *Corpus iuris civilis* (*Cuerpo de Derecho civil*), deriva de la edición completa de los trabajos de Dionisio Godofredo en Ginebra en 1583. (Bobbio, 1998: 79-80).

5.2.4. La codificación napoleónica

El Código de Napoleón ha tenido una vasta repercusión y una profunda influencia en el desarrollo del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo. Entró en vigor en Francia en 1804. Napoleón cónsul primero, nombró una comisión compuesta por cuatro juristas: Tronchet, Mateville, Bigot-Préamenenau y Portalis para la formulación del proyecto definitivo. El más destacado entre ellos fue Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807). Este proyecto fue sometido al Consejo de Estado para su discusión. Estas sesiones fueron a menudo presididas por el mismo Napoleón, (57 de 102 sesiones), quien al participar directamente en el examen de las disposiciones de este cuerpo legal, puso, según los elogios de sus biógrafos, toda su agudeza en las controversias que se suscitaron, con mayor perspicacia que los consumados juristas que integraron el Consejo. El proyecto era aprobado y conforme se avanzaba se publicó en leyes separadas (34 en total), las que finalmente fueron recogidas y alcanzaron la conformación del Código Civil Francés en su segunda edición de 1807, con el nombre transmitido a la historia: Código de Napoleón.

Con la promulgación de esta ley se abandonan decididamente las concepciones iusnaturalistas y fue elaborado sobre la base del *Tratado de Derecho civil* de Robert

Joseph Pothier (1669-1772), el mayor jurista francés del siglo XVIII. (Bobbio, 1998: 86-87).



5.2.5. La Escuela de la Exégesis

Los principales métodos hermenéuticos se inician con el estudio de esta corriente del pensamiento jurídico. Nace en el contexto histórico de la Codificación, propia de las monarquías absolutistas que rompen con la tradición del Derecho del feudalismo. Bajo este nuevo método, la interpretación de una norma debe iniciar con el sentido gramatical que tiene la norma, si ésta no es suficiente al existir un caso no expresamente contemplado por dicho precepto, entonces se debe acudir a otras técnicas para lograr la clarificación de la disposición y es ahí donde surgen diferentes formas de hacer exégesis.

Una primera escuela señala, que debe atenderse a la intención del legislador, para ello el intérprete debe buscar cuál fue la razón por la que se hizo una determinada norma e inclusive encarnar la psique del legislador, con esto se quiere decir que deben de buscarse la exposición de motivos de una ley, las discusiones de las cámaras, el contexto social, etc.

Pero la denominación de Escuela de la Exégesis, rinde sus mayores efectos como movimiento de interpretación del Derecho, dentro de la Revolución francesa después de la publicación del Código Civil de Napoleón de 1804 y tuvo su auge en el siglo XIX, sus postulados consistían en la interpretación de la norma por la norma misma, exaltando el Derecho escrito, dándole preeminencia al texto de la ley por sobre otros planteamientos y manteniendo una mentalidad contra la historia reciente de ese país en la creación de la norma.

Eduardo García Máynez sostiene que el pensamiento inspirador de esta escuela fue, por vez primera, formulado en la memoria *L'autorité de la loi*, leída por el jurista francés Blondeau, en el año de 1841, ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Según Blondeau, las decisiones judiciales deben fundarse *exclusivamente en la ley*. El jurisconsulto francés rechaza "las falsas fuentes de decisión, con las cuales se pretende



sustituir la voluntad del legislador”, entre otras, las razones o reglas del juzgador, usos no reconocidos legalmente, consideraciones de utilidad general, equidad, adagios, doctrinas, etc. Llega al extremo de sostener que si el juez se encuentra ante leyes contradictorias, que hagan imposible descubrir la voluntad del legislador, debe abstenerse de juzgar, considerar tales preceptos como no existentes y rechazar la demanda. La interpretación será siempre exégesis de los textos, dado a que la riqueza de la legislación, a partir de la época de las grandes codificaciones, sobre todo la promulgación del Código de Napoleón, hace casi imposible la existencia de casos no previstos. Como la ley es para los defensores de esta doctrina, expresión de la voluntad legislativa, la interpretación de los preceptos legales debe reducirse a la búsqueda del pensamiento de su autor. Esta tarea es precisamente lo que se llama exégesis, de los textos.

Algunas veces, sostenían los positivistas de esta escuela, la expresión es oscura, incompleta, o inexistente, en cuyo caso, el examen gramatical no basta, siendo necesario echar mano de la llamada interpretación lógica, para complementar, extender o restringir su letra. En este caso el intérprete debe valerse para lograrlo de las exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias, a la costumbre o tradición histórica para establecer las condiciones prevalecientes en la época de la promulgación así como los motivos que impulsaron al legislador a establecerla. Por último a falta de estos medios debe acudir a medios indirectos, tales la equidad y los principios generales del derecho, siempre con el objeto de descubrir las consideraciones de utilidad y justicia en que el legislador debió inspirarse. (1969: 333-335).

El espíritu y el método de la Escuela de la Exégesis se expresan en una afirmación que Bonnetcase, citado por Bobbio atribuye al exponente de esta corriente ya citado, Bugnet, quién declaró: “Yo no conozco el Derecho civil, enseño el Código de Napoleón”. (1993: 97).



5.3. El realismo jurídico

El realismo jurídico, a pesar de no constituir propiamente una escuela, ni un grupo cohesionado, sus representantes conforman un movimiento intelectual que nace en una revuelta contra el formalismo jurídico, es decir, contra el método que estudia el Derecho (*case method*) del sistema imperante en Estados Unidos (realismo jurídico americano).

Algunos de sus protagonistas: Oliver W. Holmes (1841-1935), Roscoe Pound (1870-1964) y Karl Llewellyn (1893-1962), abrazan la teoría del rechazo de la explicación de los fenómenos jurídicos a partir de variables endógenas al propio Derecho, lo cual implica la apertura de la investigación jurídica a las aportaciones de otras ciencias sociales, tales la economía y la sociología e igualmente un rechazo a la construcción teórica de un cuerpo de conceptos jurídicos sistemáticamente elaborado como lo conceptúan los positivistas. Esta tesis, conducía irremediablemente de hecho a la negación del carácter autónomo de la ciencia del Derecho.

El juez de la nueva generación sería en adelante un jurista sociólogo, cuya función, en buena parte, se centrará en: El estudio de los efectos sociales concretos de las instituciones y de las doctrinas jurídicas, estudio de los medios para convertir efectivamente en operativas las normas jurídicas, estudio sociológico como actividad preparatoria de la promulgación de la legislación, estudio de la metodología jurídica, elaboración de una historia sociológica del Derecho y reconocimiento de la importancia de la solución razonable y equitativa de los casos particulares, mientras que la generación anterior se contentaba con la justicia abstracta de las normas consideradas en abstracto.

Llewellyn desarrolla una concepción propia sobre el Derecho y una interpretación propia del realismo jurídico al manifestar su rechazo a las doctrinas que reducen a norma o sistema de normas, así como aquellas que lo consideran como expresión de la idea de justicia. Pone de relieve como método de solución de los casos particulares, la vinculación indisoluble a lo que dicen y lo que hacen los operadores del Derecho, es decir, a los que lo imponen y lo realizan, v.gr. los jueces, abogados, científicos del Derecho o funcionarios de la administración pública. El Derecho, es por tanto, para este tratadista, el resultado de la interacción entre normas jurídicas y normas tradicionales, por un lado, y la



producción y aplicación práctica de las mismas por parte de los operadores de Derecho, por otro lado. El Derecho, entendido como actividad de un grupo organizado, se presenta como una máquina creada con el fin de dirigir el comportamiento social o, en otros términos, como un medio de control social que no ejerce solamente una función represiva, sino también una función organizativa y directiva, desarrollada con el fin de producir y mantener la cohesión del grupo.

El realismo espera poder prever con mayor precisión lo que los tribunales harán después de que el realismo mismo haga pedazos la tradicional fe en la certeza del Derecho y dirija su crítica contra la congruencia lógica y la impermeabilidad del sistema jurídico. (TREVES, Renato, 1998: 96-98).

Las reacciones a esta corriente del pensamiento jurídico no se hicieron esperar, así Hart, somete a crítica lo dicho hasta ahora por la concepción realista del Derecho destacando, que el escepticismo sobre las normas debe aceptar al menos que la identificación de jueces y funcionarios requiere la existencia de reglas de competencia que les configure como tales y delimite sus funciones, procedimientos de actuación, autoridad de sus decisiones, etc. y así poder estar en condiciones de distinguir la decisión de un particular de la de un tribunal. Luego, a pesar de la incertidumbre que genera la consideración de la textura abierta del lenguaje normativo, los jueces y funcionarios aplican generalmente normas preexistentes, de las que se sirven como guía o razón de su conducta. Todo sistema jurídico se caracteriza por la satisfacción por parte de jueces y demás aplicadores de Derecho de los criterios contenidos en las regla de reconocimiento del sistema al que pertenecen.

La predicción de la conducta objeto del deber como esencia del sistema jurídico, le recuerda al realismo, que las normas jurídicas son directivas acerca del ejercicio de la fuerza que van dirigidas a los jueces y otros funcionarios. Pero para que formen parte del Derecho depende de un factor de orden psicológico: que sus destinatarios; es decir, los aplicadores del Derecho, se comporten de acuerdo con los esquemas de conducta previstos en ellas y que las obedezcan porque las perciben como socialmente obligatorias.



La ciencia jurídica se configura como una ciencia directiva, porque las proposiciones formuladas por los juristas permiten prever cómo se comportarán los destinatarios de ellas en el futuro, si bien ello queda sujeto a una serie de restricciones como pueden ser la necesidad de estabilidad del sistema jurídico o la entrada en la toma de decisiones, no normativas. Las normas jurídicas se objetivan como esquemas de conducta prevista, que serán interpretadas y las utilizamos para comprender el comportamiento de los aplicadores del Derecho. Las acciones de jueces y tribunales se configuran como respuestas de sentido respecto de condiciones dadas el sistema normativo. (Betegón, 1989: 82-84).

6. La norma jurídica como expresión de la Ley

Para reproducir el sentido específico con el cual la norma jurídica se dirige a los órganos y sujetos del Derecho, no puede formularse el enunciado jurídico, sino como una oración. Pero debemos ser enfáticos, dice Kelsen, a pesar que la descripción de un orden jurídico normativo de la interacción humana se describe mediante la *oración*, forma lingüística ésta que resulta ser la misma con que las ciencias naturales describen sus leyes causales, sus contenidos objetivos se diferencian de manera característica: la conexión establecida por una norma jurídica entre los hechos determinados como condición y las sanciones determinadas como consecuencia, se describen jurídicamente mediante el verbo copulativo *deber*, (usado correctamente como orden, autorización o permisión), cuyo principio de ordenación –indispensable reiterar–, es distinto al principio de causalidad, denominado: *principio de imputación*. (1993: 90-91).

La norma jurídica enlaza, como toda proposición un hecho (el supuesto) con otro hecho (la sanción o consecuencia jurídica) V.gr. El vendedor está obligado a entregar la cosa vendida y a garantizar al comprador la pacífica y útil posesión de la misma. (Art. 1809 del Código Civil). Esta norma no afirma que los vendedores se comportan siempre del modo indicado o que en el futuro se habrán de comportar así. Más bien prescribe a todos aquellos que han de considerarse “vendedor” en el sentido de esta disposición; un



determinado comportamiento en relación con la cosa comprada. La norma jurídica no afirma indica indefectiblemente que algo sea así o así, sino que preceptúa, permite o prohíbe algo. Tampoco se puede preguntar, por tanto, si esta norma es verdadera o falsa, sino sólo si es válida, es decir parte integrante del orden jurídico vigente.

La norma jurídica enlaza la conducta contraria prescrita en el supuesto de hecho normativo a la consecuencia jurídica, mediante el núcleo de la copula imputativa, denominado: *deber u obligación*.

La consecuencia jurídica reside siempre en la región de lo normativo. El enlace de un suceso fáctico, tal como está descrito en el supuesto de hecho de la norma, con una consecuencia jurídica, que reside en la región de lo jurídico vigente y que, por ellos, “entre en vigor” con la realización del supuesto de hecho, es lo específico de la proposición jurídica, como forma de expresión lingüística de una norma. (Larenz, 1994: 243-245).

Para explicarlos mejor, traigo a este lugar, el párrafo siguiente: el enunciado jurídico no dice, como en la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad.

La sanción contenida en aquella consecuencia, se atribuye a la conducta contraria a la debida u obligada reflejada por la hipótesis constitutiva del supuesto normativo, pero, su relación con la forma de la oración (que también describe una proposición causal), está enlazada por la cópula deber, es decir, por un enlace voluntario; pero, como se dijo, puede no haberse actualizado, no ser actualmente o no llegar a actualizarse nunca. V.gr. Si se produce el hecho A (vencimiento del plazo de la deuda) el hecho B (ejecución forzosa del patrimonio del deudor) es debido. Si esta relación de hechos fuese regida por la ley causal, el efecto B) ejecución del patrimonio, de manera indefectible se produciría; pero jurídicamente, es distinto, el cobro judicial no siempre se produce en la realidad, porque la consecuencia ha sido establecida por una norma jurídica instaurada por un acto voluntario.

El principio de imputación jurídico-normativo es el fundamento sobre el que descansa el Derecho como ciencia, es su esencia, cuya teoría, debida a la doctrina positivista me



ha permitido la inteligibilidad y la distinción con las ciencias que se rigen por las leyes causales, propias del estudio de los fenómenos naturales.

Es oportuno explicar, que la cópula “deber”, no es utilizada por la teoría del Derecho en forma corriente. Con el verbo “deber” se expresa *usualmente* el pensamiento de estar algo ordenado, pero no el estar autorizado o permitido. El verbo “deber” en derecho –esto es, el término copulativo que, en el enunciado jurídico, enlaza la condición con la consecuencia-, abarca los tres significados o tres funciones normativas impuestas por el Ordenamiento jurídico: el estar ordenada, el ser facultativa, y el estar (positivamente) permitida. (Kelsen, 1993: 90-91).

7. El ordenamiento jurídico

La teoría del ordenamiento jurídico es obra del pensamiento jurídico positivo y su más coherente expresión la encontramos en el pensamiento de Kelsen, a quien se considera como el punto culminante del movimiento positivista y después del cual comienza su declive (Bobbio, 1998: 201).

Aunque su doctrina, no fue obra de su creación ni se encuentra en contradicción con todo lo producido en su época, sino la continuación de otras tesis que se anunciaban en la ciencia jurídica en el siglo XIX, Kelsen no se explica por qué sus opositores se ensañan tan acremente en su contra. Probablemente –dice- toda la animadversión a su teoría jurídica se deriva de la consistencia científica de su pensamiento; es probable –dice-, que su crítica sea motivada sobre todo por orientaciones cargadas de política, y que él se encarga objetivamente de separarla de la ciencia jurídica.

En verdad, dice este autor en el prólogo de la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*- la controversia no atañe al lugar del Derecho en el marco de la ciencia, se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política, de la neta separación de ambas; de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, exigencias políticas que



sólo poseen un carácter supremamente subjetivo, aun cuando, con la mejor fe, aparezcan como el ideal de una religión, una nación o de una clase. Este es el fundamento de la oposición, lindante con el odio, contra la *Teoría Pura del Derecho*. (Kelsen, 1993: 47-9).

La meta del *iuspositivismo* fue consolidar la teoría del ordenamiento jurídico como su único objeto. Surge entre el final del siglo XVIII y el principio de del siglo XIX con la pretensión de dar unidad a un conjunto de normas jurídicas fragmentarias que producían un constante peligro de inseguridad y arbitrio. Un ejemplo ilustrativo de tal aserto lo constituye el movimiento francés (1790-1800) en pro de la defensa de la codificación en la que se reclamaba un Derecho sencillo, completo y unitario [...] La exigencia de la codificación nace de una concepción sencillamente ilustrada. Francia es la patria de la Ilustración, luego la idea de la codificación es fruto de la cultura racionalista, cuya fuerza arrolladora pudo convertirse en realidad, y tuvo su feliz desenlace en la Revolución Francesa.

Según los juristas racionalistas, siendo la naturaleza de las cosas simple y unitaria, también el Derecho debía serlo, y sobre esto insisten, convergiendo el ideal netamente ilustrado en el principio de la codificación, porque las leyes extensas son calamidades públicas. La monarquía oprimía con la multiplicidad de leyes; origen de todas las pasiones incompresibles, naturalmente porque donde hay muchas leyes el pueblo se vuelve esclavo. (Bobbio, 1998: 81-82).

Los órdenes jurídicos modernos sólo regulan la conducta de los hombres y un orden jurídico es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez y el fundamento de validez de un orden normativo es una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden. (Kelsen, 1993: 44-45).

La teoría del ordenamiento jurídico se basa en los tres conceptos fundamentales que a él se atribuyen: *unidad*, *coherencia* y *plenitud*. Estas tres características son las que hacen que el Derecho en su conjunto sea un Ordenamiento, esto es, un ente nuevo, diferente de cada una de las normas que lo componen. (Bobbio, 1998: 202).



7.1. La unidad del ordenamiento normativo

Hemos dejando asentado a tenor de la teoría kelseniana que la razón o fundamento de la validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho. A la norma cuya validez no puede derivar de otra superior la llamamos fundamental. Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado sistema. En este sentido, la unidad del sistema jurídico consiste en recurrir en su dinámica de creación, a los procesos establecidos en la norma fundamental. Por ello debemos precisar, que el fundamento de unidad del sistema jurídico se encuentra en la Constitución, primera norma positiva del sistema que establece la competencia de los órganos y los procedimientos de creación normativa. Desde esta perspectiva dinámica resulta relevante para la consolidación de la unidad del orden jurídico la previsión de normas derogativas o anulativas para la depuración del sistema, ya que sirven para mantener su unidad y la posibilidad de liberarlo de contradicciones. (1995: 129-131).

En síntesis, el positivismo distingue dos tipos de sistemas normativos: el primero propio de la moral. Consiste en que, a partir de una norma general (“haz el bien”), se derivan preceptos concretos por medio de deducción lógica (“consuela a los enfermos”). El tipo dinámico es propio del Derecho. Este es un sistema cuyas normas no derivan una de otras por deducción lógica sino por intermediación de actos de voluntad creadores de normas. Entre la constitución y la ley se interpone la voluntad del legislador que promulga ésta. Entre la ley y la sentencia se interpone la voluntad del juez que la dicta. (Robles, 2011: 23-24).

Los iusnaturalistas fundan la unidad sistemática del Derecho, mediante un procedimiento lógico en el que deducen una norma de la otra hasta llegar a una de máxima generalidad que está en la base establecida por el poder supremo o postulado moral autoevidente. En tanto para los iuspositivistas el Derecho constituye una unidad no porque sus normas pueden ser obtenidas mediante una operación intelectual, partiendo de la norma básica. Esta última simplemente establece una determinada autoridad que



puede, a su vez, conferir la facultad de creación normativa a otras autoridades. Las normas de un sistema dinámico, eminentemente cambiante, tienen que ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alta. Semejante autorización implica una delegación. (Kelsen, 1995: 132).

7.2. La coherencia del ordenamiento jurídico

Para entender este concepto se nos hace más sencillo significar lo contrario. La incoherencia normativa existe cuando varias normas del sistema regulan de forma incompatible la conducta de las personas, de modo que la misma conducta aparece al mismo tiempo como mandada y no mandada, prohibida y no prohibida o mandada y prohibida.

Al abordar el análisis de la norma válida, establecimos que las normas no constituyen elementos aislados sino que su eficacia opera dentro de un conjunto que se corresponde con la expresión de *ordenamiento jurídico*. En principio el requisito de coherencia es tan exigible como en cualquier otro sistema que se considere. Pese a que en la teoría lo deseable sería una coherencia absoluta en la práctica no es infrecuente encontrarse con un sistema de normas imperfecto, con contradicciones que rompen la armonía deseable, dando lugar a las antinomias.

La incoherencia encuentra su solución inmediata mediante tres principios conocidos de antiguo y que suelen estar recogidos en los propios ordenamientos: el principio de temporalidad, el principio de jerarquía y el principio de especialidad. (Betegón Carrillo, 1997: 269-273).

Ahora bien la misión del sistema científico es hacer visible y mostrar la conexión de sentido inherente al orden jurídico, como un todo, porque es característica de toda ciencia, la reserva de conocimientos mejores y futuros. Al tal efecto y en orden a la aplicación normativa, se presupone siempre que las reglas de Derecho y los diferentes complejos de regulación están de hecho entre sí en una tal conexión de sentido, es decir:



que son algo más que una aglomeración de normas particulares basada en la “arbitrariedad” del legislador o en otros factores más o menos casuales. (Larenz, 1994: 479). Esta concepción de Larenz, me permite comprender el tránsito “espiritual” que acompaña al Juez en el proceso de aplicación del derecho al reconducir racionalmente el caso de una grada superior a otra inferior hasta su resolución. Por eso es que Kelsen dice que el sistema no admite contradicciones y que a tenor del descubrimiento de los principios directivos y concreción de contenidos regulativos del orden normativo, como producto de este tránsito interpretativo, se alcanza la sentencia judicial fundada en ley, lo que significa que se mantenga dentro del marco que la ley despliega, que tenga el contenido de *una* de las normas individuales –y no la norma individual- que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general. (Kelsen, 1993: 349, 351-352). Sobre este tópico se hablará con mayor profundidad en lo sucesivo.

7.3. La plenitud del ordenamiento jurídico

Bobbio cita la obra *Teoría generale del Diritto* de Carnelutti, para esclarecer el concepto de plenitud y sus indisolubles relaciones con la coherencia, diciendo: la incoherencia del sistema es la situación en la que existe una norma y *además* otra incompatible con la primera, es un vicio por exceso (*exuberancia*), en tanto la falta de plenitud es la situación en que no existe *ni* una *ni* otra, es este un vicio por defecto (*deficiencia*). En la incoherencia hay dos normas contradictorias de las cuales sólo una puede permanecer en el sistema; y cuando existe una norma menos, una laguna del sistema, se impone la obligación judicial de integrarla el ordenamiento jurídico (Bobbio, 1998: 205-206). Este intrincado vicio de unidad sistemático-normativa, ha dado pábulo a las más variadas orientaciones doctrinarias, hasta para negar la existencia de los postulados dogmáticos del Derecho como ciencia aún y cuando este concepto se ha afinado tan firmemente a partir de la doctrina positivista.

Según la teoría tradicional de las lagunas, el derecho válido no es aplicable en el caso concreto, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso. De ahí que el



tribunal tenga, para resolver el caso, que colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente. Lo esencial de esta argumentación reside en señalar que la aplicación del derecho válido, como conclusión de lo general a lo particular, no es posible lógicamente en este caso, dado que falta la premisa necesaria, la norma general. Esta norma es errada –dice Kelsen-, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido (Kelsen, 1993: 255).

En la *Teoría General de Derecho y del Estado*, este autor sostiene: El orden jurídico no puede tener lagunas. Si el juez está autorizado a resolver como legislador una determinada controversia en la hipótesis de que el orden jurídico no contenga ninguna norma general que obligue al demandado a la conducta reclamada por el actor, no llena una laguna del derecho realmente en vigor, sino que añade a este una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general. El derecho realmente en vigor pudo ser aplicado al caso concreto mediante la absolución del demandado. (1995: 174-175).

El positivismo jurídico admite que como obra humana, la ley no está excluida de contener situaciones normativas carentes de sentido, pero ellas no son auténticas lagunas sino que la formulación de la norma no cubre todos los casos que el legislador pretendía disciplinar, en cuyo caso dicha norma se puede completar desde dentro del propio sistema (*autointegración del Derecho*) mediante el recurso de los fines de la ley, la analogía o los principios generales del Derecho, lo cual es un recurso que no constituye un acto de creación, sino de pura interpretación y más concretamente de integración del derecho.

Larenz, dice que el debate sobre las lagunas de la ley no son más que una imprecisión terminológica, porque en la realidad la misma se contrae a una “incompletez” del derecho legal, ya que cuando el legislador ha dejado una cuestión sin resolver, abandona su solución a la jurisprudencia judicial y a la Ciencia. La más de las veces se tratará de una imprecisión terminológica, debido a que el legislador ha pasado por alto una cuestión que según su intención fundamental precisaba ser completada, y que merece ser interpretada, pero no de creación de norma a título de premisa legal sino mediante integración de lagunas. (1994: 372).



Afortunadamente, a juicio del sustentante, la Ley del Organismo Judicial de Guatemala así lo contempla, habida cuenta que a tenor de su artículo 10, en caso de falta de una norma, la única autorización que el legislador otorga al juez, es la de resolver de conformidad con los parámetros referidos en esta norma y poner el asunto en conocimiento en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, a efecto de que si es el caso ejercite su iniciativa de ley, pero nunca la de crear una norma individual que sustituya la supuesta omisión del legislador, porque ello entraña una “ficción”, como dicen los positivistas, es decir, un supuesto jurídico psicológico y no jurídico. (Bobbio, 1998: 213).

Si bien nuestro orden legal vigente, admite la existencia de lagunas normativas, o sea la inexistencia de supuestos no regulados de una manera directa y especial por inadvertencia del legislador, al mismo tiempo el mismo sistema señala la forma de integrarlo, valga decir, de completarlo legalmente. Así, el artículo 15 que remite a las reglas del artículo 10 referido, impone expresamente la obligación del juzgador, so pena de responsabilidad, de resolver mediante la analogía *legis*, al prescribir: “*En los casos de falta de la ley, debe aplicarse el inciso c. del artículo 10 que dice: “A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas”.*

La analogía *legis* enseña, que procederá la aplicación analógica de normas cuando estas no contemplen *supuesto específico*, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. La analogía se configura en la doctrina, como el procedimiento de aplicación del derecho por virtud del cual aplicamos la norma establecida para un caso previsto a la solución de otro no previsto, atendida la esencial igualdad que existe entre ambos. Responde al principio de: que si hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta. (Orozco, 2011: 50-52).

8. La jerarquía del ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico no es una sucesión interminable de preceptos determinantes y actos determinados, algo así como una cadena compuesta por número infinitos de



eslabones, sino que tiene un límite superior y otro inferior. El primero denominase norma fundamental; el segundo está integrado por los actos finales de ejecución, no susceptibles de provocar ulteriores consecuencias.

El proceso gracias al cual una situación jurídica abstracta transformase en concreta y una norma general se individualiza, se denomina aplicación.

La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría. Por su parte, los actos postreros de aplicación carecen de significación normativa, ya que representan la definitiva realización de un deber jurídico.

El proceso de aplicación es una larga serie de situaciones que se escalonan en orden de generalidad decreciente. Toda situación jurídica hallase condicionada por una norma abstracta. Las de general observancia, que en relación con los actos jurídicos son condicionantes, encuéntrense, a su vez, condicionadas por otros preceptos de mayor jerarquía. Una norma es condicionante de otra, cuando la existencia de ésta depende de la de aquélla.

El orden jerárquico normativo de cada sistema de Derecho se compone de los siguientes grados:

1. Normas constitucionales.
2. Normas ordinarias.
3. Normas reglamentarias.
4. Normas individualizadas.

Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas, en cambio, refiéranse a situaciones jurídicas concretas.

Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias, y las individualizadas por normas de índole general. Algunas veces, sin embargo, una norma

individualizada puede encontrarse condicionada por otra del mismo tipo, como ocurre por ejemplo cuando una sentencia se funda en un contrato. (García, 1969:84-85)



CAPÍTULO II



1. Las fuentes del Derecho

1.1. Crítica al concepto fuentes de Derecho

Algunos estudiosos del Derecho, entre ellos Hans Kelsen, no confieren mayor relevancia al tema de las fuentes del Derecho, por considerarlo demasiado elemental para ocuparse de él. Piensa que viene a ser como el ABC del Derecho y por lo tanto no tiene sentido detenerse en una función simplemente propedéutica. ¿Para qué entretenerse con estas disquisiciones acerca de la naturaleza de su actividad [Derecho], si esta funciona y su éxito es bien visible en sus aplicaciones terminológicas?

En el tema de estudio entendemos que la cuestión de las fuentes nos conduce inexorablemente a la naturaleza del Derecho. Es la vida de un orden jurídico. Para que este exista debemos; primero saber que debe haber un amplio consenso respecto de cuáles son las fuentes de ese orden. Sin acuerdo sobre las fuentes, no puede haber una práctica concordante de identificación del Derecho, es decir, no puede haber un orden jurídico. Pero, por otro lado, también es cierto que las grandes controversias jurídicas se han canalizado a través de la doctrina de las fuentes.

De lo dicho podemos inferir, que las formas escépticas de conceptualizar las fuentes del Derecho, sólo lo ven como un discurso ordinario de corte externo, así, simplemente trivializan la comprensión de la doctrina del orden legal. Baste traer a colación las controversias de extraordinaria entidad práctica para los juristas, a saber: las disputas jurídicas entre costumbre y ley o entre ley y jurisprudencia. Piénsese, por ejemplo, en la tensión entre ley y constitución a propósito de la transición del Estado de Derecho como imperio de la ley, al Estado de Derecho como Estado constitucional, o las interrogantes sobre jurisprudencia que se formulan en la hipótesis que sostengo en esta investigación: ¿Crear y aplicar el Derecho son operaciones radicalmente opuestas entre sí?, ¿Crean Derecho los jueces?



En definitiva todas estas cuestiones apuntan hacia el problema del ámbito y los límites de lo jurídico, y sus respuestas tienen gran relevancia para la práctica e inciden en la Teoría de las fuentes del Derecho. (Aguiló Regla, pp. 1019-1020, 1023).

La noción fuente, significa en general el origen de algo. Ahora bien, qué pueda entenderse por el origen del Derecho no es algo tan claro como el agua.

El concepto fuentes del Derecho es un concepto fundamental de la *Teoría General del Derecho*. La palabra fuente, es en sí, causa de equívocos, por la pluralidad de interpretaciones que admite en el lenguaje; más al unirse al vocablo Derecho, se produce una pluralidad de sentidos que con mayor gravedad originará confusiones en el pensamiento jurídico.

Tomando como fundamento el contenido expuesto en la parte primera de esta tesis, en la que dejamos establecido que el Derecho se objetiva en normas. Las variadas manifestaciones del Derecho se entienden, explican y enseñan por referencia a normas; de manera que el discurso jurídico es un discurso sobre toda esa rica y variada fenomenología del Derecho, objetivada a través de la idea norma jurídica.

1.2. Consecuencias de esta crítica

El resultado de esa oposición negativa, hace que la noción fuentes del Derecho, como concepto fundamental de la dogmática, lejos de configurarse como un concepto de perfiles definidos, se nos presenta como una idea oscilante de perfiles imprecisos, que escapa continuamente a la fijación, retención y análisis de la mente.

Ante la ausencia de claridad y rigor del concepto de fuentes en el lenguaje de la Teoría jurídica, provocado por los escépticos de este tema, es tarea de la ciencia jurídica orientarse a hacer coincidir la significación figurada que el término fuente tiene en el Derecho con el contenido natural, prístino que la palabra fuente posee en el lenguaje común. (Montoro Ballesteros, s.d.: 57).



Para este efecto, asidos del pensamiento de Aguiló Regla, iniciemos conforme a una primera manera de ver la cuestión: las fuentes del Derecho son el origen de las normas jurídicas. Por fuentes hay que entender los “hechos y actos jurídicos” creadores/generadores de normas jurídicas generales. El Derecho está compuesto por normas generales y abstractas que son el resultado de ciertos “hechos y actos jurídicos”. Esta noción de fuente del Derecho se corresponde con la noción de fuentes-forma del Derecho (conjunto de factores jurídicos de los que depende la creación de normas jurídicas) y proyecta una imagen sistemática del Derecho. En efecto, se utiliza un criterio intrasistemático y típicamente recursivo: si hay normas jurídicas es porque hay hechos y actos jurídicos que las crean; y si hay hechos y actos jurídicos creadores de normas jurídicas es porque hay normas jurídicas que constituyen y regulan tales hechos y actos jurídicos (normas sobre la producción jurídica).

Entendemos claramente que siendo el Derecho producto de la cultura del hombre, al considerar su propio objeto, percibimos que el mismo regula su propia creación, por lo que además de los métodos de producción de Derecho: legislación (acto creador) y la costumbre (hecho generador), toda norma superior, en relación con la norma inferior cuya producción regula, engendrará una norma jurídico-jurídico positiva válida. (Aguiló: 1025).

Una expresión unívoca para el estudio que nos proponemos, la define Norberto Bobbio, citado por Aguiló: “*Fuentes del Derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el Ordenamiento hace depender la producción de normas jurídicas*”.

Con esta definición se desvanece la ambigüedad que sobre las fuentes se predica, aludiendo claramente que fuentes de Derecho son los actos a los que el propio ordenamiento atribuye *capacidad* para crear normas jurídicas.

Claro está, que en la definición de Bobbio, también se significa a los hechos generadores de normas jurídicas (fuentes-hecho o *extraordinem*). Algunas normas con calificativo de jurídicas, que se muestran de hecho eficaces (Derecho consuetudinario) y en este sentido, existentes; aun cuando no tengan su origen en un acto preconstituido del ordenamiento. Son fuentes-hecho generadoras de disposiciones normativas, como en seguida lo veremos.



Como reglas de sus procesos de creación, las fuentes son puramente extrínsecas, nada tienen que ver con la justicia o injusticia de las distintas normas, ni, en general, con su contenido. Son las exigencias de los órganos estatales creadores de la legislación, la costumbre, la jurisprudencia, etc., las que determinan su vigencia. En este sentido – reiteramos-, las *fuentes formales* vigentes dependen de ciertos supuestos. (García, 1954: 63).

La importancia del concepto fuentes del Derecho radica, en que es por medio de este concepto se puede determinar la pertenencia de las normas que encontramos en la práctica cotidiana, a un ordenamiento jurídico: esas normas pertenecerán o no a un ordenamiento Jurídico según deriven o no de aquellos procesos de manifestación creados por el propio sistema (fuente autorizada).

En resumen, las fuentes formales del ordenamiento jurídico, son los procesos de creación de las normas jurídicas.

Cada fuente formal estará constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos, de cuyo agotamiento, según la opinión más generalizada, surgen la legislación, la costumbre y la jurisprudencia. De manera que la reunión de los elementos que integran los procesos legislativo, consuetudinario y jurisprudencial, condiciona la validez de las prescripciones que los mismos procesos engendran. (García, 1969: 51).

Con la expresión “fuentes de Derecho” se designan todos los métodos de producción de derecho, no solo la ley, la costumbre y las normas convenidas en los tratados internacionales, sino toda norma superior, en su relación con la norma inferior cuya producción regula.

En esta dirección, la Constitución es la fuente, por vía de la legislación o de la costumbre, de las normas jurídicas generales producidas; la norma general sería la fuente de la sentencia judicial que la aplica representada por una norma individual; y también la sentencia judicial podría ser fuente de las obligaciones y derechos que estatuyen entre las partes litigantes o de la autorización otorgada al órgano que tiene que

ejecutar esa sentencia. Fuente de derecho en la forma aquí explicada, ~~solo sera~~ entonces, el Derecho en su acepción jurídico-positiva.



Pero, el vocablo fuentes puede utilizarse también en su sentido no jurídico, ~~carrolo~~ explicaremos en su lugar, (fuentes reales, históricas), cuando bajo ese nombre se designan todas las representaciones que de hecho influyen sobre la función de producción y de aplicación de derecho, v.g. los principios morales, y políticos, teorías jurídicas, la opinión de expertos, fenómenos sociales o naturales, etc., pero, estas fuentes, con todo y su contribución, deben ser claramente distinguidas de las fuentes jurídico positivas, porque estas son jurídicamente obligatorias en tanto la hechos o fenómenos sociales, no lo son, en tanto una norma jurídico-positiva no delegue en ellas su carácter de fuentes de derecho, es decir, que les de fuerza obligatoria.

De ordinario, al referirse al concepto que analizamos, muchos autores mencionan en primer término, la *ley*; pero al hacerlo olvidan que no es fuente de derecho, sino el producto de la legislación. Por esto mismo, resulta más preciso advertir que, sólo se denomina “fuente” al fundamento de validez jurídico-positiva de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción. (Kelsen, 1993: 243).

El doctor Carlos García Bauer, llama fuentes del Derecho, a los hechos que dan nacimiento u origen a las normas jurídicas.

Este autor, indica que en la terminología jurídica tradicional la noción fuente tiene tres acepciones que es necesario distinguir con precisión. Se habla, en efecto, de fuentes *históricas*, *reales* y *formales*. Expliquemos de manera sumaria cada categoría de esta clasificación.

1.3. Fuentes históricas

Son fuentes históricas los elementos de toda naturaleza que nos permiten conocer lo que históricamente es o ha sido Derecho. Aplicase este concepto a los documentos, inscripciones, libros, papiros, etc. que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes



de una época pretérita. Así se habla del Código de Hammurabí, de las Leyes de Solón, como fuentes del derecho antiguo; de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, como fuente del Derecho Español; del Consulado del Mar, como fuente del Derecho Mercantil, de la Ley de las XII Tablas, de las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas, como fuentes del Derecho Romano; del Código de Napoleón, como fuente del Derecho Civil Francés; de las Leyes de Indias como fuentes del Derecho Latinoamericano, del Código de Livingston, la Ley de Garantías, y otras fuentes del Derecho Guatemalteco. (García Bauer, 1957: 31).

El Dr. Villegas Lara, sostiene que a su juicio las fuentes históricas llenan el cometido de explicar el origen y desenvolvimiento en el tiempo, de las instituciones y de las normas en el Derecho Constitucional. Refiere como fuentes históricas del Derecho Constitucional, las investigaciones realizadas por el Dr. Jorge Mario García Laguardia sobre la Constitución de Cádiz de 1812, que se dictó para el reino de España y sus colonias en América, y aun cuando no tuvo vigencia real en el reino de Guatemala y las provincias que lo formaban, podemos estimar –dice el Dr. Villegas-, que creó la conciencia de la necesidad de promulgar un texto fundamental que le diera unidad al ordenamiento jurídico. (Villegas, 2016: 20).

En suma las fuentes históricas informan sobre el Derecho vigente en épocas pasadas, el que resulta útil para la creación de determinada ley o institución en el tiempo presente o para proyectar nuestras ideas hacia un Derecho venidero.

1.4. Fuentes reales

Llamamos fuentes reales a los factores que determinan el contenido y provocan la aparición de las normas jurídicas. El contenido de las fuentes reales o materia intrínseca de los preceptos, son los fenómenos que impulsan el nacimiento de las normas jurídicas, lo constituyen las circunstancias políticas, sociales, económicas, geográficas, culturales y en general todos los acontecimientos susceptibles de influir en la producción del Derecho y que determinan la elaboración de normas. Estos requerimientos o fuentes



reales representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las fuentes formales.

Esta forma de fecundar el Derecho objetivo señala, que los hechos, circunstancias y condiciones existentes en un grupo social, conforman una serie de pautas de comportamientos que deben ser normados, para poder de esta forma atender las necesidades y desarrollo de la población. En la medida en que una o varias disposiciones de un sistema jurídico, se concreten o fundamenten en aspiraciones ideales divorciadas de aquellas necesidades de la realidad puntual, menos posibilidades tendrá o tendrán de alcanzar su eficacia.

Las fuentes reales o materiales, no son propiamente fuentes jurídicas. Atañen al contenido del Derecho pero no constituyen origen del mismo. Igual cosa puede decirse de las fuentes históricas, sirven para conocer un ordenamiento jurídico, representan el Derecho que fue, más en realidad no generan normas jurídicas y por lo tanto, es sólo impropiamente que se les califica de fuentes de Derecho. (García Bauer, 1957: 33).

2. Fuentes formales

Puig Peña define las fuentes formales como: “los modos o maneras en que el Derecho tiene que ser concebido públicamente para que pueda tener validez general en la sociedad”. Tienen que estudiarse en función de un ordenamiento jurídico determinado y representan los verdaderos canales por donde debe discurrir la savia jurídica. (1966: 69-70).

Estas formas de manifestación del Derecho, dice García Bauer, citando a Luis Recaséns Siches se concretizan en una producción legislativa, es decir, en Derecho expresado por medio de las leyes, de producción consuetudinaria o sea Derecho manifestado a través de las costumbres y de producción jurisprudencial, esto es Derecho expresado mediante los fallos de los tribunales.



Este autor sostiene, que el Derecho vigente no puede provenir más que del poder político, esto es del Estado. En este sentido cuando se habla de fuente unitaria formal del Derecho positivo, de la cual todo Derecho obtiene validez jurídica, hablamos entonces de la voluntad del Estado. Por tal motivo, la costumbre solo puede constituir norma jurídica en tanto el Estado le reconoce este carácter y en tal concepto la dota de obligatoriedad.

Ahora bien este reconocimiento estatal entraña un proceso. La idea de proceso implica la de una sucesión de momentos. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben ejecutarse determinados supuestos. Armonizando la opinión más generalizada, las fuentes *formales* de Derecho son: la *legislación*, la *costumbre* y la *jurisprudencia* y la reunión de los actos que integran sus procesos de creación, condicionan la validez de las normas que de ellos provienen, conformando así, los sistemas u ordenamientos legales de cada país. (García, 1969: 51-52).

3. Formas de manifestación del Derecho

Las fuentes enumeradas en el precepto 2º de la Ley del Organismo Judicial, a juicio de quienes objetan la importancia de la regulación de las fuentes, solo ayuda a comprender mejor el ordenamiento, puesto que cada tipo de fuente en sí mismo considerado adquiere su validez con independencia de su inclusión o no en la categoría de fuentes enumerada.

Los opositores a la taxatividad de las fuentes aducen que, basta decir simplemente que la antijuricidad de una conducta resulta de la violación de cualquier supuesto de hecho que contenga la regla obligatoria y no exclusivamente del incumplimiento de lo ordenado por una fuente, razón por la cual, sostienen, la utilidad jurídico-positiva de este concepto, solo cuenta con un carácter meramente teórico.



Esta afirmación no tiene un sustento teórico, porque cuando la Ley del Organismo Judicial en su artículo 2º dice que “*La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará...*”, dicha disposición no está enumerando las fuentes del Derecho, sino enunciando las diferentes formas o modos de existir del Derecho, describiendo los diferentes tipos de normas que integran el ordenamiento jurídico guatemalteco. Sólo se debe prohibir, facultar o permitir la conducta de los individuos mediante estas fuentes formales, porque son los únicos moldes a los cuales debe adecuarse un hecho, y consecuentemente de los que se puede derivar la imposición de una sanción jurídica, y así poder enlazar la conducta intersubjetiva en caso de violarla.

De tal manera, que a juicio del sustentante la comprensión enunciativa de las fuentes del Derecho establecida, es una norma fundamental para la interpretación de la concepción gradualista o jerárquica del sistema legal vinculante, (saber cuándo estamos ante un acto jurídico normativo o no), sin la cual no existen diques a los que se atengan los órganos encargados de aplicarlo. En esta enunciación de fuentes descansa todo el andamiaje científico de la dogmática en los últimos cien años. La norma en cita no es una aventura del legislador que consigne un catálogo inútil de fuentes, (de carácter meramente teórico), de las cuales un orden legal puede prescindir, como suelen sostener algunas corrientes de pensamiento. Por el contrario su carácter es meramente constitutivo de su objeto y de su método jurídico.

3.1. La costumbre

Esta manifestación del Derecho ha sido definida casi en los mismos términos por diversos autores, pero nos parece más comprensible la formulada por García Maynez: “La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus muribus constitutum*” (1989:61).

La costumbre a diferencia de la ley, suscita muchos problemas, dado a la imprecisión de los elementos que intervienen. Pero aun así su problemática ha dado lugar a una



bibliografía muy rica que pretende resolver con debido empeño las principales cuestiones que se plantean.

La costumbre fue considerada por la Escuela Histórica, (fundada en costumbres y tradiciones) como la fuente del Derecho más importante y sus representantes Hugo, Savigny y Puchta sostenían: que la esencia del Derecho consuetudinario estaba solamente en la conciencia del pueblo o convicción común. Según esta doctrina si una convicción común no hubiese sido revelada por el uso, no dejaría por eso de ser un Derecho consuetudinario obligatorio.

La Ley del Organismo Judicial en el párrafo 2º del artículo 2º establece taxativamente la forma de completar o suplir la ley, disponiendo que debe acudir a falta de disposición aplicable al punto controvertido, a la costumbre; siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Conviene enfatizar, que para ser aplicada en juicio, es indispensable que se halle legalmente acreditada, sin que baste suponerla existente, desde luego sin prueba alguna.

Al admitir a la costumbre como Derecho supletorio, nuestro sistema legal ha seguido la tradición de la legislación romana, que establecía que la costumbre inveterada suele observarse por Derecho y ley en aquellos casos que no provienen del Derecho escrito.

En efecto las sociedades actuales, por su expansión geográfica, por la complejidad de su población y de su vida, por su cosmopolitismo, por el robustecimiento de la organización del Estado y del Poder Legislativo, son en todo contrarias al desarrollo del Derecho consuetudinario.

La escuela positivista, dice René David, mantiene una posición que adolece de falta de realismo, en tanto que la de la escuela sociológica, al atribuir a la costumbre la categoría de “fuente de Derecho” mantiene una amplitud desusada, exagera el papel de la misma.

La costumbre no constituye ni es elemento fundamental y primario que le asigna la escuela sociológica, ni tampoco es tan insignificante como quisiera la doctrina del positivismo legislativo; es simplemente, uno de los varios elementos que nos permiten



hallar la solución justa, la cual, en la sociedad moderna, está lejos de tener la importancia primordial que tiene la legislación.

El matiz advertido por René David, en la práctica resulta ser acertada, porque en ocasiones la recta comprensión de la ley exige el concurso de la costumbre, debido a que los muchos conceptos utilizados por el legislador sólo pueden ser explicados por la costumbre. Si no se recurre a la costumbre, será imposible determinar cuándo la conducta de una persona es culposa, cuando pueden aplicarse circunstancias que modifican la responsabilidad penal, cuando un bien es o no patrimonio individual o de la comunidad aún sin un registro público y sin medidas de un sistema métrico, accesiones, cuando es o no posible moralmente procurarse la prueba escrita de una obligación, etcétera. Toda tentativa que nos lleve a eliminar, en todos estos casos, la intervención de la costumbre desembocará en un conceptualismo o en una casuística contraria al espíritu del Derecho. Por este motivo, no será posible eliminar la enorme importancia atribuida a la costumbre *secundum legem*.

Ahora bien, el papel de la costumbre *contra legem* es en apariencia muy restringido, cuando no negado absolutamente por la dogmática. Los tribunales no gustan, y es natural, levantarse contra el poder legislativo. (David, 1973: 97-99).

Si en nuestro sistema legal hacemos acopio de la importancia práctica de la costumbre y evitar al mismo tiempo disposiciones vigentes pero ineficaces, debemos entrar en conocimiento, para no seguir confundiendo la ley con el Derecho, que sólo mediante la jurisprudencia asentada por los tribunales de casación, bajo el método y procedimiento explicado en lo sucesivo, podemos incorporar los principios y reglas del Derecho consuetudinario de las comunidades ancestrales, y constituir por la vía de la interpretación, en la forma prevista por René David, en normas del sistema jurídico. Esto, para mantener la unidad, coherencia, plenitud y sobre todo la generalidad normativa, propias de todo sistema legal.



3.1.1. Legitimación de la costumbre dentro del sistema legal

En esencia cuando un modelo de conducta se repite en circunstancias semejantes por un solo individuo, se forma un hábito de conducta. Cuando ese hábito de conducta es compartido durante un cierto tiempo por los individuos de una comunidad, consideramos ese modelo de conducta como un hábito social. Y cuando como consecuencia de la desviación de ese modelo de conducta se generan reacciones críticas y actitudes de repudio, porque se cree que se frustran expectativas e intereses considerados legítimos, solemos decir que el modelo de conducta constituye una norma consuetudinaria o, simplemente una costumbre.

El problema que se trata de resolver aquí es el de determinar cuándo una norma consuetudinaria puede ser considerada una *costumbre jurídica*. Para este efecto, la doctrina informa que existen tres tipos de costumbres jurídicas: La costumbre *contra legem*, la costumbre *secundun legem* y la costumbre *praeter legem*.

La costumbre *contra legem* es la costumbre contraria a la ley y que por extralegal, no interesa a este estudio, porque está positivamente excluida con fuente de Derecho. Los arts. 2, 3 y 4 de la Ley del Organismo Judicial, en su orden prescriben: Que la costumbre regirá sólo para integrar de la ley, contra su observancia no puede alegarse costumbre, y por último, en actos contrarios a su imperio, opera la nulidad *ipso jure*.

La costumbre *secundun legem o propter legem (delegada)*, le denomina el segundo párrafo del artículo 2º de la ley en cita), es la costumbre a donde remite directamente la ley, v.gr. El art. 1599 del Código Civil, dice: “Las cláusulas ambiguas se interpretarán con arreglo a lo que el uso y la costumbre determinan en el lugar en que el contrato se haya otorgado”. Este tipo de costumbre jurídica no entraña conflicto de interpretación alguno, porque no plantea ningún problema especial para la teoría de las fuentes: la juridicidad de esa costumbre viene establecida directamente por la ley. Es simplemente una remisión explícita que el orden jurídico hace a una normativa concreta. Los problemas que ello pueda plantear son fundamentalmente de prueba, de que realmente existe en el ámbito de remisión una regla social que regula la materia, pero nada más. Debe



advertirse, que la prueba que exige el art. 2º citado, debe ser la prueba establecida por el Derecho procesal para los hechos.

Finalmente, la costumbre *praeter legem* (fuera de la ley) es la costumbre considerada fuente del Derecho diferenciada de las demás fuentes. Esta costumbre consiste en aquellas prácticas o usos no escritos desarrolladas junto con las disposiciones escritas existentes, sin contradecirlas (*praeter legem*). Esta clase de costumbre, por su parte, es la que se observa en ocasión de una situación no regulada en la ley. Es distinta de la *contra legem*, es decir, no es ilegal, por eso en teoría se le denomina interpretativa.

Este es el ámbito en el que se sitúa el problema de la costumbre como fuente de Derecho: ¿cuándo una regla social puede ser considerada costumbre jurídica?

Dicha costumbre resulta difícil de concebir en un modelo de legalidad estricta, donde no solo la aplicación de la fuerza está rigurosamente sometida a la reserva de la ley, sino donde además la regulación de los derechos fundamentales y de numerosas situaciones jurídicas subjetivas goza de la misma garantía, de manera que, sólo por vía legal cabe limitar la libertad individual.

La principal dificultad que encontramos los juristas cuando vemos que se pide el reconocimiento de esta clase de costumbre como fuente de Derecho radica, en que las normas que la reconocen, se limitan sólo a eso, a reconocerla, pero, no especifican los elementos del supuesto a que da lugar a una costumbre jurídica; es decir, no determinan los criterios para saber cuándo la existencia de una regla social produce el resultado institucional: “costumbre jurídica”. Ello hace suponer que, de hecho, la determinación de esos criterios quede en manos tribunales a través de la elaboración jurisprudencial.

Estimo, que esta sería la forma como se concrete, si se promueve dentro de nuestro sistema legal la incorporación de la solución de algunos de los casos no previstos en el sistema escrito (costumbre *praeter legem*) y que el Derecho Indígena ofrece una solución consuetudinaria. Su solución se ventilaría mediante la costumbre delegada en los jueces por medio de la interpretación de los hechos planteados, y de esta manera se irá determinando la creación judicial del supuesto normativo obligatorio de Derecho consuetudinario. (Aguiló Regla, s.f.:1041-1046).



Manresa y Navarro, (basándose en Ferrara), en relación a este problema, dice Ferrara ataca la doctrina de los elementos constitutivos de la costumbre jurídica, y afirma que juzga erróneo lo referente al requisito de la *opinio juris*, que en su opinión debe sustituirse por el elemento también objetivo de que el uso caiga dentro de la esfera del Derecho; que según este autor, es en la objetiva cualidad de la norma jurídica, según la apreciación social dominante, donde hay que buscar si se trata de una costumbre jurídica o de un simple uso” (1943: 141). Este elemento de la doctrina, es lo que Aguiló Regla llama juicio de relevancia jurídica o conciencia de obligatoriedad normativa, conformado por la consistencia de la idea de deber y cumplimiento de esa práctica reiterada por la generalidad.

En este sentido, junto a los elementos constitutivos de la costumbre que nos brinda la doctrina: el *usus* o elemento material o externo (repetición general, uniforme, constante, frecuente y pública de cierta conducta) y la *opinio* o elemento espiritual o interno (la conciencia de obligatoriedad), debe adicionarse necesariamente el elemento objetivo a que se refiere Ferrara.

3.1.2. El problema del contenido de la costumbre como fuente

En la primera mitad del siglo pasado bajo el *iuspositivismo* se enseñaba como costumbre o Derecho consuetudinario, aquel Derecho que se contrae a la existencia de ciertos hechos que generan normas. Con esto se indica, que no cualquier fenómeno factual es fuente de Derecho, sino solo el que la voluntad humana, que está detrás de todo acto creador de Derecho dicta, y no tiene por qué manifestarse en un acto lingüístico escrito, sino que, justamente por no estarlo, sólo se pueden comprobar mediante su práctica, en actos lingüísticos no escritos, y que por no ser escritos, solo se constatan a través de hechos. Jorge Jellinek, citado por García Máynez les llamaba “Fuerza normativa de los hechos”.

En la forma descripta no es del todo exacto afirmar que la costumbre constituya una fuente del Derecho así por así. La costumbre representa más bien un modo de expresión o exteriorización de normas que pueden tener su origen en el acuerdo, en la resolución



de conflictos o en una orden particular y que, reiteradas a lo largo del tiempo, ~~terminan~~ ~~adquiriendo una obligatoriedad general; detrás de la costumbre no hay simples hechos~~ ~~en estado bruto, sino que existe siempre la voluntad de algún hombre o grupo social que~~ alguna vez pactó u ordenó cierto comportamiento, así como la voluntad de otros hombres o grupos que mantienen ese pacto u orden. Por ello, cabe decir que la costumbre es una norma cuyo origen no es posible detectar con certidumbre y a la cual es su utilización lo que confiere vigor. El uso reiterado más que vía de creación, es vía de expresión y de justificación.

Como fuente del Derecho, la costumbre representa un modo espontáneo, inconsciente, natural y cosificada de creación de normas sin duda, es el modo históricamente más antiguo de producción del Derecho y, aunque haya perdido importancia en los últimos siglos, forma parte de la experiencia jurídica de todas las épocas, cualquiera que haya sido la opinión de los juristas y aun los deseos del legislador acerca de su naturaleza y fuerza (Betegón, 1997: 308).

Entiendo que existen muchos más aspectos en el debate sobre la costumbre como fuente del Derecho, sobre todo en nuestra comunidad jurídica, donde destacan especialmente los siguientes: las autoridades indígenas como poder y administración local, la compatibilidad entre el Derecho indígena y el Derecho oficial, y, en particular, con la Constitución, la eficacia del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169.

Sin embargo, dado a que el objeto de nuestra investigación, centrado en la Dogmática jurídica basada en ordenamientos jurídicos escritos, nos limita el tratamiento de este interesante problema, examinado ampliamente en el curso en sociología jurídica, a cuyo respecto estimo importante considerar con brevedad algunos conceptos de Boaventura de Sousa Santos (2009), quien sostiene que el tema del Derecho de los Pueblos indígenas, tiene una larga tradición social y también sociológica en muchas sociedades del globo y consiste en general en la coexistencia, dentro de un mismo territorio geopolítico, de un ordenamiento jurídico estatal moderno, occidentalizado, oficial, con una pluralidad de ordenamientos jurídicos locales tradicionales o recientemente

desarrollado, no oficiales; en otras palabras, la situación de no pocos países de la pluralidad jurídica.



Pero la pluralidad jurídica infraestatal, lejos de ser un residuo de tiempos premodernos de los países que no han completado aún el proceso de “modernización”, es constitutiva del carácter desigual, dispar y excluyente de dicho proceso; y por esa razón está destinada a ser reinventada y reproducida recurrentemente a medida que se despliega la modernización.

Agrega este autor, que para la mayor parte de los pueblos indígenas, en particular en las Américas, su memoria fundadora es la de la violación de sus Derechos a través de su historia moderna y su resistencia en situaciones muy desiguales. Las que son vistas como sus tradiciones, costumbres y economías son en verdad, la sedimentación de resistencias, estrategias de supervivencia y respuestas adaptativas frente a la destrucción masiva de su vida comunal ancestral por parte de conquistadores y colonizadores de todo tipo. (385-387).

El Derecho consuetudinario denominado también sistema jurídico maya, Derecho indígena, ordenamiento consuetudinario o Derecho comunal, consiste en el conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del Derecho positivo, que no ha sido creado por el Estado, a través de los órganos correspondientes en ejercicio de su poder soberano, que contribuye a la integración y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violen las normas).

El Derecho consuetudinario existe y ha existido siempre. Lo que ha variado y sigue variando es el reconocimiento o valor que el Derecho positivo le atribuya. En algunas legislaciones el Derecho consuetudinario es una importante fuente de Derecho, en otros solo se le reconoce un valor secundario, pues es el Derecho positivo el fundamental, y en otros prácticamente no se le reconoce ningún valor. En el caso específico de América Latina, el Derecho positivo le ha conferido un reconocimiento muy limitado, dado que en los sistemas jurídicos de muchos de sus países constituye pilar fundamental la

concepción jurídica occidental del ordenamiento la disposición que contra la observancia de la ley no puede alegarse uso, costumbre o práctica en contrario. (Stavenhagen, s.f)



En nuestro sistema legal, -enfaticamos-, la regulación de las fuentes, rebasado ya por el *Teoría General del Derecho*, los órganos encargados de aplicar el derecho especialmente los tribunales, sólo podrán aplicar la costumbre en defecto de la ley aplicable o por delegación de esta, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada, pues contra la observancia de la ley no puede alegarse costumbre o practica en contrario.

3.2. La ley como fuente formal del Derecho

Desde el punto de vista formal, el Derecho no puede consistir en cualquier declaración de voluntad o en una pauta o regla de conducta. La seguridad jurídica, en cuanto fin del Derecho, postula, entre sus exigencias, que una norma, para ser jurídicamente válida, debe ajustarse a una serie de requisitos formales. Entre ellos destacan fundamentalmente dos: Determinación del *órgano* que produce la norma y luego, el *procedimiento* en que se la produzca, pudiendo también determinar el *contenido* de la norma. (Kelsen, 1993: 245).

A partir de la promulgación del Código de Napoleón en 1804, la ley se ha venido cobrando importancia hasta convertirse en la forma principal de manifestación del Derecho escrito.

En los diversos tratados Derecho se repite que la fuente formal por excelencia es la ley, sin embargo García Máynez sostiene que en los países de Derecho escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales y agrega en relación a este concepto, que los autores mencionan a la ley en primer término, y al hacerlo olvidan que la ley no es la fuente, sino el producto de la legislación. (García Máynez, 1969: 52).



García Bauer diverge de la concepción de este autor y afirma que él entiende que la legislación es una función del Estado y no la fuente de Derecho, toda vez que de la legislación no se deriva la ley, sino de la voluntad del Estado, o si se quiere, de la voluntad del Organismo Legislativo del Estado. (1957:37).

Independientemente de las posiciones que se adopten en relación al término, la realidad es que la *ley* expresa el Derecho, es decir, es el pronunciamiento solemne del Derecho, y baste definir esta fuente del Derecho, como: *la formulación y promulgación de determinadas reglas jurídicas de observancia general, por el órgano competente del Estado conforme el proceso legislativo determinado en la Constitución.*

La palabra ley se deriva del verbo latino *ligare*, basándose en que la ley es lazo que liga la voluntad humana constriñéndola a obrar en un sentido determinado. Sin embargo los escritores antiguos la hacen derivar del latín *lex legis*, prefiriendo la etimología de *legere*, por razones históricas, porque en Roma las leyes se grababan en tablas que se exponían al público para que el pueblo las leyese.

Cuando se habla de ley como forma de manifestación del Derecho, se toma la palabra en sentido amplio, lato, como una norma jurídica de observancia general, incluyendo por consiguiente no sólo lo que se denomina Ley en sentido estricto, sino también las normas de rango inferior, generalmente designadas *Reglamentos* y el reconocimiento de los *Tratados y Convenciones internacionales* que constituyen la expresión de voluntad de dos o más países. (García Bauer, 1957: 35).

3.3. Ley material y ley formal

García Bauer, dice que tanto Del Vecchio como Recaséns Siches y otros autores, distinguen la ley formal de la ley material. El primer autor nombrado sostiene que donde quiera que concurren los requisitos extrínsecos tenemos una ley formal. Si además de estos se da también un contenido jurídico, tenemos una ley material. En tanto para el segundo afirma que la ley en sentido material equivale a toda disposición jurídica escrita



de carácter general, y que ley en sentido formal significa reglas generales emanadas del poder legislativo y según los trámites que la Constitución preceptúa para la función legisladora. (1957: 35).

De lo afirmado por Recaséns Siches, podemos inferir que desde el punto de vista material, la ley es toda regla social obligatoria emanada de autoridad competente. Por consiguiente, son leyes no sólo las que emanan del poder legislativo, sino también la Constitución, los reglamentos, las ordenanzas municipales, etc. y desde luego reservamos la designación de ley formal, a toda norma aprobada por el poder legislativo a tenor del mecanismo constitucional.

En este orden de ideas precisa asentar que la competencia de la *autoridad* u *órgano* previsto por una norma superior, para que produzca un resultado consistente en un documento normativo, debe provenir, de que ese sujeto representativo de la función pública de legislar, haya seguido un determinado *procedimiento*.

La posibilidad de producir los resultados institucionales denominadas leyes en sentido amplio (sistema jurídico), la tienen exclusivamente ciertas autoridades jurídicas: el legislador puede (en el sentido de que le es posible) dictar leyes; el gobierno, decretos; el ayuntamiento, ordenanzas municipales, etcétera. Dentro de esta organización jurídica se producen los distintos tipos de normas jurídicas, que integran finalmente el ordenamiento jurídico.

Ello quiere decir que para definir la posición institucional de cualquier autoridad jurídica debemos tomar en consideración cuáles son sus poderes (qué, le es posible hacer) y cuáles son sus deberes (qué, le está permitido hacer). A todas las autoridades les es posible y les está permitido hacer determinaciones positivas del contenido del orden jurídico. Dentro del marco establecido por las normas superiores, cada autoridad jurídica puede ir cerrando (determinando) el contenido del orden jurídico. Todas las autoridades jurídicas son delegadas y que sus poderes están limitados por las normas superiores. Decir que una ley pertenece a un sistema de Derecho, significa que ha nacido de acuerdo con otras normas del mismo sistema, en las cuales se fundamenta. No se trata de un nexo de fundamentación en sentido lógico, sino del que se derivan ciertas condiciones fijadas por prescripciones de mayor altura.



Las leyes se traducen en prescripciones. En el contexto de una relación de autoridad, una prescripción, es una manifestación de voluntad de que otros se comporten de una determinada manera quieran o no. Las prescripciones entonces, son dadas o dadas por alguien. Dimanan de o tienen su origen en la voluntad de un dador de normas o autoridad normativa. Van destinadas o dirigidas a algún agente o agentes, a quién llamaremos sujeto normativo. Por eso explicamos en la primera parte de este trabajo, las normas de un orden jurídico regulan la conducta humana. La promulgación de una norma puede, entonces, decirse que manifiesta la voluntad de la autoridad normativa de hacer que el sujeto se comporte de una manera determinada.

Pero, dentro de estos límites, lo propio y característico de las autoridades normativas es, que su poder está concebido para producir cambios en la legislación vigente, es el instrumento de cambio jurídico por excelencia; por ello, el poder normativo de legislar puede analizarse desde el ángulo de la promulgación y desde la derogación. La promulgación y la derogación son actos jurídicos complementarios, que están situados en un plano horizontal, de forma que quien tiene el poder de promulgar tiene también el poder de derogar.

Sobre el concepto derogar como función de cambio en la legislación, traigo a cuenta, la confusión que priva en algunos sectores del foro, en identificar la derogación y la declaración de nulidad o inconstitucionalidad de ley. La derogación y la declaración de nulidad, son instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes. La derogación de una norma cumple la función de permitir el cambio regular del sistema jurídico (es el resultado de un cambio regular de voluntad legislativa), en general, produce el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas, y es llevada a cabo por la autoridad que legisla. La declaración de nulidad, por el contrario, cumple la función de impedir cambios irregulares del sistema, es el resultado de preservar una determinada voluntad normativa, en general, produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas declaradas nulas, y es llevada a cabo por la autoridad aplicadora del Derecho. (Aguiló Regla: 1033-1036,1039-1040)



4. El proceso de formación de la Ley

4.1. Procedimiento legislativo

La norma suprema recoge la versión moderna sobre la separación de poderes, por cuya virtud se expresa la necesidad de distribuir y controlar el ejercicio del poder político. A tenor de su artículo 157, la función primordial desempeñada por el Organismo Legislativo lo constituye la potestad legislativa; tarea que desempeña en seis diversas etapas, a saber: iniciativa de ley, discusión, aprobación, sanción, promulgación y publicación.

4.2. Iniciativa de Ley

Es el acto por el cual determinados órganos del estado, someten a la consideración del Congreso un proyecto de ley.

A tenor del artículo 174 de la Constitución política de la Republica es una facultad que tienen en primer término, los diputados, seguidos por el Organismo Ejecutivo, la Corte suprema de justicia, La Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal supremo electoral. El artículo 176 prescribe que presentado para su trámite un proyecto de ley, se observará el procedimiento que prescribe la Ley Orgánica y de Régimen Interior del Organismo Legislativo.

4.3. Discusión

Es el acto en que el Congreso delibera acerca de las iniciativas, a fin de determinar si deben o no ser aprobadas. El artículo 176 en su parte conducente, dice: Se pondrá a



discusión [*el proyecto de ley*] en tres sesiones celebradas en distintos días no podría votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en la tercera sesión. Se exceptúan los casos que Congreso declara de urgencia nacional... La Corte de Constitucionalidad asienta en sentencia del 16 de abril de 2009, que agotados los debates, en el que los diputados formulan sus apreciaciones respecto al proyecto puesto a discusión, así como sus observaciones y objeciones, será aprobado por el pleno. El Presidente del Congreso únicamente puede dirigir la participación de los diputados en los debates y discusiones con sustento en la Ley Orgánica y de Régimen Interior de aquel Organismo.

4.4. Aprobación

Es el acto por el cual el Congreso autoriza como ley un proyecto presentado. La aprobación puede ser total o parcial. Dos son los tipos que el Congreso puede ejercer para la votación de una ley: a) La mayoría calificada (cualificada o especial reforzada) y se requiere el voto de sus dos terceras partes para los casos específicamente señalados en la Constitución. La mayoría absoluta es el tipo de votación donde se requiere la mitad más uno del total de diputados que conforman el Congreso de la República. Actualmente se requerirán 80 de 158 diputados.

4.5. Sanción

Se da este nombre a la firma del instrumento legal por el presidente del Organismo Ejecutivo, como consecuencia obligada de la rígida separación de poderes; quién puede aceptar o no una ley o impedir que durante un tiempo se publique la ley, (efecto devolutivo o veto). Es un acto necesario para la perfección de la ley. Artículo 177 de la Constitución Política de la República.



4.6. Promulgación

La sanción de la ley es el acto inmediatamente unido a la promulgación y consiste en la resolución solemne asentada previamente a la firma del presidente del Organismo Ejecutivo y que calza el proyecto de ley que se sanciona: “PALACIO NACIONAL. Guatemala, siete de diciembre de mil novecientos noventa y dos. PUBLÍQUESE Y CUMPLASE. Firma y nombre del Presidente”. Acto seguido el secretario de la presidencia de la República, como fedatario de la promulgación suscribe el documento que contiene el proyecto de ley. Este acto define que la norma se ha perfeccionado y que debe ser obedecida por la comunidad jurídica, formalizando de esta forma su incorporación al ordenamiento de forma definitiva.

En otras palabras la promulgación es la orden solemne emitida por el presidente de la República o en su defecto por el Congreso de que sea cumplida una ley en el país.

4.7. Publicación

Es el acto por el cual la ley ya aprobada y sancionada se da a conocer (notificación) a quienes deben cumplirla. La publicación se produce mediante la inserción de la misma en Diario Oficial. Es un requisito sin el cual se produce la inexistencia de la ley.

La publicación de las normas, no es solo un requisito de existencia de las normas, disciplina desde ya, el plazo de la entrada en vigencia de las mismas, es el elemento fundamental que fija la fecha de su entrada en vigor. (Bobbio, 1998: 249-254).

La Corte de Constitucionalidad respecto a la sanción, la promulgación y la publicación como actos característicos de esta fase del *iter* legislativo, ha formulado las interpretaciones, a la luz de los principios fundamentales del estado constitucional, las consideraciones, siguientes: “Al respecto esta Corte considera que la sanción y promulgación constituyen actos propios del Presidente del Organismo Ejecutivo, - basados en el principio republicano de los frenos y contrapesos- por el cual se debe



concluir el procedimiento legislativo, salvo veto, Para sancionarlo, la Constitución le ha señalado un plazo de ocho días y de no hacerlo soporta la carga de que el Organismo Legislativo lo haga por él, perdiendo la oportunidad de refrendar o impedir la promulgación de una ley”... “el Ejecutivo debe necesariamente sancionar y promulgar el decreto dentro de los ocho días siguientes de recibido; de no hacerlo así, lo hace por defecto el Congreso para que surta efectos de ley”... (Sentencia de diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y tres, dictada en el expediente 4-93). “En reiteradas oportunidades, esta Corte ha indicado que el plazo de los ocho días a que se refieren los artículos 177, 178 y 179 constituyen plazos de naturaleza no perentoria. Por estas razones, esta corte considera que el hecho de que el Decreto 30-2008 del Congreso de la Republica haya sido sancionado y publicado después de transcurridos más de quince u ocho días no es motivo para que se declare su inconstitucionalidad, pues de igual manera se realizarán los actos políticos de emisión, sanción, promulgación y publicación de la normativa cuestionada, según se analizó. Además, debe recordarse que el análisis para establecer la compatibilidad entre el decreto impugnado y la Constitución debe ser eminentemente jurídico, sin sustituir el criterio del legislador sobre la oportunidad o conveniencia de las decisiones tomadas; la función del Tribunal Constitucional debe ser la de interprete y no de legislador, En el examen de constitucionalidad, ya sea por vicios materiales o por vicios formales, debe atenderse a la presunción de legitimidad de los actos públicos, lo que trae como consecuencia el considerar como excepcional la posibilidad de invalidarlos situación que especialmente se manifiesta cuando se trata del órgano legislativo, que no solo representa directamente la voluntad popular, sino que, además dispone de distintas alternativas a la hora de legislar, siempre dentro del marco fijado por el constituyente (criterio jurisprudencial que se sostiene desde el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y uno, establecido en el fallo dictado dentro del expediente 364-90, recientemente aplicado en la sentencia de dieciséis de abril de dos mil nueve, dentro del expediente 3127-2007)”.



5. El reglamento

Una de las peculiaridades que revela el Derecho consiste, en que este regula su propia creación, por cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por la otra, la última constituye la razón de validez de la primera.

Algunas veces, la creación de normas generales se divide en dos o más etapas. Ciertas Constituciones otorgan a determinadas autoridades administrativas, por ejemplo, al jefe del Estado o a los miembros de su gabinete, el poder de expedir normas generales de acuerdo con las cuales son elaboradas determinadas prescripciones de una ley. Estas normas generales, que no son creadas por el legislador, sino por otro órgano, sobre la base de normas generales que el legislador ha expedido, se llaman reglamentos u ordenanzas. (Kelsen, 1995: 146-154).

Pero el fundamento del reglamento y de la potestad reglamentaria es asunto complejo. Abona la existencia de los reglamentos y de la potestad reglamentaria, la imposibilidad de asignar al Poder legislativo la competencia total de la función legislativa.

El principio rígido de independencia de los poderes públicos, a la usanza clásica, requiere ser explicado para determinar el contenido y alcance de la relación entre la ley y el reglamento. Para este efecto se requiere precisar que el principio de legalidad descansa sobre dos exigencias que dimanen de un sistema político de legitimidad única, con el significado de Estado de Derecho.

El sistema político entraña la supremacía de la ley entendida como vinculación negativa de la ley, que consiste en la relación jerárquica por cuya virtud la ley se impone a cualquier otra norma, y precede a cualquier otra norma. Esta supremacía y la reserva a que aludimos, son características definitorias del principio de legalidad que rige en nuestro ordenamiento, o sea que el procedimiento de creación administrativo precisa que el contenido de los actos administrativos se ajusten a lo dispuesto por la ley, el que

apareja con sanción de nulidad del pleno Derecho a las disposiciones administrativas que vulneren la constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior.



El principio de legalidad se encuentra en íntima relación con el concepto de Estado de Derecho; el cual se traduce como la idea de limitación de los poderes públicos. Por ello, del concepto de Estado de Derecho deriva, por ser su núcleo mínimo, el principio de juricidad, es decir, la necesidad de que la Administración, cuando dicta actos administrativos, y los Jueces y Tribunales, cuando dictan todo tipo de resoluciones, actúen vinculados a Derecho. Pero en el marco de un Estado constitucional, donde el legislador no es un poder soberano, pues soberano solo es el poder constituyente, del Estado de Derecho deriva asimismo la exigencia de que el legislador no actúe sin sujeción a límites. Este es precisamente el contenido de la *reserva*: una limitación frente al legislador.

De esa cuenta, la complejidad de la potestad reglamentaria se funda en la reserva del poder constituyente establecido en la constitución, que es quien autoriza la creación tanto de las normas ordinarias como las reglamentarias. Para la creación de las normas reglamentarias que la administración requiere, cuando regula la organización y funcionamiento de los servicios públicos, los que a su vez en virtud del principio de supremacía que se traduce en la invalidación de toda norma que contravenga la disposición de la cual procede o sea de las normas constitucionales y además porque las normas reglamentarias al ser aplicadas, lo son por un poder delegado, por lo que tampoco deben transgredir las normas ordinarias dado a su jerarquía. (Artículos 175 y 183 literal e de la Constitución política de la Republica), (Betegón, 1997: 295-305).

La Corte de Constitucionalidad al interpretar el primer artículo ha asentado: *“La preeminencia de la Constitución Política de la Republica, bajo el punto de vista de su normativa, se plasma en dos características privilegiadas (entre otras): a) que es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, en la que deben basarse las demás disposiciones que lo integran; y b) que tienen jerarquía de la ley suprema y como consecuencia obvia, prevalece sobre cualquier otra ley, de manera que aquellas que la contravengan devienen ineficaces”*. (Gaceta 69. Expediente 1098-03. Fecha de sentencia 18-9-2003).



En resumen el reglamento es un conjunto de normas jurídicas de carácter general creadas por el poder ejecutivo para disciplinar su organización y la prestación de sus servicios, con valor subordinado a la ley. Es una fuente-acto basada en la potestad conferida por la Constitución de la Republica.

6. La jurisprudencia

El segundo párrafo del artículo 2º de la Ley del Organismo Judicial dice expresamente que la ley es la fuente primaria y que la jurisprudencia la complementará. En este sentido, entiendo que sólo debe acudir a la jurisprudencia después de la ley.

García Bauer advierte y es preciso hacer la diferencia en este párrafo, que “la Jurisprudencia es la ciencia del Derecho, pero también es una de las formas de manifestación de las normas jurídicas”. (1957: 47-48).

Este último sentido es el que me interesa profundizar en esta oportunidad, por constituir la hipótesis o punto de fondo del plan de tesis autorizado.

Sin embargo, no puedo pasar desapercibido, que los enunciados que la jurisprudencia hace en el marco del Derecho vigente y de sus valoraciones fundamentales, constituyen un poderoso auxiliar para el jurista práctico, particularmente para el juez y el funcionario administrativo, quienes tienen que pronunciar resoluciones en situaciones concretas que estén en consonancia con el orden jurídico, pero a la vez incluye que en tales resoluciones se formule una interpretación de la ley que se sirva de los conocimientos y métodos reconocidos que la Jurisprudencia le suministra, y que, en cambio se abstenga de juicios de valor y decisiones no fundamentadas.

Con ella se ha aludido en primer lugar, a la previsión, conocimiento o teoría del Derecho. Su etimología deriva de *jus prudenti*, previsión, conocimiento. De allí la recordada definición del jurista romano Domicio Ulpiano (170-228 d.C.): *Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniuste scientia* (frase latina: La

jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto).



La jurisprudencia como conocimiento (en el primer sentido), considera al Derecho como una parte integrante del mundo pertinente al hombre y sólo a él, en este sentido no pertenece a la “naturaleza”. Igual que el lenguaje, el arte, la literatura, pero también el Estado y la civilización técnica, pertenecen al amplio campo de los productos humanos. El Derecho es, según opinión generalizada, un conjunto de reglas, conforme a las cuales los hombres ordenan su conducta y con las cuales se puede medir.

Del Derecho se ocupan hoy una serie de ciencias diferentes: la filosofía del Derecho, la teoría del Derecho, la sociología del Derecho, la historia del Derecho y la jurisprudencia (Dogmática jurídica). (Larenz, 1994: 177).

John Austin, en sus Lecciones sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia, nos dice: que el objeto propio de la Jurisprudencia general o universal es la descripción de aquellos objetos y fines del Derecho que son comunes a todos los sistemas, así como de aquellas semejanzas entre diferentes sistemas que descansan en la común naturaleza del hombre, o responden a peculiaridades semejantes en sus diversas posiciones.

Agrega este autor, que estas semejanzas, muy estrechas están confinadas necesariamente a las que existen entre los sistemas de unas pocas naciones, ya que son sólo unos pocos los sistemas que es posible conocer, siquiera imperfectamente. Entre los más importantes para nuestra formación jurídica están: los escritos de los juristas romanos, las decisiones de los jueces ingleses en la época moderna, y los preceptos de los códigos franceses y prusiano en cuanto a sistemática. (s.d.).

Cuando nos adentramos en el estudio de la jurisprudencia como conocimiento, vemos que en su ya dilatada historia se han sucedido diversas concepciones del objeto de su original estudio. Muchos de estos, atendiendo diversas tradiciones filosóficas, ponen en duda la científicidad o no de su objeto. Pero, eso sí, ninguno de sus cultivadores, desde los juristas romanos a los dogmáticos de los siglos XIX y XX, incluyendo a quienes proponen adjudicar al Derecho una función de sistema alternativo, (corrientes inspiradas en el materialismo histórico), pueden dudar, que la Jurisprudencia como disciplina



universal normativa y social, comprensiva de la temática y del método de todo el ámbito del objeto y del conocimiento del Derecho, posee un incontestable valor en la formación de un jurista teórico-práctico, además, que todos sus aspectos y perspectivas fomentan su desarrollo.

La jurisprudencia, ha creado métodos de pensamiento orientados a valores, que han de ser equiparados enteramente a los de otras ciencias en principio “libres de valores”. (Larenz, 1994: 226,231-233).

A mi juicio desde la entronización del positivismo jurídico y especialmente a partir del legado científico de Hans Kelsen, el objeto de la jurisprudencia como teoría general del Derecho, entendida como sistemas del Derecho que conforman cuerpos normativos universales, amplios y perfectos, que por razón de perfección y amplitud, mayor doctrina poseen, ha venido a menos; porque la teoría general del Derecho o dogmática contemporánea admite de manera contundente, que el objeto de la ciencia del Derecho lo constituyen las normas jurídicas; y, las normas jurídicas sólo en la medida en que son normas pertenecientes a determinado orden jurídico, esto es, cuando su validez reposa en una norma fundante de ese orden.

No es el propósito de este estudio, sostener la razón o sin razón de estas corrientes del pensamiento y sobre todo en el estado actual del conocimiento teórico y combinación abstracta de las reglas y principios de la jurisprudencia como ciencia del conocimiento jurídico, habida cuenta que esta no constituye fuente formal del Derecho.

7. El constitucionalismo contemporáneo

Con hemos apuntado repetidas veces con anterioridad, el positivismo construyó su doctrina concibiendo el orden jurídico bajo la peculiaridad de regular el mismo su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es producida, así como en cierta medida, el contenido de la misma. Una norma jurídica es válida por haber sido creada, en la forma establecida por la otra, la última constituye la razón de validez



de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. El orden jurídico no es un sistema de normas de Derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada de que la validez de una norma producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra. Este regreso concluye, a la postre, en la norma fundante presupuesta.

Si por de pronto, se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la *constitución*. El positivismo entiende por constitución en sentido material a la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales.

La constitución –dice Kelsen- que regula la producción de normas jurídicas generales puede determinar también el contenido de futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen con frecuencia, al prescribir ciertos contenidos o excluirlos. En el primer caso, solo se prescribe una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de leyes, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescripto. Más eficaz es, en cambio, excluir por la constitución leyes de determinados contenidos. El “típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las constituciones modernas, no es en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse.” (Kelsen, 1993: 233-234).

El constitucionalismo es el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndolo a la ley. Esta pretensión equivale a transformar la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. Quiere esto decir, llegar a un punto en que quienes gobiernan sólo pueden actuar cuando la ley los autoriza, de la manera, con los efectos y para los fines en ella previstos, dado el supuesto de que también los gobernados únicamente pueden obrar dentro de la Ley.

Sin embargo, las bases ideológicas del El Derecho constitucional o constitucionalismo, como normatividad obligatoria y como conocimiento, originado en el movimiento



constitucionalista británico, estadounidense y francés de los siglos XVII, XVIII y XIX, sientan una teoría distinta, habida cuenta que caracterizan a la constitución como la limitación del poder estatal en pro de las libertades individuales. Las Constituciones políticas escritas y codificadas, y el Derecho constitucional entrañan la culminación de las tres revoluciones que con éxito emprendieron aquellos pueblos contra la monarquía absoluta, pero, la raíz de aquellos movimientos lo constituyó la realización de la ideología racionalista. Este proceso culmina con la conformación del Estado liberal.

En Iberoamérica la aclimatación de esta ideología ha sido vacilante, dado a la abultada suma de caídas constitucionales alternadas por las dictaduras y el populismo. Cada golpe de Estado se alimenta por la ausencia de desarrollo económico autosostenido y una crónica inestabilidad institucional. (Sáchica, s.d.: pp. 1-2).

Nuestro país no ha sido la excepción, especialmente en el paréntesis histórico por el conflicto armado interno, de los años 1960 a 1996, época de la que han emergido movimientos políticos radicales que blandiendo su propia bandera ideológica pretenden la refundación del Estado y el establecimiento de una sociedad libre de discriminación y racismo. Ligado a este, el movimiento campesino que lucha por la tenencia de la tierra, el pago de mejores salarios, mejoramiento de condiciones de vida y trabajo de colonos agrícolas en plantaciones bananeras, cafetaleras, cañeras, el movimiento de mujeres en la lucha por la abolición de la sociedad patriarcal y la construcción de relaciones de igualdad entre hombres y mujeres, así como movimientos sindicales, campesinos y populares contra la minería. En 1996 con la firma de los Acuerdos de Paz, se reivindican los derechos del niño, de jóvenes y se pone fin a la discriminación e irrespeto de la identidad étnica y cultural.

“En todo caso, lo cierto es que muchas constituciones surgidas después de la segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo XX, no se estructuran únicamente alrededor del tema del ejercicio del poder político, sino, atienden las expectativas de los seres humanos, tratando de superar las garantías individuales del viejo liberalismo. Ejemplo de esas modernas constituciones es la nuestra de 1945, que se alineó en el constitucionalismo social que venía de México de 1917.”). (Villegas, 2016: 24).



En el panorama contemporáneo, el aserto del doctor Villegas nos conduce al estudio de una tercera teoría con su propia autonomía de conceptos: el neoconstitucionalismo.

El término neoconstitucionalismo ha sido acuñado para denominar un cierto modo anti-iuspositivista al Derecho: una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni *post-post* positivista; que se caracteriza mediante oposiciones para al positivismo jurídico, tales como: principios vs. reglas, ponderación vs. subsunción, Constitución vs. legislación, judicial vs. legislativo.

Estos paradigmas se explican concibiendo a la Constitución no simplemente un nivel más en la pirámide. Está promulgada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación y la jurisdicción. Su contenido literal pierde fuerza vinculante para el intérprete en favor de una aproximación moral. El neoconstitucionalismo se traduce en la significación de una Constitución que encamina al legislador, que lo guía a través de sus principios que se traducen en reglas en la creación de Códigos y en el caso del Poder Judicial puede sustituirlo sin ninguna usurpación de poder, con la creación judicial derivado de las fuentes legislativas a través de la interpretación en la aplicación a casos concretos. La democracia se expresa o más bien se sublima a través de la aplicación de los valores enunciados en el texto constitucional. (Pozzolo, 2011: 16-18).

En este momento del desarrollo del constitucionalismo contemporáneo, nos encaminamos a una crisis de la unidad y supremacía de la concepción tradicional de la Constitución, trocándola por un pluralismo constitucional. En el contexto global, asistimos al debilitamiento de la eficacia normativa de las constituciones nacionales, que coexisten en el *Soft law* internacional y otras declaraciones de derechos infra y supraestatales, así como con los acuerdos y pactos de una legislación mercantil global privatizada y descentralizada, la autorregulación de actividades profesionales o deportivas, o las decisiones de agentes internacionales muy diversos, la mayoría de carácter económico y financiero, tales como el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio, pero también con pretensiones más amplias como las reuniones del G-20. Las constituciones estatales no pueden ya atribuirse la supremacía jerárquica inquebrantable de la que

depende todo el universo jurídico, estando circundada por una realidad normativa plural y compleja. Con este somero examen podemos deducir cómo la concepción de ciencia del Derecho a que nos referimos en el primer capítulo, nos conduce hacia nuevos escenarios de su incesante estudio. (Turégano, 2010: 123).





CAPÍTULO III



1. La creación judicial del Derecho

La función jurisdiccional parte de un presupuesto, la actividad de la parte, es decir, el planteamiento de una demanda, en la cual hace valer su pretensión jurídica, lo que constituye el objeto del proceso. Concepto claramente definido por el profesor Jaime Guasp, quien situó a la pretensión de parte, como el concepto definidor de la función procesal, distinguiéndola de una figura anterior a todo proceso y de distinta naturaleza: la acción jurídica. La pretensión jurídica, dice: “por su estructura, es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra ante un tercero supraordinado a ambas un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada según los acaecimientos de hecho que expresamente señalan.” (1959:22).

Para resolver la cuestión planteada el juez lo hace con arreglo al ordenamiento jurídico, estos es, “ajustándose al sistema de fuentes establecido”. El artículo 51 de la Ley del Organismo judicial prescribe: “El Organismo Judicial, en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte justicia conforme la Constitución Política de la República y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país”. Luego, el sistema de fuentes establecido lo regula el artículo 2º de este mismo cuerpo legal bajo el epígrafe fuentes del derecho

El desarrollo del proceso llevado a cabo por el juzgador a efecto de pronunciar el fallo o decisión del litigio, se desenvuelve de la manera siguiente: reunidos todos los materiales proporcionados por las partes y los obtenidos por el propio juez en su caso, o sean todos los elementos probatorios acumulados durante el desenvolviendo de la actividad procesal, los analiza, para adjudicar a cada uno de ellos el valor legal que les corresponde y deducir la certeza de las pretensiones del actor o la procedencia de las excepciones del demandado, y luego, al comparar los hechos establecidos con las normas legales aplicables al caso, pronuncia su fallo. Pero como el juez es susceptible de equivocarse, lo interesante para el objeto de nuestro estudio, es determinar a qué fase



del procedimiento corresponde la equivocación, porque de ello depende la forma en que ha de plantearse y resolverse la casación. (Reyes Morales, s.f.: 8).

Del desarrollo del proceso a que hemos hecho referencia, se infiere que el juez, para resolver el caso, realiza su tarea sobre dos tipos de elementos: los hechos del caso a enjuiciar y las normas jurídicas que va a utilizar para decidir.

En la práctica es una característica de obligatoriedad que el juzgador al emitir su fallo, primero enuncia los hechos que se estima han sido jurídicamente probados durante el procedimiento, para después, sobre los hechos probados, pronunciar el razonamiento jurídico que aplica a la resolución judicial. La Ley del Organismo Judicial, prescribe en la literal d) del artículo 147, preceptúa: Las sentencias se redactarán expresando: “d) Las consideraciones de derecho que harán mérito del valor de las pruebas rendidas y de cuáles de los hechos sujetos a discusión se estiman probados; se expondrán, asimismo, las doctrinas fundamentales de derecho y principios que sean aplicables al caso y se analizaran las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descansa la sentencia”

Agotado el trámite de iniciación y desarrollo del proceso, termina normalmente mediante la sentencia. La sentencia es un acto procesal que procede del órgano jurisdiccional. Guasp lo define, diciendo: “Que la sentencia es, pues, aquel acto del órgano jurisdiccional en que este emite un juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo, y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola en todo caso”. (1956: 549).

2. El contenido de la sentencia como acto jurisdiccional

La sentencia contiene pues, tres elementos esenciales: la *decisión o fallo* sobre la pretensión formulada, el *fundamento fáctico-normativo*, y una vez reducidos los hechos a tipos jurídicos, corresponde entrar a la *elección de la norma* aplicable de tal decisión.

Este acto jurisdiccional entraña el ministerio de administrar justicia fundamentada o conforme la ley. Tal fundamento, cuando hablamos de decisiones jurisdiccionales no



debe consistir en un arbitrario voluntarismo del juez o tribunal, sino, por el contrario, ha de responder a un proceso racional que se concreta en el denominado fundamento fáctico y fundamento normativo de la decisión. Estos dos elementos constituyen los dos grandes bloques del material decisorio sobre el que recae la actividad procesal y se rigen cada uno por principios específicos.

2.1. El fundamento fáctico

La calificación jurídica, es aquella operación intelectual por cuya virtud se interpreta el hecho que se estima probado, y se le otorga relevancia jurídica. Quiere esto decir: que el relato originario, “el hecho-bruto” que le es presentado en forma de narración, será en parte abreviado, separando acontecimientos particulares y circunstancias irrelevantes para el enjuiciamiento jurídico del hecho y en parte completado *requiriendo sobre circunstancias que no le fueron reveladas*, hasta que el hecho definitivo contenga, no sólo aquellos, sino todos los elementos del suceso real que son importantes en relación con las normas jurídicas posiblemente aplicables. El hecho (definitivo) es así, el resultado de una elaboración mental, en la que el enjuiciamiento jurídico ya ha sido anticipado. (Larenz, 1994: 273). En el Código Procesal Penal se establece claramente esta elaboración del tribunal, al regular en el artículo 389: “La sentencia contendrá: 2) La enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto de la acusación...3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estime acreditado”.

Kelsen en la *Teoría General del Derecho y del Estado*, en armonía con su teoría positiva describe este proceso diciendo: la norma general que, a ciertos supuestos abstractamente determinados, enlaza ciertas consecuencias determinadas también de manera abstracta, tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse a la realidad. Para este efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas *in abstracto* por la norma general, se encuentran presentes *in concreto*. Estos son los elementos esenciales de la función judicial. Tal función no tiene en modo alguno, como a veces se piensa, carácter



simplemente declarativo. En contra de lo que en ocasiones se afirma, el tribunal no se limita a formular el Derecho ya existente. No solamente “busca” y “encuentra” el anterior a la decisión, ni sencillamente declara el ya existente con anterioridad al fallo. Tanto al establecer la presencia de los supuestos como al estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo. Supuestos normativos y consecuencias jurídicas son enlazados por las decisiones judiciales en el reino de lo concreto del mismo modo que en el de lo abstracto son enlazadas por las leyes y las reglas de carácter consuetudinario. (1945: 160).

2.2. El fundamento normativo

Habiendo ya definido la calificación jurídica, los hechos calificados dentro del supuesto jurídico entrañan un auténtico punto de conexión entre la fundamentación o cuestión fáctica y la normativa. El hecho no es un dato dado, es objeto dado y el concepto de calificación jurídica sólo tiene sentido si se halla expresado en el material producido mediante el procedimiento creador de derecho, es decir, en la medida en que se hallen manifestados en los contenidos del orden jurídico. De lo contrario, el concepto de acto antijurídico no pertenecería a la ciencia del Derecho. El acto antijurídico es el supuesto al cual la norma jurídica enlaza la sanción. Cierta conducta humana es un acto antijurídico porque el orden enlaza a tal conducta, en cuanto supuesto, una sanción como consecuencia. El acto antijurídico es delito si tiene una sanción penal, y es una violación civil si tiene como consecuencia una sanción civil. Es incorrecta la afirmación corriente de acuerdo con la cual una cierta clase de conducta humana trae consigo una sanción jurídica porque tal conducta es antijurídica. Esto es totalmente al revés: la conducta es antijurídica porque tiene como consecuencia una sanción. Desde el punto de vista de la teoría jurídica que tiene como objeto exclusivo el Derecho positivo, no hay más criterio del acto antijurídico que el hecho de que la conducta sea condición de la sanción. No hay acto antijurídico en sí mismo. (Kelsen, 1995: 60).



En el Estado moderno se entiende la función judicial como la tarea consistente en extraer del derecho a partir de la ley, la legitimidad de dicha función. Se basa tanto en la legitimidad de la ley misma, como en las garantías de la posición institucional del juez y de los recursos instrumentales y procedimentales de que dispone para hallarse la solución demandada por aquélla. (Saavedra, 1999: 89).

Precisamente la estrecha relación que existe entre el fundamento fáctico y fundamento normativo, es el momento en que el juez realiza una auténtica función judicial, al limitar institucionalmente el ámbito creativo que determina el fundamento o premisa normativa de la decisión, circunscribiéndola al caso concreto que le es dado por todos los materiales proporcionados por la partes y los obtenidos por el propio juez en su caso. Esta actividad racional determina la norma jurídica en su concepción contemporánea de fuente de Derecho y que la distingue así de la función puramente legislativa.

2.3. El fallo

Una vez hecha la elección de la alternativa normativa aplicable, entra la sentencia en su última etapa: *la decisión*.

Esta decisión ha de ser estimatoria o desestimatoria de la pretensión, porque en último término el juez debe resolver si la demanda debe ser acogida o debe ser rechazada. A través del proceso crítico que en seguida relacionaré, el magistrado concluye en la solución favorable o adversa al actor, pronunciándose en definitiva en esta resolución la expresión de la convicción formada en el juez por la comparación mental que la pretensión de la parte y la creación normativa inherente a la función judicial como producto de la interpretación del Derecho objetivo.

Esta necesidad de reducir todo el proceso intelectual de la sentencia a una última palabra de sentido decisorio, ha dividido a la doctrina. Mientras por un lado se dice que el esquema mental de la sentencia está constituido por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión, por otro se ha advertido que no se trata de un simple esquema



lógico, por cuanto el solo hecho de la elección de las premisas ya es un problema de otra índole que no cabe dentro del simple diagrama lógico y que exige otro planteamiento. En lo sucesivo veremos que ni el juez es una máquina de razonar ni la sentencia una cadena de silogismos. Es más bien una operación humana, de sentido preferentemente crítico, pero en la cual la función más importante incumbe al juez como hombre y como sujeto de voliciones. (Couture, 1976: 287-288).

El fallo determina la norma jurídica individualizada. La adopción de tal decisión es ineludible para los jueces, pues la absolución o condena del pretensor constituye un deber inexcusable. El órgano jurisdiccional debe resolver, los asuntos que conozcan. El art.147 literal e) de la Ley del Organismo Judicial, prescribe: “La parte resolutive, que contendrá decisiones expresas y precisas, congruentes con el objetivo del proceso”. Y el artículo 15 de este mismo cuerpo legal, regula la obligación de resolver, caso contrario incurren en responsabilidad.

La estrecha relación que existe entre el fundamento fáctico ya establecido jurídicamente y la exégesis de la prescripción o prescripciones proporcionadas por el legislador, circunscribiéndola al caso concreto, es el momento en que el juez realiza una auténtica función judicial, al limitar institucionalmente el ámbito creativo que determina el fundamento o premisa normativa de la decisión, a ese conflicto legal planteado por las partes. Esta actividad racional, determina la norma jurídica en su concepción contemporánea de fuente de Derecho que interesa a nuestro ámbito y que la distingue así de la función puramente legislativa.

3. Naturaleza jurídica de la decisión

Para Guasp, el proceso de cognición termina normalmente mediante sentencia. La sentencia no es sino el concepto con que se designa la resolución judicial que termina y decide la controversia.

Se trata sin duda de un acto jurídico, es decir, es la noción que designa unitariamente a las declaraciones de voluntad que emite el juez en un proceso. Pero este concepto de



resolución afecta sólo a la estructura de los actos procesales, no a la función. Siendo el elemento caracterizador del acto procesal: la función que el acto realiza de modo inmediato con relación al proceso; su clasificación debe buscarse atendiendo a la función procesal que desempeña en los actos de iniciación, de desarrollo y actos de culminación del procedimiento. No es difícil encontrar el encaje exacto de la sentencia dentro de estas fases del trámite, pues es indudable en efecto, que la sentencia no es un acto que tienda al nacimiento o desarrollo del proceso, sino a su terminación.

Los actos de terminación del proceso se subdividen a su vez, en dos grupos: los actos de decisión y los actos de extinción. Los primeros constituyen el modo normal de terminación de un proceso; los segundos, el modo anormal que no opera sino en cuanto proporciona el contenido de una decisión posterior. Es evidente que la sentencia pertenece al grupo de las *decisiones*, ya que constituye el modo normal de dar fin del proceso de cognición por la intervención del juez o tribunal y por actos de las partes. El proceso de cognición es el único que normalmente concluye mediante una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional. La sentencia es, -reiteramos-, aquel acto del órgano jurisdiccional en que este emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la reclamación de la parte con el Derecho objetivo.

Ahora bien, ¿qué es lo que constituye la esencia íntima de dicho acto decisorio? Para dar respuesta a esta interrogante, la doctrina procesal determina la existencia de dos elementos fundamentales que integran el acto decisorio: una operación mental o juicio lógico del juez o tribunal y un acto de voluntad procedente también del mismo órgano.

El juicio *lógico* consiste, en la comparación de la pretensión de la parte con la norma o conjunto de normas que conforman el orden legal, para deducir de dicha comparación la conformidad o disconformidad de lo que se reclama en la primera con las consecuencias señaladas en la segunda. Generalmente se configura dicha operación lógica dándole la estructura de un silogismo, *el silogismo judicial*, cuya premisa mayor estaría constituida por la norma jurídica, la premisa menor por los elementos de hecho, y la conclusión por la aplicación de aquélla a ésta o la subsunción de esta en aquella para la formulación del resultado correspondiente.



Sin embargo –insistimos- es inadecuado técnicamente, reducir el complejo de operaciones racionales que forman parte de una sentencia a un silogismo integrado por premisas y una conclusión, dado a que para su estructuración se establecen múltiples cadenas lógicas, con enlaces entre sí, o señalando el orden de operaciones que ha de recorrer el juez en su camino mental hasta el fallo. El resultado a que llega el juez, y que se expresa en la sentencia, es el fruto, no sólo de un juicio lógico objetivo realizado por el órgano jurisdiccional a base de los materiales recogidos en el proceso, sino de una convicción psicológica que no está o no debe estar sometida, en cuanto a su formación, a reglas fijadas *a priori*, y en la que entran o pueden entrar, en lo que a la valoración de los hechos se refiere, no solo razonamientos puros, sino simples impresiones, creencias e incluso típicos actos de voluntad. La sentencia no se limita, en efecto, a ser una mera operación intelectual que deduzca, como en el planteamiento de un problema matemático, la abstracta equivalencia de dos términos distintos; el resultado del proceso no puede ser sólo juicio, sino también voluntad. La sentencia es en definitiva, una expresión de la convicción formada en el juez por la comparación mental entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o Derecho objetivo. (1956: 548-551).

4. Obligaciones del juez al fundamentar la sentencia

Para conformar una razonable y racional fundamentación, mediante la conexión fáctica y normativa del caso, la dogmática jurídica reduce la formulación de la sentencia a los tres momentos, reseñados: A) La calificación jurídica; B) La selección de la fuente normativa aplicable al hecho previamente fijado y calificado, procedimiento que a su vez consiste en: a) Determinar si el supuesto de hecho se encuentra o no regulado por el ordenamiento legal. Desde luego, si se encuentra regulado, identificará la fuente normativa directa y si no se encuentra regulado identificará la fuente indirectamente; b) Determinar, en caso de concurrencia de fuentes normativas formalmente aplicables pero viciadas de antinomias, cual se ellas deba prevalecer en su aplicación de conformidad con los distintos criterios de prelación normativa, y; C) La derivación, desde la fuente normativa que se considera aplicable, es decir, la norma jurídica general, cuya



consecuencia va a ser aplicada al caso; proceso que será realizado por el juez a través del proceso interpretativo o constructivo del significado de la fuente normativa. (Orozco, 2011:25-27).

A partir del estudio de estos elementos de la argumentación, arribo a la tesis fundamental que sostengo, consistente, en que la ley no contiene todo el Derecho que la vida necesita. En toda aplicación de una norma, las circunstancias en que se aplica rara vez son idénticas a las circunstancias que justificaron la creación de dicha norma cuando se dictó.

Se requiere pues, una labor de adaptación de la norma a los casos. Esta labor que llevan a cabo los tribunales da lugar a una creación jurídica permanente, algunos autores le llaman también el “Derecho de los juristas”, y ello lo convierte en una auténtica y proverbial fuente del Derecho objetivo. El Derecho objetivo crece y se desarrolla estrechamente vinculado a la resolución de cada caso concreto.

Tanto en los países de Derecho codificado como en el Derecho anglo-sajón tiene cabida la doctrina de la realidad jurídica del Derecho (*legal realism*), por virtud de la cual se instituye a los tribunales como creadores de Derecho.

En la aplicación del Derecho nos enfrentaremos siempre, a una polémica disyuntiva: o se trata de un caso subsumible plenamente en el supuesto normativo promulgado por el legislador, en cuya hipótesis estaremos frente a una mera aplicación mecánica, o, de lo contrario, se crea el Derecho para el caso particular dentro del marco de normas aplicables. Esta es la verdadera esencia del desarrollo y culminación del proceso como lucha de la razón que ha sustituido a la lucha de la fuerza.

Ahora bien, las normas legales aplicables y que constituyen las fuentes formales del derecho a las que acude el juez al dictar su sentencia, son concebidas a la luz de la dogmática, desde dos puntos de vista: se plantea si preexisten a la sentencia, correspondiendo al juez, meramente su selección y aplicación al supuesto concreto, o si, por el contrario, son los propios jueces los que crean las normas, -derivándolas de las fuentes legales-, en que se fundamentan sus sentencias.



La primera opción es la que ofrece la teoría declarativa y es producto de la concepción ideal del principio de separación de los poderes legislativo y judicial. La segunda opción es la concepción de la teoría creativa del Derecho, preconizada, como dijimos, por el realismo norteamericano.

Al tenor de la hipótesis fundamental del trabajo que realizo, adoptaré la orientación doctrinaria seguida por la teoría de la creación judicial del Derecho, convencido de que los jueces ostentan la facultad de disponer de la fuente del Derecho aplicable (ley, costumbre, reglamento) para la resolución del caso, y crear, derivando de dicha fuente formal, la norma jurídica sustentadora de la decisión (*ratio decidendi*).

Esta orientación científica es la que me hizo entender la esencia de la norma jurisprudencial, por lo que se impone precisar en qué consiste esta teoría creadora, que nuestro sistema jurídico denomina *Doctrina legal* o *Jurisprudencia complementaria* y la ciencia jurídica precedente judicial, acto jurídico que constituye una norma jurídica conformante de las fuentes del derecho.

En tanto avancemos puntualizaré, la estructura formal de la norma jurídica creada por el juzgador y su incorporación como fuente de Derecho vinculante aplicable a nuevos casos, explicando su constitución, dado a la formación jurídica inveterada de compararla con la forma lingüística de la norma creada por el legislador. Explicaré el fin perseguido por esta corriente del pensamiento jurídico, con el objeto de limitar la discrecionalidad del juez al interpretar el orden legal, así como lo relativo a su efecto retroactivo, tomando en consideración que nace con posterioridad a los hechos aducidos en la pretensión.

5. Doctrina de la creación judicial del Derecho

La filiación teórica propuesta intenta readecuar la teoría de la praxis jurídica observada en el quehacer tribunalicio, pero manteniéndonos fieles a una característica estructural del Derecho, que parte del caso individual, pero debe ir más allá de ese caso concreto; debe garantizar igualdad de trato, certeza de Derecho, continuidad y previsibilidad de las



decisiones. Debemos saber que al decidir el caso individual sobre la base de precedentes y por lo tanto del pasado, el intérprete sabe, que su decisión se proyecta en el futuro y podrá ser a su vez utilizada como nuevo precedente. (Zaccaria, 2010: 100).

“Cuando un juez resuelve un caso no se limita a aplicar una norma jurídica predeterminada por el ordenamiento como única solución de la *litis*, sino que es el propio juez quien seleccionando las distintas alternativas normativas que el ordenamiento le ofrece y eligiendo, de entre ellas, la que considera más pertinente para la solución del supuesto planteado, realiza, a través de un acto discrecional, la creación judicial del Derecho, esto es, de la norma aplicada a la sentencia. La creación judicial del Derecho es causa principal de la inseguridad jurídica del justiciable: tanto por la imprevisibilidad de las resoluciones judiciales como por la de la eficacia retroactiva de los cambios de criterio. [...] analiza la creación judicial del Derecho como fenómeno real y consustancial a todo sistema jurídico y afronta una defensa de la implantación de la vinculatoriedad plena de la jurisprudencia de los órganos de casación y del *prospective overruling* como instrumentos eficaces para limitar la creación judicial del Derecho y negativa incidencia sobre la seguridad jurídica”. (Solapa de la 1ª edición de 2011 (Aranzadi-Thomson) de la obra *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante* del doctor Martín Orozco Muñoz).

Es pertinente advertir, que la vinculatoriedad de los precedentes o jurisprudencia, dirige su empeño a la restricción del ámbito de discrecionalidad de los jueces en la determinación de la norma jurídica aplicable y no es, por tanto, como podría parecer *a priori*, un elemento que estimule el poder creativo de los jueces, -como lo predicaron los opositores a la Escuela libre del Derecho-, rayana en la arbitrariedad; antes al contrario, lo limita convenientemente, restringiendo el ámbito de esa discrecionalidad en la elección de la norma jurídica aplicable. en un momento dado por imperio de la exégesis del nuevo caso, de la misma y cambiar dicho. Tampoco supone dicha vinculatoriedad, alterar el sistema normativo, ya que la misma no convierte, a la jurisprudencia ni a los precedentes en fuentes del Derecho de manera automática, salvo reiteración de fallos, sino que impone al juez actual, que en la selección de la fuente del Derecho a aplicar y la interpretación de la misma, siga preceptivamente, aunque sólo sea con referencia a un



caso concreto, el criterio establecido en una sentencia o línea jurisprudencial precedente dotada de autoridad y aún, en el caso que el ordenamiento jurídico lo imponga como fuente, -que es nuestro caso-, precisamos explicar, que la evolución de la jurisprudencia no permite la petrificación del ordenamiento, por cuya razón los órganos de los que emanan las sentencias o jurisprudencia dotadas de autoridad vinculante tienen la oportunidad de apartarse, criterio jurisprudencial, cambio que, como veremos adelante, se deberá circunscribir con efectos pro futuro en abono a la seguridad jurídica.

Es de sumo interés, dice De la Plaza, determinar cuál es el alcance que debe darse al principio de unidad jurisprudencial, que no significa estancamiento de la doctrina, sino evolución razonable y razonada, construida sobre el texto interpretado. No constituye una uniformidad en el tiempo, sino en el espacio, es decir, posibilidad de una progresiva evolución e imposibilidad de que en un momento histórico la interpretación sea diferente en cualesquiera partes del territorio nacional. (1944: 23).

Ante la práctica constante de sustentar las resoluciones en sentencias de los tribunales superiores de la organización judicial de Guatemala, seguida hoy por numerosos tribunales de diferente fuero y jerarquía, práctica que se ejecuta con mayor profusión desde la vigencia de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, en Enero de 1986, instrumento que pone al alcance de litigantes y jueces el uso de jurisprudencia sentada por la Corte de Constitucionalidad; pero, a diferencia de lo que ocurrió con la promulgación del Decreto Ley 107 en 1963, en este momento no es dable a ningún litigante o juez, ejercer su ministerio sin estar al tanto de la jurisprudencia vinculante, específicamente en la materia del litigio que se conoce. Sin embargo, he observado y analizado muchos fallos fundados en precedentes, en los que no se advierte ni se atiende las singularidad del nuevo caso en el momento de su la interpretación. Esta es la razón por la que planteo esta visión estándar del Derecho, que tiende a presentarlo como compuesto por dos grandes momentos o procedimientos normativos: el de la creación de las leyes generales (fuente legislativa) y el de la aplicación de esas mismas normas para la adecuación de los casos particulares, en el modo correcto de su empleo, a tenor de la dogmática: el Derecho judicial (fuente judicial).



A pesar de su antigüedad, esta concepción de la *praxis* jurídica no ha sido objeto de enseñanza de manera sistemática por las Facultades de Derecho, de manera que los abogados la utilizan como algo que les ha sido proporcionado, casi por intuición o por simple conveniencia, cuando la cita de este o aquel precedente le favorece a su patrocinado o en el caso de los jueces, a la sentencia que se quiere dictar. En algunas oportunidades, se ven obligados a fundamentar su caso en precedentes ya superados a los que cita la parte contraria, cuando es el único recurso del que disponen a su favor. (Garay, 1997: 51).

En los países de Derecho codificado, la adaptación del Derecho por los juristas al caso individual en una sentencia, constituye un hecho inobjetable que la realidad confirma diariamente. Dicho de otra manera, el Derecho se forma gracias a la constante actividad de los juristas prácticos. La perspectiva de la jurisprudencia, si se observa con atención, tiene un carácter progresivo en el foro y la judicatura, con el fin de justificar mediante su interpretación y aplicación la garantía de certeza de lo resuelto en el conflicto legal que se plantea.

6. Doctrinas que niegan valor normativo a la jurisprudencia

Para valorar la importancia de las resoluciones judiciales en la elaboración del Derecho se han perfilado dos corrientes del pensamiento jurídico.

La primera es la que sostiene la denominada dogmática jurídica tradicional, que con la deliberada intención de subrayar la preeminencia de la ley, se rehúsan a reconocer los méritos propios de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Entre las más recientes contribuciones a esta corriente tenemos la que sigue Larenz, quien dice:

“...si por ‘fuente del Derecho’ se entiende sólo el fundamento del nacimiento de una norma jurídica que pretende validez normativa en el sentido de vincularidad, en ese caso como fuentes del Derecho estatal interno sólo lo son la legislación y el uso originado de una convicción jurídica y general (como fuente de Derecho consuetudinario). Pero, en este caso se tiene que añadir que las normas sólo pueden desplegar su eficacia tal como



sean entendidas por los llamados a su aplicación. Los precedentes contribuyen a ello en gran medida y son, por ello, en todo caso, una fuente de conocimiento jurídico.

Agrega, apoyándose en Esser, que los precedentes no constituirán ningún tipo de fuente jurídica propia, no contendrán “ningún contenido normativo al margen de la adecuada comprensión de la ley originada por la convicción de rectitud de cada juez particular”, sino que sólo serían un “medio de conocimiento judicial”. El precedente – afirma este autor- como tal, no es vinculante. (1994: 432).

Estimo que la adopción de esta postura sólo refleja un claro alejamiento entre la academia y el foro, sobre todo en países como Alemania y Francia donde la evolución del Derecho es constante, al extremo que no es infrecuente que la doctrina se concrete a la exégesis de la jurisprudencia. Los repertorios de jurisprudencia cuidadosamente compilados por los Tribunales de casación han sido destinados no para registrar hechos históricos sino más bien para el análisis de los juristas practicantes y en la actualidad tienen tanto o más valor que las fórmulas de los autores y tantas otras obras de la doctrina.

Los tribunales que desdeñan a los precedentes como fuente formal de Derecho, persisten en su actitud de sumisión a la ley y son la excepción, ante quienes actualizados en la teoría de los precedentes, reconocen abiertamente el poder creador de esta fuente judicial, aun cuando el propio legislador ha reconocido expresamente que la ley no podía haber previsto todo. Incluso cuando no existe apoyo legal alguno, el juez debe proveer a todas las pretensiones que se le planteen, no pudiendo invocar en su beneficio la antigua fórmula romana del *non liquet*.

Inevitablemente hoy, dice Zaccaria, a cuarenta años de distancia, el tema de la jurisprudencia como fuente del Derecho se plantea de modos (y desde enfoques) completamente diferentes. El discurso de hoy, apunta antes que nada, a dar cuenta del relevante camino que, en paralelo a las transformaciones reales del Derecho, ha sido recorrido en la doctrina de las fuentes de la teoría jurídica contemporánea.

Todavía en los finales de los años cincuenta y principios del sesenta, período en el cual el iuspositivismo mantenía una posición influyente, a pesar que ya esta corriente se



hallaba en dificultad, por la fuerza de las corrientes anti-logísticas de la argumentación jurídica, de la rehabilitación de la “razón práctica” y de las propuestas de la hermenéutica jurídica, el Derecho jurisprudencial es visto exclusivamente como fuente material, pero no como fuente formal del Derecho.

En la cultura jurídica alemana de esa época, la única vía para dar paso a las normas de origen judicial individuales a normas de alcance general, dotadas de fuerza vinculante para sucesivos juicios sobre casos análogos, solo podía reconocerse mediante el Derecho *consuetudinario*.

Sin embargo, concomitantemente, en otra vía diferente al Derecho consuetudinario, (inconveniente por el largo tiempo que consume para cobrar vigencia), en los años que venimos considerando, se incubaba un pensamiento jurídico fundamental para la consolidación de la certeza del Derecho en el tiempo: el reconocimiento sustancial de la jurisprudencia en su naturaleza de fuente del Derecho. Una vía que apostaba, en cambio, a la fuerza institucionalizante de la jurisdicción; esencial, en un sistema jurídico desarrollado, basado sobre el vínculo del precedente. Es de considerar cómo la casación italiana, en una sentencia del 23 de Febrero de 1966 había sostenido que la regla *stare decisis* representa “un valor o una directiva de tendencia, inmanente en nuestro ordenamiento, en virtud de la cual no está permitido apartarse, sin una razón justificativa, de una interpretación consolidada por el juez de legitimidad, investido institucionalmente, de la función de nomofilaxia”. (2010: 94-97).

Según el grado de importancia que un ordenamiento jurídico le asigne a las reglas de Derecho que se producen por medio de la jurisprudencia y las que se crean por la vía legislativa, encontraremos juzgadores que se niegan sistemáticamente a conferirle a la jurisprudencia su poder creativo de reglas de Derecho y en consecuencia que ese poder sólo le asiste al legislador o a las autoridades gubernamentales o administrativas que están llamadas a complementar la obra del legislador a través de la vía reglamentaria.

Los sistemas legales que niegan el valor de la jurisprudencia, se distinguen por contener disposiciones que le otorgan algún grado de importancia, así:



a) *Importancia relativa* que en un sistema específico le otorga a unas y otras la jurisprudencia debe insertarse dentro de los marcos de Derecho establecidos por el legislador, mientras que la actividad del legislador, es justamente de establecer dichos marcos de legalidad. El alcance del poder creativo jurisprudencial es por lo mismo restringido. En este sentido sostienen, la situación en los países pertenecientes a la familia romano-germánica es inversamente proporcional a lo que sucede en los países del *Common law*.

b) *Carencia de importancia*, porque el precedente no tiene ninguna autoridad frente a las normas creadas por el legislador: Estas reglas de Derecho son frágiles ya que son susceptibles de ser rechazadas o modificadas en cualquier momento ante un nuevo tipo de análisis. La jurisprudencia no es vinculante respecto de las reglas de Derecho que formuló; incluso no puede invocarlas de manera general para justificar la decisión que va tomar. En cada nueva resolución que la jurisdicción pronuncia, al hacer valer la regla de Derecho que aplicó anteriormente, lo hace en razón de la autoridad que adquirió esa regla de Derecho por el solo hecho de que ella la formuló; esa regla de Derecho carece de un carácter imperativo. Un cambio brusco en los criterios jurisprudenciales siempre es factible, sin que la jurisdicción esté compelida a justificar dicho cambio. Aducen además, que el cambio en los criterios jurisprudenciales, no importa mucho ya que no pone en riesgo ni el marco legal ni los principios mismos de Derecho. La regla jurisprudencial solo subsiste si se aplica en la jurisdicción que la considera como buena. Bajo esas circunstancias, dicen, es comprensible (Cap. 3. La Jurisprudencia UNAM.pdf (Protegido)-Adobe Reader: 99).

Las dificultades que plantean los opositores a la creación judicial del Derecho, son de dos tipos: *ideológicas* y *teóricas*. Son ideológicas porque se dirigen a la discusión sobre “el ideal de juez” y, su grado de vinculación del juez a la ley en particular, es decir, en la creencia que la vaguedad de los mecanismos interpretativos del Derecho, provoca que los jueces no puedan dar un efecto vinculatorio a los derechos y obligaciones legales de los ciudadanos y sólo pueden llevar a cabo este cometido con decisiones judiciales inciertas, con mayor frecuencia, en los casos complejos, que son por excelencia los que admiten la casación porque el tribunal de grado no delimita nítidamente sus decisiones.



La dificultad de orden teórico, la plantean, porque los actos creadores de normas provienen de hechos y actos jurídicos que no pueden explicarse ni por los procedimientos de normas que da origen a la legislación y tampoco como fuentes del Derecho consuetudinario en la forma reconocida por el sistema jurídico.

Estas dificultades se allanan, si se admite que la explicación tiene que dar entrada a los componentes de coherencia y de justificación presentes tanto en el Derecho como en la sentencia. Ello supone que para el juzgador, la unidad de contenidos del Derecho no se reduce a una mera cuestión estática de jerarquía normativa, sino que tiene también una dimensión temporal hacia el pasado y hacia el futuro. Desarrollar esta función puede suponer la introducción de nuevas normas, pero ello no significa que tengan atribuida la función de cambio del sistema jurídico.

Ya hemos advertido en otro lugar, que en el Estado de Derecho los jueces tienen que universalizar, desde el sistema legal y desde la justificación de la sentencia, lo mejor que ellos puedan dentro de un contexto jurídico existente y establecido. La existencia de este contexto de argumentación convierte su decisión en razonable, porque cierra las controversias, atribuyendo un poder último a ciertos sujetos u órganos que tienen la última palabra; pero ello –ser titulares del poder último- no los convierte en infalibles. (Aguiló Regla, s.f.: 1053, 1048-1049).

La resistencia a admitir la creación judicial del Juez antes que una realidad, entraña una inspiración ideal de la escuela de la exégesis, fruto de los cambios que se planteaba el pensamiento de los filósofos que preconizaron la Revolución Francesa, en la creencia que una compilación de leyes o un código debe contener la previsión del legislador para suponer la generalidad de supuestos que el juzgador necesitaba para la resolución de los conflictos que la sociedad le planteara. La evolución de la dogmática a partir principios de los años setenta del siglo pasado ha superado con creces esta concepción de la teoría del Derecho positivista, con mayor vehemencia por el mismo tribunal de casación francés.

La Corte Suprema situada en la cima de la jerarquía de la organización judicial de un Estado, tiene entre sus fines específicos garantizar la certidumbre del orden jurídico y este fin esencial solo puede alcanzarse asegurando la aplicación correcta de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia. A menudo encontramos en muchas sentencias de

general, dotadas de fuerza vinculante para sucesivos juicios sobre casos análogos es en consecuencia la del *Derecho consuetudinario*.



En esta misma época y dentro de este contexto de la doctrina alemana, Esser, Objeta la corriente que él mismo había preconizado y reconoce que el Derecho judicial por la vía del Derecho consuetudinario no es otra cosa que un enmascaramiento ideológico con la función de ocultar una conclusión, que en aquel momento histórico no se podía explícitamente adoptar, la naturaleza de fuente de Derecho de *tout court Richterrecht* (toda sentencia justa de la Corte).

Por otra vía y en este mismo período Martín Kriele, autor de *Teoría der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, ensayo mediante el que constata de que ya, en los sistemas del *civil law* es tal la influencia de hecho de los precedentes en la orientación de la interpretación y la decisión judicial que se puede tranquilamente hablar de vinculación presuntiva. En efecto no es difícil comprobar, cómo en la realidad efectiva de la *praxis* jurídica, o sea en el momento de la interpretación y de la aplicación del Derecho, se parte de los precedentes, y de ellos se aleja solo si subsisten buenas razones para hacerlo. Esta no es una condición contingente, -decía Kriele-, sino estructural y permanente de la *praxis* judicial; por consiguiente una tarea imprescindible para una metodología del Derecho que pretenda comprender correctamente de qué modo funciona la interpretación judicial de la ley.

En el orden legal nuestro, las decisiones de un juez o de un tribunal que no considere los antecedentes vinculantes, sobre todo sentados por las Cortes superiores podrán ser objeto de impugnación.

No es casualidad, que en el período analizado, en resolución adoptada por el Congreso jurídico que tuvo lugar en Guatemala en 1960, se consideró: Que uno de los problemas de interés general para los abogados, es el que se relaciona con la formación de la jurisprudencia; que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de los fallos judiciales tiende a eliminar la incertidumbre que puede provocar la aplicación de un orden jurídico; que para establecer esa garantía de certidumbre en el funcionamiento del orden jurídico guatemalteco, es necesario regular la procedencia del recurso de casación por "infracción de doctrina legal", entendiéndose por ésta aquella que se refleja en un número constante



y suficiente de resoluciones, que garantiza en forma general la permanencia y estabilidad de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo. Fue así, como se legisló en el Código Procesal Civil y Mercantil vigente desde 1964, esta institución novedosa bajo el concepto de infracción de la doctrina legal. (Explicación del art. 621 del proyecto, adherida al dicho Código, impreso por la Tipografía Nacional del 19 de Agosto de 1964).

Pero ¿cómo funciona concretamente, en el análisis de Kriele, esta presunción de vinculación a favor del precedente? Si la cuestión sometida al juez se enmarca en uno de los casos típicos en vista de los cuales ha sido creada la construcción de la *ratio decidendi* desarrollada en sede judicial, el juez podrá sin dudas servirse de esta última, sin la obligación de razonar sobre la corrección del resultado en aquel caso específico, y de todos modos le será así garantizado el logro de un resultado indiscutido. Valiéndose de una solución experimentada, la presunción a favor del precedente alivia de este modo al juez del deber de renovar en cada nuevo caso la comprobación acerca de la “cabida” de la *ratio decidendi*, que viene a asumir en este contexto la tradicional función de la norma general y abstracta. Se presupone, en efecto, que aquella conclusión ha sido expuesta a la crítica, debatida y finalmente dada por válida. Solo cuando le imponen argumentos de fuerza tales de hacer cesar la presunción a favor del precedente, el juez deberá ponderar nuevamente las cuestiones ya decididas con anterioridad y retomar entonces el examen del contexto efectivo del caso específico.

La innovación teórica propuesta por Kriele surge cuando ya en la realidad jurídico-europea continental los precedentes tenían una importancia casi similar a la del ámbito angloamericano. Pero, este innegable aporte a la Dogmática jurídica, empujado por la *praxis* existente, fijaba el fin de la tesis metodológica anteriormente dominante, según la cual el Derecho judicial ocupaba un lugar secundario respecto al Derecho de origen legislativo. Esta innegable evolución *del civil law*, marca la ruptura teórica de la tradición doctrinal dominante en temas de fuentes, gracias a la cual se nos conducía hacia una más realista contribución y subdivisión de producir Derecho entre el poder legislativo y poder decisorio del juez. Se confrontaba en los hechos una convergencia cada vez más marcada y una aproximación cada vez más evidente entre los dos sistemas jurídicos. Una convergencia y un acercamiento gracias a los cuales, en el aspecto metodológico,



los actos aplicativos de Derecho codificado adquieren una validación creativa de Derecho, sin obstaculizar su desarrollo ulterior, y sin la concepción absolutamente vinculante como en un tiempo se consideró en el *Common law*, giro doctrinario que a su vez influye en este aspecto en este sistema, porque al realizar un juicio comparativo entre ambos sistemas, ambos sistemas formulan una ponderación que sopesa la analogía y especificidades de los hechos con las especificidades de las soluciones dadas por el precedente. Los textos jurídicos jurisprudenciales (Repertorios), serán siempre objeto de interpretación. (Zaccaria, 2010: 95,97-100).

8. La jurisprudencia de los tribunales o precedentes judiciales

En mi opinión, la cuestión de validez y eficacia de las normas de origen judicial en el sistema legal de Guatemala, es una realidad incontrovertible. En el concepto fuente formal del Derecho –el que en seguida abordaré- se incluye en el concepto fundamental de norma, no sólo a la creación del legislador, sino algo más: la creación del juez, es decir, al resultado de lo discernido en la *ratio decidendi* que formula el juez. Ello, para desvanecer un tanto la equivocidad del concepto tradicional de fuente de Derecho, y a la radical confrontación de la posición de sí, será o no la jurisprudencia de los tribunales fuente del Derecho.

Fuentes del Derecho, desde la óptima contemporánea, *son los actos, hechos o valores con vocación normativa, establecidos por un determinado sistema como elementos de los que derivan las normas jurídicas, siendo estas, por tanto, un producto o resultado derivado de las fuentes*. En este sentido, utilizaré este concepto desdoblado: en fuente formal de Derecho como disposición promulgada por el legislador y como precedente judicial o norma jurisprudencial, lo que exige diferenciar uno y otro concepto.

William James (*Pragmatism*) decía, “Los jueces hablan a veces sobre la ley [...] de un modo que haga pensar a sus oyentes que se refieren a entidades preexistentes a las decisiones o [...] determinaciones inequívocas y exigiéndoles obediencia. [...] Pese a todo, sin embargo, hacemos como si lo eterno no se desarrollara, como si una justicia,

una gramática o una verdad únicas y previas iluminaran sin más, y no fueran algo que se va haciendo...Porque esas cosas se van haciendo sobre la marcha.”). (Orozco, 2011: 172).



Cualquier explicación de la creación judicial de normas jurídicas o de la existencia de normas de origen judicial en el orden jurídico pasa por una cabal comprensión de la sentencia.

9. Concepción de la jurisprudencia en el sistema anglosajón y en el Derecho continental

En los capítulos anteriores he explicado la tarea del juez al decidir, es decir, al juez como creador de Derecho en contraposición a la imagen del juez como mero aplicador de un Derecho ya creado. Este fenómeno jurídico se nutre en el desarrollo del Derecho continental europeo y el Derecho angloamericano. Corresponde ahora determinar su estructura y la perspectiva de su constitución en una fuente sólida de validez normativa dentro del sistema legal, el que hoy por hoy se caracteriza por la ausencia de reglas estables y comportamientos previsibles.

La jurisprudencia entendida como el conjunto de pronunciamientos reiterados sobre determinada materia, que contienen la interpretación de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación o de la Corte de Constitucionalidad sobre determinada materia, es lo que la dogmática denomina doctrina legal o jurisprudencia.

De los distintos elementos doctrinarios y legales analizados, estamos ya en capacidad de precisar el significado dado a la jurisprudencia por el Derecho continental europeo y por antonomasia el nuestro, diferenciándolo de la noción de precedente utilizada por el Derecho angloamericano

Cuando se debate sobre la esencia de los precedentes en uno y otro sistema, generalmente el análisis comparativo pierde perspectiva, porque se enfoca más en la búsqueda de si los precedentes son formalmente vinculantes o no, habida cuenta que en el *Common Law* la proyección de las fuentes legislativas escritas tienen un ámbito



limitado y las decisiones judiciales de los litigios se ven precisadas de ser articuladas a través de *case-law*, esto es, a través de las normas y principios establecidos por los órganos jurisdiccionales en la resolución de los conflictos. Lo contrario sucede en el Derecho escrito, en donde la *ratio decidendi* o precedente aplicativo o interpretativo, siguiendo la terminología anglosajona, constituye en tales casos, una opción de selección e interpretación de una determinada ley o fuente legislativa aplicada por el juzgador para resolver el caso concreto en el que dicha fuente de Derecho resulta aplicable, operando por tanto, tal *ratio decidendi* como referente aplicativo, expresión que se comprende como función interpretativa de la fuente legal previamente seleccionada por el Juez.

La cultura jurídica angloamericana conserva una actitud hacia la decisión que busca simetría en situaciones de vida (un enfoque legalista pragmático en la aplicación del precedente). En tanto la actitud en los países que seguimos la cultura jurídica continental, lo que el magistrado busca en los precedentes es la decisión de las cortes como un ejemplo de casos anteriores, cuyo pronunciamiento contuviera la regla del poder superior segura y así resolver más fácilmente, y el análisis de los hechos queda en la penumbra. Esta fuente de Derecho se ha desvirtuado en la práctica en el sistema legal guatemalteco.

La Dogmática contemporánea es coherente con la tendencia a la preservación, persiguiendo soluciones por intermedio de la reproducción de respuestas concretas brindadas en el pasado. La seguridad proviene de considerar que ante hechos idénticos, salvo que se entienda que ha existido un error que se debe evidenciar y argumentar, la solución será idéntica.

Por eso me parece muy ilustrativa y armoniza con mi pensamiento sobre tema, la tesis jurisprudencial sostenida la Corte de Justicia de México, expuesta por José de Jesús Gudiño Pelayo, al plantear:

“...para que se justifique la elaboración y publicación de una tesis jurisprudencial primero debe justificarse la duda de interpretación de la ley o la laguna de la ley, esto es, determinar lo que algunos autores denominan como ‘problemas de penumbra’, para luego establecer el criterio jurisprudencial que ilumine esa zona concreta de penumbra, para este y otros casos futuros. Pretender que en nuestro sistema de derecho escrito que, de cada caso que resuelvan los tribunales colegiados o la propia Suprema Corte, se



determine y publique la *ratio decidendi*, es decir, el criterio conforme al cual se resolvió el caso, equivale a empalmar ambos sistemas jurídicos, crear un derecho judicial paralelo al derecho escrito, con la grave consecuencia de hacer confusa e incierta la resolución de los casos que se presentan a los tribunales”.

Si se entiende en su recto sentido esta tesis, resulta claro que este debe ser el alcance de las tesis jurídicas jurisprudenciales. Porque justamente es así como se entienden los precedentes como *jurisprudencia complementaria*, (art. 2º de la Ley del Organismo Judicial). La interpretación de la Suprema Corte de México además, nos ilustra la diferencia de la naturaleza jurídica de los precedentes como fuente principal de Derecho en el Derecho en el Derecho Anglosajón y la naturaleza jurídica del precedente como fuente complementaria que sigue nuestro Derecho, pero no por ello menos fuente. Para su cabal comprensión quedará por establecer la técnica jurídica que nos permita saber cómo se estructura esta fuente y el método de su utilización, el que de manera indudable es fruto de la interrelación de las dos grandes familias del Derecho de las que hablaba Austin.

Esta técnica y este método son el elemento *sine quanon* impostergables en la *praxis* del sistema legal de Guatemala, especialmente porque, debido a la forma de aplicación de los criterios jurisprudenciales hoy en día, se contrae a la copia textual e íntegra de los considerandos de una sentencia modelo del tribunal superior sin aludir a los hechos o elementos del caso, se presupone que la tesis aplicada contiene el rubro que identifique el *thema decidendi*, el subrubro que señale sintéticamente el criterio que se sustenta, las consideraciones interpretativas mediante las cuales se haya establecido el criterio, la identificación de la norma general interpretada, en el caso que se trata y los datos de identificación del asunto.

Debe admitirse de buen grado, que la tendencia a la abstracción, así como la dispersión y contradicción en la labor hermenéutica, debe ser materia de atención por parte de jueces y juristas. El poder judicial puede contribuir al desconcierto cuando no logra dar pautas sobre como la ley ha de ser leída e interpretada por los jueces. (Oteiza, 2004. s/p).



10. La determinación de la norma jurídica aplicable al caso

Ante las posiciones encontradas entre la teoría declarativa y la creativa, me adherí abiertamente a esta última, primero por razón de experiencia cotidiana por varios años en el ejercicio de la jurisdicción en segunda instancia, y luego por ser un fenómeno jurídico de la realidad práctica del Derecho, que por mucho que esa realidad pueda ser refutada, a primera vista, por fidelidad a determinados dogmas, como la separación de poderes o el sometimiento del juez a la ley y opto por esta corriente además por su utilidad, al develar el rostro oculto que mantiene la teoría declarativa, al hacer creer que el juez aplica mecánicamente la ley y no producto de la creación judicial al resolver el caso.

En cuanto a la discrecionalidad judicial, la que aquí nos interesa es la que se proyecta sobre la fundamentación normativa de la sentencia, antes que la relativa a la fijación de los hechos y la valoración de la prueba, por ser ajena al fundamento normativo de la sentencia y por tanto, al proceso creativo normativo de la sentencia, en el que se centra la presente investigación.

La teoría creativa, para la determinación de la fuente, ante la pluralidad alternativa de normas y el alcance de la disposición a aplicar, se basa en la combinación de los siguientes elementos: a) Selección de la fuente aplicable; b) Elección entre las alternativas jurídicamente correctas seleccionadas; y c) Justificación de la decisión y de la elección.

a. Selección de la fuente aplicable

Situado el jurista en condición de juez, dotado de las calidades de experiencia, sagacidad y técnica, ante la existencia de diversas alternativas que le presentan las fuentes legales, selecciona y limita el marco en el que se encuentre la que resulte aplicable a un caso. Este es un acto de legítima libertad. Este acto libre del órgano



jurisdiccional, constituye un poder discrecional para la selección entre una y otra alternativa, claro está, bajo la premisa, que la pluralidad de alternativas de disposiciones legales a excogitar, se encuentran en el sistema de fuentes.

La facultad discrecional de selección entre alternativas jurídicamente correctas se proyecta sobre la fundamentación normativa de la sentencia, tan pronto como hayamos fijado plenamente la interpretación discrecional sobre la fijación de los hechos, valoración de la prueba o en la concreción del quantum de la consecuencia en el péndulo de sanciones, para la fijación de la responsabilidad penal por ejemplo.

Es esta, una actividad mental compleja, es algo así como el anverso y reverso de una misma operación mental, es una imbricación de juicios, v.gr. el entramado de un tejado o la superposición de las escamas en el pez, la idea de su hipotética separación y sucesión se desmonta, porque se trata de unas funciones racionales y exegéticas comprendidas en un conjunto (incardinadas).

Enfocados dentro del proceso creativo-normativo de los precedentes judiciales, postura doctrinaria que sostiene la discrecionalidad del juez en la selección entre dos o más soluciones que se reputan correctas, siempre que tengan su encaje –repetimos- en el sistema normativo. Partimos, por tanto, de una discrecionalidad limitada, condicionada o vinculada por el propio orden legal, menguando toda la extensión de la corriente doctrina preconizada por el realismo norteamericano, que concibe tal discrecionalidad del juzgador, como un acto de libérrima voluntad para atribuir cualquier significado a cualquier texto.

Los sistemas jurídicos contemporáneos se desarrollan continuamente desde su interior y el intérprete debe sin descanso, poner orden dentro del marco de normas y actos normativos. Este ejercicio interpretativo se realiza, en primer lugar, cuando el tribunal de manera libre atribuye un significado al texto normativo, en segundo lugar determina entre dos o más alternativas que se reputen válidas, la que contiene la tesis que mantiene sobre dos o más soluciones, todas ellas posibles, debiendo siempre justificar la opción que selecciona.



La esencia de lo discrecional se presenta cuando el juez se convence de la existencia de dos o más alternativas legales de las cuales puede derivarse la existencia de una opción y *la esencia del carácter vinculado se centra en la limitación de dichas alternativas.*

Ahora bien, cuando el juez atisba una única solución correcta vinculada al sistema de fuentes o le viene impuesta como en el caso de sentencias de naturaleza constitucional, si bien no existe creación judicial, esta única solución será el resultado de su interpretación, depuración e integración sobre el sistema de fuentes para resolver el caso concreto, supuesto en que la discrecionalidad ni el poder creativo existen. Quizá sea el momento de anotar, que cuando el juez advierte una sola y única elección, ésta discrecionalidad opera en el plano subjetivo, porque puede que otro juez elija entre varias, la nuestra o por el contrario la soslaye y producto de su propia interpretación encuentre la suya dentro de una pluralidad a tenor de su caso.

b. Elección de la disposición aplicable dentro del marco seleccionado. Crítica del silogismo

La selección del marco normativo dentro del sistema legal referido en el párrafo anterior, como coexistencia de diversas soluciones normativas alternativas para resolver un caso determinado, pasa inmediatamente al proceso racional de *elegir* dentro del perímetro de soluciones, la o las jurídicamente admisibles.

El juzgador en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, determinará entre esas alternativas normativas jurídicamente correctas derivables del ordenamiento, la solución concreta y no otra para redefinir el caso. Esta opción no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica, y por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes, para las que el Derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre otras, supone un cierto margen de autonomía, libertad de elección. Este es un acto voluntario del juzgador, es la voluntad del Estado.



El positivismo sentó el método científico de la mera operación de lógica formal; el silogismo que parte de dos premisas *dadas* (premisa mayor o normativa y la premisa menor o fáctica) y la inferencia de la conclusión o fallo como gradas de un escalón jerárquico-normativo en el que se sitúa la norma individualizada. En nuestra práctica tribunalicia aún pervive y sin visos de superarla. Pero, esta concepción iluminista ha sido rebasada por la ciencia del Derecho.

La *Teoría General del Derecho* contemporánea, socaba esta concepción mecánica de aplicación del Derecho y propone para alcanzar la solución normativa aplicable al caso, seguir un curso de acción que determina el resultado de la decisión, cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuar, dado a que la premisa mayor o solución normativa no la conforma la ley como fuente, *sino la norma general la construye el órgano jurisdiccional por el significado de aquella fuente* y la erige en norma general de su fundamento decisorio.

Ahora bien, si en el fuero interno del juez, y moviéndose bajo el péndulo de dos alternativas jurídicamente correctas, la solución que elige fuere la menos adecuada, en términos jurídicos, que otra alternativa igualmente correcta, que por cierto ha sido descartada y razonablemente justificada por el juez, la elección tampoco sería jurídicamente reprochable, a menos como hemos apuntado que el juicio del juzgador padezca de parcialidad por ilícitos (cohecho, tráfico de influencias, etc.).

Cuando un tribunal superior al contrastar la libertad de elección alternativa efectuada por el juez *a quo*, cuestiona y revoca en vía de recurso esta alternativa, tal revocatoria no entraña un reproche para el juez que la dictó, sino la simple prevalencia institucional, por cuanto el tribunal *ad quem* en el ejercicio de su función no verifica la legalidad de los criterios de interpretación (salvo vicio de arbitrariedad o delictivo) por los inferiores, sino en seleccionar –imponiéndolos- el criterio de su propia reflexión.

Los jueces al resolver deben estar conscientes que en la condición de actividad mental, el juicio jurisdiccional no cuenta con esquemas prefabricados.

No obstante, el estudioso ha sido formado por conceptos, como instrumentos de su investigación, por lo que recorriendo analíticamente el inicio y desarrollo del proceso,



construirá la significación racional de la fuente y elegirá de ésta, la alternativa entre dos o más dentro del perímetro de significaciones correctas, unida indisolublemente al hecho jurídico ya probado y depurado de circunstancias irrelevantes.

Ante la relatividad de trazar un procedimiento racional decisorio para la *elección*, es posible perfilar criterios técnicos que permitan encontrar metódicamente la fuente formal sobre la recaerá el discernimiento que constituirá la premisa mayor, los que se reducen a los tres siguientes:

1. Predecisión normativa personal del juez.
2. Derivación, del orden jurídico, de las alternativas jurídicamente correctas.
3. Elección de la decisión.

b.1. Predecisión normativa personal del juez

Esta primera actitud provisional frente al caso a decidir que, de manera consciente o inconsciente, anticipa vagamente el resultado, ha sido denominada por el realismo norteamericano como intuición, corazonada o presentimiento jurídico, tarea harto difícil para quien nunca ha interpretado textos legales con el propósito de resolver.

El jurista que interpreta una ley, o también un contrato, se enfrenta a una tarea con todo su saber acerca de problemas jurídicos, conexiones de problemas, formas de pensar y consecuentemente de posibilidades condicionadas de solución del Derecho vigente, así como, y no en último lugar, acerca del lenguaje que suelen utilizar el legislador y también –en el caso de un contrato- el ciudadano versado en Derecho.

Su “precomprensión” es el resultado de un largo proceso de aprendizaje en el que se incluyen tanto los conocimientos adquiridos durante su formación o posteriormente, así como las múltiples experiencias .profesionales o extraprofesionales, sobre todo, las que versan sobre hechos y contextos sociales. La importancia de esta precomprensión, como condición previa de un comprender adecuado, no puede en verdad sobreestimarse.



Algunos hermeneutas entienden esta forma previa de pensar como “prejuicio o juicio “falso” que está en el camino obstaculizando la recta comprensión. Otras veces se le da un significado distinto, no como comprensión todavía provisional que posibilita una primera orientación que impulsa el proceso de comprender, sino una perplejidad del que juzga con prejuicios que provienen del entorno social de su origen o de su predisposición psicológica y determinan el fallo. Estos modos de entender la precomprensión distan mucho del significado que le confiere la metodología jurídica.

La precomprensión es una posibilidad por la que el juez se forma una “convicción de rectitud” merced a sus precomprensiones conseguidas mediante la prolongada experiencia profesional y mediante una actuación eficaz sobre las posibilidad de evidencia en la valoración predogmática, antes que comience la obligada interpretación de la ley o consideraciones dogmáticas.

En concreto, la predecisión es la primera actitud que asume el juez, en forma consciente o inconsciente ante el caso que ha de resolver, es inferir de forma provisional, cuál será la solución normativa personal o subjetiva adecuada al conflicto planteado, que le exige la Ley y la Constitución.

Suele suceder, que muchos jueces procedan atendiendo a este modo de “convicción de rectitud”, que no debe considerarse legítimo, demasiada presuntuosidad dice Esser citado por Larenz: el juez que así procede se considera asimismo, merced a su “precomprensión” más inteligente que la ley y los resultados conexos a la interpretación jurisprudencial. Esto no es compatible, si se toma en serio, la “vinculación a la Ley y al Derecho” que toda organización judicial impone al juzgador.

Gadamer –citado por Larenz-, atribuye esta significación previa a la “obligada” interpretación de la ley o consideraciones “dogmáticas”, una significación decisiva como condición hermenéutica de todo comprender un texto, semejante a la comprensión en la conversación. “El texto habla de una cosa; él sólo habla a quien comprende ya tan bien su lenguaje y la cosa de que él habla, que tiene franco acceso a lo que el texto dice.” (1994:196-200).



b.2. Derivación de las alternativas jurídicamente correctas

La derivación consiste en eso precisamente, en derivar de las distintas opciones del sistema de fuentes aplicable, la que en su opinión aquel ofrece para la resolución del caso concreto. La precomprensión y la derivación de las alternativas jurídicamente correctas, no tienen que operar en la secuencia lógico-cronológica expuesta, ni siquiera constituyen compartimientos estancos entre sí. Es más, a veces el juez no cuenta con opinión personal formada del caso, por ser el primero de su especie, y esta preopinión no surja hasta tanto no haya realizado el análisis de las distintas alternativas que se derivan del orden legal.

La yuxtaposición de estas fases es también muy frecuente, pues suele acontecer que una vez que el juez determina su predecisión normativa personal y provisional sobre el tema, la derivación ulterior de las distintas alternativas normativas susceptibles de ser aplicadas al caso opera de una forma “contaminada” por tal opinión individual, de tal manera que el juzgador no se limitará a derivar las normas objetivas posibles y adecuadas al caso *sublitis* sino que utilizará consciente o inconscientemente, todos los instrumentos técnicos a su alcance para hacer coincidir, en lo más posibles, su solución individual preconcebida con alguna o algunas de las alternativas derivables del sistema legal. Pueche citado por Orozco sostiene que: “...en la inmensa mayoría de ocasiones, los tribunales juzgan por intuición de justicia. Conocidos los hechos, concluyen cuál debe ser la solución justa, y luego se afanan por justificarla; de modo que no utilizan las reglas de interpretación para descubrir el verdadero sentido de la norma y así llegar al fallo, sino que antes bien, utilizan aquéllas para hacer que las normas seleccionadas para su aplicación digan lo que quieren que digan a fin de llegar al fallo previamente establecido. Muy mal se les ha de dar la tarea interpretativa como para que no resuelvan según su sentido de lo justo...” (Orozco, 2011: 8-112,117-121).



c. Optar por la solución normativa aplicable

Finalmente, el juez al contrastar su predecisión con las diferentes alternativas derivables del orden jurídico, para elegir la solución normativa definitiva para su sentencia, se encuentra ante las siguientes posiciones:

a. Una vinculación fuerte: Se presenta cuando a juicio del juez sólo existe una única solución jurídicamente correcta. Generalmente acontece en los casos en que se impone al juez de forma obligada, una determinada solución, v.gr. los precedentes vinculantes o resoluciones judiciales previas igualmente vinculantes que determinen el alcance de la norma aplicable al caso, p.ej. sentencias de la Corte de Constitucionalidad o del Tribunal de Casación cuando estas sientan jurisprudencia. En esta posición el perímetro de alternativas se reduce a una sola, (posición fuerte).

b. La vinculación débil: Cuando la predecisión se confronta con varias alternativas jurídicamente correctas derivables del ordenamiento jurídico. En cuyo caso el juez optará para la elección de la alternativa jurídicamente correcta, caso para el que puede seguir dos planteamientos:

b.1. El juez opta por aquella norma derivada que coincida o se aproxime con su predecisión normativa personal. Esta decisión resulta coherente, con su propia predecisión y con el orden jurídico. Ello comprende, la admisión o rechazo de las alternativas normativas derivadas de las fuentes, exteriorizadas por las partes, en su caso; en resguardo de la exhaustividad y congruencia de la motivación.

b.2. El otro planteamiento impersonal se actualiza, cuando el juez elige entre las varias alternativas jurídicamente correctas, prescinde de su predecisión personal y opta por cualquier otra alternativa correcta distinta, que bien puede ser orientada muchas veces en casos iguales o equivalentes conocidos por el propio juez o precedentes no obligatorios sino meramente referenciales o persuasivos, en todo caso estos apoyos deben motivarlos razonablemente.



c. La última posición electiva se presenta cuando el juez se desvía, adoptando una concepción puramente arbitraria, contraria a Derecho. Abandona del perímetro de alternativas jurídicamente correctas que le proporciona el orden jurídico e impone su propia predecisión u opinión personal. Esta forma de proceder apunta al apartamiento oficial de la administración de justicia a que obliga el artículo 203 de la Constitución y si ello presume vicio de parcialización, la conducta del juez quedaría incurso en el prevaricato. (Orozco, 1911: 128-130).

11. La argumentación de la decisión, fundada en el sentido estructurado de la fuente elegida

Pedro Serna, dice en torno a la argumentación o justificación: “En mi opinión, incluso aceptando la doctrina de la subsunción como modelo general de la aplicación del Derecho, hay al menos tres operaciones que no pueden llevarse a efecto sin el concurso personal –creativo, valorativo- del intérprete, y que no se obtienen, por tanto, como fruto de una tarea subsuntiva o lógico-deductiva, sino mediante una elección que ha de ser objeto de argumentación *ad hoc*...” (2006: 111).

La argumentación debe ser producto del juicio, es desarrollo expresivo de aquella actividad mental secuencial compleja. Luego, el fallo, llamado también *por tanto* o *parte resolutive*, será redactado en forma precisa y congruente en lo procedente, con la pretensión de la que partimos o de la estimación de las excepciones del demandado.

La reglamentación orgánica del tribunal regulará, en los tribunales colegiados, lo concerniente a las interioridades funcionales de integración y división del trabajo o “reparto” como se llama en el argot jurídico, y en relación a la discusión de la ponencia, rotación al no alcanzarse la mayorías, voto razonado y demás formalidades de rito para la conformación de la jurisprudencia o doctrina legal.

Es necesario enfatizar con relación a la fundamentación de la sentencia, sobre dos obligaciones esenciales: la primera consiste en que dado que los jueces tienen el deber de resolver los casos aplicando normas preexistentes (Derecho objetivo), la fundamentación consistirá en mostrar que el fallo es el resultado de aplicar dichas



normas, (prohibición del *non liquet*). En segundo deber consiste en que el razonamiento justificativo sigue un esquema lógico, definido con el término técnico de “silogismo jurídico”, inferencia que consiste en extraer una conclusión de una o más premisas. Combinados estos dos deberes fundamentales, en el momento de la interpretación pueden acabar ocultando diferencias puntuales entre normas del Derecho objetivo que el juez selecciona dentro del marco legal atingente al caso y la norma que el juez crea mediante su razonamiento y que constituye la verdadera premisa mayor que finalmente es el *quid* de la argumentación. El artículo 149 de la Ley del Organismo Judicial, dice en su parte conducente: “Las sentencias de casación contendrán [...] el análisis del tribunal relativo a las leyes o doctrinas que estimó aplicables al caso y sobre tal fundamentación, la resolución que en ley y en doctrina proceda.”

La razón de este aserto lo determinamos al observar que las normas generales del Derecho objetivo que el juez tiene el deber de aplicar, se presentan con dos propiedades sobresalientes: 1) Son normas jurídicas que mantienen relaciones sistemáticas de muy diversa naturaleza con otras normas que pertenecen también al Derecho objetivo. 2. Las consecuencias jurídicas previstas en el orden legal son siempre *prima facie*, siempre pueden ser derrotadas por otras normas en el momento de su aplicación.

Por eso, la norma que el juez aplica y que integra la premisa mayor de su razonamiento justificativo, a diferencia de las normas del Derecho objetivo, ya no tiene el carácter de *prima facie*: es la norma aplicable, considerados todos los elementos acumulados durante el desenvolvimiento de la actividad procesal, es decir, vistas todas las propiedades del caso y revisado todo el orden jurídico. El tránsito de norma del Derecho objetivo a premisa normativa de un razonamiento justificativo comporta siempre ese cambio *prima facie* al considerar “todas las cosas” dice Aguiló. Ello es así porque la norma que opera como premisa de un razonamiento jurídico acabado, y que nos conduce a la consecuencia normativa definitiva, tiene la fuerza del Derecho del ordenamiento jurídico en su conjunto. La aplicación entonces, es el momento en que la diversidad o indeterminación de normas del sistema legal, se transforma en la unidad del Derecho. Este criterio, es la norma *nueva*, candidata a ser norma de origen judicial, como lo explicaremos en seguida.



La intensa actividad argumentativa destinada a justificar las decisiones que deberían tomar los jueces, implica la concretización de un cuantificador universal, es decir una construcción realizada por el juez a partir de las normas del Derecho objetivo. Universalidad explicada en palabras de Robert Alexy, citado por este mismo autor: "Si se aplica un predicado **F** a un hecho (objeto o evento) **a**, se debe estar dispuesto a aplicar **F** a cualquier otro hecho igual a **a** en todos los aspectos relevantes". La igualdad formal supone que todos los que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera. En este contexto el compromiso que supone hacia el futuro la universalidad es la de igualdad de trato.

En la medida en que la norma jurídica así inferida, haya permanecido estable (no haya cambiado), un juez que tiene que resolver un caso semejante a otro caso anterior ya resuelto, se encuentra, so pena de incurrir en irracionalidad o arbitrariedad, en cualesquiera de las siguientes tres alternativas aceptables: a) resolver el nuevo caso de la misma forma que el caso anterior, b) mostrar que el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas con el anterior, presenta alguna propiedad relevante que lo hace diferente del anterior y que, por tanto, requiere una solución distinta; y c) mostrar que el caso anterior estuvo mal interpretado y que en consecuencia, la norma universal aplicable no es la que allí se establecía, si no otra alternativa.

La función jurisdiccional así concebida hace que la unidad del orden legal no sea una cuestión meramente estática de jerarquía normativa, sino, tiene también una dimensión temporal hacia el pasado y hacia el futuro, y esta forma de hacer efectivo el Derecho tampoco entraña la función de cambio del sistema legal de un país. (1051-1054).

12. El poder decisorio de los jueces

¿Cómo debe concebirse el poder jurisdiccional como poder infalible de decir la última palabra? El poder del juez a la hora de decidir la *litis*, es una posición institucional, dicho de mejor manera, este poder normativo a decir la última palabra es inherente al órgano jurisdiccional, no a la persona o elemento subjetivo que lo ejerce en cada momento, y,



dentro de los órganos judiciales, solo se adjudica a aquellos, cuyas resoluciones no sean recurribles ante una instancia superior –la santidad de la cosa juzgada-, y, por esta razón sí pueden considerarse infalibles. Al punto traemos el aforismo del juez Jackson en el caso Brown v. Allen: “No tenemos –decía– la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra.”

De esa cuenta, la infalibilidad de tal poder decisorio a decir la última palabra, tiene su fundamento:

-En la irrevocabilidad del pronunciamiento recaído en sentencia firme de casación (Art. 153, literal f) de la Ley del Organismo Judicial). Por lo que al no existir ningún tribunal superior que pueda anular la decisión tomada, la solución adoptada tendrá el carácter de definitiva, en el plano jurídico.

-En la inexistencia (juicio fenecido) de toda otra opción alternativa normativa que se enderece a la solución del caso. El artículo 211, párr. 2º de la Constitución, prescribe: “Ningún tribunal o autoridad puede conocer de procesos fenecidos.” Este párrafo, además de normar la seguridad jurídica en su conjunto, así como la cosa juzgada, también se refiere al principio de taxatividad. (Gaceta 94. Exp. 977-2009. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 12/11/2009).

Por consiguiente la producción jurisdiccional de normas no es algo que suceda en los tribunales inferiores, su gestación es obra del tribunal situado en la cúspide de la organización del poder judicial. Manuel de la Plaza decía a este respecto: “... porque si reducimos su cometido [de la casación] a la defensa del derecho objetivo (función de nomofilaxia, según Calamandrei), queda, doctrinalmente, fuera del ámbito de la casación, cuanto tiende a lograr que la interpretación de las normas, adquiera aquellos caracteres de unidad en que estriba la certeza, y que es la más segura garantía de los justiciables que a los Tribunales acuden”. (1944: 15).

El derecho y el deber de la función jurisdiccional del Tribunal de Casación, de decir la última palabra sobre cuál debe ser el sentido o significado interpretativo de una determinada disposición normativa, es creación normativa jurisdiccional, es decir, es el

fundamento de la jurisprudencia vinculante y en consecuencia fuente vigente en nuestro orden legal, en tributo a la certeza y seguridad en su aplicación.

El sentir del foro siempre ha sido llegar a la unidad jurisprudencial, ante la posibilidad siempre latente, de que se ofrezcan diariamente divergencias y contradicciones de juzgado a juzgado y de sala a sala. Esta afirmación entraña la afirmación de la hipótesis que sostengo en esta tesis. Quedará por saber únicamente, como se objetiva esta creación jurídica o fuente del Derecho vigente en Guatemala, las leyes que así lo autorizan y la forma incorrecta en que la *praxis* jurídica utiliza los precedentes a los casos que resuelve.





CAPÍTULO IV



1. La jurisprudencia vinculante

La coincidencia singularmente notable entre el Derecho que integra la familia romano-germánica y el *Common Law* se objetiviza en la técnica del *stare decisis* (mantenerse con las cosas decididas).

La dogmática contemporánea, -énfasis- mediante la evolución acaecida en las últimas décadas en la doctrina alemana acerca de la jurisprudencia como fuente del Derecho, desde las teorías tradicionales que le negaban carácter de fuente formal del Derecho y la de los años sesenta del siglo XX que amplía la categoría de costumbre judicial hasta las doctrinas que reconocen claramente que el precedente judicial tiene de hecho un carácter vinculante, de manera similar a la que le atribuyen los sistemas del *Common Law*, constituye una fuente eficaz formal en nuestro orden legal. El sistema legal guatemalteco lo contempla en esta última concepción desde 1963, en disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil, primero y en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en 1986.

Para la operatividad de la técnica jurisprudencial expuesta, es imprescindible que se delimite jurídicamente qué se entiende por precedente o jurisprudencia vinculante, concepto que debe ser aplicable a:

a) De forma horizontal: al obligar al propio órgano que lo dictó. Es el denominado *autoprecedente*. Debe ser observada por la propia Corte Suprema de Justicia y por la propia Corte de Constitucionalidad, esta última obligatoria para sí misma y para la jurisdicción ordinaria, dentro de su respectivo ámbito de competencia. En caso de existir contradicción entre las sentencias dictadas por el mismo tribunal, la última doctrina legal será la publicada con anterioridad a la demanda.

b) De forma vertical o jerárquica: que opera en relación a la doctrina legal que emanan de aquellos órganos superiores de la estructura judicial, y se impone a todos los jueces y tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional. En nuestro orden legal, la



doctrina legal constitucional es obligatoria para jueces y tribunales inferiores en grado de la jurisdicción ordinaria y privativa, en el ámbito de su competencia.

Para garantizar la vinculatoriedad del precedente emanado de la Corte Suprema de Justicia en materia civil y contencioso-administrativa, es necesario que su contravención pueda ser invocada y enjuiciada en las dos instancias y debe deducirse como motivo en el recurso extraordinario de casación. De concurrir la infracción se anula o deja sin efecto, y, en sustitución, se dicta una nueva sentencia que aplique la misma solución normativa contenida en el precedente o jurisprudencia vinculante infringidos.

Pero el régimen de vinculatoriedad del precedente nunca es absoluto en el plano subjetivo, ya que suelen estar exentos del mismo los órganos superiores del respectivo sistema judicial con respecto a las sentencias dictadas por esos mismos órganos, siendo esta excepción la válvula de escape necesaria para que pueda producirse una variación o evolución en dichos precedentes o en la jurisprudencia. (Orozco, 2011: 203).

2. La *ratio decidendi*

En el Derecho anglosajón –*Common Law*- la doctrina del *stare decisis* o sistema de precedentes, se compone de dos elementos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*.

El elemento normativo vinculante u obligatorio del “precedente judicial” en la doctrina inglesa es la *ratio decidendi* (en sentido literal “*la razón para la decisión*”).

Previamente a explicar el contenido de la *ratio decidendi* en la doctrina del precedente judicial inglés, veamos su importancia dentro del sistema judicial anglosajón.

Precedente es el proceso por el cual los juzgadores resuelven, siguiendo las decisiones previas, que se toman como referente para una decisión actual.

En el Derecho inglés, la doctrina del precedente judicial implica la aplicación del principio *stare decisis*, concepto jurídico que significa “adherirse a los casos resueltos”. En la práctica, esta es una característica de obligatoriedad, lo que significa que los

juzgados de igual rango deberán aplicar y seguir sus decisiones previas, y cualquier corte inferior está vinculada a seguir este precedente.



El juzgador, al emitir su fallo, enuncia los hechos que han sido probados durante el procedimiento; para después aplicar el principio normativo sobre los hechos probados para pronunciar el razonamiento jurídico de la resolución judicial (*ratio decidendi*).

La *ratio decidendi* es el razonamiento normativo aplicado al caso concreto por el cual el juzgador fundamenta su resolución al caso que resuelve. La *ratio decidendi*, es el único elemento de la decisión judicial que cobra autoridad en un precedente, puesto que es el principio normativo subyacente a la controversia resuelta, es decir, la razón en la cual se basa la decisión judicial del caso. Por lo tanto la *ratio decidendi* es la norma obligatoria para casos posteriores, planteados ante la corte del mismo rango o jerarquía inferior, puesto que cobra fuerza vinculante. El fundamento de la decisión será aquella regla normativa expresa o implícitamente abordada por el juez como una instancia para arribar a su conclusión, la cual se adopta en la línea de razonamiento del juzgador.

La *ratio decidendi* generalmente no es enunciada de manera explícita en el razonamiento judicial; la técnica para abstraerla implica precisión, porque la identificación del pronunciamiento normativo subyacente al caso, es que el mismo puede encontrarse en medio de los enunciados que forman parte del *obiter dictum*. (Medina, s.f: 1087-1088).

3. *Obiter dictum*

El *obiter dictum* (*obiter dicta*, en plural), literalmente significa “*dicho sea de paso, o a propósito de*”, se compone del análisis, razonamientos y principios invocados por el juzgador en un caso concreto, pero, que no constituyen el principio normativo sobre el cual se basa su decisión, y por tanto no representa la parte obligatoria del precedente, ni vinculante para los casos posteriores. Sin embargo, los *obiter dicta* poseen una fuerza persuasiva para controversias futuras a resolver por las cortes. La razón por la cual elemento no es fundamental y menos vinculante en casos posteriores se basa, en que



estos razonamientos son irrelevantes para el pronunciamiento normativo y por tanto para fundamentar la resolución del caso. Son razonamientos hipotéticos al caso concreto a resolver si así lo cree juzgador. (Medina, s.f: 957).

A la hora de argumentar la resoluciones, los magistrados utilizan principios y valores que se encuentran muchas veces en el preámbulo de la propia Constitución o en los códigos, porque se tiene la idea de que argumentando sobre la base de un aforismo latino se obtiene una regla a veces incompatible con otra regla prevista en ley establecida y la aplica en detrimento de esta. Este proceder se festeja a veces como expresión de la llamada justicia material y ha sido muchas veces por frases en las que se oculta una intención política o reflexiones de orden teológico o que acuden a menudo a máximas ciceronianas. (Jueces criptopolíticos). Derivaciones o reflexiones en principios y valores de este jaez, inferidos presuntamente como Derecho implícito constituyen *obiter dictum* opuesta muchas veces al Derecho establecido por el legislador.

4. Influencia del *Common Law* en el Derecho continental

Tradicionalmente estos dos sistemas, para resolver los conflictos legales que se presentan en la sociedad, contraponían sus métodos de solución. En el *Civil Law* se parte de normas generales a normas individualizadas, (método deductivo o jerárquico-normativo), mientras que en el *Common Law* el método gira en torno a similitud de casos individuales, a partir de los cuales se elabora el principio general (método inductivo).

Es de suyo obligado marcar la diferencia entre ambos sistemas, pues en tanto en el Derecho francés como en los demás Derecho de la familia romano-germánica, las normas jurídicas siempre se han buscado en cuerpo de normas preestablecido : *Corpus iuris civilis*, en otros tiempos, hoy códigos. Normalmente en nuestros países el Derecho es escrito, y tradicionalmente la jurisprudencia ha desempeñado un papel secundario: *non exemplis sed legibus judicatum est*, afirma el Código de Justiniano. La situación es muy diferente en Inglaterra, jamás se ha reconocido en ese país la autoridad del Derecho



romano. *El Common Law* ha sido creado por los tribunales reales de Westminster y es un Derecho jurisprudencial. En Inglaterra el papel de la jurisprudencia no ha sido solo en aplicar las normas jurídicas sino en descubrirlas. Puede afirmarse que fuera de la jurisprudencia no existe Derecho Inglés. (David, 1968: 291-292).

Sin embargo, en el *Common Law*, a causa de la pérdida de seguridad en el carácter imparcial y transparente de los entes jurisdiccionales y los nuevos fenómenos de la provisionalidad de la ley se unen a la convicción, comúnmente compartida, de la inexistencia de un razonamiento deductivo en la aplicación del Derecho.

Frente a la contraposición entre Derecho judicial y Derecho legislado como fuentes de Derecho peculiares de cada uno de los sistemas jurídicos, hoy en día conviven en los dos sistemas ambas fuentes de Derecho. Aunque no puede negarse la existencia de diferencias entre ambos sistemas jurídicos, creemos que estas tienen un carácter mucho más atenuado de lo que fueron en su origen y de las que actualmente siguen considerándose rasgos definidores de ambos sistemas.

Como hemos señalado anteriormente, en nuestro sistema legal la doctrina de las Cortes superiores, en las condiciones señaladas por sus correspondientes disposiciones normativas, tienen el valor de precedente obligatorio y, por tanto constituye fuente de Derecho de manera similar a lo que sucede en el *Common Law*.

Los esquemas de argumentación o razonamientos jurídicos mediante los cuales los juzgadores motivan o justifican sus interpretaciones responden en la dogmática contemporánea a la doctrina del “*stare decisis*”, la que significa que el tribunal debe seguir los precedentes, o sea que los casos similares futuros deben ser decididos de la misma manera a como lo han sido los casos precedentes. (Cuadrado, 2005: s/p).

De ahí, que precedente judicial tendrá que ser cualquier resolución o actuación judicial, ubicada cronológicamente en un punto anterior en el tiempo (precedente) a aquél que se tome como referente.

Pero a los efectos de este estudio, partiremos de un concepto más restringido de precedente judicial, concibiendo como tal no la resolución judicial antecedente íntegra,



sino, sólo la parte de esa resolución en su núcleo normativo, es decir, en su fundamento decisivo, fundamento normativo este al que, la dogmática contemporánea llama *ratio decidendi*.

La derivación consiste en que, desde la fuente normativa estimada aplicable, es decir, de la norma jurídica general cuya consecuencia jurídica va a ser aplicada al caso, el juez infiere, deriva, motiva, por medio de su interpretación la construcción del significado de la fuente normativa. Es el conjunto de motivos que decidieron al juzgador a dictar la sentencia como lo hizo y a su vez, resuelve la pretensión deducida.

5. Características distintivas de la *ratio decidendi*

La *ratio decidendi* o norma jurídica fundamentadora del fallo, es perfectamente identificable en sus contornos de otros elementos explícitos o implícitamente contenidos en la sentencia, así tenemos que:

a) Se diferencia de la fuente del Derecho aplicada, puesto que la *ratio decidendi* no es dicha fuente, sino una norma jurídica derivada de la interpretación y, en su caso, de la construcción, de la fuente preexistente.

Kelsen, aun cuando se cuenta entre quienes objetan la doctrina de las fuentes, precisa la derivación normativa, diciendo: “La sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en ese sentido, declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto”. (1993: 247).

Prieto Sanchís, citado por Orozco describe con mayor precisión la determinación que señala Kelsen, al sostener que, dentro de este contexto: “...la norma aplicable al caso es el resultado y no el presupuesto de la interpretación, lo que equivale a decir que no es



proporcionada por el Derecho legal, sino producida a partir del mismo; es decir, producida por el juez”. (1993:29).

b) Pero la *ratio decidendi* o norma fundamentadora del fallo, además de distinguirse del texto normativo o fuente normativa formalmente válida elegida, ha de diferenciarse de los *obiter dictum o dicta o gratis dictum*.

c) La *ratio decidendi* no es la norma individualizada que contiene el fallo y por la que se estima la pretensión hecha valer. Aquella es la norma fundante de esta, aunque en algunas sentencias como las interpretativas se transcriba la *ratio* en el por tanto.

d) Por último, esta creación judicial, es el fundamento normativo de la decisión, no de su fundamento fáctico. Aunque para la resolución del caso, no podemos perder de vista, que dada su conformidad casuística, para resolver el caso concreto son determinantes para la interpretación de la fuente de donde se deriva la *ratio decidendi*.

English, citado por Larenz, concibe esta inferencia, como la aprehensión del sentido que permite alcanzar la comprensión-interpretación prescriptiva en la labor judicial, como un “ir y venir de la mirada” (entre el supuesto de hecho de la norma y el hecho real). Este proceso de comprender no se transcurre, por tanto en *una* dirección “linealmente”, como demostración matemática o una cadena lógica de conclusiones, sino en pasos alternos, que tienen por meta un recíproco esclarecimiento del uno mediante el otro (y por este medio una aproximación a la meta de amplia garantía). (1994:195-196).

6. La creación de normas jurídicas a partir de la interpretación de las fuentes del Derecho preexistentes

La gran diferencia entre las normas generales creadas por el legislador y las normas generales creadas por los jueces radica en que las primeras son vistas fundamentalmente como un producto de la voluntad de ciertos sujetos, mientras que las segundas son percibidas básicamente como un producto de la razón, de la elaboración racional del propio Derecho. A partir de ahí, es claro que una teoría de las fuentes del



Derecho no puede eludir el problema del llamado “Derecho implícito”. Si entendemos por Derecho explícito el que es producto de los actos normativos realizados por el Congreso o Asamblea, el Derecho implícito será, el resultado de la elaboración racional del Derecho explícito o, lo que es lo mismo, un producto del método jurídico.

Para comprender más fácilmente la técnica jurídica para la aplicación de la doctrina legal, como Derecho implícito o pauta normativa para resolver el caso en el que va a ser aplicado el precedente vinculante, veamos su requisito objetivo:

La equiparación en lo esencial, entre el caso resuelto por el precedente y el caso actual, está condicionada a que exista una doble equiparación (fáctica y normativa) entre el caso por el precedente y el caso actual en el que dicho precedente vinculante pretende ser invocado.

La técnica jurídica entiende que cuando de dos elementos concretos se predica su identidad o equivalencia, tal equivalencia sólo se produce en relación a un valor o medida común a ambos y debe ser por ende, reconducida a un determinado género o componente común, lo que implica que para apreciar dicha similitud entre dos supuestos concretos, se está apelando, consciente o inconscientemente, expresa o implícitamente, a un supuesto genérico, (cuya determinación de la regla de relevancia ha de ser inducida por el segundo tribunal) en el que deberán subsumirse los dos casos concretos comparados, para poder predicar de los mismos una relación de semejanza, siendo además, de necesidad de ser sometidos a una misma *ratio decidendi*, o sea a la misma norma que los aglutina.

El procedimiento a seguir para dicha inducción y posterior subsunción del caso actual pasa por las siguientes fases:

a) El supuesto de hecho concreto enjuiciado en la sentencia anterior sirve para cerner o hallar la *ratio decidendi* de la misma, esto es, sirve para determinar qué fundamentos normativos sirven de base para el hecho enjuiciado y han servido al fallo.

b) Depurada así la fundamentación normativa del fallo, el presupuesto de hecho de dicha *ratio decidendi* debe ser generalizado por vía inductiva, estableciendo un hecho-tipo abstracto, conformado por los elementos esenciales del caso concreto enjuiciado en el



precedente; generalización ésta a veces establecida en la propia sentencia-precedente y otras acometida por el juez que pretende aplicar el precedente por la vía inductiva de la presupuesto de hecho.

c) Discernida la generalización del supuesto de hecho de la *ratio decidendi*, la aplicación de ésta, como la de cualquier otra norma, a una situación de hecho concreta posterior requiere la subsunción de tal situación concreta (caso actual) en el supuesto de hecho abstracto inducido del caso resuelto por el precedente (caso anterior), subsunción que conllevará, obviamente, cuando así se opere, que concurra la necesaria semejanza entre el caso concreto resuelto por el precedente y el caso actual, al tener que ser ambos especies del mismo supuesto de hecho-tipo o abstracto previamente inducido. (Orozco, 2011: 214-218).

En el difícil arte de dictar una sentencia es imprescindible precisar en el lenguaje del juzgador el significado del fundamento normativo de la decisión. Es esta razón normativa lo que el Orden jurídico exige de los jueces, cuando en la Ley del Organismo Judicial, se ordena: art. 149, **Casación**. [.....] *juntamente con el análisis del tribunal relativo a las leyes o doctrinas legales que estimó aplicables al caso y sobre tal fundamentación, la resolución que en la ley y en doctrina proceda.*" (El subrayado es mío). Y, este análisis lingüístico-normativo reiterado, en el número de sentencias en casos idénticos dictadas por el tribunal de casación, es lo que responde al *quid* que el sustentante sostiene en este trabajo de tesis con el nombre de jurisprudencia o precedente vinculante como fuente formal prospectiva de Derecho.

De esa cuenta, cuando sostenemos que la norma jurídica o *ratio decidendi* constituye una creación o producto jurisdiccional, debemos partir de dos premisas esenciales:

1º. Que la mera transcripción del artículo o fuente de Derecho preexistente en el Código o doctrina legal, no constituye la fundamentación de una resolución. Ese no es el producto o resultado de una elaboración interpretativa o constructiva de dicha fuente por el magistrado y que también constituye una esencial obligación para las sentencias dictadas en primera y segunda instancias.



La ley preexistente o fuente de Derecho elegida no es intérprete de sí misma (*su ipsius interpres*). Precisa ser interpretada por el juzgador. Labor personalísima, indelegable (art. 113 de la Ley del Organismo Judicial) en auxiliares, secretarios o el mal llamado letrado en la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, quien en lugar de formular un apuntamiento de los antecedentes, termina formulando la ponencia; ello, entraña delegación jurisdiccional porque nunca podrá pensar por el jurista a quien el Estado a investido del poder de administrar justicia conforme a la Ley.

Se niega la ciencia jurídica, cuando además de esta perniciosa práctica, se adiciona otra: cuando el magistrado, ha de contentarse con tomar al pie de la letra las resoluciones de los tribunales superiores simplemente como tesis dadas y en trasunto de un orden externo cualquiera (Gacetas), sin necesitar para ello métodos interpretativos, lo copia en sustento jurídico normativo de su sentencia. (Larenz, 1994: 194).

He venido apuntando la erosión que produce al sistema legal, el espinoso fenómeno de lenidad, incapacidad e inexperiencia reflejado en las sentencias por computadora, admitido de manera imperturbable, en este paréntesis histórico en gran parte de la magistratura de nuestro suelo, y, puesta hoy en el tapete del debate de la reforma constitucional, por el sistema jurídico de Naciones Unidas. Esta forma de cumplir con el trabajo dista mucho de juzgar los conflictos de la comunidad jurídica.

2º Que el pilar fundamental sobre el que se sostiene el poder creativo del juez al formular el análisis normativo, es decir, para concebir la norma jurídica o *ratio decidendi* que garantiza aplicación de la ley en la solución del caso. Lo constituye la derivación, quinta esencia del discernimiento indelegable formulado por quien tiene la capacidad para juzgar, ante la potencial existencia simultánea, de dos o más fuentes o alternativas normativas, todas ellas jurídicamente razonables, o como les llama Serna, “pluralidad de normas disponibles, en condiciones de ser aplicadas”, correspondiéndole entonces [al juez], utilizar su poder discrecional de elección, de entre dichas alternativas, la que considere más conveniente para inferir por sí mismo la *ratio decidendi* de su sentencia, conformando tal elección un acto voluntario del órgano jurisdiccional y como tal, de naturaleza creativa. (2006:111).



Siendo la interpretación un proceso *sine quanon*, immanente de la aplicación normativa, en la medida que el juez elija un texto normativo o un precedente jurisprudencial, integrado por palabras, su aplicación requerirá de manera inseparable, siempre, de una interpretación o determinación de su significado o sentido: Si la interpretación es efectivamente, una decisión, esta decisión tiene por objeto la producción de normas pertenecientes al nivel del enunciado interpretado.

Con frecuencia se suele conferir un sentido que no tiene la parte del primer párrafo del art. 10 de la Ley del Organismo judicial, que a su letra dice: “Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.” La confusión radica en que sin parar mientes, se identifica con el sentido que sólo en los casos en que los textos se tornan oscuros, ambiguos o dudosos, pero no en los textos claros (*in claris non fit interpretatio*). Nada más erróneo. La claridad de un texto no obedece a criterios objetivos, immanentes al propio texto, que nos permita calificarlo de manera inopinada de claro o fácil, tal por estar integrado por vocablos inequívocos o respondan a un sentido vulgar u ordinario. Por el contrario, la significación jurídica radica en el criterio intelectual del juez, que en armonía con su experiencia se ha considerado como caso claro, porque existe un acuerdo general sobre la única norma derivable del ordenamiento jurídico para resolver el caso. Puede no haber selección, elección o integración de alternativas de interpretación, pero nunca faltar esta. Debemos enfatizar entonces que, para evitar este equivoco, no solo en los casos complejos, se inquiere sobre el sentido de las normas, habida cuenta, que un juez estará siempre facultado para, en su caso, conferirle un sentido distinto. (Villegas, 2016: 111).

7. El poder creativo originario y poder creativo derivado

Explicado el procedimiento para concebir a la jurisprudencia como fuente del Derecho en los sistemas procedentes del Derecho continental, estamos en condiciones de distinguir ésta, de las normas así conformadas por el sistema anglosajón.



El poder creativo originario del Derecho anglosajón, es aquel poder creador de normas jurídicas válidas y vinculantes, otorgado por el ordenamiento jurídico al juez, quien por sí mismo, no derivado de fuentes de Derecho preexistentes, dicta disposiciones que deben cumplir los tribunales, los órganos administrativos y finalmente los individuos.

La norma jurídica aplicada en la sentencia no dimana, en tal caso, de ninguna fuente preexistente, se basa en el razonamiento del juzgador, quien decide la mejor solución, sin atenerse obligatoriamente a una regla del legislador y vinculante a aplicar y operando conforme razonamientos morales y empíricos asentados en un sólido conocimiento jurídico, basta experiencia y acrisolada moral.

Al punto traemos a colación, las reflexiones sobre la justicia inglesa, (*Common Law*) del maestro Eduardo J. Couture, al acotar: “Rara fortuna ésta de los ingleses, de poseer la mejor justicia del mundo. Y mucho más rara todavía, la de constituir un pueblo que tiene conciencia de poseerla.” Agregaba, “Pero además de esta especie de inmunidad política, el elegir juez entre los abogados de mayor experiencia y éxito profesional constituye todo un hallazgo.” (1948: 145).

La potestad normativa creadora del juez inglés faculta al órgano jurisdiccional para construir la *ratio decidendi* de forma originaria, surgiendo así un Derecho nuevo, de origen netamente judicial, con la resolución de cada nuevo caso, siendo ese Derecho descriptivo meramente, *natural model of Common-Law Reasoning* o *Case-Law decisional Law* o *Derecho casuístico*, (lo razonable en vista de los hechos de un caso particular).

Este poder creativo de los jueces, es la fuente del Derecho en los sistemas jurídicos anglo-americanos carentes de legislación escrita, que conforman la familia del Derecho llamado *Common Law*, siendo su característica fundamental, que para la resolución del caso no tienen ni costumbre, ni precedente vinculante para los casos no previstos, o que aun estando previstos en resoluciones judiciales anteriores vinculantes, el órgano judicial decide apartarse de la regla del *stare decisis*, bien mediante el rechazo del precedente, (*overruling*), bien mediante la distinción entre el supuesto enjuiciado por el precedente y el supuesto actual (*distinguishing*). (Orozco, 2011: 65, 145,149).



8. Perspectiva de la creación judicial del Derecho en nuestro sistema legal

Esta teoría refleja la realidad práctica del Derecho. A pesar que esa realidad se contradiga, porque se sigue creyendo en la univocidad de la norma y del silogismo como regla de su demostración, que garantiza la eliminación de todo contraste o controversia acerca de su interpretación, pues se sigue hablando de “un sentido propio” de las palabras de la Ley, o se distingue entre una interpretación literal y declarativa y una interpretación crítica o correctiva, según se ajuste o se aparte del sentido literal o del significado que se supone querido por el legislador, lo que parece presuponer que existe un significado preconstituido del texto normativo anterior a la propia interpretación. La concepción declarativa de la teoría tradicional, se mantiene y fructifica todavía, gracias a los vicios señalados antes, la vieja práctica de delegar la jurisdicción en personal auxiliar y en la era moderna bajo el amparo del poderoso auxiliar de la computadora, con la garantía del criterio ajeno y con más razón si proviene del juez tribunal constitucional.

No obstante que el orden legal de Guatemala ha establecido la doctrina legal vinculante desde hace ya largo tiempo, no existe entre nosotros una disciplina clara, articulada y fuerte del precedente judicial como disposición jurídica obligatoria, por cuanto su constante práctica ha pertenecido más a la esfera de las preferencias que a las necesidades conceptuales. Pienso que si un juez se encuentra frente a un caso en el que no parece estar presente solución normativa explícita alguna, apela a la práctica profesional tradicional, de fundamentar por la autoridad del magistrado de un alto tribunal en un conflicto parecido, antes que crear una interpretación implícita en la fuente elegida y adecuada a los hechos y la pretensión deducida.

9. La prevaricación, el error judicial y la irracionalidad constitucionalmente relevante como límites

El sistema jurídico no es ajeno y por el contrario es un celoso vigilante mediante de figuras legales tajantes, en las desviaciones sobre la creación judicial del Derecho, especialmente al operar selectivamente en el ámbito de las distintas posibilidades



interpretativas abstractamente posibles. El texto marca el límite extremo de admisibilidad de variantes de significado posibles dentro de la práctica del derecho que castiga la actuación manifiestamente arbitraria o, incluso delictiva del juzgador.

Dentro de los tipos penales sobre una conducta punible del juzgador, tenemos el delito de prevaricación judicial, que se concretiza en la decisión injusta, es decir, aquella que se aparta de toda opción jurídicamente defendible, careciendo de interpretación razonable. Es tal su irracionalidad que rebasa los postulados del Estado de Derecho. (Art. 462 del Código Penal).

Otra de las figuras sancionadoras de los desaciertos, en cuanto a la vigilia de la delimitación del perímetro de las alternativas correctas de selección, elección y justificación de la norma fundadora de las decisiones, tenemos el error judicial. Sobre todo por lenidad patente, en el uso grosero en la copia parcial o total de resoluciones sin imponerse de los autos y que de manera inopinada, esgrimiendo la excusa del exceso de trabajo, se acude al uso abusivo de la enmienda de procedimiento (Artículo 67 de la Ley del Organismo Judicial), incluso más allá de la cosa juzgada por la evidente inejecutabilidad de sus fallos. Resoluciones tales que se funden en normas derogadas, inexistentes o conteniendo contradicciones evidentes con los autos, v.gr. fallos donde se ordene medidas urgentes o desalojos contra personas ajenas al juicio, asientos registrales erráticos, etc. El segundo párrafo del art. 68 de esta misma Ley, prescribe: “Los jueces están obligados a leer y estudiar las actuaciones por sí mismos y son responsables de los daños que causen por omisión, ignorancia o negligencia”. Esta disposición en sintonía con el artículo 9 de la Ley de probidad y responsabilidades de funcionarios y empleados públicos, que corrige no el desacierto del error judicial, sino la desidia, la falta de interés jurídico, factores que proyectan el desorden, originador del deber a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador.

Dentro del perímetro de alternativas jurídicamente admisibles, el error judicial se manifiesta además, en la motivación de las resoluciones, denominado por la doctrina irrazonabilidad constitucionalmente relevante, lo que conduce a la vulneración de la tutela judicial efectiva contenida en los artículos 12 y 29 de la Constitución de la República y se



manifiesta en aquella argumentación que no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma, por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresión de un proceso deductivo irracional o absurdo.

Frente a estos vicios que el mismo sistema judicial corrige, se incurre con mayor incidencia, cuando la elección a cargos judiciales los ocupan abogados que carecen o no muestran una evidente facilidad para el estudio de los expedientes o grabaciones informáticas, menos una experimentada virtud de sentenciadores en el ramo al que sirven, ello hace que la crisis en la creación judicial se vea, como un ataque a los principios universales de certeza, seguridad, igualdad y tutela judicial efectiva.

10. La doctrina legal sentada por la corte suprema de justicia

La jurisprudencia es una potestad de producción de criterios de interpretación de normas jurídicas, que tiene por objeto fijar el sentido y alcance de la norma jurídica preexistente, llevada a cabo por la Corte Suprema de Justicia.

Bajo esta concepción, el determinado sentido de la norma jurídica así fijado y su aplicación no es sino el mismo de la ley vigente en la época de la realización de los hechos, que motivaron la contienda de la que dimana la pretensión reclamada en juicio. El tercer y cuarto párrafos del artículo 627 del Código Procesal Civil y Mercantil, estipulan en su orden: “Si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse, por lo menos, cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares, y no interrumpido por otro en contrario.” “El tribunal no tendrá en cuenta otras leyes y doctrinas legales que las dictadas al interponerse el recurso o antes de señalar día y para la vista del asunto.”

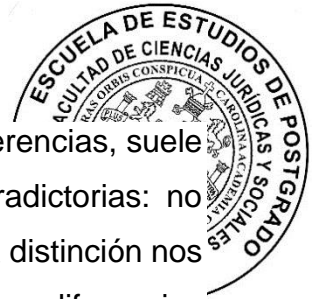
El órgano decisor se halla en un estado de absoluta libertad, aun cuando la cuestión debatida sea substancialmente análoga a otra resuelta con anterioridad al caso *sub examine*. Ocasionalmente, no necesita ni siquiera preocuparse por qué piensa de manera distinta que el tribunal o la integración del tribunal que lo precedió.



11. Identidad frente a similitud

No es dable pensar, hemos dicho, en la concurrencia de dos casos judiciales idénticos o iguales, excepción hecha de los supuestos que conforman los institutos de la cosa juzgada y la litispendencia. En consecuencia, siempre existirá alguna diferencia entre el caso resuelto con anterioridad y el que se examina. Estas diferencias pueden encontrarse: en las partes que afirman, niegan o se allanan a los hechos objeto de la pretensión, en el lugar, tiempo, modo o circunstancias en que tales hechos ocurrieron, los argumentos o teorías en que se fundan y en otros tantos factores que integran el asunto objeto de la tramitación del juicio. Pero tampoco los jueces o litigantes en el evento de la cita de un precedente aspiran a que los hechos objeto de la causa sean iguales, sino que sean semejantes, análogos o relativamente iguales.

En la mayoría de casos a resolver no se toman en cuenta las diferencias y sí los elementos relevantes de ciertos hechos comunes; el sentido concordante, en armonía con el viejo principio de igual trato para los casos iguales o semejantes. “En este mismo sentido, esta Corte [Corte de Constitucionalidad de Guatemala] ha sostenido que: “...debe tenerse en cuenta que la igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, si no se explica en el plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, ya que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica. Desde esa perspectiva, la igualdad se expresa por dos aspectos: Uno, porque tiene expresión constitucional; y otro, porque es un principio general del Derecho. Frecuentemente ha expresado esta Corte que el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad...” (Opinión Consultiva emitida el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en el expediente número cuatrocientos ochenta y dos - noventa y ocho).



Determinar en los casos concretos a resolver, las similitudes y diferencias, suele ser una tarea compleja, amenazada siempre por dos tendencias contradictorias: no advertir desigualdades cruciales o destacar distinciones irrelevantes. Esta distinción nos conduce a otra inferencia no menos compleja, decidir si dichas similitudes o diferencias son relevantes y justifican aplicar, al caso bajo examen, la misma solución que la del antecedente u otra distinta. No reparar en esta tarea, nos conducirá irremediablemente a un error de discriminación en la decisión del asunto. (Garay, 1997: 59).

Respecto a la interpretación de la garantía de igualdad, esta Corte [Corte de Constitucionalidad de Guatemala] ha sustentado en casos anteriores el criterio siguiente: "...el principio de igualdad, plasmado en el artículo 4º de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias. Esta Corte ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge...". (Gaceta N° 24, sentencia de dieciséis de junio de mil novecientos noventa y dos emitida en el expediente ciento cuarenta y uno - noventa y dos).

El criterio antes referido, fue tomado como base por la Corte para desestimar peticiones de amparo promovidas por jueces de paz no graduados de abogados, quienes denunciaban violación al principio de igualdad por el hecho de no equipararse su salario con el asignado a los jueces de paz que sí tienen el título profesional de abogado, lo que constituye una situación muy similar a la que caracteriza el presente caso, en el que precisamente ostentar un grado académico es la causa que provoca la mejoría salarial para las trabajadoras sociales con grado académico de Licenciadas en trabajo social que prestan sus servicios en el Organismo Judicial, y que ahora es reclamado por los trabajadores sociales que no han alcanzado dicho grado académico.



[...] “Practicado el análisis del caso concreto, esta Corte advierte que, efectivamente, las funciones de las trabajadoras sociales con grado académico de Licenciadas en Trabajo Social y las de quienes no tienen, son las mismas; sin embargo, la calidad y los méritos alcanzados por quienes ostentan el grado académico de Licenciatura en trabajo social es distinta de quienes aún no han obtenido tal nivel académico, cuestión que ubica a los trabajadores sociales en situaciones diferentes que merecen ser tratadas desigualmente conforme sus diferencias, puesto que resultaría no equitativo y desestimulante para quienes se han preocupado y esforzado por profesionalizarse no verse compensados por un mejor salario. Las trabajadoras sociales, en el desempeño de las labores que están llamadas a cumplir, prestan un servicio especializado que, como tal, ha de provocar a quienes lo llevan a cabo a alcanzar la superación académica, luego de lo cual pueden optar a que se les equipare el sueldo de conformidad con la normativa aplicable.” (Amparo en única instancia. Expediente 3399-2007. Guatemala, veinte de mayo de dos mil ocho).

12. Advertencias para tratar del mismo modo casos diferentes

En la realidad efectiva de la *praxis*, o sea en el momento de la interpretación y de la aplicación del Derecho, cuando este se fundamenta en precedentes, la tarea se torna fácil, si dentro de la argumentación se advierte:

1. A diferencia de las leyes –que, en general, estatuyen para más de un supuesto específico y para el futuro-, las sentencias resuelven concretamente un caso o controversia, constituido por un grupo de hechos y circunstancias acaecidos en el pasado. Estos hechos o circunstancias, junto con lo pedido por las partes, es lo que define el caso a resolver y delimita la competencia del Tribunal. Este no puede resolver ni más ni menos de lo que los litigantes oportuna y válidamente le solicitaron. En caso contrario, lesionaría el derecho de defensa de alguna de las partes del proceso. Tampoco juzgan sobre cuestiones teóricas o que han devenido abstractas.

2. Cuando el juez elige la norma jurisprudencial como fuente, para de ahí, derivar la significación o interpretación del fundamento de su sentencia, partirá, de la inexistencia



de dos casos iguales o idénticos. De manera que el juez, que elige un precedente como fundamento para la solución de un caso, *debe tener en mente un caso sustancialmente análogo, similar o relativamente igual*. Luego, habiendo sido forjada nuestra formación universitaria, sobre el manejo de leyes (normas jurídicas abstractas), la generalidad en el manejo de estas, nos conduce a interpretar un precedente como si fuera una ley, abstrayéndola de las específicas circunstancias que motivaron el pronunciamiento que nos sirve de precedente –copia fiel del fundamento de un caso-. Así, cuando un juez resuelve un caso, tiene (o debería tener) razonablemente presente ese caso y otros sustancialmente similares, porque la solución que él crea es (o debiera ser) empleada, al menos teóricamente, para resolver ése y todos los casos semejantes a ése que se le presenten en el futuro, dado a que los asuntos semejantes deben ser resueltos bajo los mismos principios. De lo contrario, si el intérprete prescinde de éstos o si los reformula de un modo demasiado genérico, estaría interpretando la sentencia como si fuera una ley, abstrayéndola de los hechos y las específicas circunstancias que motivaron ese primer pronunciamiento. Esto sería un error grave. Pues los jueces deben tener presente que los hechos o circunstancias, junto con lo pedido por las partes constituyen la controversia a resolver en sentencia, situación jurídica de la que no pueden desentenderse. Y si lo hacen se están atribuyendo una competencia de la que carecen.

3. En este sentido, sólo después de que, se han acumulado una serie de casos considerados análogos y que fueron resueltos del mismo modo, podemos arriesgar la elaboración de una regla, un principio o proposición general (o varias) que abarque dentro de una misma categoría o clase a los diversos supuestos de hecho relevantes contenidos en todos ellos. Mas, cuidado, aun cuando hayamos llegado a este, la cautela siempre será buena compañera. Este principio, regla o proposición general estará en continua formación –estará vivo-, extendiéndose y restringiéndose. Su vitalidad necesitará ser probada nuevamente. En nuestro nuevo caso o en el de otro.

4. Principios o pautas generales abstraídos de una sentencia como fundamento expreso creado en esas decisiones, y que muchas veces abarcan supuestos genéricos o extensos en demasía, resultan ser inadecuados o inconvenientes para el caso a resolver y que tenemos a la vista. Este es un padecimiento común, frente al cual debemos

estar siempre prevenidos, porque con mucha facilidad se mide con el mismo rasero los casos a los que debe darse diferente tratamiento, dando como consecuencia segura sentencias arbitrarias. (Garay, 1997: 64-66).



13. Regla general y *obiter dicta*

El juez o tribunal para decidir el conflicto legal cuya tramitación ha terminado, debe analizar la demanda y su contestación, concentrarse en lo que las partes han pedido; valorar la prueba rendida, resolver los incidentes que hayan sido postergados para resolver en sentencia y en general pronunciarse sobre las cuestiones de hecho y derecho objeto de la controversia. Si se trata de un tribunal de apelación, deben agregar a su lectura los diversos recursos deducidos. Para arribar a la decisión en sí misma (la parte resolutive), no sólo deben relatar los hechos y el derecho alegado sino también expresar los fundamentos (probanzas) por los cuales se inclinan. La parte resolutive de una sentencia suele contener la norma individualizada en congruencia con la pretensión. V.gr., la condena al cumplimiento de la obligación por parte del demandado -dar, hacer o no hacer-, la inscripción en algún registro, costas, etc., o a *sensu contrario*, la absolución del demandado o el rechazo de la demanda.

No es difícil en nuestro medio forense, retrotraer por infracción sustancial del procedimiento un juicio desde la casación hasta la resolución de admisibilidad de la demanda o al momento que el juez no debió rebasar. Agravios que tampoco son raros, han sido reparados hasta por la vía del amparo, tras muchos años de litigio.

Queda entendido entonces, que las declaraciones que puedan contenerse en los considerandos de la resolución no constituyen en sí un fundamento normativo de la sentencia y sólo importan para establecer los antecedentes o razones que se han tenido a la vista para motivar el pronunciamiento, por lo que no puede interponerse contra ellas ningún recurso, dado a que es la parte dispositiva de la sentencia la que conforma por sí misma el fallo y recurrir contra los considerandos o motivos del pronunciamiento deviene



improspere, dado a que estos no pueden causar legalmente ningún agravio. Conviene dejar sentado eso sí, que la sentencia viene a constituir un todo indivisible en cuanto a la recíproca integración de su parte dispositiva con los fundamentos que la sustentan.

Pero, ¿cuál es el objeto de esta relación procesal consabida por los juristas, dentro del tema objeto de este trabajo? Pues, tener presente, que en las sentencias se sostienen argumentaciones que son directamente aplicables a los hechos del caso o al derecho que los rige y en otros casos sólo guardan una relación directa y/o remota, ya con los hechos ya con el derecho. En tales supuestos –que son comunes- es necesario precisar cuáles eran los hechos relevantes del caso y, por el otro, qué se resolvió y porqué. Para tal efecto es indispensable acudir a lo que el tribunal dijo en el fallo, a sus palabras.

Solamente con esta investigación podremos abstraer que una cosa es citar lo que se resolvió en un precedente y otra distinta es citar lo que se dijo en él. Esta concepción tiene su particular proyección en la cita de precedentes, cuando se advierte que la situación de hecho que sirve de marco al precedente no es análoga ni se asimila en sus circunstancias relevantes, a la del caso a resolver. (Garay, 1997: 66-71).

14. La tarea de distinguir el caso a resolver del precedente que se invoca

Para el manejo de los precedentes la doctrina nos informa, que fundamentalmente existen dos formas de hacerlo:

1ª. *Forma de proceder en caso diferente.* Esta forma versa esencialmente sobre los hechos. Lo que se busca es resaltar ciertos hechos del precedente que, comparados con el caso sometido a decisión, se estiman (o deben estimarse) substancialmente diferentes. Ello nos proporcionará el soporte para que, dado que los casos no son esencialmente análogos, lo decidido en el precedente se aplique, en principio a casos semejantes a este y sólo a ellos. A partir de aquí, si el tribunal desea aplicar un principio jurisprudencial



distinto deberá justificarlo, pero estará en mayor libertad que si el caso hubiera sido juzgado análogo al anterior.

2. *Forma de proceder cerniendo la ratio decidendi* de los *obiter dicta*. La otra forma de distinguir el precedente del presente supuesto, es aislar el principio o la regla jurisprudencial explicable de otras expresiones que son consideradas *obiter* y, por lo tanto innecesarias a la luz del *thema decidendi*. Para la obtención de la regla o principio jurisprudencial, resulta de vital importancia, establecer en el precedente, situaciones jurídicas, tales como:

a. La fragmentación del voto, o voto razonado, porque no existe la unidad de fundamentos y por eso el valor de la sentencia como precedente queda muy debilitado. Resulta difícil extraer un principio jurisprudencial que abarque la sustancia de dos pronunciamientos en la consideración de una sentencia, se corre el riesgo de incurrir en generalizaciones, simplificaciones excesivas o una regla demasiado incierta o vaga.

b. Lo deducido en el voto razonado, generalmente difiere en un aspecto interpretativo trascendente en la relevancia de los hechos del precedente.

3. *Del precedente debe surgir el principio jurisprudencial aplicable*, en forma precisa y clara, diseñado en sus límites externos, y sobretodo su congruencia con los hechos relevantes del precedente, habida cuenta que habrán de ser de nuestra utilidad como apoyo normativo en la confrontación de alternativas legales que fundamentarán la sentencia. (Garay, 1997: 76-78).

15. Efectos del abandono del precedente

Para que un sistema jurídico encamine su interpretación a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes, bajo la misión de enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias definitivas de los tribunales de apelación al ser dictadas contra la ley, o con infracción de las formas y trámites más esenciales del juicio, la Corte Suprema de Justicia debe, de modo habitual, tener en cuenta sus propios precedentes,



denominados en nuestro Derecho positivo, doctrina legal o jurisprudencia complementaria. Ha de apoyarse en ellos para justificar sus sentencias y distinguir o asimilar las situaciones de hecho contenidas en sus fallos y, con asiduidad, deslindar lo resuelto en el o los antecedentes de otras expresiones generales o argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial (*obiter dicta*).

La Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en la presentación de los criterios jurisprudenciales de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa del año 2013, dijo paladinamente que: “La jurisprudencia, como tal, adquiere un valor similar al de las leyes, sin embargo, en nuestro medio, su aplicación ha permanecido casi inadvertida, por la escasa difusión de la misma”.

Cierto es, que la Corte de Constitucionalidad ha resuelto que la potestad jurisdiccional ordinaria puede ser objeto de revisión por esta Corte, en el evento de violación de derechos fundamentales, pero dicho sea con suavidad y sin ánimo de polemizar, pero no por eso menos convencido, entiendo, que la interpretación “*conforme a la constitución*”, debiera configurarse como un principio con efectos limitados, en atención a la necesidad de respetar el borde entre la función jurisdiccional constitucional y la legislativa-positiva. Una vinculación horizontal, que opere cuando el precedente emanado de la doctrina jurisprudencial constitucional y se aplique dentro del ámbito de la competencia material a que se contrae el contenido del artículo 10 literal h) de la Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad. Esta vinculación por supremacía o exigencia de conducta judicial que prevalece sobre las restantes, por una mala interpretación del artículo 8º de este cuerpo legal, vulnera el artículo 203 de la Constitución, y consecuentemente el sistema legal, cuando la cosa juzgada aún permanece dentro de los linderos de la hermenéutica de la legislación ordinaria.

Este letargo de la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia aunado al abandono constante de la línea jurisprudencial sentada por la Corte de Constitucionalidad, es un fenómeno que afecta enormemente la certeza y seguridad en la aplicación e interpretación de la ley en Guatemala, por la obediencia a cambios sorpresivos y no previsibles de rumbo interpretativo dado a la materia objeto del juzgamiento

constitucional; padecimiento que se origina en variadas causas, cuyo estudio rebasa el objeto de este estudio.



16. La modificación de la jurisprudencia y la seguridad jurídica

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y De Constitucionalidad, en su artículo 43 prescribe: “[...] la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos...”

La Corte Suprema de la República Argentina, al considerar las dificultades que provoca el cambio de los criterios Jurisprudenciales, nos ilustra con esta orientación jurídica: “Empero, no escapa al juicio del Tribunal, que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios asentados, ha de ser presidida con una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario fijar la ‘línea divisoria’ que bosquejaba Benjamín N. Cardozo, para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, de utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia (Cardozo, Benjamín N., *The nature of the judicial process*, Universidad de Yale, 1937, p. 148 y sig.). Tal necesidad entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar (Roubier, Paul, *Les conflits des lois dans le temps*, Recueil Sirey, Paris 1929, 1, pp. 27 y 28). En este sentido se exhiben como puntos de referencia orientadores, las reflexiones formuladas por la Corte Suprema en casos vinculados al tema de estudio. El seguimiento de ellas conduce a afirmar, primeramente, que, no puede soslayarse la situación a la que se verían reducidos los litigantes que apelaron [...] con anterioridad a que se consagre la doctrina...” (Garay, 1997:90).

El cambio de jurisprudencia y su aplicación inmediata, en materia de recursos, interesa principios constitucionales, tales, debido proceso, igualdad ante la ley, indefensión e irretroactividad de la ley, de derechos adquiridos. Ninguno de estos principios se vería vulnerado por el cambio de jurisprudencia, si el cambio de



jurisprudencia produjera efectos hacia el futuro (*efecto prospectivo*). En todo caso, y este es criterio que adopto, aquellos recursos cuya admisibilidad ha sido proveída deben ser conocidos por el tribunal recurrido a tenor de la jurisprudencia superada.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco no existe ninguna ley en sentido estricto, que establezca el momento en que surten efectos los principios y reglas que emanan de los precedentes. En la práctica hemos podido observar que reina un limbo jurídico en cuanto al momento en que se inicia la obligatoriedad del precedente. Idéntica situación prevalece también en el registro de la jurisprudencia modificada.

Con fundamento en el principio de irretroactividad de la ley, que debe nutrir el cambio sorpresivo de jurisprudencia, con el objeto de evitar su impacto perjudicial debe abrirse la posibilidad de fijar su eficacia al momento del nuevo cambio jurisprudencial, acompañado de su publicidad, dado a que no es obligación de los litigantes conocer los fallos que dicta la Corte Suprema. (Garay, 1997: 91-98).

17. La sistematización de la jurisprudencia

Hemos dejado asentado que la doctrina legal o jurisprudencia vinculante constituye una pauta legal obligatoria sobre el órgano jurisdiccional que ha de resolver el caso, obligación ésta cuyo cumplimiento exige que dicho órgano pueda tener conocimiento de dicha jurisprudencia, lo que implica un debido régimen de publicidad de estos precedentes vinculantes.

Uno de los factores determinantes para el surgimiento del sistema *stare decisis* del *Common Law* lo constituye precisamente la instauración del *Law Reports* (Repertorios de jurisprudencia, es decir, el lugar donde se encuentra el *Common Law*) en Gran Bretaña, en la segunda mitad del siglo XIX, publicación que sistematiza las reglas estrictas del vigente ordenamiento normativo que debe aplicar el órgano que resuelve el litigio. (Orozco, 2011: 223).



La regla del precedente vinculante se clasifica en el sistema anglo-sajón, de forma muy sencilla: 1. Las decisiones de la Cámara de los Lores constituyen precedentes obligatorios, a cuya doctrina deben atenerse todas las jurisdicciones; 2) Las decisiones de la Corte de Apelaciones constituyen precedentes vinculantes para todas las jurisdicciones inferiores jerárquicamente a este Tribunal; y 3) Las decisiones del Tribunal Superior de Justicia se imponen sobre las decisiones inferiores y, sin ser estrictamente obligatorias, gozan de un alto valor de persuasión. En todo caso, debe tenerse presente que los únicos precedentes vinculantes son los que emanan de los tribunales superiores, es decir, de la Corte Suprema de Justicia y de la Cámara de los Lores. (David, 1968: 292-293).

El repertorio de jurisprudencia consiste en la más completa y rigurosa compilación oficial de los extractos o fundamentos de las sentencias de casación que sientan doctrina legal vigente clasificada por materia.

La Corte de Constitucionalidad tiene su propio régimen legal para sistematizar su propia jurisprudencia, la que se conforma con el artículo 47 del Acuerdo 1-2013 debe ser seleccionada y ordenada mediante la emisión de autos acordados, tanto por innovación como por apartarse de la jurisprudencia anterior.

Estas formas de compilación de la doctrina legal vigente, permitirá a los jueces, petitionarios, órganos administrativos y otros usuarios, conocer con certeza el fundamento racional y valorativo del significado de las fuentes legales para la aplicación, integración e interpretación en casos iguales o semejantes.

Además constituirá un instrumento eficaz para investigadores de cualquier aspecto jurídico, ya sea por referencia a una tabla de contenidos de artículos específicos del orden legal o remitiendo a un índice por materia.

Este repertorio estará disponible en copia papel, en CD y en internet. Sólo con una compilación así estructurada podrá garantizarse la uniformidad y la transparencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad. A su vez servirá al propósito de generar una mayor difusión y mejor entendimiento del sistema legal tanto en el país como en el resto de la comunidad internacional.

La Corte Suprema de Justicia mediante el Acuerdo número 037/002 creó el Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial –CENADOJ-, el que tiene dentro de sus funciones ordenar la doctrina legal, cuyas pautas deben ser aplicadas en la solución de los casos. Sin embargo, esta Corte ha declarado que sus publicaciones sobre jurisprudencia tan solo se contraen a reunir importantes criterios de decisión de la Cámara Civil, pero las sentencias no se publican *in extensis* con todas sus valoraciones y motivaciones, sino el de la conducción práctica de la atención del lector interesado en temas específicos, a través precisamente, de criterios de clasificación por descriptores o términos. (Publicación de Criterios Jurisprudenciales en Materia Civil y Contencioso-administrativo del año 2015). Dicho de manera más sencilla la Corte Suprema no cuenta con Repertorio de doctrina legal vigente.

Siendo que de conformidad con los artículos 43 y 190 de la Ley de Amparo y 204 de la Constitución, la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales, es obvio que la Corte Suprema de Justicia debe instituir un centro u órgano de jurisprudencia nacional que contendría, además de su propio repertorio el de las sentencias que sientan doctrina legal vigente de la Corte de Constitucionalidad en la forma antes prevista y que por las razones expuestas no lo tiene aún.





Conclusión



La jurisprudencia vinculante o doctrina legal es la interpretación de las normas que ordenan legal, formulada como fundamento de sentencias dictadas por las cortes superiores de la organización judicial, cuya doctrina reiterada en el número legalmente determinado, constituye el sentido normativo obligatorio para casos similares, no interrumpida por otra en contrario.

La doctrina legal, como creación judicial derivada de la ley, es el instrumento de creación normativa judicial más relevante, dada su amplísima operatividad por jueces y magistrados quienes lo toman en consideración para resolver, sin embargo, la exégesis para su aplicación a casos semejantes o iguales no utiliza la técnica que interpretativa para cerner la *ratio decidendi* de la doctrina legal, toda vez que hemos sido forjados, en nuestra formación universitaria, sobre el manejo de leyes (normas jurídicas abstractas), la generalidad en el manejo de estas, nos conduce a interpretar un precedente como si fuera una ley, abstrayéndola de las específicas circunstancias que motivaron el pronunciamiento que nos sirve de precedente -copia fiel del fundamento de un caso-.

Agotado su estudio, compruebo la hipótesis prevista, afirmando que: *La jurisprudencia o doctrina legal* si es una norma jurídica de origen judicial, de naturaleza jurídica derivada del sistema de fuentes oficiales del Derecho, que ocupa un lugar dentro de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico de Guatemala. Como norma jurídica tiene sus propias condiciones de validez y los órganos que pueden crearla, otorgarle vigencia o modificarla, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica y certeza como Derecho aplicable. Toda explicación sobre la creación judicial de normas jurídicas o de la existencia de normas jurídicas de origen judicial, pasa por una completa comprensión de la sentencia como modo normal de terminación del proceso.

Este aserto lo justifico mediante el examen de: la doctrina que nos informa la legislación comparada, el orden legal nuestro, la jurisprudencia constitucional, así como la observación que nos proporciona la experiencia personal, acumulada en el ejercicio de la profesión de abogado, dado a la utilización inusitada por el foro y la judicatura de la doctrina legal constitucional. De donde deduzco la forma por demás antitécnica de su uso

y de la carencia de esta importantísima fuente formal del sistema jurídico guatemalteco por parte del órgano específicamente obligado: La Corte Suprema de Justicia.



Referencias



- Austin, John (s.f.). *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*. Editado para fines universitarios. (s/n).
- Betegón Carrillo, Jerónimo, et al. (1997). *Lecciones de teoría del derecho*. España: Ed. McGraw-Hill.
- Bobbio, Norberto (1997). *El positivismo jurídico Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, trad. Rafael De Asis y Andrea Greppi. 1ª Reimpresión. España: Ed. Debate.
- Cossio, Carlos. (1964). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2ª ed. Argentina: Ed. Abeledo-Perrot.
- Couture, Eduardo J. (1948). *Estudios de derecho procesal. La constitución y el proceso civil, t. I*. Buenos Aires: Ed. Ediar.
- Couture, Eduardo J. (1976) *Fundamentos del derecho procesal*. Reimpresión inalterada. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- David, René (1968). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Trad. de 2ª ed. francesa por Pedro Bravo Gala. Paris, Francia: Ed. Aguilar.
- De La Plaza, Manuel (1944). *La casación civil*. Madrid: Ed. Revista Universitaria de Derecho.
- De La Plaza, Manuel. (1951). *Derecho procesal civil español*. Vol. I. 3ª ed. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.
- De Sousa Santos, Boaventura (2009). *Sociología jurídica crítica*. Madrid: Ed. Trotta.
- García Bauer, Carlos (1957). "Las fuentes del Derecho.", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Época XIII julio-diciembre 1998 No 1.
- García Máynez, Eduardo (1994). *Lógica del Raciocinio Jurídico*. México: Ed. Distribuciones Fontamara.
- García Máynez, Eduardo (1954). *Lógica del juicio jurídico*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica.



- García Máynez, Eduardo (1969). *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. México: Ed. Porrúa.
- Grossi, Paolo (2003). *Metodología jurídica de la modernidad*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta.
- Guasp, Jaime. (1959). “La pretensión procesal”, *Gaceta de los tribunales de trabajo y previsión social de Guatemala* (Doctrina). Vol. II. Época IV. En.1956 - Dic. 1957.
- Guasp, Jaime (1956). *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios de Madrid.
- Guastini, Ricardo (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. 2ª Ed. Madrid: Ed. Trotta.
- Kelsen, Hans (1993). *Teoría pura del derecho*. Trad. Alem. Roberto J. Vernengo. 7ª ed. México: Ed. Porrúa.
- Kelsen, Hans (1995). *Teoría general del derecho y del estado*. Trad. Ing. Eduardo García Maynez. 5ª ed. (Reimpresión). México: Ed. Porrúa.
- Larenz, Karl (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. Alem. y rev. Marcelino Rodríguez Molinero. España: Ed. Ariel Derecho.
- Navarro y Navarro, José María (1943). *Comentarios al código civil español*. T. I. 6ª. Edición. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Orozco Muñoz, Martín (2011). *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra, España: Imp. /Ed. Aranzadi Thomson Reuters.
- Pozzolo, Susanna (Editora), Anna Pintore, et al. (2011). *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*. Lima, Perú: Ed. Palestra Editores.
- Puig Peña, Federico (1966). *Compendio de Derecho Civil Español*, (Parte General). T.I. Barcelona, España: Ediciones Nauta.
- Reyes Morales, Arnoldo (s.f.). Aspectos legales y jurisprudenciales del Recurso de casación civil. *Publicación del Consejo de la Fac. de Derecho de la Universidad Marroquín*. (s/n)
- Saavedra, Modesto (1999). *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*. 7ª ed. México: Distribuciones Fontamara.



- Schiele Manzor, Carolina (2008). *La jurisprudencia como fuente del Derecho. El papel de la jurisprudencia.* (s.n).
- Serna, Pedro (2006). *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas.* México: Ed. Porrúa.
- Spota G., Alberto (1947). *Tratado de Derecho Civil.* T.I. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palma.
- Tamayo y Salmoran, Rolando (1979). *Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica con especial referencia a la interpretación Constitucional.* Revista No. 31 del Colegio de Abogados de La Plata. Buenos Aires, Argentina: Talleres Gráficos Lucania.
- Terol Becerra, Manuel José (2006). *Sobre el poder constituyente: Realidad Diacrónica versus Mito, Derecho constitucional para el siglo xxi. actas del viii congreso iberoamericano de derecho constitucional.* T.I. Navarra, España: Ed. Thomson Aranzadi.
- Turégano Mansilla, Isabel (2010). *Justicia Global: Los límites del constitucionalismo.* Lima, Perú: Ed. Palestra Editores
- Villegas Lara, René Arturo (2016). *Apuntes sobre la teoría de la Constitución.* Guatemala: Ediciones Mayté

Electrónicas

- Aguiló Regla, Josep (s.f.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho.* Vol. 2 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/7.pdf>
- Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús (s.f.). *¿Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia?* <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/34/alvarado.pdf>
- Cap. 3. La Jurisprudencia UNAM.pdf (Protegido)-Adobe Reader: 99 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2792/17.pdf>
- Cuadrado Gamarra, Nuria. (2005) *Diferencias entre los sistemas romano-germánicos (civil law) y de common law y su repercusión en la inteligencia artificial.* <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/comlaw.htm>



- Garay, Alberto F (1997). *El precedente judicial en la Corte Suprema*.
http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica05.pdf.
- Thomas Hobbes, *Leviatán*. (s.f.)
<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf>
- Kelsen, Hans (s.f.). *Teoría pura del Derecho y Teoría egológica*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM Trad. del alemán por Eduardo García Máynez.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/10/pr/pr13.pdf>
- Medina Arellano, María de Jesús (s.f.). 1087-1088 *Diccionario de derecho procesal y constitucional*
[https://www.cjf.gob.mx/resources%2FdiccionarioDPPCC% Edicion](https://www.cjf.gob.mx/resources%2FdiccionarioDPPCC%20Edicion)
- Oteiza, Eduardo (2004). *El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina*.
http://www.academia.edu/13173529/El_problema_de_la_uniformidad_de_la_jurisprudencia_en_Am%C3%A9rica_Latina
- Sachica, Luis Carlos.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/323/2.pdf>
- Stavenhagen, Rodolfo. biblio3.url.edu.gt/IDIES/nuevo_enfo/7.pdf
- Zaccaria, Giuseppe. (2010). *Jurisprudencia como fuente del derecho: una perspectiva hermenéutica*. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n32/n32a5.pdf>