

**UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA INEFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
COMO FUENTE DE DERECHO EN MATERIA CIVIL**

ANAELSEE RAMÍREZ PÉREZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2009

**UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA INEFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
COMO FUENTE DE DERECHO EN MATERIA CIVIL**

Tesis

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad San Carlos de Guatemala

Por

ANAELSEE RAMÍREZ PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Junio de 2009

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Héctor René Marroquín Aceituno
Vocal:	Liliana Irasema Araujo Pérez
Secretario:	Jorge Mario Yupe Cárcamo

Segunda Fase:

Presidente:	Ronaldo Amilcar Sandoval
Vocal:	David Humberto Lemus Pivaral
Secretario:	Rodolfo Giovanni Celis López

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación, trata de darle al lector una idea general de la importancia que tiene la jurisprudencia en la historia y de los aportes que podría producir a la sociedad si se empleara como base en la creación de nuevas leyes, con la finalidad de subsanar lagunas de ley y complementar las leyes existentes.

Las razones de la falta de eficacia de la jurisprudencia como fuente de derecho permiten determinar lo necesario para la creación de doctrina legal y las medidas necesarias a adoptar para su implementación hacia casos concretos.

Tratando de explicar las razones de la ineficacia de la jurisprudencia, capítulo uno nos refiere la definición que se utiliza para las fuentes del derecho, así como su clasificación, las fuentes reconocidas en el ordenamiento jurídico guatemalteco, la compilación, codificación y recopilación; el segundo capítulo nos refiere lo que es el juez, su definición, los tipos de judicaturas, la jurisdicción sus bases, momentos, poderes y limitantes de la misma; en el capítulo tres se enfoca la importancia de la cientificidad del derecho, al ver al derecho como una ciencia y la interrogante acerca de si el derecho es una ciencia o un arte, complementando con la definición de la dogmática jurídica. En el capítulo cuatro, se presenta un esbozo de lo que representa la interpretación de las normas jurídicas, las clases de interpretación y las teorías que pueden servir a los juristas para comprender de mejor manera el ordenamiento jurídico vigente; en el capítulo cinco, se enumeran las diferentes acepciones de la palabra jurisprudencia, sus antecedentes, la jurisprudencia romana

en los sistemas europeos, el derecho inglés y en los Estados Unidos de Norteamérica, así como los sistemas jurídicos jurisprudenciales existentes en la actualidad y las clases de jurisprudencia. En el capítulo seis, se observan los resultados del presente trabajo de investigación, iniciando con una enumeración de las leyes que contienen la regulación legal de la jurisprudencia en Guatemala, las incidencias de la jurisprudencia ha resultado ineficaz en la conformación de doctrina legal, además de una propuesta para la solución a la ineficacia de la jurisprudencia y la factibilidad de la implementación de la Teoría de Derecho Libre en Guatemala con las limitantes que procedan.

A lo largo de esta investigación se establece que la implementación de un proceso de creación de jurisprudencia y su implementación en la práctica como doctrina legal, solo traerá consecuencias positivas al ordenamiento jurídico, considerándose como la mejor forma en que pueden llenarse las lagunas de ley existentes, reavivando de esa manera lo que en algún momento fue la mejor fuente de creación del derecho en el mundo.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Fuentes del derecho.....	1
1.1. Concepto.....	1
1.2. Clasificación.....	2
1.2.1. Fuentes reales o materiales del derecho.....	3
1.2.2. Fuentes formales del derecho.....	3
1.2.2.1. La legislación.....	4
1.2.2.2. La costumbre.....	4
1.2.2.3. La jurisprudencia.....	4
1.2.2.4. La doctrina.....	5
1.2.3. Fuentes históricas.....	6
1.3. Otras clasificaciones.....	7
1.4. Fuentes del derecho reconocidas en el ordenamiento Jurídico guatemalteco.....	9
5.7. Compilación, codificación y recopilación.....	9
CAPÍTULO II	
2. Juez.....	13
2.1. Definición.....	13
2.2. Tipos de judicaturas.....	14
2.3. Jurisdicción.....	15
2.4. Bases de la jurisdicción.....	16
2.5. Momentos de la jurisdicción.....	18
2.6. Poderes de la jurisdicción.....	20
2.7. Límites de la jurisdicción.....	22
CAPÍTULO III	
3. La cientificidad del derecho.....	25
3.1. La ciencia del derecho.....	30
3.2. El derecho como ciencia.....	31
3.3. ¿El derecho es ciencia o un arte?.....	31
3.4. La dogmática jurídica.....	32
CAPÍTULO IV	
4. Interpretación.....	35
4.1 Concepto de interpretación.....	35
4.2 Diversas clases de interpretación.....	36
4.3 Diferentes teorías sobre la interpretación del derecho.....	36
4.3.1 Teoría legalista o legislativa.....	37
4.3.2 Teoría exegética, tradicional o de la voluntad del legislador.....	37
4.3.3 Teoría de la voluntad objetiva de la ley.....	38
4.3.4 Teoría finalista.....	39
4.3.5 Teoría de la libre investigación científica.....	40
4.3.6 Teoría del derecho libre.....	41

	Pág.
4.3.7 Teoría sociológica.....	42
4.3.8 Teoría de la jurisprudencia sociológica.....	42
4.3.9 Teoría de la jurisprudencia de intereses.....	43
4.3.10 Teoría del realismo jurídico.....	44
4.3.11 Teoría de Gustavo Radbruch	45
4.3.12 Teoría pura del derecho.....	45
4.3.13 Teoría de la lógica de lo humano o de lo razonable.....	46
4.3.14 Teoría egológica del derecho.....	47
CAPÍTULO V	
5. Jurisprudencia.....	49
5.1 Diferentes acepciones de la jurisprudencia.....	49
5.2 Antecedentes de la jurisprudencia.....	51
5.2.1 Surgimiento de la jurisprudencia en el derecho romano.....	51
5.2.2 El jurista romano.....	56
5.2.3 La jurisprudencia de los pontífices.....	60
5.2.4 La jurisprudencia clásica.....	61
5.2.5 La jurisprudencia republicana.....	62
5.2.6 La influencia de la filosofía griega.....	63
5.2.7 La etapa clásica central de la jurisprudencia.....	64
5.2.8 La jurisprudencia clásica tardía.....	66
5.2.9 El casuismo en las obras jurisprudenciales.....	69
5.2.10 La técnica de elaboración casuística.....	74
5.2.11 Las motivaciones y fundamentos de las decisiones jurisprudenciales.....	77
5.2.12 La formulación de principios generales: reglas, definiciones y máximas.....	79
5.2.13 La analogía.....	81
5.2.14 La ficción.....	82
5.2.15 Las decisiones casuísticas en las constituciones imperiales.....	83
5.2.16 La jurisprudencia y la legislación post clásica.....	84
5.3 Jurisprudencia romana en los sistemas europeos.....	85
5.3.1 Derecho romano y tradición jurídica europea.....	85
5.4 Jurisprudencia en el derecho inglés.....	89
5.4.1 Historia del Common Law o derecho común en Reino Unido.....	89
5.4.2 Estados Unidos.....	92
5.5 Sistemas jurídicos jurisprudenciales en el mundo.....	94
5.6 Clases de jurisprudencia.....	95
5.6.1 Jurisprudencia como ciencia independiente.....	95
5.6.2 Jurisprudencia analítica.....	95
5.6.3 Jurisprudencia lógico-analítica.....	96
5.6.4 Jurisprudencia sociológica	98
CAPÍTULO VI	
6. Jurisprudencia en materia civil en Guatemala.....	103
6.1 Regulación Legal.....	103

	Pág.
6.2 Elementos necesarios para que exista la jurisprudencia en Guatemala.....	104
6.2.1 La existencia de un tribunal jerárquicamente superior a todos.....	104
6.2.2 Que la ley conceda un recurso que permita a dicho tribunal examinar, estudiar y declarar la recta aplicación del contenido de la norma jurídica.....	104
6.2.3 La obligatoriedad de publicar por escrito los fallos del tribunal supremo	104
6.2.4 Un órgano o funcionario encargado de recopilar los fallos, sistematizándolos.....	106
6.3 Incidencias de la jurisprudencia en el ordenamiento Jurídico guatemalteco.....	107
6.4 Razones por las cuales la jurisprudencia ha resultado ineficaz en la conformación de doctrina legal.....	112
6.5 Propuesta de solución al problema de la ineficacia de la jurisprudencia.....	113
6.5.1 Antecedentes históricos de la corriente derecho libre.....	113
6.5.2 Factibilidad de la implementación de la teoría de derecho libre en Guatemala.....	116
CONCLUSIONES.....	121
RECOMENDACIONES.....	123
BIBLIOGRAFÍA.....	125

CAPITULO I

1. Fuentes del derecho

1.1. Concepto

Dentro de las definiciones de fuente encontramos “Principio, origen, causa de algo. Conjunto de pautas compuesto por valoraciones, principios morales, doctrina, entre otros; que determinan la voluntad del legislador, contribuyendo a dar contenido a las normas jurídicas”.¹

En general, fuente es el principio u origen de una cosa, el lugar donde nace o se produce algo. Es el principio, el fundamento, el origen, la causa o la explicación de una cosa. Cuando hablamos del origen de la norma jurídica, es referirse a los hechos que le dan nacimiento, a las manifestaciones de la voluntad humana o a los usos, también a las prácticas sociales que la generan, nos referimos desde luego, al origen del propio objetivo.

Las fuentes del derecho, son conocidas por muchos autores como: Los principios, fundamentos u origen de las normas jurídicas y en especial del derecho positivo o vigente en determinado país o época. Las fuentes del derecho son los actos o hechos pasados de los que deriva la creación, modificación o extinción de normas jurídicas.

¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Fuentes_del_Derecho (08 de febrero de 2008)

La teoría de las fuentes del derecho estudia la aparición, elaboración y expresión en la sociedad de las normas que integran el ordenamiento jurídico positivo.

El problema de las fuentes del derecho se basa en sus diferentes acepciones, entre ellas: **a)** Fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido derecho, podríamos ejemplificarlo con antiguos documentos, colecciones legislativas, etc. **b)** Como fuerza creadora del derecho, como hecho de la vida social, la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc. **c)** Autoridad creadora del derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo, comunidades, etc.) **d)** Acto concreto creador del derecho, como la legislación, costumbre, decisión judicial, etc. **e)** Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de derecho. **f)** Forma de manifestarse la norma jurídica, es decir a través de las leyes, decretos, reglamentos, costumbres, etc. **g)** Fundamento de un derecho subjetivo.

1.2. Clasificación

Una vez explicado el concepto de fuente, es necesario un pequeño esbozo de su clasificación, la cual a través de la historia del derecho se ha dividido en tres grandes ramas, es importante recalcar el hecho de que de las **fuentes de derecho**, emanan las normas que componen el ordenamiento jurídico (conocidos como órganos normativos o con facultades normativas) y los factores históricos que inciden en la creación del derecho. De lo anterior se desprende, respectivamente, las

nociones de fuentes del derecho en sentido material (fuentes materiales) y fuentes del derecho en sentido formal (fuentes formales).

1.2.1. Fuentes reales o materiales del derecho

Se denominan así a todos los fenómenos que concurren, en mayor o menor medida a la producción de la norma jurídica y que determinan en mayor o menor grado el contenido de la misma; tales fenómenos son: el medio geográfico, el clima, las riquezas naturales, las ideas políticas, morales, religiosas y jurídicas del pueblo, especialmente de los legisladores, líderes políticos, dirigentes obreros, empresarios, juristas o jueces, el afán de novedades o a la inversa, el excesivo tradicionalismo y rutina, la organización económica, etc.

1.2.2. Fuentes formales del derecho

Modos o formas a través de los cuales se manifiesta la norma jurídica. Son las formas obligadas y predeterminantes que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del Estado.

Las fuentes formales del derecho más importantes son: la costumbre, la ley, la jurisprudencia, la doctrina jurídica, el acto jurídico y el acto corporativo.

1.2.2.1. La legislación

“Proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se le da el nombre específico de leyes”.² Sin embargo, dentro de esta definición cabría la duda, si tomar la ley como fuente de derecho, siendo la ley el resultado de la conjugación de principios, doctrinas e instituciones que rigen al Estado, normando de esa manera la conducta del hombre dentro de la sociedad.

1.2.2.2. La costumbre

Si bien es cierto la costumbre ha creado normas mediante el uso repetitivo de cierta conducta dentro de la sociedad, a este suceso se le ha denominado Derecho Consuetudinario, lo que coadyuva a la formalización de las normas, sin embargo no las crea en su totalidad.

1.2.2.3. La jurisprudencia

Como será tratada en uno de los capítulos posteriores, se citará un breve concepto de lo que es jurisprudencia. Conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales. Esta fuente del derecho siendo la única tipificada en ley como complemento de la misma, podría tomarse como la fuente que mayor incidencia tiene dentro de nuestro ordenamiento en todo sentido, en virtud de que el derecho per se, nunca será efectivo, sino hasta el momento en que sea interpretado

² Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo, **La primacía en las fuentes reales en la génesis del derecho**, pág. 50

y aplicado en casos concretos por los jueces, quienes a través de su ejercicio profesional dan vida al derecho.

1.2.2.4. La doctrina

“Se le da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación”.³

Como el mismo concepto lo refiere, la doctrina es el resultado de la tarea de los juristas (para efecto de la explicación, tomaremos como referencia la similitud de juristas y jueces) del cual devienen los preceptos normativos. Como bien es conocido, la finalidad de la jurisprudencia es la creación de doctrina legal. Por lo que surge la interrogante ¿es o no es la jurisprudencia una fuente de derecho o una fuente **de creación** del derecho?

Actualmente, la jurisprudencia ha decaído y como se explicará en capítulos posteriores, no está demás mencionar el presente hecho.

³ García Maynes, Eduardo; **Introducción al estudio del derecho**; pág. 76

1.2.3. Fuentes históricas

Son documentos históricos que se refieren al derecho. En la antigüedad estos documentos eran muy diversos (papiros, pergaminos, tablillas de arcilla, en las que algunos pueblos estampaban sus leyes y contratos); por lo que legaron importantes aportaciones al derecho actual. Referencialmente dentro de nuestra legislación, podemos tomarlas como las fuentes jurídicas según su aplicación en el tiempo. Serán vigentes las fuentes positivas actuales que no han sido derogadas por otra ley o el reglamento que no ha sido substituido por otro.

Serán históricas las fuentes que han perdido su vigencia y se sitúan en la historia del derecho positivo. Es el caso de la recordada compilación justiniana, de la cual arrancan importantes instituciones jurídicas que se han desarrollado a través de los siglos.

La diferencia que existe entre las fuentes del derecho y las normas jurídicas es que las normas jurídicas son normas de conducta que regulan la vida de los hombres con miras al bien común de la sociedad, en cambio las fuentes formales son las formas en que las normas jurídicas se manifiestan en la vida social.

1.3. Otras clasificaciones

“Fuentes deliberadas de creación del derecho y fuentes espontáneas

- Como fuentes deliberadas se entiende una consecución de actos que no se realizan con la intención de establecer normas, pero producen ese efecto. La ley es el arquetipo de la forma deliberada o consciente de creación del derecho.
- La forma espontánea más común de creación de normas jurídicas es la costumbre.

Fuentes directas e indirectas del derecho (estas últimas las divide a su vez, en fuentes reconocidas y fuentes delegadas).

- Como fuente directa se reconoce a la ley, fuente de derecho directa por naturaleza en todos los ordenamientos estatales modernos.
- La costumbre es un caso típico de fuente indirecta, es cuando la legislación reconoce o acoge las normas elaboradas consuetudinariamente.
- Casos típicos de fuentes secundarias delegadas son los reglamentos y los actos contractuales celebrados por los particulares, debido a que la producción de los reglamentos y de los contratos se confía al poder ejecutivo y a los particulares, respectivamente.
- Fuentes reconocidas son las que se encuentran tipificadas como tales”.⁴

⁴ Santiago Nino, http://es.wikipedia.org/wiki/Fuentes_del_Derecho (08 de febrero de 2008)

“Por fuentes del derecho ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación por parte del juez de las reglas en la que está basada su decisión; con el agregado de que esta influencia pueda variar desde aquellas fuentes”.⁵

Por consiguiente por fuentes debemos entender todos los factores, las circunstancias que determinen la selección de la escogencia de la norma, que sirve de fundamento al órgano encargado de resolver los problemas que se someten a su consideración.

En esta forma, las fuentes del derecho se clasifican en 3 grandes grupos:

- La fuentes totalmente objetivadas,
- La fuentes parcialmente objetivadas,
- Las fuentes no objetivadas.

Por lo tanto el criterio de clasificación se refiere al grado de objetivización de los factores que sirven de base a la autoridad competente. Desde la objetivización total que encontramos en el derecho legislado, hasta el precedente, es decir, los criterios que encontramos en la jurisprudencia, existen varios grados de objetivización. Algunas veces las fuentes están ya dadas de antemano, como por ejemplo el caso del derecho legislado.

⁵ Alf Ross, **Ibid.**

1.4. Fuentes del derecho reconocidas en el ordenamiento jurídico guatemalteco

La Ley del Organismo Judicial es la única ley que contempla las fuentes del derecho, regulando en su Artículo 2 que: "...La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará." Dicho cuerpo normativo, regula una integración de la Ley con la interpretación que deban darle los magistrados, realizando así lo que se conoce como doctrina legal, dicha doctrina sería un aporte muy valioso si fuera así considerada, debido a que una decisión sobre situaciones que no están plenamente contempladas podría aportar iniciativas de Ley al Congreso de la República, basándose en situaciones fácticas que necesitan ser reguladas.

Dentro de la legislación guatemalteca, está regulada únicamente la ley como fuente del derecho; sin embargo, como un complemento tipifica a la jurisprudencia y a la costumbre.

1.5. Compilación, codificación y recopilación

"La necesidad de un conocimiento general de las leyes y su fácil consulta, marcó el inicio del proceso de agruparlas, bien en orden cronológico o por materias, hasta donde era posible, dando así origen a las compilaciones o recopilaciones, que tienen como característica la de ser colecciones de leyes emitidas en distintas

épocas o fechas y sin responder a un criterio global determinado”.⁶ Durante la época del Imperio absoluto en Roma, la jurisprudencia ya no se adaptaba a las situaciones existentes, por lo que se llevó a cabo la tarea de extractar, ordenar y compilar, con miras a la práctica, las obras de la jurisprudencia y las constituciones imperiales.

El término compilación y el de recopilación se utilizaron indistintamente para denominar a la acción de extractar, ordenar y coleccionar en un solo cuerpo, las disposiciones existentes emanadas de sentencias aplicadas por los jurisconsultos, con la doble finalidad de poderlas utilizar ante los tribunales y en la enseñanza de las muchas y dispersas Leyes.

“Como algunos ejemplos de Leyes compiladas podemos mencionar: en el Derecho Romano, las Institutas de Justiniano (año 523), en el derecho español el Fuero Juzgo (año 654), el Ordenamiento de Alcalá (colección de leyes de Castilla y León, promulgadas por Alfonso XI en las Cortes de Alcalá en Henares de 1348 y la Novísima Recopilación de las leyes de España (año 1805)”.⁷

La codificación constituye la sistematización en cuanto al ordenamiento y agrupamiento de un cuerpo legal “es la reunión de todas las leyes de un país o en su

⁶ Brañas, Alfonso; **Manual de Derecho Civil**; pág. 15

⁷ Brañas, **Op.Cit.** pág. 15

aspecto más limitado las que se refieren a una determinada rama jurídica, bajo un solo cuerpo legal, presidido en su formación por unidad de criterio y de tiempo”.⁸

También se define la codificación como el “fenómeno legislativo que se produce, cuando se agrupan normas disciplinadoras de una determinada materia jurídica bajo unos preceptos concisos y ordenados y respondiendo a un determinado sistema”.⁹

⁸ **Ibid**, pág. 16

⁹ **Ibid**, pág. 16

CAPÍTULO II

2. Juez

2.1. Definición

“El **juez** es el funcionario que sirve (labora) en un tribunal de justicia y que se encuentra investido de la potestad jurisdiccional. También se caracteriza como la persona que resuelve una controversia o que decide el destino de un acusado, tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas en un juicio”.¹⁰

Son funcionarios públicos, remunerados por el Estado y encargados de administrar justicia, de manera autónoma e independiente.

Si bien gozan de independencia en su actuar, sus resoluciones suelen ser revisables por los tribunales superiores jerárquicamente, mediante los llamados recursos judiciales, pudiendo ser éstas confirmadas, modificadas o revocadas.

Los jueces son inamovibles en sus cargos, mientras mantengan un buen desempeño de sus funciones. Asimismo, son responsables de sus actos ministeriales, civil y penalmente.

¹⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/Juez> (08 de febrero de 2008)

2.2. Tipos de jurisdicciones

La potestad del juez es conferida por el Estado a través de diversos procedimientos, otorgada según el país y fundamentalmente según la tradición jurídica que éste comprenda.

En el derecho procedente del romano (gran parte de Europa y América Latina) por ejemplo, los jueces son nombrados por el gobierno, a menudo tras un examen o concurso, en cambio en algunos estados de Estados Unidos son electos; estas diferencias entre otras se deben a la existencia de tradiciones legales de procedencia heterogénea.

Principalmente se distinguen tres, el derecho continental, el derecho anglosajón (o Common Law) y el derecho socialista, sistemas que perduran hasta nuestros días. Su concepto de justicia y su interpretación no es el mismo, ya que como ocurre en el derecho anglosajón, la búsqueda de ese ideal se enfatiza más, por medio de procedimientos que difieren del derecho continental, donde la legalidad importa más que la propia búsqueda de resoluciones justas.

La función de los jueces en estos sistemas tiene el mismo origen; sin embargo, su evolución es muy dispar, en el Common Law podríamos situar al juez en un papel de creador judicial del derecho, mientras que en el derecho continental el juez está adscrito a un papel más bien interpretativo.

2.3. Jurisdicción

La jurisdicción (del latín *iurisdictio*, acción de decir el derecho) es la potestad, derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el derecho en el caso concreto, resolviendo de modo definitivo e irrevocable una controversia, que es ejercida en forma exclusiva por los tribunales de justicia integrados por jueces autónomos e independientes.

Uno de los principales rasgos de la potestad jurisdiccional es su carácter irrevocable y definitivo, capaz de producir en la actuación del derecho lo que técnicamente se denomina cosa juzgada.

En sentido coloquial, la palabra jurisdicción es utilizada para designar el territorio (estado, provincia, municipio, región, país, etc.) sobre el cual esta potestad es ejercida. Del mismo modo por extensión, es utilizada para designar el área geográfica de ejercicio de las atribuciones y facultades de una autoridad o las materias que se encuentran dentro de su competencia; y en general para designar el territorio sobre el cual un Estado ejerce su soberanía.

Jurisdicción “es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución de la voluntad individual por la

de los órganos públicos, sea para afirmar la existencia de una actividad legal, sea para ejecutarla ulteriormente”.¹¹

“Jurisdicción es la función pública realizada por órgano competente del Estado, con las formas requeridas por ley, en virtud del cual, por acto de juicio y la participación de sujetos procesales, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”.¹²

2.4. Bases de la jurisdicción

Para que la función jurisdiccional cumpla justa y eficazmente su cometido, en la mayoría de las legislaciones, se le ha rodeado de un conjunto de principios y condiciones indispensables, denominadas en general bases de la jurisdicción. Entre ellas encontramos las siguientes:

- **Legalidad:** No es propia de la actividad jurisdiccional, toda vez que es común a todos los actos del Estado. Es más bien, un común denominador de todos los órganos estatales y un principio del derecho público.

¹¹ Gordillo Galindo, Mario Estuardo; **Derecho procesal civil guatemalteco**, pág. 15

¹² **Ibid**, pág. 14

- **Independencia e inamovilidad:** También es una base común a todos los órganos del Estado. No obstante, la independencia de la función jurisdiccional es de mucha mayor importancia por el carácter de objetividad e imparcialidad con que debe cumplir su cometido. La independencia supone que el órgano que la ejerce está libre de sujeción a otro, sea cual fuere, es decir, no sujeto a los tribunales superiores ni a entidad o poder alguno (quedando sometido exclusivamente al derecho).

- **Responsabilidad:** Ésta se encuentra en íntima conexión con la anterior, por cuanto los jueces son generalmente inamovibles en sus cargos, porque son responsables de sus actos ministeriales (comúnmente civil y penalmente).

- **Territorialidad:** Los tribunales sólo pueden ejercer su potestad en los asuntos y dentro del territorio que la Ley les ha asignado.

- **Sedentariedad:** Implica que los tribunales deben administrar justicia en lugares y horas determinados. Con excepción de los Jueces de Paz que trabajan a toda hora.

- **Pasividad:** En virtud del cual los tribunales pueden ejercer su función, por regla general, sólo a petición o requerimiento de parte interesada y sólo excepcionalmente de oficio.

- **Inavocabilidad:** Es la prohibición que tienen los tribunales superiores para conocer, sin que medie recurso alguno, un asunto pendiente ante uno inferior.

- **Gradualidad:** Supone que lo resuelto por el tribunal puede ser revisado por otro de superior jerarquía, generalmente a través del recurso de apelación. Esto implica la existencia de más de una instancia (entendida ésta como cada uno de los grados jurisdiccionales en que puede ser conocida y fallada un controversia).

- **Publicidad:** Que no se refiere al conocimiento que las partes pueden tener del contrario o de las diligencias o actuaciones del tribunal, sino del hecho que cualquier persona pueda imponerse libremente de los actos jurisdiccionales.

2.5. Momentos de la jurisdicción

Estos momentos representan el desenvolvimiento del ejercicio de la función jurisdiccional en el proceso (o sea, conocer, juzgar y hacer cumplir lo resuelto).

– Fase de conocimiento

En esta etapa el tribunal recibe los antecedentes que le permiten posteriormente resolver el litigio. Encontramos a su vez, dos sub-etapas: de discusión y de prueba. Discusión: Las partes alegan sus pretensiones y hacen valer sus defensas. Prueba: Las partes ofrecen al tribunal y rinden todas las probanzas necesarias para apoyar sus pretensiones y convencer al tribunal que lo que ellos plantean es verdad.

Ningún tribunal puede juzgar sin conocer el asunto sometido a su decisión. Es decir, sin escuchar a las partes o recibir las evidencias o pruebas.

– Fase de decisión

En virtud de ésta, el tribunal declara el derecho frente al caso concreto, propuesto por las partes, lo que hace a través del acto procesal llamado generalmente, sentencia judicial. Esta etapa de juzgamiento supone siempre la existencia del periodo anterior.

Es considerado el momento de la jurisdicción más importante, pues pone término al conflicto mediante el pronunciamiento de la sentencia.

– Fase de ejecución

La mayoría de los autores están de acuerdo en que el poder de coerción es inherente a la jurisdicción; es decir, que el tribunal de justicia tiene la facultad de hacer cumplir lo resuelto (ejecución o cumplimiento del fallo).

Algunos autores niegan la actividad jurisdiccional en esta última etapa, especialmente en relación al derecho procesal penal, sosteniendo que está a cargo de una autoridad administrativa. Se argumenta en contra que, aun cuando en ciertos casos la sentencia se cumple administrativamente, la regla general es que se haga cumplir por la vía jurisdiccional.

Las resoluciones judiciales, en la generalidad de los casos, se cumplen a través de lo que la doctrina denomina auxilios jurisdiccionales.

2.6. Poderes de la jurisdicción

“De conocimiento (Notio): Por este poder, el órgano jurisdiccional está facultado para conocer, de los conflictos sometidos ante él; siempre atendiendo a las reglas de la competencia. El Código Procesal Civil y Mercantil establece que la jurisdicción civil y mercantil, salvo disposiciones especiales de la ley, será ejercida por los jueces ordinarios.

De convocatoria (Vocatio): Facultad por la cual el órgano jurisdiccional cita a las partes a juicio. El Artículo 111 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que presentada la demanda en la forma debida, el juez emplazará a los demandados y es uno de los efectos del emplazamiento al tenor del Artículo 112 de la misma normativa legal, obligar a las partes a constituirse en el lugar del proceso.

De coerción (coertio): Decretar medidas coercitivas cuya finalidad es remover aquellos obstáculos que se oponen al cumplimiento de la jurisdicción. Es la facultad del juez de compeler y apremiar por los medios legales a cualquier persona para que esté sometida a derecho (Artículo 66 a. de la Ley del Organismo Judicial).

De decisión (Iudicium): El órgano de la jurisdicción tiene la facultad de decidir con fuerza de cosa juzgada. A los tribunales le corresponde la potestad de juzgar (Artículo 203 de la Constitución Política de la República y 57 Ley del Organismo Judicial).

De ejecución (Executio): Este poder tiene como objetivo imponer el cumplimiento de un mandato que se deriva de la propia sentencia o de un título suscrito por el deudor y que la ley le asigna este mérito. A los tribunales le corresponde también

promover la ejecución de lo juzgado. (Artículo 203 Constitución Política de la República y 57 Ley del Organismo Judicial)”.¹³

2.7. Límites de la jurisdicción

La actividad jurisdiccional se ejerce en el tiempo y en el espacio. En consecuencia, se habla de que la jurisdicción posee límites atendiendo al tiempo en que la detenta su titular y el ámbito espacial donde ella se ejerce.

- **Límites en cuanto al tiempo:** puesto que una persona es juez porque está investido de la jurisdicción y ésta se detenta porque se es juez. El límite de la jurisdicción será el tiempo señalado por la Constitución o las leyes para el desempeño del cargo de juez.
- **Límites en cuanto al espacio,** se acostumbra a clasificarlos en:
 - **Límites externos:** se entiende por tales a todos los elementos que permiten delimitar la zona de vigencia y aplicación en el espacio. Por regla general, será límite de la jurisdicción la soberanía de los Estados.
 - **Límites internos:** son los que miran a la misma jurisdicción, prescindiendo de aquellas pertenecientes a otros Estados, como también de las funciones

¹³ Gordillo Galindo; **Ob.Cit.**, pág. 15-16

atribuidas a los demás órganos del propio Estado. Surgiendo así la noción de competencia.

Dentro de los límites de la jurisdicción, se reconoce como límite el respeto de los derechos, fundamentales, esta limitación se justifica por el hecho de que la propia jurisdicción no puede pasar por sobre los derechos que se le reconocen al hombre por su calidad de tal.

Estos límites pueden dar origen a disputas entre Estados (conflictos internacionales), entre dos poderes del Estado u órganos de distintas ramas del mismo poder (contiendas de jurisdicción) o entre dos o más poderes del Estado por sus atribuciones (contiendas de atribuciones).

CAPÍTULO III

3. La cientificidad del derecho

La ciencia del derecho constituye un conjunto orgánico de disciplinas que estudian en forma ordenada y sistemática esa disciplina que se llama derecho. Antes de comenzar con el método y el contenido de las ciencias del derecho, surge una pregunta: ¿Es posible el estudio científico del derecho? En otros términos ¿Será el derecho objeto de ciencia?

A mediados del siglo XIX, específicamente en 1847 el fiscal berlinés J. V. Kirchman, mantiene una posición escéptica, respecto a la cientificidad del derecho, en su discurso titulado *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* niega la cientificidad de la jurisprudencia. Kirchman proclamó con mucho énfasis que el saber jurídico no tiene carácter de ciencia, porque no es saber racional sino de orden efectivo que reside en las sombras y del tacto natural.

De esto se basó para aclarar que el derecho no es materia de cientificidad, según este criterio si se considera que el derecho pertenece a un saber de este tipo, nacido de las potencias irracionales del hombre, irreductible a la razón, no puede atribuírsele cientificidad alguna. Pero no son cultivadores quienes determinan el carácter del saber jurídico, sino el objeto mismo de éste, según la tesis comentada.

Las ciencias de la naturaleza se refieren a lo que es necesario y permanente en las cosas. “La hierba más humilde, lleva este sello; toda criatura es verdadera, concuerda con sí misma, sin que pueda ser su arbitrio falsear la ciencia. No sucede lo mismo con el derecho, sometido a cambios incesantes y mutaciones arbitrarias, a merced de posiciones subjetivas”.¹⁴

Esa misma tesis marca el contraste entre las leyes científicas naturales y aquellas con que se pretende construir la ciencia jurídica. Mientras las primeras, con seguro fundamento objetivo, expresan relaciones permanentes entre las cosas, las otras se transforman incesantemente a medida que evolucionan las instituciones sociales.

Pero, consiguientemente aunque descubrieron las leyes de la naturaleza y su poder haya requerido varios esfuerzos para los tiempos pasados y seguirán siéndolo para siempre, otra cosa es la ciencia jurídica. Cuando ésta, tras largos años de lucha ha logrado el esfuerzo verdadero o un poder para ser ley de una institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia llega ya tarde con relación progresiva; no puede nunca alcanzar la actualidad.

¹⁴ <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EplVFFypkpGSNQnrBh.php> (15 de enero de 2008)

La generalidad de las leyes científicas, se argumenta, no admiten excepciones ni casos anormales. Otra cosa es con el derecho, que se ocupa o no precisamente de la generalidad, sino de todos aquellos hechos que significan la violación o trasgresión de normas, que cuya existencia además está sujeta a la voluntad humana.

“Pero esta posición cuyo nacimiento y origen tiene el discurso de Kirchman, no fue aceptada por muchos tratadistas como: Tarde, Durkheim, Espinas, Levy-Bruhl, Ardivó, Ferri; pues estos tenían una concepción científica del derecho y otros como: Lundstedt, Olivecrona, Ross y la escuela de Upsala; no sólo estaban en contra de esta teoría, sino que también trataron de impugnar el carácter científico del derecho. El derecho es una ciencia, no una simple tecnología, porque ha desarrollado métodos que apuntan a un conocimiento racional comprobable, aunque no puede alcanzar la exactitud de las matemáticas y de las ciencias naturales y que muchos aquellos sean sólo de validez condicionada temporalmente. La posición que niega la científicidad del derecho comete estos errores: toma como modelo de ciencia a las matemáticas y a las ciencias naturales, y considera que todo saber científico es saber de lo general y saber por causas”.¹⁵

Aparte de esta posición debemos reconocer que, en el derecho conjuntamente con factores particulares y cambiantes, existen otras esencias y permanentes que

¹⁵ **Ibid.**

constituyen como su verdadero fundamento, el objeto de la ciencia en el sentido clásico de este concepto.

En el campo de la moderna investigación, además de las disciplinas científicas antes mencionadas, se dan las llamadas ciencias culturales, que estudian el cambio propiamente humano de la realidad, el hombre en su peculiaridad, como creador y habitante del mundo de la cultura, y la cultura misma. El dominio de estas ciencias excluye en principio lo que el hombre tiene en común con los demás seres vivos, lo que en él es naturaleza, comprende dos grandes apartados: la indagación del hombre en cuanto ente psíquico (psicología) espiritual y el de las estructuras que crean y convierte en su ambiente específico, como el derecho, la sociedad, el lenguaje, la ciencia, la técnica, etc. Cabe hacer aclaraciones entre las disciplinas jurídicas, las ciencias de la cultura y las ciencias naturales (lo cual se amplía en las siguientes líneas).

Mientras las ciencias naturales pretenden la formulación de conceptos universales, que excluyen lo individual por ser no esencial y su método es generalizador, las ciencias de la cultura, se ocupan de la totalidad de objetos reales que residen en los valores universales reconocidos y porque esos mismos valores son cultivados.

Las disciplinas jurídicas se integran dentro del conjunto de las ciencias del espíritu y de la cultura.

Por último tenemos el modelo jurídico: El modelo de ciencia jurídica pura de Kelsen. La concepción normativista kelseniana del derecho es resultado de circunstancias histórico concretas, con el objetivo de hacer prevalecer el derecho respecto al decisionismo político y la consecuente inseguridad jurídica y el iusnaturalismo, manifestados a la sazón en la Europa Continental.

Kelsen, a partir de su concepción acerca de la inexistencia del derecho en forma de normas aisladas, lo concibió como un sistema cerrado racional, en el cual unas normas se fundamentan y reciben validez de la existencia y validez de otras anteriores, todo lo cual otorgaba unidad, plenitud y coherencia al conjunto.

Se creaba así, un sistema armónico, a partir del cual el aplicador del derecho debía valerse sólo de las normas, de interpretaciones dentro del propio sistema, subsumiendo el hecho en la norma.

Como resultado de tales aseveraciones, las lagunas o vacíos normativos o no existen o son un sin sentido y el operador jurídico o el juez ha de ser capaz de encontrar entre las normas la solución del caso que tiene ante sí, ha de precisar dentro del conjunto armónico del sistema y adoptar la única respuesta posible al

caso, como forma de conservar lo más intacta posible la voluntad expresada en la norma.

A manera conclusiva, agregaría otro método, un **método abierto racional**, con respecto a la teoría de Kelsen sería un método en donde el derecho sigue siendo un proceso racional y que la actividad de los jueces sigue estando limitada a lo que las normas tipifican; sin embargo, en los momentos en los que existan lagunas legales, contraponiéndose al método de Kelsen, este método si las acepta y permite que los jueces a través de su raciocinio den una solución acorde a la situación, siempre dentro de los parámetros de la norma, resultando de esta manera una **cientifización del uso del derecho**.

3.1. La ciencia del derecho

Las ciencias del derecho son materia de otro grupo de disciplinas diferentes a la naturaleza, éstas son las ciencias del espíritu y de la cultura, consecuentemente las ciencias jurídicas estudian el ámbito humano propiamente dicho. El hombre en su peculiaridad, como creador, como habitante de un mundo cultural y de la cultura viva. Mientras que las ciencias naturales excluyen la individualidad porque no es esencial y su conocimiento es generador, la ciencia de la cultura se ocupa de la totalidad de los objetos reales en que reside, valores universalmente reconocidos y que por lo mismo son valores cultivados.

3.2. El derecho como ciencia

El derecho se define como ciencia, porque constituye un “conjunto de conocimientos ordenados, sistematizados, de carácter racional de los hechos o fenómenos sociales que tienen implicancias jurídicas o de las operaciones generales por esos mismos hechos, los cuales constituyen sus objetos o campos de estudio, además se rigen por principios. Entonces estamos en condiciones de afirmar, que el derecho es una ciencia de carácter fáctico, cultural y constituye un conjunto de conocimientos ordenados y sistematizados”.¹⁶

3.3. ¿El derecho es ciencia o un arte?

Para esta pregunta existe una respuesta muy clara, con respecto a si el Derecho es ciencia está explicado anteriormente, pero acerca de si el derecho es arte, es necesario tomar en cuenta que las leyes que crean al Derecho provienen de diversas fuentes, como son: el derecho natural, la costumbre, etc., cuando estas leyes son positivas o plasmadas en un texto, es cuando el derecho a ser un arte, porque al plasmar estas leyes en un Código se hace arte, definido como la forma como deben ser escritas estas leyes. Por eso se dice que el derecho es arte.

¹⁶**Ibid.**

3.4. La dogmática jurídica

La denominación ciencia del derecho se emplea en tres sentidos: para designar a todas las disciplinas jurídicas; para referirse sólo a estudios científicos sobre el derecho, excluyendo aquellos que tienen carácter filosófico o únicamente dogmática jurídica. El nombre de dogmática jurídica apareció en 1857 en la revista *Ihering Fur Dogmatik des huetigen romidchen*, asignando normas de valor infalible a los dogmas del cristianismo.

En su primera acepción, ciencia del derecho abarca todo el saber jurídico; en su segundo sentido, todas las ciencias jurídicas propiamente como tales, en el tercero el estudio del derecho vigente.

La ciencia del derecho propiamente dicha o dogmática jurídica recibe varias denominaciones: Ciencia dogmática, sistémica jurídica, jurisprudencia técnica, jurisprudencia dogmática o simplemente jurisprudencia.

“El derecho tiene una doble función, la primera tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los precedentes jurídicos que se hayan en vigor en un época y en un lugar determinado y la segunda el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación”.¹⁷

¹⁷ Vinogradoff, Sir Paul. **Introducción al derecho**; pág. 122

Es clara la diferencia entre la ciencia del derecho concebida de ese modo y la filosofía del derecho. Mientras la primera tiene como campo el derecho positivo, la filosofía indaga los fundamentos y las primeras causas del orden jurídico.

De ese doble propósito de la ciencia del derecho, se desprende su visión en dos ramas: Teórica y práctica, denominadas sistémica jurídico y técnica jurídica.

La sistémica jurídica tiene por objeto el estudio de las reglas de derecho para precisar su sentido y su alcance, ordenarlas e integrarlas dentro de conceptos más generales. La técnica jurídica se ocupa de todos los problemas concernientes a la formulación y a la aplicación de las normas de derecho. En el primer caso se denomina técnica de elaboración y en el segundo, técnica de aplicación.

La filosofía del derecho no sólo es objeto de estudio para la ciencia, sino tema de meditación y ahondamiento para la filosofía, la labor de esta ciencia es buscar las respuestas, así como problematizar sobre ellas mismas, mientras que la ciencia del derecho busca la respuesta a las preguntas, la filosofía va más allá pregunta el ¿Por qué?

La sociología del derecho, investiga las relaciones del derecho y la sociedad. El derecho se da en la vida social del hombre y para ser tal, para existir como derecho, exige la organización real de la sociedad.

CAPÍTULO IV

4. Interpretación

4.1. Concepto de interpretación

“Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos; por ello tiene significación”.¹⁸

Desde el punto de vista jurídico la interpretación tiene diversas acepciones, entre ellas se enumerarán las siguientes:

- a. Interpretar es determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas.
- b. Interpretar es averiguar lo que tiene valor normativo. De este modo se aplica la función interpretativa a la delimitación del campo de lo jurídico, comprendiendo tanto la concreción de las fuentes como la determinación de su sentido. En este significado ampliado ha sido posible plantear, en torno de la interpretación, lo que se ha llamado problemática del método jurídico.
- c. Interpretar “Es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una inferior. En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer”.¹⁹

¹⁸ Pacheco G. Máximo; **Ob.Cit.**, pág. 378.

¹⁹ Hans Kelsen. **Teoría pura del derecho**; pág. 163.

- d. “Interpretar una norma jurídica –dice Enneccerus–, es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y por tanto también para la decisión judicial”.²⁰

4.2. Diversas clases de interpretación

- a. Interpretación legislativa: Es la que emana del legislador, el cual declara, por medio de una ley, en forma general y obligatoria el sentido de las normas legales preexistentes.
- b. Interpretación judicial: Es la realizada por los tribunales de justicia en sus sentencias. Ella sólo tiene obligatoriedad en el proceso en que se dictó el fallo.
- c. Interpretación doctrinal: Es la realizada por los juristas y no posee obligatoriedad.
- d. Interpretación usual: Es la que proviene de los usos o costumbres y no posee fuerza obligatoria.

4.3. Diferentes teorías sobre la interpretación del derecho

“Diversas teorías sobre la interpretación del Derecho han existido como consecuencia a las distintas concepciones acerca del orden jurídico y del sentido de la labor interpretativa”.²¹ Entre ellas podemos enumerar:

²⁰ Niño, José Antonio. **La interpretación de las leyes**, pág. 28

²¹ Pacheco G. Máximo; **Ob. Cit.**; pág. 379

4.3.1. Teoría legalista o legislativa

Desde la antigüedad los legisladores se resistían a admitir la interpretación de las leyes. En el derecho romano encontramos las Constituciones de Justiniano (Digesto), en que se reserva exclusivamente al emperador la interpretación de las leyes y se prohíbe todo comentario privado.

En el derecho español se encuentran disposiciones en el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, que reservan exclusivamente la interpretación a quien hace las leyes.

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

- La ley es una obra de la razón deliberada y consciente, por ello se puede comprender sin dificultades.
- En virtud del principio de la separación de los poderes, el legislador es el que crea e interpreta la ley y el juez el que la aplica.
- Los juristas, que representan fuerzas sociales extrañas al Estado, no pueden interpretar las leyes porque deformarían su sentido o crearían confusiones.

4.3.2. Teoría exegética, tradicional o de la voluntad del legislador

“Esta teoría se empieza a hacer notar en la segunda mitad del siglo XIX, adquiriendo dominio pleno, la interpretación consiste en la búsqueda de la voluntad del legislador y ésta debe encontrarse en la letra de la ley”.²²

²² **Ibid**, pág. 380

Blondeau, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en su memoria presentada en 1841, promueve: “Las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley. Admite la interpretación pero sólo en el sentido de la exégesis de los textos, para procurar establecer cuál fue la voluntad del legislador en el momento de dictarse la ley”.²³

De esta explicación deviene el nombre de la teoría, ya que indica que deben seguirse paso a paso los textos legales hasta encontrar el pensamiento de quienes los formularon.

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

- El culto a la ley.
- El predominio de la intención del legislador.
- El carácter estatista; es decir el poder del Estado.
- El respeto por los precedentes y por el argumento de autoridad.
- La preponderancia de las fuentes formales del derecho en detrimento de las fuentes reales.

4.3.3. Teoría de la voluntad objetiva de la ley

Esta teoría tiene por fundamento los principios de la Escuela Histórica del Derecho. Esta teoría afirma que toda ley encierra un querer o un contenido de voluntad que se desliga del pensamiento de sus autores para adquirir una propia

²³ **Ibid**, pág. 380

virtualidad. Por lo que es importante investigar la parte de la conciencia común del legislador que interpretó y tradujo el derecho.

Los postulados fundamentales de esta teoría son:

- Que en los modernos sistemas políticos concurren a la formación de la ley una gran variedad de personas, instituciones, organismos legislativos, entre otros, que hacen imposible determinar cual sea la intención o voluntad del legislador.
- Que una vez constituido el texto de la ley, ya no se liga al pensamiento del legislador, para vivir una vida propia e independiente, se convierte en una entidad, separada de su fuente directa y esencialmente subordinada al medio social y a sus transformaciones.
- Que era conveniente romper con el mito de la voluntad del legislador, pues lo que el legislador creó, es la expresión de la voluntad que a través de la interpretación objetiva se deduce.

4.3.4. Teoría finalista

El mayor exponente de esta teoría es Rodolfo Von Ihering, quien desarrolló a través de ella, un rechazo a la interpretación conceptualista y el método deductivo-subjetivo y propugna sustituirlos por una doctrina que se inspire en el propósito de llevar a la realización práctica de determinados fines.

Sus principios fundamentales son:

- No debe considerarse un orden jurídico positivo como enunciación deductiva de una idea o de un plan, sino como consecuencia de las necesidades de la vida social.
- Ninguna ley ni ningún código pueden ser suficientemente comprendidos sin el conocimiento de las condiciones sociales efectivas del pueblo y de la época en que se dictó.
- El derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas jurídicas generales, sino el que se vive de un modo real por la gente y el que se aplica en las sentencias y resoluciones.
- El fin es el creador de todo derecho. No hay norma que no deba su origen a un fin o a un propósito.
- El derecho no es un fin es un medio al servicio de un fin (considerándose como fin la existencia de la sociedad).
- El criterio o medida que sirve para juzgar, el derecho no es un criterio absoluto de verdad sino un criterio relativo de finalidad.

4.3.5. Teoría de la libre investigación científica

Fue obra de Francois Geny, elaborando esta teoría sobre los problemas que debe enfrentar el jurista práctico. Sus principios fundamentales son:

- La ley no es la manifestación de la voluntad.
- En la aplicación del derecho debe esclarecerse el propósito del legislador.

- Si la ley no contiene normas que resuelvan casos concretos, hay que acudir a fuentes suplementarias como: costumbre, autoridad y tradición (jurisprudencia) y la libre investigación científica.

4.3.6. Teoría del derecho libre

Parte del principio de que la ley debe interpretarse humanamente y el juez, debe guiarse en sus juicios por la solidaridad humana. Aplicar este criterio da como resultado, apartar discrecionalmente lo determinado por las leyes en casos concretos. Para Kantowowicz, la verdadera ciencia del derecho es antirracionalista y antidogmática, se mantenía en contra de la analogía, la interpretación extensiva, las ficciones, los razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales y la deducción. La teoría que fundamentaba era que el papel que desempeña la voluntad es decisivo en la ciencia jurídica.

Constituye una reacción contra el conceptualismo, el dogmatismo y la plenitud hermética del derecho, originando una serie de doctrinas, que no formaron una escuela formal, pero si presentó importantes diferencias, además de los siguientes principios:

- Repudio de las tesis de la suficiencia absoluta de la ley.
- Afirmación de que el juez debe realizar una labor personal y creadora, por la insuficiencia de la ley.
- El juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.
- La actividad judicial es la productora de todo el derecho, le otorga el primer lugar entre las fuentes del derecho.

4.3.7. Teoría sociológica

Eugenio Ehrlich, desarrolló esta teoría, que se asemeja a la teoría del derecho libre, presentando caracteres propios entre los siguientes:

- La vida es incomparablemente más rica que los conceptos y tipos de contenidos en las normas jurídicas generales.
- Los intereses presentan multitud de matices entre sí, razón por la cual ninguna norma jurídica podría nunca expresarlos.
- Las normas jurídicas establecen criterios abstractos para resolver los conflictos de intereses y esquemas jerárquicos; sin embargo, los que se toman en cuenta son solamente ideas abstractas.
- Para interpretar normas jurídicas hay que tomar en consideración intereses a los que se refieren y esto nos suministra un medio para producir ideas creadoras que llevan a resultados satisfactorios.

4.3.8. Teoría de la jurisprudencia sociológica

Podemos observarla materializada en los Estados Unidos de Norteamérica, sus principios son:

- La interpretación y aplicación de las normas jurídicas en circunstancias específicas, no pueden realizarse por el mero razonamiento deductivo.
- Debe emprenderse una comprensión y ponderación valorativa de realidades sociales, necesidades concretas, doctrinas políticas y convicciones sobre el interés público que en ella imperan.

- Para la función judicial, deben emplearse métodos como: deducción lógica, buscar inspiración en el desenvolvimiento histórico, costumbres y convicciones sociales vigentes y consideraciones de justicia y bienestar social.

4.3.9. Teoría de la jurisprudencia de intereses

Inspirándose en algunas ideas que Rodolfo Von Ihering y de Eugenio Ehrlich, Philipp Hack y Max Rumeling desarrollaron a comienzos de este siglo, una teoría de la interpretación, con el fin último y el sentido esencial de hacer notar que toda legislación consiste en regular de modo apropiado las relaciones interhumanas. El legislador trata de llevar a cabo este propósito por medio de la delimitación de varias esferas de intereses protegidos. Esta delimitación se basa en la valoración de los diferentes intereses opuestos a la luz de la idea del bien común.

El juez debe guiarse, más que por las palabras del legislador, por las estimaciones que inspiraron a éste. Las palabras y los conceptos empleados por el legislador son tan solo medios para cumplir los resultados que emanan de aquellos juicios de valor o estimaciones.

Los principios fundamentales de esta teoría son:

- Las causas que mueven al hombre a actuar son sus intereses.
- Son los intereses los que crean la convivencia y la sociedad humana.
- El Derecho nace y se establece por la lucha de intereses.
- El legislador es la persona designada para salvaguardar los intereses.
- Las leyes son el resultado de los intereses materiales.

- El intérprete, debe investigar los intereses en conflicto y resolver al criterio del legislador y al grado de predominio que éste haya concedido a los intereses en juego.
- La función del juez consiste en resolver conflictos de intereses, del mismo modo que el legislador.

4.3.10. Teoría del realismo jurídico

Los representantes son Kart N. Lewellyn y Jerome Frank. Ellos critican la concepción mecánica de la función judicial como un silogismo y buscan la realidad en la conducta efectiva de los jueces y de los funcionarios administrativos.

- El derecho no es un sistema constante, uniforme, igual, sino por el contrario, es mutable y se adapta a nuevas situaciones y circunstancias.
- Lo que interesa es averiguar el derecho efectivamente real, no es el que aparece declarado en las leyes, ni el que los jueces declaran, sino es lo que los jueces ejecutan, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. Por ello el derecho efectivo es el modo real como los jueces se comportan.
- La norma establecida por el juez en su sentencia constituye una justificación de la decisión efectiva que toma. Lo más importante es lo que el juez hace, no lo que dice.
- La personalidad del juez constituye un factor decisivo en el fallo.
- Para que el derecho tenga plena uniformidad, continuidad y certeza sería necesario que todos los jueces fueran iguales y tuvieran idénticos hábitos mentales y emocionales.

- El derecho se perfecciona en la acción de seres humanos. El juez crea el derecho, aunque haya normas jurídicas generales preexistentes.

4.3.11. Teoría de Gustavo Radbruch

Inspirándose en algunas ideas de la Escuela Histórica, Radbruch, expone una teoría opuesta al método tradicional, basándose en el pensamiento real que los autores quisieron expresar, existe la interpretación jurídica, cuyo fin radica en descubrir el sentido objetivamente válido de las leyes, el cual no puede residir en la voluntad de los legisladores, porque no vale como expresión de un querer subjetivo, sino como voluntad del Estado. “La voluntad del Legislador no es un medio de interpretación, sino resultado y fin de la expresión de la necesidad a priori de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico... El interprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor...”²⁴

4.3.12. Teoría pura del derecho

Para Hans Kelsen, la interpretación es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior. Dentro de la teoría, Kelsen intenta eliminar de la jurisprudencia todos los elementos no jurídicos y todas las ramas de la vida social. Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla de manera inequívoca a la

²⁴ Pacheco G. Máximo; **Ob. Cit.**, pág. 391

conducta de los hombres y en particular la de los tribunales. No acepta las deficiencias en la norma ni las lagunas de ley.

4.3.13. Teoría de la lógica de lo humano o de lo razonable

Luis Recaséns Fiches, propone como método de interpretación la lógica de lo humano o de lo razonable, a diferencia de lo racional. Según él, debe considerarse además de las lógicas tradicionales (conexiones ideales), la razón vital, la razón histórica, de la finalidad, de la acción, estimativa y experimental. Considera además que es necesario explorar la razón jurídica de los contenidos de las normas de derecho.

Recaséns afirma “la función judicial es creadora, porque si la sentencia no contuviera algo nuevo, que no está determinado en la norma jurídica general, sería innecesaria. La norma jurídica general usa categorías genéricas, mientras que la sentencia se refiere a un sujeto determinado; la norma general habla en términos abstractos en cambio la sentencia en términos concretos; la norma legislativa alude en términos generales y la sentencia en términos precisos”.²⁵

Rescaséns propone, para resolver los problemas de hermenéutica, la lógica de lo humano, en la que entran razones diferentes de lo racional silogístico o formal. Su teoría atiende criterios objetivos, en los cuales no prevalece la opinión subjetiva del juez, en sí constituyen las valoraciones en que el orden jurídico se basa en un determinado momento y los efectos prácticos que dichas valoraciones deban

²⁵ Pacheco G. Máximo, **Op. Cit.** Pág. 394.

producir sobre el caso correcto, sin olvidar los criterios que se refieren a las convicciones sociales vigentes y los requerimientos que de la justicia se tiene en la sociedad.

Reconoce el deber del juez de examinar la aplicabilidad de una ley al caso planteado y de buscar cuando la respuesta sea negativa, otra norma más adecuada dentro del mismo orden jurídico positivo, al igual que Kelsen, no contempla una solución ante las lagunas de ley.

4.3.14. Teoría egológica del derecho

Carlos Cossio, se opuso a la teoría de la lógica deductiva de la interpretación, creando la teoría egológica del derecho, bajo los siguientes principios:

- La ley es un consejo, no es el derecho.
- No se interpreta jurídicamente la ley en cuanto lenguaje, sino la conducta humana mediante la ley o a través de ella.
- El juez es inmanente al ordenamiento jurídico.
- Su actividad conlleva asimismo una creación de derecho.
- En las sentencias utilizan tres clases de juicios lógicos:
 - Juicios en formas empírico-dialécticas: se individualiza y no tiene suficientes elementos de raciocinio para ello, escoge ciertas circunstancias y las imputa entre sí, constituyendo esa valoración el fundamento de la juridicidad.
 - Juicios deductivos: emanan de la estructura lógica legal o lógica jurídica pura, es decir juicios que sólo son así y no pueden dejar de ser así.

- Juicios deductivos-acertivos: es decir, juicios con valor puramente de hecho, fundados en la existencia de la ley.

CAPÍTULO V

5. Jurisprudencia

5.1. Diferentes acepciones de la jurisprudencia

En el sentido estrictamente etimológico y por estar formada por los vocablos latinos *juris* y *prudentia*, la palabra *jurisprudencia* significa pericia en el derecho, saber derecho, sabiduría en derecho. Por esta razón suele tomarse como sinónima de derecho. Se dice así, que la *jurisprudencia* es la ciencia del derecho, es la ciencia jurídica. Ulpiano la definió como “*Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti injustique scientia*”²⁶ (el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto), las primeras palabras de esta definición pertenecen a la definición de la filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y lo injusto (es necesario aclarar, que algunas obras de Derecho Romano, aparece Justiniano como autor de esta definición de *Jurisprudencia*, en el Diccionario consultado, refiere que fue Ulpiano el creador de esta definición).

“La *jurisprudencia* no consiste solamente en el conocimiento de las leyes usos y costumbres sino que exige también una noticia general de todas las cosas sagradas y profanas a que pueden aplicarse las reglas de la justicia. Otros definen la *jurisprudencia* diciendo ser: El hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y de aplicarlas oportunamente a los casos que ocurren. También se llama *jurisprudencia* a los principios que en materia de derecho se siguen en cada país o en cada tribunal; el hábito que se tiene de juzgar de tal o cual manera una misma cuestión y la serie

²⁶ Ahrens, Enrique; **Historia del Derecho**; Pág. 1131

de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbre de un mismo punto de derecho”.²⁷

Conocimiento del derecho, ciencia del derecho, teoría del orden jurídico positivo o doctrina jurídica, en otra definición, sirve para designar el conjunto de principios generales emanados de los fallos uniformes de los Tribunales de Justicia para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; corresponde a las normas jurídicas individuales emanadas de sentencias enunciadas por los Tribunales de Justicia.

“Conjunto de principios generales emanados de los fallos de los tribunales de justicia para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.²⁸

“La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales de Justicia. En la función jurisdiccional, el juez debe aplicar las normas jurídicas a estos casos concretos sometidos a su conocimiento”.²⁹

²⁷ **Ibid**, Pág. 1131

²⁸ Pacheco G. Maximo; **Ob. Cit.**; Pág. 346.

²⁹ **Ibid**, Pág. 347

5.2. Antecedentes de la jurisprudencia

5.2.1. Surgimiento de la jurisprudencia en el derecho romano

En el derecho romano arcaico al lado de las Doce Tablas y en cierta forma, como consecuencia de estas encontramos la interpretatio prudentium, es decir, la interpretación de las leyes, para casos concretos. Claramente se desprende que el conocimiento del derecho y de la ciencia de su interpretación, estuvieron por más de cien años, después de la legislación de los decenviri, en manos de los pontífices. Son los jurisconsultos los que determinaban cual era el derecho y sus alcances. Los jurisconsultos interpretaban lo que decía el derecho.

A través de la interpretatio (interpretación) los pontífices cambiaron en mucho, el significado original de las doce tablas extendiendo su aplicación a nuevas situaciones. La atribución significativa fue tal que el ius civile fue considerado como una creación de la interpretación, compositum por los prudentes. Expuesto lo anterior se afirma que en Roma existió una específica actividad denominada iurisprudencia, cuya función característica era la interpretación (estudio, análisis, determinación) del derecho. La tradición romana es del todo exacta al colocar la cuna de la jurisprudencia en el colegio de los pontífices, a los cuales correspondió, durante los dos primeros siglos de la República, la custodia y la determinación del derecho mediante la interpretatio. De esa forma tenemos que la interpretatio era la función central de la jurisprudencia pontífica, a través de la cual los prudentes o jurisconsultos determinaban el derecho y señalaban sus alcances.

Mediante la adscripción del significado dado a las normas jurídicas romanas, la jurisprudencia reelaboró, en gran medida el *ius civile* (el derecho romano).

La actividad de los pontífices era la de intérpretes naturales del *fas* y de los *mores maiorum* (costumbre) y controlaban las fórmulas procesales y las de los negocios del antiguo *ius civile*.

Las funciones que tuvieron los pontífices eran tres, que luego las desempeñaron los juristas laicos:

- a. *Cavere*. Los pontífices indicaban a las partes los medios que tenían para asegurarse el negocio jurídico; les proporcionaban las fórmulas negociables.
- b. *Agüere*. Señalaban a las partes el procedimiento que debían seguir para iniciar un juicio.
- c. *Respondere*. Emitían una opinión técnica sobre un tema. Esta actividad fue muy importante en los primeros tiempos y también después.

“La interpretación de las doce tablas siguió siendo hasta principios del siglo III, un monopolio celosamente custodiado por el colegio de los pontífices, el saber de los pontífices era secreto: el tesoro de fórmulas que encerraba el archivo del colegio (los *libri pontificales*), durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros y únicamente en su seno se transmitieron, de generación en generación, los métodos de aplicación del derecho que habían desarrollado”.³⁰

³⁰ *Ibid*, pág. 3

El derecho en su forma abstracta era susceptible de ser conocido por todos, su aplicación y su significado interior habían pasado a manos de una profesión sin cuya ayuda el lego (pueblo) no podía hacer uso de él; tal profesión creó un cuerpo de esotéricas reglas subsidiarias de procedimiento e interpretación en virtud de las cuales el mero conocimiento del derecho legislado devino impráctico y casi inútil.

“La interpretación jurídica no es pues, una mera explicación del material jurídico – del lenguaje en que es formulado, del lenguaje del legislador- la interpretación jurídica muestra un rasgo característico: supone reglas exclusivas de interpretación. Este último argumento nos lleva a sostener que el derecho, o mejor dicho, el lenguaje en el que el derecho se formula se distingue claramente del lenguaje común (del cual toma su vocabulario). La jurisprudencia interpreta y reformula el derecho según un metalenguaje diferente al lenguaje común. La idea que subyace detrás de la tesis de la interpretación del derecho es pues, que la jurisprudencia es justamente la actividad que consiste en encontrar y aplicar las reglas de interpretación del lenguaje del derecho. La lectura jurídica de un enunciado del derecho no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias del metalenguaje del derecho”.³¹

La jurisprudencia pontificia es el primer metalenguaje del lenguaje jurídico del que se tiene noticia.

³¹ **Ibid**, pág. 3

En tanto como una profesión, la jurisprudencia no únicamente modificó el significado original de los materiales jurídicos sino originó la primera dogmática jurídica, creando así una terminología propia, que para los pontífices era conocida como *nomina iuris*, creó así su propia terminología, buscando una aplicación prescriptiva dentro de un sistema de derecho que en su conjunto, contribuye a forzar la significación fuera de los límites de su sentido literal. Un conocimiento de los *nomina iuris*, era indispensable para el manejo del derecho, especialmente para prever sus consecuencias en caso de aplicación. Las nuevas consecuencias a que daba lugar la interpretación, eran en cierto sentido, creación de la jurisprudencia cautelar de los pontífices.

Esta actividad de los pontífices y *iurisconsulti* cuyo rasgo característico es la interpretario (establecimiento de definiciones, reglas de aplicación, reformulación y sistematización del material jurídico), es la *iurisprudencia*, disciplina que ha conservado sus rasgos esenciales.

Es necesario tener muy presente que los pontífices y *iurisconsulti* no eran órganos de creación del derecho. A diferencia de los actos legislativos o judiciales, las reglas, reformulaciones, clasificaciones o enunciados de la jurisprudencia no son derecho; son enunciados que describen el derecho, son reglas para entender el derecho. La *iurisprudencia* no es derecho romano, es la *scientia* del derecho romano. Es el metalenguaje del derecho romano. Constituye el conjunto de definiciones, clasificaciones y enunciados que nos permiten una lectura jurídica del derecho.

Jurista o jurisconsulto era aquél que se dedicaba al manejo y dominio de la iurisprudentia.

Frente a la interpretación jurisprudencial encontramos aquélla que realizan los órganos aplicadores del derecho. Al igual que la interpretación jurisprudencial, supone una determinación del significado de los materiales que se aplican. Pero, a diferencia de la interpretación jurisprudencial, propia de los juristas, la interpretación de los órganos aplicadores es parte del derecho, es parte del material jurídico. En este sentido la interpretación producida por los órganos aplicadores (jueces); es decir, la significación dada a los materiales que aplican, es impuesta, es obligatoria. Ciertamente la actividad aplicadora del derecho, es como tal, objeto del estudio de la jurisprudencia. “Si un órgano jurídico debe aplicar el derecho, entonces tiene, necesariamente que establecer el sentido de las normas que va a aplicar; debe necesariamente, interpretar dichas normas... En resumen, todas las normas, en tanto que tienen que ser aplicadas, requieren una interpretación”.³²

La interpretación, que se supone la aplicación del derecho es parte del fenómeno jurídico. Los materiales jurídicos que han de aplicarse reciben de parte del órgano aplicador una cierta interpretación, que decide la significación de tales materiales; pero el significado del lenguaje jurídico legislado decide a su vez, el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho.

³² **Ibid**, pág. 4

Por lo que se refiere a la existencia de ciertos individuos juristas, jurisconsultos, que se dedican a explicar, describir, analizar el derecho, se dispone de suficiente evidencia para afirmar que desde la interpretatio prudentium han existido individuos que se han dedicado profesionalmente al estudio y práctica del derecho.

5.2.2. El jurista romano

“La denominación de jurisprudente y la de jurisconsulto, nos sitúa en la actividad propia de consultores públicos y privados. El jurisconsulto no era un abogado ni un profesional del derecho; no conmovía los ánimos de los jueces y jurados con bellas imágenes retóricas, ni se le suponía un simple copiador de fórmulas y documentos; se ocupaba de aconsejar lo que era más adecuado para el negocio o el pleito que sometían a su estudio”.³³

Al jurista romano no le preocupaban las construcciones jurídicas brillantes, ni las definiciones perfectas, sino sólo aquellas reglas claras, precisas y sencillas que servían para resolver los problemas de la vida cotidiana.

La enseñanza la impartían a un auditorio reducido de pocos discípulos que acudían a las consultas del maestro; así aprendían un estilo de vida y de prudencia, al mismo tiempo que breves y escuetas reglas del ius cavile, que eran necesarias para sacar de apuros a sus conciudadanos. El derecho, como la prudencia que le servía de fundamento, no era una técnica ni una ciencia que se aprendía en los

³³ García Garrido, Manuel Jesús; **Derecho privado romano**, pág.4

libros, sino un arte, una maestría que se adquiría directamente con el ejemplo de quien lo practicaba y poseía.

“La jurisprudencia era prudentia uris, el arte de saber elegir”.³⁴ Esta concepción romana de lo que significaba la jurisprudencia (entendida en esta época como derecho) podía dividirse de dos maneras: El arte de la prudencia, no es una vacía aspiración moral, sino que constituye el transplante al derecho, de aquél proceder recto y de la firme actitud que, como virtud humana, rige los azares de la vida y constituye el más rico patrimonio del pater familias. El iustitia, era dar a cada uno lo suyo, pero también lo útil y lo que no lo es para satisfacer las necesidades de la vida, era arte sublime de alcanzar unas cosas y evitar otras.

La actividad del jurista no se encaminaba a obtener un lucro o interés económico. En la concepción romana el officium o deber moral de ayudar al amigo y al conocido, el jurista daba consejos. No todos los jurisprudentes, que preferían el cultivo de la ciencia jurídica a los éxitos fáciles de la oratoria forense, llegaban a alcanzar fama y gloria. Junto a las glorias de la jurisprudencia (tómese el término jurisprudencia, como las decisiones del jurisconsulto ante cualquier controversia llevada ante él), otros muchos juristas desconocidos evacuaron consultas y redactaron contratos y documentos; algunos jurisconsultos sólo tuvieron la modesta posición de asesores de los altos magistrados de Roma y de los gobernadores en las provincias; en muchos casos, a ellos se deben las sabias decisiones y las medidas de gobierno que dieron fama y gloria a los gobernantes.

³⁴ **Ibid**, pág. 4

Los pretores y los jueces privados, que no tenían una especial preparación jurídica, requerían los servicios de estos juristas asesores.

Los jurisconsultos romanos mantuvieron un fiel apego a lo ya conseguido por sus predecesores; de ahí proceden, como notas distintivas de la labor de la **jurisprudencia romana**, la continuidad y el tradicionalismo. El laborar en íntima unión moral con los antecesores debía haber contribuido no poco al sentido eminentemente práctico de la obra que el jurista estaba llamado a realizar. En el estudio del caso, en la solución de los problemas de la práctica, el prudente había de examinar primero los medios de que se habían valido sus antecesores para llegar a un resultado justo y preciso; así, cuando el jurista llevaba a cabo alguna innovación o descubría algún remedio jurídico nuevo que suponía otro paso en la evolución del derecho, lo hacía sobre la base del derecho innovado, apoyándose fuertemente y con la mayor seguridad en la tradición.

Todo jurista se valía ampliamente de la obra de sus predecesores, se la apropiaba y reelaboraba; no daba un paso más adelante en el camino ya recorrido si antes no lo había explorado él mismo. Así conciliaba la tradición y el progreso.

La jurisprudencia opera un desenvolvimiento del ordenamiento jurídico, pero nunca un cambio revolucionario y ello porque todos los juristas mantienen un

pensamiento y una idea constante: “La de que el Derecho no puede ser originalidad y elegancia, sino más bien justicia y oportunidad”.³⁵

Guiados por el criterio de la utilitas, debían desechar toda innovación esencial que no estuviese ya acreditada por la autoridad de los predecesores y confirmada por el tiempo y la práctica. En toda la aportación de los prudentes, es característico el constante reenvío a los precedentes. Por otra parte, en toda la extensa evolución jurisprudencial, desde la República hasta el final del Imperio, dominaban los mismos métodos, idénticos procedimientos de elaboración doctrinal, con las variantes evolutivas impuestas, como es lógico, por el desarrollo del pensamiento jurídico. Tal vez concientemente, las juristas no quisieron nunca apartarse de los senderos ya iniciados y ello puede contribuir a explicar también su repugnancia por toda abstracción y teorización.

La simplicidad es también una característica constante en la técnica de los juristas; constituye uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico romano. El jurisconsulto emplea un estilo lapidario (relativo a las inscripciones en lápidas, término utilizado como irreformable, rígido, condenador, coaccionador) y utiliza con sumo cuidado cada palabra, cualquiera que fuere su valor e importancia. “La actividad intelectual del jurista está siempre presidida por las dos constantes de la lógica realista y práctica y por la simplicidad de todas sus decisiones”.³⁶

³⁵ **Ibid**, pág.6

³⁶ **Ibid**, pág. 7

5.2.3. La jurisprudencia de los pontífices

En su origen y durante los primeros siglos de la historia de Roma, la jurisprudencia se consideraba labor propia de los Pontífices. Formaban la parte más importante de los cuatro colegios sacerdotales, tenían a su cargo cuestiones de derecho sagrado y también de derecho civil, ya que el derecho estaba profundamente vinculado a la religión.

Se creía en la interpretación de los Pontífices, debido a que eran los intérpretes supremos de la *fas* o voluntad de los dioses y de las antiguas *mores* o costumbres que formaban el núcleo principal del derecho arcaico.

En el régimen político de la antigua Monarquía, los Pontífices eran miembros de la clase patricia (*honoratiores*) y gobernante; podían dedicarse a desempeñar cargos públicos sin recibir una compensación económica.

Las respuestas jurisprudenciales comienzan a darse en público y los secretos de las acciones de la Ley y las fórmulas negociables, celosamente guardados por los Pontífices, pueden ser aprendidos por los ciudadanos. La publicación de la Ley de las XII Tablas y la divulgación de una colección pontifical de acciones, por obra de Gneo Flavio, escriba de Apio Claudio, contribuyeron decisivamente al conocimiento del derecho.

Los primeros juristas laicos que menciona la tradición son Sexto y Publio Elio Peto, que fueron cónsules y censores. Sexto Elio publicó unos Comentaría Tripartita,

que fue la primera obra jurídica que contenía los elementos del derecho; es decir, el texto de la Ley de las XII tablas, la interpretatio a esta ley y a las fórmulas procesales (ius aelianum).

Mediante las respuestas (tómese el término respuestas como interpretaciones de la Ley a casos concretos), su labor no se limitaba a una interpretación de los preceptos de las XII tablas o de las antiguas costumbres (mores maiorum). Su actividad fue verdaderamente creadora; ya que extendieron los rígidos formularios negociables a otros supuestos y circunstancias, regulando nuevas fórmulas para las necesidades de la práctica. Así ocurre con la mancipatio, la utiliza como acto abstracto para alcanzar diversos fines, con la stipulatio, la solutio y otros.

5.2.4. La Jurisprudencia clásica

Se denomina clásica a la etapa de máximo apogeo y esplendor de la jurisprudencia romana, que se considera modelo. El concepto de lo clásico para el derecho, como para el arte y la literatura, supone la determinación de un modelo a imitar, basado en la fase de plenitud de una cultura. La historia del derecho clásico romano se identifica con la historia de la jurisprudencia. Ésta alcanza su máximo prestigio en la llamada época clásica que corresponde al período comprendido entre al año 130 A.C. y el 230 D.C. coincidiendo con el período de crisis de la República y el Principado.

- Primer período de formación: del año 130 A.C. que coincide con la etapa final de crisis de la constitución republicana. En ella florece la llamada jurisprudencia

- republicana o también preclásica, que elabora un original sistema jurisprudencial, mediante una magistral aplicación de los métodos de la lógica y dialéctica griega.
- Segundo período de apogeo: del año 30 A.C. al 130 D.C. que coincide con un extenso período del Principado.
 - Tercer período de decadencia: del año 130 D.C. que coincide con la etapa final del Principado, que inicia la llamada fase de la jurisprudencia burocrática.

5.2.5. La jurisprudencia republicana

En sus inicios, la jurisprudencia republicana observa los caracteres y funciones de los antiguos Pontífices. Los jurisconsultos siguen perteneciendo a la nobleza senatorial y patricia y desempeñan las más importantes magistraturas.

El más famoso de todos fue Quinto Mucio Escévola, que en frase de Pomponio “Fue el primero en sistematizar el derecho civil en una obra de dieciocho libros”.³⁷

Los juristas que viven en los últimos años de la República, época de demagogias y violencias, proceden en su mayor parte de la clase de los caballeros, aunque siguen desempeñando altos cargos y magistraturas.

Destaca además Servio Sulpicio Rufo, “que su padre era de la clase de los caballeros, sin embargo desempeñó varias magistraturas y alcanzó el consulado en el año 51, estudió dialéctica y retórica con Apolunio Molon en Rodas y según

³⁷ **Ibid**, pág. 14

Cicerón, fue el verdadero creador de la dialéctica jurídica. Se le atribuyen cerca de 180 libros, pero sólo se conoce el título de 4”.³⁸

5.2.6 La Influencia de la filosofía griega

La jurisprudencia republicana tuvo en su desarrollo el poderoso fermento del helenismo. Este movimiento intelectual del mundo griego, que influye en las diversas etapas del derecho romano, dota a los jurisconsultos republicanos de los métodos comunes del razonamiento lógico y dialéctico que proceden de las doctrinas filosóficas de Aristóteles y Platón. Sin embargo, la elaboración jurisprudencial del derecho, si bien se vale de la cultura y de los procedimientos lógicos de su tiempo, tiene características propias y definidas, presentándose como una aportación original del genio jurídico romano.

El derecho era para los juristas romanos una ciencia y un arte, destinado a la práctica y decisión de los problemas concretos en las relaciones humanas. El método y la técnica jurisprudencial son típicamente romanos y en todas las etapas, desde la jurisprudencia pontifical a la burocracia, predomina la tendencia del casuismo, a la solución concreta del caso planteado en una magistral concreción.

La doctrina de los romanistas se ha ocupado de determinar la influencia de la dialéctica y retórica griega en los juristas republicanos, especialmente en Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo. Según Pomponio, Mucio fue el primero en estudiar el derecho civil mediante la distinción en géneros. Este jurista tuvo frecuente acceso

³⁸ **Ibid**, pág. 15

a las fuentes de la dialéctica y retórica y frecuentó el círculo de Escisión y de Panecio donde se discutían las doctrinas de los filósofos griegos.

Cicerón refería que todo el saber de los pontífices estaba desunido y desconectado, hasta el momento en que se inició la sistematización por genero, argumenta asimismo, que corresponderá a otro, ser el primero en construir el ius civile per genera; y distribuidos como miembros de un cuerpo y de aclarar mediante definiciones la función de cada una. Con esto tendría un sistema perfecto del ius civila, rico y fecundo y no difícil y oscuro.

Los estudios sobre la utilización de las categorías dialécticas de genera y species y de los métodos diviso y partitio, han llevado a conclusiones precisas en relación con los libros didácticos de instituciones. Aparte de la utilización generalizada por los juristas de distintas distinciones, no se ha llegado a ninguna conclusión definitiva sobre su empleo por la jurisprudencia, que sigue métodos de elaboración casuística. A lo más que podía llegarse en el terreno de las hipótesis es a constatar una tendencia a la abstracción y a la elaboración de máximas y generalizaciones en las obras de los juristas republicanos.

5.2.7. La etapa clásica central de la jurisprudencia

“La etapa de mayor esplendor de la jurisprudencia se inicia con el Principado de Augusto; principalmente en el período de transición de la República al Principado, esta época se caracteriza por los juristas partidarios y contrarios al nuevo orden

político que instauro Augusto. Durante esta época se le daba cierta vinculación de la jurisprudencia al Príncipe”.³⁹

La antigua práctica jurisprudencial de dar respuestas fue en cierto modo sometida al control imperial, que concedió a prestigiosos juristas la facultad de dar respuestas en nombre del Príncipe (*ius publice respondendi ex auctoritate principis*). El propósito de Augusto al conceder este derecho sería que el jurista así distinguido tuviese una autoridad mayor que los demás juristas y sus decisiones influyesen en los magistrados y jueces.

Los emperadores se aseguran también la colaboración de los más importantes juristas, haciéndoles participar en su consejo (*consilium principis*). Aunque la práctica de hacerse asesorar por jurisconsultos comienza con Augusto, es Adriano el que convierte este consejo en un órgano permanente, con funcionarios a sueldo y le encomienda importantes funciones judiciales y administrativas. Con ello, la jurisprudencia se convertiría en una función burocrática.

Una de las figuras más importantes de jurisconsultos que cierra el período clásico es Sabio Juliano, se le encargó la codificación del edicto y entre lo que se puede resaltar de sus noventa libros de *digesta*, son las respuestas y decisiones ordenadas por el sistema edictal. Su discípulo Sexto Cecilio Africano escribió una obra de *quaestiones*, en las que divulgó las decisiones de Juliano.

³⁹ **Ibid**, pág. 26

5.2.8. La jurisprudencia clásica tardía

La última etapa de la jurisprudencia clásica (año 130 al 230 D.C.), se caracteriza por la progresiva centralización del derecho en la cancillería imperial, formada por los jurisconsultos y la transformación de estos en burócratas. El período de transición lo marca la época del Emperador Adriano y el jurista Salvio Juliano. Con la codificación del edicto que éste realiza, se detiene la gran obra de creación de nuevas acciones y medios procesales.

El nuevo procedimiento cognitorio, con su tramitación ante un juez único y la jerarquizada apelación, supone un nuevo modo de actuar de la jurisprudencia. La importancia del derecho se centró hasta este momento histórico, no en el edicto ni en las respuestas de los juristas, sino en los escritos y resoluciones imperiales en los que los jurisconsultos tienen también una importante intervención.

Juliano reconoce que la tarea fundamental de interpretar y crear derecho corresponde al Príncipe: “Una vez establecido el derecho, se ha de determinar con más certeza mediante interpretación o mediante constitución del óptimo Príncipe”.⁴⁰

Por otra parte, el derecho estudiado por los juristas, tradicionalmente centrado en el pasado, se extiende a todas las cuestiones relacionadas con la administración en general y con otras ramas como el derecho de los funcionarios públicos y el derecho penal y fiscal. Por ello, se establece una distinción entre el derecho privado y el derecho público.

⁴⁰ **Ibid**, pág. 33

Los juristas de esta etapa se dedican preferentemente a redactar extensos comentarios al edicto pretorio y a las obras de los juristas precedentes, en una tendencia enciclopédica a extractar y reunir toda la aportación jurisprudencial.

Es característica de esta jurisprudencia la tendencia a resumir los principios jurídicos, que se deducen de la casuística, en forma de reglas, sentencias y definiciones. No debe desvalorizarse, por ello, la labor realizada por los últimos juristas clásicos, que es la que mejor conocemos al haber sido la más utilizada por los compiladores justinianos.

Los juristas de mayor prestigio pertenecen a la clase de los caballeros y la mayoría de ellos son de origen provincial y sobre todo, proceden de la mitad oriental del Imperio. Uno de ellos es Pomponio, maestro de derecho que reunió toda la sabiduría jurídica de la jurisprudencia anterior. Su obra más conocida es Enchiridion o manual elemental, que ofrece la única historia de la jurisprudencia que se encuentra en la literatura jurídica clásica.

Cervicio Escévola, de origen provincial, pertenecía al estamento de los caballeros; consejero del Emperador Marco Aurelio. Se caracteriza por su estilo claro y lacónico en sus numerosas respuestas, sobre éstas se elaboraron tres obras casuísticas de las que es probable que él redactase sólo las cuestiones, publicándose después de su muerte los digestos y respuestas.

El más famoso y desconocido jurista de esta época es Gayo. Probablemente fue un maestro de derecho que nació y vivió en una provincia oriental. Su obra más importante son las famosas instituciones, manual didáctico que ha tenido la mayor influencia en la compilación justiniana y en la sistemática del derecho. Al ser el libro de texto para el primer curso de derecho en las Escuelas de Berito y Constantinopla, tuvo una extraordinaria difusión después del siglo IV. En este manual, se instaura un nuevo sistema u orden de materias que va a ser el más seguido en la literatura didáctica y científica posterior, utilizando una sistemática escolástica de géneros y especies.

Aunque el manual de Gayo adolece de imperfecciones y lagunas, debe considerarse como la obra más importante de cuantas nos han llegado porque se conservó prácticamente intacta y no sufrió alteraciones sustanciales de los compiladores justinianos. Gracias a este libro, podemos conocer las más antiguas instituciones y el procedimiento de las acciones de la ley y el formulario.

La importancia de este maestro de derecho deriva del hecho de que sus instituciones aún perduran, aunque con variantes, la idea sustancial se mantiene, en su época debió de ser un jurista desconocido y de poca categoría científica, como demuestra el hecho de que no aparezca citado por sus contemporáneos ni por los juristas que le siguen.

Después de varios juristas posteriores a Gayo, se produce en la segunda mitad del siglo III D.C., un final imprevisto de la jurisprudencia romana. A partir de

Diocleciano, al acentuarse el monopolio burocrático, se impone el anonimato de los juristas. La crisis que sufre el imperio se refleja en lo jurídico, en una falta de personalidades oscurecidas por la burocracia imperial. El vulgarismo jurídico y el oficialismo, imponen el uso de colecciones y compilaciones de constituciones imperiales, conocidas como *leges* y de las obras de los juristas clásicos.

5.2.9. El casuismo en las obras jurisprudenciales

“El caso o supuesto concreto, que motiva la respuesta o decisión del jurista, es el inicio y la base de todas las obras jurisprudenciales. En todas ellas predominan las decisiones sobre casos. Tanto en las que se consideran de problemática jurídica, como en los extensos tratados sistemáticos de *digestos* o en los comentarios. Las reglas y principios que se deducen de estos supuestos concretos, sirven para decidir sobre otros casos que se encuadran en instituciones jurídicas”.⁴¹

La finalidad de todos los escritos jurisprudenciales es fundamentalmente la práctica; es decir, encontrar la acción más oportuna o sugerir al litigante la fórmula más adecuada para su caso. El casuismo jurisprudencial, es conocido propiamente en las etapas históricas; desde los juristas republicanos, a los últimos del período clásico.

Por este continuo y uniforme método casuístico en la historia, puede hablarse de continuismo y tradicionalismo de la jurisprudencia, calificándose a los juristas como personalidades fungibles. El derecho se realiza en un proceso lento a través

⁴¹ **Ibid**, pág. 39

de los siglos; participando varias generaciones de jurisconsultos, animados por el idéntico propósito de servir a la justicia y a la equidad.

Tomando en consideración los distintos niveles de elaboración y sistemática, se puede establecer la siguiente clasificación de las obras jurisprudenciales:

Obras de casuística de la problemática jurídica: Constituyen el grupo más numeroso e importante; están dedicadas exclusivamente al análisis y decisión de problemas y casos que plantea la práctica jurídica. El contenido de estas obras que se titulan Responso, Quaestiones o disputaciones era el siguiente:

- Respuestas orales que deban los juristas a los consultantes o a sus discípulos y que estos últimos redactaban.
- Respuestas por carta o escrito a particulares o a magistrados y jueces.
- Quaestiones o casos hipotéticos planteados con fines didácticos o científicos. Estos supuestos se sometían a la opinión de los juristas por los discípulos; tenían relación muchas veces con casos concretos o semejantes.
- Disputas o controversias sobre decisiones jurídicas que se tenían en los tribunales o auditorio del jurista.
- Libros de reglas o enunciaciones de principios, a los que se llega en el análisis del caso. Las reglas resultan de un proceso de simplificación de las circunstancias del caso.

Obras sistemáticas: En ellas se sigue un cierto orden o sistema al exponer los casos y decisiones:

- Digestos: La redacción se hace siguiendo un orden que se convierte en tradicional, a partir de Celso y de Juliano. La primera parte contiene materias de derecho civil, ordenadas siguiendo el sistema del edicto; la segunda trata de materias relacionadas con leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales, en las que se sigue un determinado orden. Los digesta eran tratados completos de derecho civil que se referían a las instituciones más que a las acciones y medios judiciales; en ellos el autor complementaba sus respuestas con las de otros juristas o con reflexiones más extensas.
- Monografías: Son obras que contienen tratados sobre instituciones especiales (usucapión, estipulación, esponsales, matrimonio, etc.) o sobre determinadas leyes, senadoconsultos o constituciones. Muchas de estas obras son ediciones separadas de obras jurisprudenciales, elaboradas en época post clásica.

Comentarios: Son las obras más extensas de la literatura jurisprudencial. Pueden ser clasificadas en los siguientes grupos:

- Comentarios al derecho civil
- Notas y comentarios a las obras de juristas
- Comentarios al Edicto del Pretor (libri ad edictum) y de los ediles curules
- Comentarios a leyes y senadoconsultos
- Comentarios al edicto del gobernador de la provincia.

Obras, instituciones o didácticas: entre ellas destacan las famosas instituciones de Gayo, con su sistema innovador de dividir la materia civilística en personas, cosas y acciones.

Libros de definiciones, diferencias, sentencias y opiniones: Son obras que se destinan a la enseñanza o a la práctica del derecho, porque reúnen máximas o principios derivados de las decisiones jurisprudenciales que facilitaban su cita (recitario) ante los tribunales. No siempre son auténticas estas obras, ya que en la época post clásica existía gran demanda de ellas y se elaboraban sirviéndose de escritos o fragmentos de los juristas clásicos.

El sistema u ordenamiento de estas obras sigue esquemas simples, como el edictal, que facilitaba la decisión sobre las distintas acciones a ejercitar. Se ha criticado a los juristas romanos por su falta de capacidad para la sistemática y la dogmática jurídica.

Sin embargo, la jurisprudencia romana tenía una técnica peculiar y se valía de unos procedimientos, en la formulación y desarrollo del derecho. No puede afirmarse que existía una Dogmática Jurídica en la jurisprudencia romana, ya que ésta nunca elaboró una ciencia ni una doctrina del derecho que no fuera encaminada directamente a la práctica. La sistematización, que supone la formación de categorías, atendiendo a los elementos comunes que presentan las instituciones, era utilizada por los juristas en la medida en que servían para encuadrar los problemas

concretos y distinguir las reglas y principios, agrupándolos en categorías precisas y homogéneas.

Para los jurisconsultos, el derecho brota como formación espontánea de la vida social, que ellos se encargan de plasmar y encauzar en principios y reglas y la vida como tal es desordenada, no puede encerrarse en unos límites lógicos y rígidos. Cuando el jurista tiene que atender a una necesidad concreta, en un consejo o respuesta, no puede detenerse a considerar en que estructura o clasificación encaja mejor para una ordenación ulterior. Cuando comenta una cláusula edictal o una constitución, se atiende al orden en ella establecido, que es el que en definitiva ha de seguirse cuando se llega a su aplicación a un caso determinado.

Los juristas romanos no consideran, como los modernos, el ordenamiento del derecho como complejo a sistematizar. Este intento no estaba en su actividad, no sólo por la repugnancia del jurista hacia la abstracción puramente lógica, sino también porque la falta de coordinación entre los varios ordenamientos impedía considerar al derecho vigente como un complejo unitario y homogéneo.

Esta misma falta de unidad y la diversidad de elementos integrantes del derecho, eran obstáculos insuperables para la sistematización. No obstante los jurisprudentes construyeron categorías homogéneas, formadas con las particulares instituciones jurídicas y extrajeron los principios fundamentales de las teorías individuales para ponerlos en relación con otras teorías. En la elaboración y

estructuración de las instituciones civilísticas más antiguas, siguen indudablemente, una línea de ordenación y sistema.

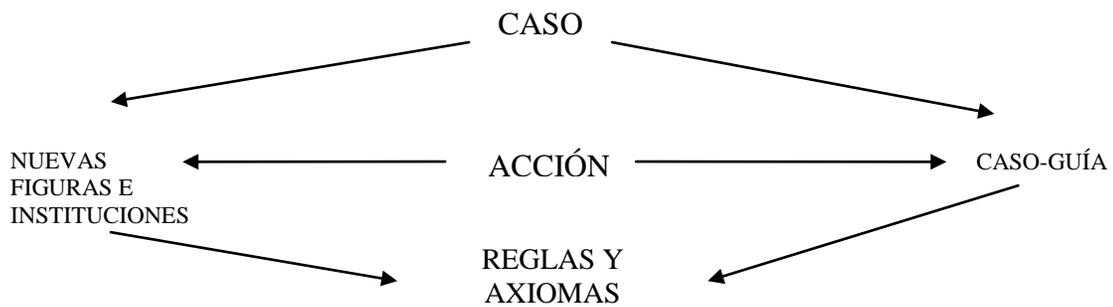
5.2.10. La técnica de elaboración casuística

El jurisconsulto romano utilizaba múltiples medios y recursos de técnica jurídica en la elaboración casuística, en la deducción de principios y reglas y en la adaptación y creación de nuevas instituciones. Para su estudio, es necesario partir del caso concreto, analizando los elementos o circunstancias que fundamentan las decisiones. De los casos o supuestos base deben distinguirse los casos-guías o modelos, que ofrecen la base de comparación para la solución de otros análogos o contrarios.

En la exposición de los mismos se sigue un cierto orden o sistema interno, con el objetivo de decidir sobre las acciones y medios procesales y centrado en el Edicto del Pretor. En las decisiones jurisprudenciales, aparecen íntimamente ligados y fundidos los aspectos procesales o formales y los sustanciales o materiales del derecho, que los juristas modernos distinguen.

También, tomaban en cuenta que por encima de las decisiones particulares y de la construcción de principios y reglas, están las antiguas instituciones del *ius civile* y los principios morales que inspiran el ordenamiento jurídico.

Con el siguiente esquema se explicará de mejor manera el modo de proceder de los juristas al elaborar jurisprudencia:



Fuente: Resumen esquemático, Manuel Jesús García Garrido, **Derecho Privado Romano**, pág. 47

- a. Caso: Supuesto de hecho que el jurista analiza en cada uno de sus pormenores o elementos. Le sirve de base para decidir con arreglo a criterios de justicia y utilidad inmediata.

- b. Caso-guía: Se trata de determinados casos o supuestos de hecho, que por su extenso ámbito de aplicación o por la especial elaboración técnico-jurídica de que han sido objeto en una o en varias decisiones, se considera como patrón o modelo para la solución de casos parecidos. En este ámbito, la jurisprudencia opera principalmente con la técnica de las conexiones, en la que interviene sobre todo la analogía.

- c. Reglas y axiomas jurídicos: Comprende, no sólo las regulae, en sentido técnico, sino también los juicios y decisiones que los juristas formulan, abstrayéndolos del caso-guía o conjunto de casos en el que tiene aplicación. El valor de estos juicios y axiomas resulta, tanto de su correspondencia con criterios de equidad, como de su fundamento en la autoridad de los juristas, que con sus decisiones similares han contribuido a crearlos. De particular interés son los axiomas

formulados por los juristas en torno a los comentarios al edicto del Pretor y a las leyes.

Las nuevas decisiones sobre los casos y los casos-guía y las reglas y principios que sobre ellos se elaboran, se encuadran en las antiguas instituciones formadas en usos y costumbres tradicionales, como las procedentes de las XII tablas. A su vez, el progreso en el derecho consiste en ir modificando las rígidas instituciones y crear otras nuevas, valiéndose de las acciones y medios procesales que el Pretor crea a instancias de los juristas. Mediante la técnica de las conexiones, la jurisprudencia crea nuevas figuras e instituciones jurídicas, a medida que la complejidad del tráfico jurídico lo requiere.

“Las instituciones jurídicas y las acciones se desarrollan en vías paralelas, y se polarizan en torno a los dos sistemas de derecho civil y de derecho pretorio, ambos presididos por la autoridad jurisprudencial”.⁴²

Es necesario destacar cómo, la aplicación del método, el arte o instinto jurídico es anterior a la técnica del derecho. En la antigua jurisprudencia se distinguieron dos formas más de técnica jurídica:

- Método analítico: Que opera sobre los actos o relaciones jurídicas y sobre el procedimiento.

⁴² García Garrido, **Ob. Cit.** Pág. 48

- Ley de la economía lógica: consiste en la tendencia jurisprudencial a no crear medios y procedimientos nuevos, para producir lógicamente lo que ya se podía efectuar con los medios disponibles.

“El poder de concepción del jurista romano hace que este arte llegue a ser técnica de elaboración y de creación. La simplificación de las circunstancias del caso y la generalización de las consecuencias jurídicas que se derivan de él, lleva a la regla en un proceso de concreción-abstracción”.⁴³ Y esto da como resultado una respuesta eficaz ante una controversia dilucidable.

5.2.11. Las motivaciones y fundamentos de las decisiones jurisprudenciales

A lo largo del estudio de respuestas y elaboraciones casuísticas de los juristas romanos, se encuentran los motivos y fundamentos que ellos mismos dan de sus decisiones; ello permite llegar a conclusiones que sitúan la labor jurisprudencial en una función central, respecto a las dos teorías extremas de considerar a los juristas como dueños de una lógica férrea, semejante a los matemáticos o imputarles un estilo autoritario que los liberaba de fundar sus decisiones.

Las principales motivaciones que los juristas toman como fundamento de sus decisiones lógicas o probabilísticas son:

- Argumentaciones de carácter lógico o gramatical. Los juristas muestran en sus razonamientos que han tenido una formación lógica y es probable que utilizaran

⁴³ **Ibid**, Pág. 49

especialmente la proposicional de la filosofía estoica. No obstante, siguen la propia del derecho que les lleva a resultados distintos de los que alcanzarían con una explicación estricta de los métodos rígidos de la lógica.

- Motivaciones basadas en argumentos ya utilizados por otros juristas comúnmente, admitidas. En ellas, los jurisconsultos se declaran conformes con los criterios seguidos en la resolución de casos semejantes.
- Fundamentos en reglas jurídicas, entendidas en sentido amplio como formulación de los principios aplicados en los casos.
- Motivaciones basadas en opiniones discutidas de otros juristas que dan lugar a controversias o disputas.
- Interpretaciones de términos del lenguaje común o de la voluntad de la persona que realiza el acto jurídico.
- Motivaciones basadas en la analogía o en argumentos lógicos, como la reducción al absurdo, el argumento contrario, las extensiones y las equiparaciones, etc.
- Motivaciones basadas en los principios inspiradores del orden jurídico, como la iustitia, la aequitas y la bona fides.

Como consecuencia del apego de los juristas a la casuística, no se han encontrado motivaciones basadas en la aplicación o deducción de conceptos en las instituciones jurídicas. Por otra parte, existen muy pocos ejemplos de decisiones motivadas en la posibilidad de ser o no encuadradas en una norma jurídica. Esto

demuestra que lo que hoy constituye la principal actividad de los juristas tenía una importancia muy secundaria en la técnica de la jurisprudencia romana.

5.2.12. La formulación de principios generales: reglas, definiciones y máximas

“En los principios jurídicos que los juristas elaboraran en torno a la casuística, pueden distinguirse lo que son decisiones sobre el caso concreto, aunque aparecen algunas veces separadas del caso, no tienen valor fuera de él; de las formulaciones abstractas de principios, máximas y reglas. Es muy difícil determinar la procedencia de éstas últimas que eran especialmente buscadas y aisladas por las escuelas post-clásicas y por los compiladores a los que se debe la redacción. La tendencia a formular principios generales, que se atribuye especialmente a la llamada jurisprudencia de las reglas de la época republicana, tiene una función subordinada a las decisiones casuísticas en los juristas clásicos”.⁴⁴

En relación con el grado de abstracción de los casos o supuestos para los que nacen, pueden distinguirse las siguientes formulaciones de principios generales:

- Decisiones generales: consisten en ideas abreviadas o resumidas de un grupo o serie de casos semejantes. Sobre las decisiones de estos casos se deducen o abstraen determinadas ideas o conclusiones.
- Máximas, jurisprudencias reiteradas en las obras de los juristas y tradicionalmente admitidas.

⁴⁴ García Garrido; **Op. Cit.**, Pág. 55

- Reglas en sentido técnico (*regulae iuris*) de alcance general y de objetivo limitado a la explicación del derecho, destinadas a facilitar la práctica de los tribunales o a la enseñanza. Según Paulo “Es la regla la que describe brevemente como es una cosa. No que el derecho derive de la regla, sino que ésta se abstrae del derecho existente. Así pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las cosas y como dice Sabino, es a modo de resumen que si falla en algo, resulta inútil”.⁴⁵ De conformidad con esta explicación, podemos concluir que los mismos juristas se oponían a una explicación generalizada que conduciría a veces a contradicciones.

- Definiciones entendidas en un sentido general como formulaciones de principios jurídicos o en un sentido lógico como noción o explicación de una palabra o de una cosa. Los juristas romanos utilizan la definición en función de la solución del caso concreto o de la interpretación de los términos de la ley o del Edicto o también de un acto negocial. Consciente de los peligros que puede representar una generalización excesiva, declara “En el derecho civil toda definición es peligrosa, pues no es difícil que tenga que ser alterada”,⁴⁶ esto nos indica que una definición en materia civil por su generalidad o excesiva brevedad, puede ser atacada en la exposición o defensa de la causa o supuesto que la motiva y quedarse corta o de ser necesaria una nueva.

⁴⁵ **Ibid**, Pág. 57

⁴⁶ **Ibid**, pág. 58

5.2.13. La analogía

Los juristas romanos utilizaron con mucha frecuencia la analogía, como medio para extender y aplicar las decisiones a otros casos y supuestos que consideraron semejantes o parecidos. Para comprender las numerosas aplicaciones de este recurso técnico-jurídico, es preciso entenderlo en un sentido amplio de interpretación, extensión y creación de principios jurídicos basados en una razón de semejanza.

El ámbito de aplicación de la analogía es muy amplio y actúa mediante numerosas extensiones y equiparaciones; dentro de los medios de elaboración jurisprudencial se encuentran:

- Decisiones sobre casos que se aplican a otros semejantes, sobre todo las que se refieren a casos-guía o tipos.
- Reglas jurídicas y definiciones
- Instituciones jurídicas que se construyen partiendo de las primitivas instituciones del antiguo derecho civil.
- Acciones que se sugieren al Pretor y que éste incluye en su edicto como acciones útiles o *in factum*.

Con el continuo recurso a la analogía que parte del caso concreto, se crean reglas instituciones y acciones a medida que surgen nuevos problemas y es necesario arbitrar nuevas soluciones jurídicas.

5.2.14. La ficción

Los juristas actuaron en vía lógica e interpretativa, podían crear un nuevo derecho mediante extensiones y equiparaciones analógicas, pero no podían imponer la ficción, que es un recurso lógico y de carácter imperativo. En este sentido, la ficción se distingue de la analogía en que es un medio técnico que conduce a una inexactitud lógica o jurídica.

“Los jurisconsultos romanos, cuya autoridad repercutiría en todos los ámbitos de la vida jurídica, sugerirían al Pretor o al legislador la introducción o aplicación de determinadas ficciones, pero no las aplicaban directamente, porque la ficción aparece como un acto de autoridad al que no era posible llegar en vía de interpretatio. Por ello, en las elaboraciones jurisprudenciales, la ficción se traduce en una asimilación de supuestos y circunstancias”.⁴⁷

En las fuentes romanas, la ficción se presenta como un medio técnico-jurídico, al que recurre el Pretor o el legislador para obviar un obstáculo o impedimento que se opone a la concesión de una acción o a la aplicación de una ley. Se encuentran así ficciones pretorias y otras impuestas por la ley y los senadoconsultos, pero no existen ficciones jurisprudenciales propiamente dichas.

⁴⁷ García Garrido; **Ob. Cit.** Pág. 60

5.2.15. Las decisiones casuísticas en las constituciones imperiales

Los decreta de los emperadores o sentencias dictadas en procedimiento extraordinario y los rescripta o respuestas de la cancillería imperial, siguen los mismos métodos de elaboración casuística de la jurisprudencia. La práctica de emitir rescriptos o decisiones imperiales sobre los casos que le sometían los particulares, asume una especial importancia con las reformas de Adriano. A partir de este emperador, los juristas mencionan sistemáticamente en sus obras los rescriptos y derechos imperiales.

Los emperadores intervienen en el derecho, incluyendo sus decisiones en la tradición jurisprudencial y utilizando los mismos métodos que los juristas. Con la participación de estos en el consejo del Príncipe y en la cancillería imperial, tienen una influencia decisiva y orientadora sobre todo el derecho del principado.

Los jurisconsultos aceptaban las decisiones imperiales como dotadas de autoridad superior a la suya. Los casos resueltos por el Emperador se consideran como casos-guía, con valor precedente para la solución de posteriores casos. Por otra parte, en el ambiente de la cancillería imperial los juristas realizan una selección de los más importantes rescriptos, de los que deducen principios jurídicos de aplicación generalizada. Estos principios se coordinan y encuadran en esta labor de aislar y deducir los principios generales de los casos concretos.

En las decisiones imperiales, se utilizan las equiparaciones o extensiones analógicas de la jurisprudencia. Es importante observar el mismo recurso a las

equiparaciones en los rescriptos que en las respuestas jurisprudenciales y el que no recurra a la ficción, característica del Pretor o de la legislación comicial. Por lo tanto, se afirma que los rescriptos imperiales constituyen auténtica jurisprudencia, ya que nacen y se desarrollan en íntima unión con la actividad de los jurisconsultos.

5.2.16. La jurisprudencia y la legislación post clásica

En el derecho post clásico se produce uno de los más decisivos e importantes cambios para la evolución posterior del derecho: el paso de una concepción jurisprudencial del derecho, en continua evolución a través de la solución de los casos, a una concepción legislativa, cristalizada en unos textos escritos que contienen el derecho aplicable a los nuevos casos que se presenten.

A esta nueva concepción que concibe el derecho centralizado en la legislación imperial contribuyen diversos factores:

- La desaparición de los jurisconsultos y su sustitución por los nuevos maestros de Derecho. Hasta la época de Dioclesiano, los juristas burocráticos, adscritos a la cancillería, producen abundantes rescriptos que continúan la tradición técnica del casuismo. Con Constantino, las leyes generales tienen absoluta prevalencia y se sigue un criterio legislativo incluso en las decisiones casuísticas.
- Las nuevas ediciones y la práctica de la recitatio ante el juez que llevan a una cristalización y vulgarización de la literatura clásica, en las que se confunden las respuestas jurisprudenciales y los rescriptos imperiales.

- La ley de citas de Teodosio y Valentiniano, del año 426 establece una lista cerrada de juristas y una dogmatización del derecho jurisprudencial de estos jurisconsultos.
- Los libros y colecciones escolásticas de leges y iura contribuyen a una confusión de las distintas fuentes del derecho y a una tendencia a simplificar el derecho en reglas y principios de distinta procedencia, que se canonizan como leyes válidas para la solución de nuevos casos.

“La compilación de Justiniano, que representa el triunfo del clasicismo de las escuelas orientales en la valoración de las decisiones jurisprudenciales clásicas, contribuye también a su transmisión a las siguientes generaciones como cánones o principios de aplicación universal”.⁴⁸

5.3. Jurisprudencia romana en los sistemas europeos

5.3.1. Derecho romano y tradición jurídica europea

El Corpus Iuris de Justiniano señala el inicio de una prolongada tradición jurídica que llega hasta las codificaciones civiles del siglo XIX. Se ha hablado de una segunda vida del derecho romano, que marca un largo período histórico en el que se alternan orientaciones prácticas con tendencias cultas. Las primeras pretenden servirse de la aportación clásica para aplicarla a las necesidades de su época; las segundas, dominadas por un sentido científico e histórico pretenden reconstruir el derecho romano en sus distintas fases históricas.

⁴⁸ **Ibid**, pág.64

“En Oriente, Justiniano, llevado por su clasicismo, tiene el convencimiento de que la obra realizada por sus compiladores es perfecta; por ello prohíbe que se realicen comentarios y síntesis. En Occidente, existe una fase de intensa vulgarización del Derecho Romano en la legislación visigoda. En las Edades Media y Moderna se suceden etapas de vulgarismo o de clasicismo en momentos de auge o de decadencia”.⁴⁹

Las fases más importantes están señaladas por las siguientes escuelas y tendencias doctrinales:

- La escuela de los glosadores de Bolonia, que a partir del descubrimiento del manuscrito del Digesto en el siglo XII, inicia una labor de comentarios y anotaciones marginales, denominadas glosas. Este primer renacimiento del derecho romano se debe especialmente a Irnerio, maestro de retórica y gramática, junto a sus discípulos y continuadores, entre los que destacan Azón y el famoso Acurcio. Este último reunió las glosas en una obra llamada Magna Glossa o Glossa ordinaria.
- La escuela de los comentaristas o postglosadores del siglo XIV. Realiza comentarios y síntesis de las obras de los glosadores, deduciendo de éstas máximas generales o principios jurídicos para solucionar los problemas prácticos de su época. Entre los comentaristas, destaca Bártolo de Sasoferrato, profesor de Babilonia y Perusa. Los comentaristas y dictaminadores elaboran un derecho

⁴⁹ **Ibid**, pág.65

común en torno al derecho canónico y al derecho romano; consideran a este último como derecho revelado. El derecho común se concibe como un ordenamiento de aplicación universal, superior a los derechos regionales y locales. Con ayuda del método escolástico, los juristas del derecho común construyeron principios, instituciones y categorías, que fundamenten el sistema del derecho europeo.

- Frente a las tendencias prácticas de los comentaristas, se inicia un movimiento humanista en el siglo XVI, consecuencia del Renacimiento. Pretende reconstruir el derecho de Roma, tal como se realizó en su momento histórico, con sus diferentes fases y factores. Este movimiento cultural, nacido en Francia y llamado por ello *mos gallicus*, pretende liberar las fuentes de todas las alteraciones y modificaciones introducidas por los sucesivos compiladores y comentaristas, reconstruyendo el derecho clásico original.

- La Escuela de Derecho Natural propugnaba un derecho universal para todos los pueblos. Aunque se considera al derecho romano como la suprema razón escrita (*ratio scripta*), se mantiene la creación de un nuevo derecho, basado en la lógica y en una dogmática de validez universal. En esta corriente doctrinal que se inicia en el siglo XVII con notables romanistas como el holandés Vinicio, destacan los dos grandes juristas franceses Domat y Pothier; estos influyeron decisivamente en el Código Civil francés de 1804 con sus extensos tratados de Pandectas.

- La escuela histórica alemana considera el derecho de un pueblo como el producto espontáneo de su propio espíritu, tan auténtico como puede ser el arte, la lengua y el folklore. La figura más importante de esta escuela es Federico Carlos Savigny con su Sistema del Derecho Romano; destacó el valor permanente del derecho como base y componente genuino de la cultura occidental. Savigny considera al derecho bajo dos puntos de vista diferentes: como la historia y como sistema. La primera explica el derecho como producto natural y espontáneo del espíritu del pueblo, que se nutre de fundamentos romanos. El sistema consiste en el núcleo de principios y normas sometidos a una racionalización o fundamentación científica. Se cultiva un derecho teórico o de profesores que se distingue del derecho práctico o de juristas, tanto en el estudio histórico de los principios, conceptos e instituciones.
- Los autores del derecho de Pandectas (*usus modernus Pandectarum*) del siglo XIX, que enlazan con las escuelas anteriores, elaboran ciencia y dogmática jurídica mediante el estudio de la compilación justiniana y de sus sucesivas aplicaciones a las necesidades de su época. Esta corriente doctrinal, en la que destacan los nombres de Plant, Brinz, Dernburg y Windschield, preparó el material científico necesario para la redacción de los Códigos Civiles. Especial significado tiene la obra de Ihering, que aunque en una primera fase se sitúa en los postulados de los pandectistas, después cambia radicalmente a una posición antidogmática, orientándose hacia una concepción sociológica. Con esta postura defiende una jurisprudencia de intereses, contrapuesta a la jurisprudencia de

conceptos de la pandectística. Ihreing considera el derecho en función de la realidad y su elemento creador es el fin de cada particular o de la sociedad.

- La tendencia histórico-crítica se orienta a la investigación histórica del Derecho Romano, una vez terminada su aplicación práctica con la publicación de los Códigos Civiles. El estudio se centra en el derecho clásico puro, frente a las alteraciones que sufre en etapas sucesivas; sobre todo por las nuevas fuentes con la ayuda de ciencias auxiliares, como la Epigrafía y Papirología. Con ellas es posible reconstruir el derecho clásico y su aplicación a las distintas regiones del Imperio.

5.4. Jurisprudencia en el derecho inglés

5.4.1. Historia del common law o derecho común en Reino Unido

El common law originalmente fue elaborado dentro del marco del sistema inquisitivo en Inglaterra durante los siglos XII y XIII, como el colectivo que las decisiones judiciales se basan en la tradición, la costumbre y la precedente.

Esas formas de las instituciones jurídicas y la cultura tienen parecido a los que han existido históricamente en la Europa continental y otras sociedades, en las que el precedente y la costumbre a veces han desempeñado un importante papel en el proceso judicial, incluido el derecho germánico romano registrado en las crónicas históricas. La forma de razonamiento utilizado en el common law se conoce como casuística o la jurisprudencia basada en el razonamiento.

El common law, tal como se aplica en los casos civiles (a diferencia de los casos penales), se concibió como un medio de compensar a alguien por los actos ilícitos conocidos como daños y perjuicios, incluidos los daños intencionales y daños causados por negligencia y como organismo de desarrollo de la ley, que reconoce en la regulación de contratos. El tipo de procedimiento se practica en los tribunales de derecho común, se conoce como el sistema acusatorio; esto también podría considerarse como un desarrollo del derecho común.

Antes de la estabilidad institucional impuesta a Inglaterra por Guillermo el Conquistador en 1066, los residentes en inglés, al igual que los de muchas otras sociedades, en particular las culturas germánicas de la Europa continental, se regían por las costumbres locales no escritas que varían de una comunidad a otra y se aplican a menudo en forma arbitraria.

En 1154, Enrique II se convirtió en rey. Entre los muchos logros, institucionalizó el derecho común mediante la creación de un sistema unificado de derecho común en el país, a través de la incorporación de las costumbres locales y elevó al plano nacional toda controversia, lo que terminó con el control local y las peculiaridades, la eliminación arbitraria de recursos y el restablecimiento de un sistema de jurado conformado por ciudadanos quienes bajo juramento, eran viables para investigar las acusaciones penales y civiles. El jurado llegó a su veredicto a través de la evaluación de conocimientos comunes a nivel local y no necesariamente a través de la presentación de pruebas, un factor distintivo de la actual administración y de los sistemas judiciales penales.

Enrique II desarrolló la práctica de enviar a los jueces de su propia central de tribunales a conocer de los diversos litigios en todo el país. Sus jueces al resolver las controversias sobre una base ad hoc conforme a lo que interpretaran, en uso de sus funciones. El rey de los magistrados a menudo hablaba de sus casos y las decisiones que ellos tomaron, con los demás magistrados. Estas decisiones serían registradas y archivadas. Con el tiempo, una regla, conocida como mirando decisis (conocido comúnmente como precedente), servía para que los demás magistrados resolvieran casos similares posteriores y serían obligados a decidir con base a la decisión anteriormente emitida aplicándose los mismos principios promulgados por un juez anterior, siempre y cuando existieran hechos similares del uno al otro.

Este sistema de precedentes fue adoptado por varios pueblos, contraviniendo el sistema utilizado con anterioridad, en el cual la forma de resolver controversias era mediante las costumbres locales, lo que fue sustituido por un elaborado y coherente sistema de leyes comunes en todo el país, de ahí el nombre, Common Law.

Debido a la creación de un poderoso y unificado sistema judicial, que frenó el poder canónico que tenía la iglesia, los tribunales (e Inglaterra) llevaron a juicio dicha alteración al orden canónico, lo cual fue declarado como un conflicto en contra de la iglesia.

Finalmente, Becket (el principal promotor del common law) fue asesinado en la catedral de Canterbury por cuatro caballeros a los que creyeron estar actuando en

nombre del Rey. El asesinato del Arzobispo, quien inmediatamente fue venerado como un mártir y luego como un santo, dio lugar a una ola de indignación popular contra el Rey. Henry se vio obligado a derogar las leyes, a abandonar sus esfuerzos para contrarrestar el poder de la iglesia y a dar por terminada la búsqueda de los responsables de los crímenes seculares.

A pesar de este contratiempo, el sistema de derecho común organizado perduró durante siglos, como la fuente principal de legislación penal y civil en todo el reino. Más tarde, después de que el Parlamento adquirió poderes legislativos, las leyes estatutarias comenzaron a limitar el alcance del derecho común en algunas zonas, incluso en la actualidad sin embargo el common law mantiene su estado como un elemento esencial del sistema jurídico británico.

5.4.2. Estados Unidos

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica la cual cobró vigencia en 1787 ha sido muy activa y se ha enmendado 23 veces y en algunos casos sobre aspectos muy importantes. Los jueces tienen una gran importancia, es un derecho muy vivo y su fortaleza es el propio sistema constitucional.

Las constituciones de los Estados Unidos de Norteamérica están muy influidas por la Constitución Federal, pero a su vez son muy diversas entre sí. Lo mismo sucede con sus ordenamientos jurídicos. Es la ley suprema dentro de cada estado. Casi todas han sido derogadas una o varias veces.

El sistema jurídico está organizado sobre una base federal. Después de la Guerra de la Independencia, las antiguas colonias se convirtieron en estados independientes y constituyeron una confederación con un gobierno central muy leve. El intento fue un fracaso y se elaboró la Constitución de 1787. Desde entonces ha ido evolucionando hasta un gobierno federal fuerte, lo mismo que ha sucedido con el sistema judicial.

Hay una fuerte cultura jurídica local, con una gran diversidad y complejidad: Jueces estatales y federales, abogados, facultades de derecho. Los grandes despachos de abogados se circunscriben a sus respectivos estados y grandes ciudades.

La Constitución creó un sistema de pesos y contrapesos entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial, mientras los gobiernos de los Estados sirven de contrapeso al gobierno federal y éste controlará a aquellos para que no fueran reinos de taifas. El modelo británico sufrirá algunas modificaciones en Estados Unidos:

- Mayor cantidad de derecho escrito
- Control constitucional. Los tribunales velarán por esto.
- Sistema federal.
- Tribunales constituidos por jueces y jurados
- Jurados sorteados entre los electores. Jurado puro que sólo interviene para decidir la culpabilidad o no del acusado.
- Procesos básicamente orales.

- Fiscales se encargan de la persecución de los delitos y el juez asume un papel más moderador entre las partes.

El sistema continental y el común han sufrido mutaciones. Se está incrementando la norma escrita. En el derecho continental se está incrementando el derecho judicial y organismos como los tribunales constitucionales, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tienen un amplio margen de decisión, más que los jueces ordinarios.

5.5. Sistemas jurídicos jurisprudenciales en el mundo

Los sistemas basados en el derecho anglosajón o provenientes de la corriente del common law son utilizados en Inglaterra, Gales, Irlanda y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo Australia, Nueva Zelanda, Canadá (con la excepción de Québec, provincia en la cual se utiliza el sistema de derecho continental en el derecho civil y el derecho anglosajón en el derecho penal) y también los Estados Unidos (con excepción del estado de Luisiana, el cual, por su herencia francesa, utiliza un sistema de derecho continental).

En Asia, Hong Kong (como antigua posesión británica) también utiliza un sistema de derecho anglosajón, el cual está garantizado por su constitución, que asegura que éste se mantendrá vigente (pese a que la soberanía retornara a China), al igual que en la India, Malasia y Singapur. En Sudáfrica se utiliza igualmente el sistema de derecho anglosajón.

5.6. Clases de jurisprudencia

5.6.1. Jurisprudencia como ciencia independiente

La Escuela Clásica del Derecho natural investigó las características diferenciales del Derecho y preparó el terreno para el establecimiento de la jurisprudencia como ciencia independiente.

5.6.2. Jurisprudencia analítica

Hobbes es el precursor del moderno positivismo y de la jurisprudencia analítica; basándose en su Teoría del Derecho Natural, aduciendo que el soberano, no está ligado por ningún freno legal en el ejercicio de sus funciones “...el Derecho (para él es el Derecho Natural), no es nada más que una guía moral para el soberano, en tanto que en sentido propio, el Derecho consiste en los mandatos del soberano”.⁵⁰

John Austin, el fundador de la escuela analítica en Inglaterra, afirmaba: “la separación de la teoría del derecho y la ética, es una de las características de la jurisprudencia analítica”.⁵¹ Según esta actitud, el jurista sólo se ocupa del derecho tal como es y el legislador o filósofo interesado en problemas éticos, debe preocuparse por el derecho que debe ser. Pero además de ello, Austin creía que no es necesario que el mandato legislativo procediera directamente del poder soberano del Estado,

⁵⁰ **Ibid**, Pág. 161

⁵¹ Bodenheimer, Edgar, **Teoría del Derecho**; pág. 315

puede proceder de otros órganos en los que el soberano haya delegado la autoridad legislativa.

“El Derecho creado por el juez es, -en opinión de Austin-, verdadero Derecho Positivo”.⁵² Las normas que el juez crea, derivan de su fuerza legal, de la autoridad dada por el Estado. El Estado puede haber conferido tal autoridad de modo expreso, pero generalmente la da en forma tácita.

“Es común para todos los representantes de la escuela analítica considerar el derecho como producto de la acción humana consciente, un decreto del supremo poder social dentro de una sociedad dada.... Un sistema jurídico es un cuerpo de normas o reglas que son establecidas, reconocidas y en último término aplicadas coactivamente por el Estado”.⁵³

5.6.3. Jurisprudencia lógico-analítica

La jurisprudencia analítica, observada en Alemania, toma como punto de partida un orden jurídico dado y se entrega a la tarea de analizarlo en interés de la claridad y consistencia lógica y sistemática. En primer lugar formula definiciones indispensables para comprender el derecho mismo y en segundo lugar, las distinciones entre varias clases de derechos, deberes, obligaciones, daños o

⁵² **Ibid**, pág. 316

⁵³ **Ibid**, pág. 319

lesiones; marca bien la diferencia entre derecho escrito y no escrito, entre derecho legislativo y derecho creado por el juez.

“Se ocupa del análisis e interpretación de las reglas jurídicas efectivas, establecidas por los órganos del Estado. Concibe el derecho como un imperativo del poder gubernamental, como un mandato del soberano. Su objetivo principal es clasificar las reglas jurídicas positivas, mostrar su conexión e interdependencia dentro del marco total del sistema jurídico y definir los conceptos generales de la Ciencia del Derecho. Considera como verdaderas únicamente las reglas positivas que han producido los poderes que en la sociedad crean el derecho”.⁵⁴

Afirman asimismo, que quien pueda clasificar perfectamente el derecho tendría un conocimiento perfecto del derecho, el jurista analítico no necesita limitarse al sistema jurídico de su propio país; puede comparar las nociones de ese sistema con las de otros sistemas desarrollados, con el objeto de descubrir las normas elementales y los principios comunes a todos los sistemas jurídicos.

La lógica es un importante instrumento metodológico para el jurista analítico, valora la abstracción y la deducción lógica de la Ciencia del Derecho, en la actividad del juez. Creen que el juez debe llegar a tomar sus decisiones por medio de un proceso mental, al que califican de Silogismo. Silogismo como proceso lógico-

⁵⁴ **Ibid**, Pág. 306

mecánico de deducción rígida, por medio del cual el juez subsume un grupo determinado de hechos dentro de una regla jurídica general que es aplicable al caso.

La conclusión de esta teoría de jurisprudencia analítica, es que el derecho estará conformado por una solución para todas y cada una de las situaciones que pueden producirse y que no hay lagunas que tenga que llenar la libre decisión judicial. El dogma radica en el hecho de que un sistema jurídico es completo y congruente y subyace en la teoría del silogismo. “Si hay una norma jurídica general para cada situación real, la función del juez se agota en subsumir mediante el razonamiento lógico los hechos del caso particular en una regla adecuada”.⁵⁵

Debe ser mencionado el hecho de que este dogma ha obtenido una base en los sistemas legislativos de Europa Continental, donde es destacado el papel activo del juez.

5.6.4. Jurisprudencia sociológica

William James, expresó la opinión de que una de las distinciones más importantes en filosofía del derecho era la existente entre racionalismo y empirismo. El racionalismo es monista, toma como base los todos y universales y cree en la unidad de las cosas, agregando el hecho de tener una posición dogmática y cree en la eternidad de la razón; el empirismo es pluralista; toma como base las partes y

⁵⁵ **Ibid**, pág. 321.

hace del todo un compuesto de partes y tiene una posición escéptica y capaz de aceptar la discusión de sus supuestos y razonamientos, en la variedad de la experiencia.

Roscoe Pound, siguió la teoría de James y argumenta que el derecho no debe ser juzgado por aplicación de patrones eternos de razón, sino por métodos experimentales. “El derecho es fluido y cambia cuando cambian las condiciones sociales a las que debe su vida. Pound propone la separación de la naturaleza del derecho y observando únicamente el fin y el propósito del derecho. La Jurisprudencia es para él una ciencia de ingeniería social, que se ocupa de aquella parte del campo total, en la que pueden lograrse resultados mediante la ordenación de las relaciones humanas por la acción de la sociedad política organizada”.⁵⁶

Según esta opinión, el derecho es un instrumento para la mejora del orden social y económico, por medio de un esfuerzo consciente e inteligente. “El orden jurídico no se preocupa primordialmente de derechos... Sino de intereses aspiraciones y pretensiones... constituyendo asimismo un máximo de satisfacción de necesidades”.⁵⁷

⁵⁶ Bodenhimer, **Ob. Cit.** Pág. 345

⁵⁷ **Ibid**, pág. 345

La jurisprudencia sociológica norteamericana, surgió como una acción contra la esterilidad y formalismo de la jurisprudencia analítica (considerada en este trabajo como jurisprudencia lógico-analítica), negando que pueda ser comprendido el derecho sin considerar los hechos y realidades de la vida social humana.

Se consideró en esta teoría, que un juez que desee cumplir satisfactoriamente su misión, tiene que tener un conocimiento íntimo de los factores sociales y económicos que modelan el derecho e influyen en él y no estar ligado a un proceso de subsunción y razonamientos lógicos.

Benjamín N. Cardozo, como juez de la Corte de Apelación de Nueva York, analizó la naturaleza del procedimiento judicial y llegó a la conclusión de que “una sentencia no es únicamente un proceso de descubrimiento, sino también un proceso de creación”.⁵⁸ El juez interpreta la consciencia social y le da realidad en el derecho, pero al hacerlo contribuye a formar y modificar la consciencia que interpreta.

“La acción creadora del juez es especialmente indispensable cuando se requiere la adaptación de una regla o principio a las combinaciones cambiantes de los acontecimientos”.⁵⁹ En el proceso intelectual mediante el cual se decide un asunto, la lógica desempeña sólo un papel subordinado, el juez valora y sobrepasa

⁵⁸ **Ibid**, pág. 349

⁵⁹ **Ibid**, Pág. 349.

los intereses contrapuestos con el objeto de lograr el máximo equilibrio social posible.

De esta manera, la jurisprudencia sociológica ha llevado a la Ciencia del Derecho a una relación íntima con los hechos y realidades de la vida social. Demuestra que el derecho es un producto de las fuerzas sociales y no únicamente un producto formal del soberano.

CAPÍTULO VI

6. Jurisprudencia en materia civil en Guatemala

6.1. Regulación legal

La jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, se encuentra regulada en la Ley del Organismo Judicial, la cual en un solo Artículo tipifica la jurisprudencia como complemento de la Ley, siendo el Artículo número 2, el cual en su acápite refiere las fuentes del derecho, debido a lo cual se puede concluir el hecho de que la jurisprudencia es una fuente del ordenamiento jurídico guatemalteco; sin embargo, para ser una fuente del derecho, es necesario que la misma brinde aportes al derecho, pero hasta el momento es muy difícil encontrar doctrina legal sentada por los fallos de la Corte Suprema de Justicia (analizaremos las razones posteriormente).

Asimismo, el Código Procesal Civil y Mercantil, regula en su Artículo 621 “...Se entiende por doctrina legal, la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos.” Dicho Artículo nos expresa una definición de doctrina legal, sin embargo se queda corto ante el hecho de no enumerar los fallos requeridos, dado lo cual, se enlaza el Artículo citado con el Artículo 627, el cual sí nos da un número mínimo de fallos para dictar una doctrina legal, “...Si se alegare infracción de la **doctrina legal**, deben citarse por lo menos **cinco fallos** uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio en casos similares y no interrumpidos por otro en contrario...” Ante la escueta explicación que se da sobre la doctrina legal, podemos inferir los

requisitos para su existencia; pero tampoco regula un procedimiento a seguir para la conformación de la misma.

6.2. Elementos necesarios para que exista la jurisprudencia en Guatemala

6.2.1. La existencia de un tribunal jerárquicamente superior a todos

“La jurisprudencia implica la existencia de un fallo definitivo, como complemento de la certeza, condición indispensable para que la actividad jurisdiccional sea efectiva. Esta existencia sólo puede encontrarse en aquel tribunal que por su jerarquía debe declarar la sentencia en último término en el litigio; tribunal que ha recibido distintos nombres según las diferentes épocas y países”.⁶⁰

No es importante su nombre, siempre que en cuanto a su jerarquía sea el superior. Los fallos referidos por tribunales varios pero de igual jerarquía, no podrían llegar a formar jurisprudencia debido a su falta de uniformidad y obligatoriedad para tribunales de la misma categoría.

6.2.2. Que la ley conceda un recurso que permita a dicho tribunal examinar, estudiar y declarar la recta aplicación del contenido de la norma jurídica

Este recurso recibe el nombre de Recurso Extraordinario de Casación. Se originó en Francia y a él se debe el auge de la jurisprudencia y la pureza en la aplicación de las distintas normas jurídicas. Mediante este recurso cualquiera de las partes,

⁶⁰ Jiménez Oliva, Maximiliano. *Necesidad de sistematizar la jurisprudencia en Guatemala*, pág. 45

inconformes con un fallo definitivo de segunda instancia, puede acudir al tribunal supremo para que analice la recta aplicación del contenido de una norma jurídica en que se base el fallo recurrido. Por esta razón este recurso se estima como extraordinario.

Tiene por objeto que la interpretación de determinado precepto jurídico sea uniforme. Cuando en un fallo llevado a casación se estima que esta interpretación es distinta, el recurso prospera y el tribunal al casar dicha sentencia, profiere el que corresponde en derecho, que en verdad es la sentencia de segundo grado. Mediante este mecanismo no hay litigio alguno que tenga más de dos instancias y se logra la uniformidad en la aplicación de la ley.

6.2.3. La obligatoriedad de publicar por escrito los fallos del tribunal supremo

La jurisprudencia debe constar en forma escrita, por ser el único medio en que puede ser conocida y estudiada por los técnicos en derecho y demandar así su aplicación. Ninguna otra clase de publicidad se ha empleado para dar a conocer la jurisprudencia en Guatemala, algunos países utilizan el diario de los tribunales; otros, revistas periódicas y aun revistas dedicadas al comentario de cada fallo; pero sea cual fuese, es indispensable que sea escrito y accesible.

6.2.4. Un órgano o funcionario encargado de recopilar los fallos, sistematizándolos.

No basta que un fallo del tribunal sea publicado por escrito para que forme jurisprudencia. Es necesario que al publicarse se compile en forma tal de expresar con brevedad y concreción el fundamento del mismo; es decir, cual es la ley interpretada, su sentido y alcance, formando con los fallos un sistema organizado, que permita a jueces, estudiantes y abogados su fácil consulta e invocación ante los tribunales de justicia.

Esta sistematización puede formarse con base en las materias tratadas o bien atendiendo al articulado de los códigos o en forma mixta; es decir, ambos sistemas a la vez. Se ha dicho que la recopilación y sistematización de los fallos debe efectuarse por un órgano o funcionario que tenga a su cargo este cometido, debido a que la fórmula concreta que expresa con brevedad el contenido de la norma jurídica que declara determinada sentencia, debe conformarse en un todo con el fallo mismo; y esta responsabilidad no puede ni debe recaer en un simple redactor de las publicaciones provenientes del supremo tribunal. Es usual que los extractos con los cuales se forma la jurisprudencia obtengan inclusive la aprobación de los miembros del propio tribunal, formalidad que tiene por objeto evitar que se varíe el verdadero significado del fallo.

Este es el paso que se ha omitido en Guatemala, dado lo cual el invocar jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha quedado como una mera estipulación ineficaz en casos concretos.

6.3. Incidencias de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Como Jurisprudencia Analítica, John Austin citaba: “El Derecho creado por el juez es, verdadero Derecho Positivo”.⁶¹ Austin consideraba que un mandato emanado de casos fácticos, era lo que más se adecuaba a un ordenamiento jurídico positivo y eficaz dentro de una nación. “Las normas que el juez crea derivan de su fuerza legal de la autoridad dada por el Estado. El estado puede haber conferido tal autoridad de modo expreso, pero generalmente la da en forma tácita”,⁶² la Ley del Organismo Judicial norma en su Artículo 2 que: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará...” y el Código Procesal Civil y Mercantil, confiere a la jurisprudencia la calidad de doctrina legal, misma que puede ser utilizada en casos concretos.

Esto podría tomarse como una aceptación tácita de un poder otorgado por el Estado a los Jueces, de crear normas que coadyuven al ordenamiento jurídico en lo que fueren insuficientes para la resolución de casos concretos. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta la forma en que esta doctrina legal es creada, y lo más importante es que no existen normas vigentes que regulan el procedimiento para la

⁶¹ Bodenheimer, Edgar, **Ob.Cit.**, Pág. 316

⁶² **Ibid.**, pág. 316

creación de la misma, analógicamente se podría citar la forma en que puede ser utilizada y es a requerimiento de parte, para un caso concreto.

El abogado/a que tenga interés en citar jurisprudencia respecto a un caso concreto, debe esperar a que se emitan cinco fallos consecutivos sobre la misma materia y en un mismo sentido, buscarlos, analizarlos y luego citarlos de acuerdo al número de caso, número de página y número de gaceta en la que se encuentren contemplados y la otra opción si no se tiene acceso a las gacetas jurisprudenciales, es buscar los fallos emitidos, con su número de causa y solicitar a la Corte Suprema de Justicia una certificación de la sentencia emitida en casación, adjuntarla al memorial esperando que sea tomada en consideración para el nuevo caso planteado; lo que resultaría un trabajo investigativo más que un trabajo facultativo.

Pero, es realmente la jurisprudencia una fuente del derecho, cuando en realidad no está siendo una fuente accesible ni viable para ser utilizada; a lo que se concluye, jurisprudencia no es eficaz como fuente de derecho, pues como se ha venido mencionando, su utilización en casos concretos requiere de una labor investigativa más que cumplir con su cometido de fungir como un auxiliar de justicia.

Es necesario mencionar el libro que se publicó el 7 de febrero de 2008, en el cual se encuentran compiladas las sentencias de Casación de la Corte Suprema de Justicia, correspondientes a los años 2002-2006, el cual es mal llamado Criterios

Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en Materia Civil, se compone de un índice esquemático por medio del cual cualquier persona interesada puede buscar en el mismo, los fallos concernientes a instituciones civiles específicas, puede ser consultado por cualquier interesado en la materia, con la finalidad de estudiar y determinar la utilidad que pueda dársele en casos concretos; pero no ha sido puesto a disposición del público, únicamente se usa como referencia, dentro de la Biblioteca de la Corte. A algunos jueces se les ha obsequiado el libro, que contiene sentencias de casación emitidas desde dos años atrás, es importante recalcar que el libro mencionado, no puede ser utilizado como prueba dentro de un juicio; si se quisieran utilizar los fallos de casación en un caso concreto, deberá aplicarse el proceso citado anteriormente es decir, solicitar las certificaciones de las sentencias o citar las páginas de las gacetas.

El libro contiene sentencias emitidas durante los años 2002 y 2006, si necesitáramos encontrar fallos pasados de la misma materia, sería necesario leer detenidamente cada sentencia dentro de las gacetas jurisprudenciales, debido a que no se encuentran sistematizadas a manera de que sirvan como complemento de las actuales, y se dificulta más (para no tacharlo de imposible), tener acceso a las sentencias emitidas durante el 2007 y las de los primeros meses de 2008, las cuales no han sido publicadas aún.

Cabe resaltar que un trabajo de compilación y sistematización de dichos fallos no nos da como resultado la extracción de doctrina legal (a eso deviene la observación citada de que es mal llamado criterios jurisprudenciales), pues es

requisito sine qua non, utilizar dichos fallos en casos concretos, para adquirir su reconocimiento como jurisprudencia propiamente dicha.

No está de más hacer una remembranza del ordenamiento jurídico romano, el cual durante su tiempo de mayor esplendor al ser aplicado era mediante las interpretaciones que los jurisconsultos o letrados en derecho le daban a las escasas XII Tablas que se tenían como único parámetro para juzgar; a esto se le llamó *iurisprudentia*, criterios emanados por jurisconsultos y pontífices en su época; y estos criterios son los que a lo largo de la historia han servido de pilares para la institución del Derecho Civil, en todos los ordenamientos existentes.

“Los inconvenientes de la inflación legislativa no son menores que los debidos a la inflación monetaria, son como todos saben, los inconvenientes de la desvalorización, nuestras leyes valen hoy mucho menos que las de otros tiempos.... Pero lo más grave está en que al crecer su número, no consiguen llenar ya su función... ni aún siquiera los juristas, están hoy en condiciones de conocer más que una pequeña parte de ellas. El ordenamiento jurídico cuyo mayor mérito debiera ser la simplicidad, ha venido a ser por desgracia un complicadísimo laberinto en el cual, a menudo, ni aquellos que debieran ser los guías, consiguen orientarse”.⁶³

La forma de empezar a actualizar el ordenamiento jurídico guatemalteco y conseguir evolucionar con el mismo, es a través de la observancia de casos fácticos, únicamente en la realidad podemos observar las carencias de nuestro pueblo, dado

⁶³ Carnelutti, Francesco; **Cómo nace el Derecho**; pág.80

lo cual, si nuestros juzgadores no logran tomar en cuenta las necesidades ineludibles que tenemos, de llenar los vacíos legales, encontrar soluciones para las lagunas de ley y hasta reformar leyes retrógradas, por medio de las cuales se rige nuestro país, de que otra manera podemos hacerlo y conociendo de antemano que el Congreso de la República recibe más de 10,000 iniciativas de ley al año, pero son muy pocas las que se aprueban, entonces continuamos en la misma carencia, lo cual nos deja estancados en un mismo estadio.

La ley otorga la facultad a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de crear doctrina legal, lo que para el ordenamiento jurídico guatemalteco es un paso muy importante para así eliminar las carencias de legislación que existen; sin embargo, son muy pocos los casos que llegan a casación.

“Todo Trabajo exige una técnica y hasta la constituye poco a poco. La técnica es el conjunto de reglas que la experiencia enseña que deben ser cumplidas para que el trabajo produzca un resultado útil. Denominaba (Carnelutti) la jurisprudencia como el resultado de la técnica y a los jueces y abogados (en este caso magistrados) como técnicos, a quienes en uso de sus funciones, se les atribuía el conocimiento de las reglas y su habilidad para aplicarlas en orden al derecho”.⁶⁴

“A medida que el derecho crece, su técnica se hace cada vez más complicada, el crecimiento se explica por la cada vez mayor complejidad en la economía, (entendiéndose economía como una ciencia de difícil entendimiento). De

⁶⁴ Carnelutti, **Op. Cit.**, pág. 82

la técnica, en un cierto momento de su desarrollo, nace la ciencia, cuando los hombres no se contentan con sacar de la experiencia las reglas que hay que seguir para conseguir un cierto resultado, sino que tratan de indagar el porqué y esa indagación llegan a sistematizarla, es decir, a estudiar sus relaciones y a extraer sus principios”.⁶⁵

Entonces la técnica (proceso para obtener jurisprudencia), no bastaba para garantizar la adecuación del derecho a su fin; es decir, para conseguir la justicia es necesario extraer lo más importante, los principios y doctrinas para su correcta utilización en casos posteriores. Si la creación de una ley es tardía, es necesario basarse en el poder de la interpretación, para que casos concretos puedan obtener una resolución inmediata y mediante la experiencia; y además de ello crear doctrinas propias, para su posterior utilización.

6.4. Razones por las cuales la jurisprudencia ha resultado ineficaz en la conformación de doctrina legal.

- La falta de regulación legal del proceso de creación de jurisprudencia.
- La falta de sistematización de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en forma actualizada y acorde a las necesidades de los interesados.
- La falta de publicación de los fallos de la Corte Suprema de Justicia.

⁶⁵ **Ibid.**, pág. 84

6.5. Propuesta de solución al problema de la ineficacia de la jurisprudencia.

6.5.1. Antecedentes históricos de la corriente derecho libre

A principios del siglo XX, surge en Europa continental un movimiento denominado Derecho Libre, el cual puede ser considerado como un intento de poner en práctica el derecho natural de contenido variable, doctrina constituida por Stammler, este movimiento se originó como protesta contra el escolasticismo que prevalecía en la práctica judicial de Francia y Alemania en la segunda mitad del siglo XIX. Los partidarios del derecho libre, negaban que las normas y disposiciones del derecho positivo constituyeran una base suficiente para la decisión de los casos reales. Sostenían que hay y habrá siempre en el derecho, lagunas que tiene que llenar el juez.

La tesis de este movimiento radicaba en que al llenar esas lagunas, el juez tenía que tomar en cuenta las convicciones éticas y las opiniones sociales predominantes en el lugar y en la época en que vivía. Postulaban que el juez debía analizar las fuerzas que operaban en la sociedad, al resolver un caso cualquiera, era indispensable examinar, ponderar y contrapesar los intereses en conflicto, y dictar sentencia de acuerdo con el sentido de justicia dominante en la comunidad.

Según la doctrina del derecho libre, el juez al decidir un caso, para cuya solución no hubiera una base formal clara en el derecho legislado o jurisprudencial existente, debía recurrir a una fuente ajena al derecho positivo, basándose en las convicciones morales y el sentimiento de justicia que prevalecían en la comunidad o nación a la que representaba. El juez estaba en realidad obligado a aplicar una

especie de derecho natural, pero no se trataba del derecho natural eterno e inmutable de la época clásica de la doctrina. Los postulados y principios del derecho libre son flexibles, están sujetos a evolución y modificación. Cambian con la sociedad que les da vida. En este sentido la doctrina del derecho libre cree en la existencia y el valor práctico de un derecho natural de contenido variable.

“Según Francois Gény, las fuentes formales del derecho eran incapaces de cubrir todo el campo de acción judicial, demostró que siempre se deja al juez una esfera más o menos amplia de libre discreción, dentro de la cual puede aquél ejercer una actividad mental creadora. Esta actividad no debe ejercerse según sentimientos personales incontrolados y arbitrarios del juez; la libre decisión judicial debe basarse en la investigación científica libre, tratando de dar la máxima satisfacción posible a los deseos de los litigantes, en tanto fuera compatible con los fines generales de la sociedad”.⁶⁶

El método para realizar esta tarea debía ser reconocer los intereses presentes, evaluar su fuerza respectiva, pesarlos, como si dijéramos en la balanza de la justicia, con el objeto de asegurar la preponderancia de los más importantes medios de arreglo a un criterio social y finalmente establecer entre ellos ese equilibrio tan eminentemente deseable.

⁶⁶ Bodenheimer, Edgar. **Ob.Cit.**, pág. 207

Con el objeto de llegar a un justo equilibrio de intereses, el juez debe estudiar cuidadosamente los sentimientos morales dominantes e investigar las condiciones económicas y sociales de la época y el lugar. Debe respetar en lo posible la voluntad autónoma de las partes expresada en los actos jurídicos, pero debe atender a que esa voluntad no choque con los principios del orden político.

“En Alemania el movimiento del Derecho Libre, lo encabezaron Hermann Karotowicz (1877-1940) y Ernst Fuch (1859-1929), postulaban que el juez debía llenar las lagunas inevitables en el Derecho, mediante una actividad creadora libre, de conformidad con las demandas de la época y las convicciones sociales del pueblo, y otorgando una especial consideración a las circunstancias de cada caso”.⁶⁷

En relación con el movimiento del derecho libre, está la denominada jurisprudencia de intereses, defendida en Alemania por Philipp Heck, es un movimiento más conservador que el derecho libre, considerando las normas jurídicas como juicios de valor, como pronunciamientos, acerca de los intereses de los grupos sociales contrapuestos debe prevalecer o tal vez que los intereses de ambas partes deben ceder a los de un tercero o de la comunidad en conjunto. Para llegar a una decisión justa, el juez debe averiguar cuáles de los intereses son los que el legislador trata de proteger mediante una disposición legal determinada. El favorecido y preferido por la ley es el que debe prevalecer.

⁶⁷ **Ibid**, pág. 208

El movimiento de derecho libre y las escuelas de jurisprudencia de intereses, surgieron como una reacción total contra la jurisprudencia europea, puramente lógica e interpretativa de las últimas décadas del siglo XIX, estos movimientos promovieron un viraje en la ciencia jurídica hacia la sociología.

6.5.2. Factibilidad de la implementación de la teoría de derecho libre en Guatemala

Las teorías anteriormente expuestas no deben recaer en la idea de una justicia sin derecho, de aplicarse sería necesario determinar cuidadosamente los límites a la función del órgano judicial, en este caso los jueces, sin embargo, al aplicar esta teoría en Guatemala, se cumpliría el principio de pesos y contrapesos para lo que fueron creados los tres Organismos del Estado.

Es necesario un procedimiento para la creación de jurisprudencia, por lo que una de las propuestas que se expresan en el presente trabajo de investigación, es otorgar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la labor de crear jurisprudencia, como un procedimiento administrativo, que sea de oficio y determinando previamente qué materias necesitan reforzarse y cuáles deben ser reformadas.

Uno de los requisitos para que proceda el Recurso de Casación, es que debe ser una sentencia o un auto definitivo de Segunda Instancia en los Juicios Ordinarios y de mayor cuantía, como lo cita el Artículo 620 del Código Procesal Civil y Mercantil, si analizamos el número de casos diligenciados ante los tribunales del Departamento

de Guatemala en el Ramo Civil durante el 2006, éstos ascienden a la cantidad de 8,594 y el número de sentencias de casación en el Departamento de Guatemala, durante el 2006 es de 124, considerando las estadísticas del Área de documentación y estadística judicial del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial (CENADOJ), el número de casos que llegan a casación alcanza únicamente el 1.44% .

Una propuesta ante tales circunstancias y de acuerdo a las lagunas legales existentes, es la de reformar el Código Procesal Civil y Mercantil, permitiendo que la doctrina legal, sea dictada también por los Magistrados de las Salas de Apelaciones, si consideramos las carencias que se tienen de acuerdo a la legislación civil, éstas no se limitan únicamente a los casos ordinarios, las carencias son múltiples y abarcan toda la normativa civil, la cual tiene más de cuarenta y cuatro (44) años y ante la creciente necesidad de actualizar nuestras leyes sustantivas de acuerdo a una sociedad cambiante, esta propuesta daría lugar a que el ordenamiento jurídico civil se modernice de acuerdo a casos concretos.

La propuesta tiene la finalidad de que la doctrina legal coadyuve al ordenamiento jurídico y llegar así a constituirse como una iniciativa de ley o de reforma a los Códigos existentes; de esta manera no se estaría otorgando un poder legislativo, sino un poder complementario hacia el derecho; y se encontrarían resultados próximos que defiendan la justicia ante las leyes imperfectas que rigen nuestro país.

Además del problema anteriormente tratado, también se puede mencionar la falta de difusión de las sentencias de casación, por lo que se considera relevante el que se lleve a cabo una compilación y sistematización de la jurisprudencia, de manera que pueda ser disponible para el público, proceso que sería aún más sencillo si existiera una subdivisión dentro del Área de Legislación y Jurisprudencia, la cual sería un área dentro de la Dirección del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial (CENADOJ) de la Corte Suprema de Justicia, la subdivisión tendría como fin compilar, analizar y sistematizar los fallos de casación emitidos, de manera que estos puedan ponerse a disposición del público para facilitar su acceso y consulta a través de páginas Web y ante la falta de recursos para la misma, las páginas podrían tener un costo, al difundir la noticia a todos los abogados, estudiantes de derecho, jueces, magistrados, y público interesado, éstos tendrán las posibilidades de ingresar y mediante un método de cobro instantáneo a través de la red, extraer la información que deseen; de esta manera se estaría cumpliendo con el presupuesto y la creación de este proyecto autofinanciado.

Dentro de la investigación realizada, se exponen los problemas existentes con respecto a la jurisprudencia, concluyendo en que no es utilizada, en primer lugar porque no es creada de oficio, lo que para los abogados resulta un trabajo investigativo para lograr su utilización como doctrina legal, además únicamente los magistrados de la Corte Suprema de Justicia pueden crearla, mediante sentencias obtenidas en procedimientos ordinarios y de mayor cuantía, lo que produce una limitante para todos aquellos casos que no encuadran en estos dos requisitos, por lo que en el presente trabajo se propone que debiera expandirse hacia todos los casos

en diligenciados en materia civil, delegando su creación a los magistrados de las Cortes de Apelaciones, siendo estos los que conocen de todos los casos sin limitación alguna.

CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia no es eficaz como fuente de derecho pues su utilización en casos concretos requiere de una labor investigativa más que cumplir con su cometido de fungir como auxiliar de justicia.
2. En el derecho siempre existen lagunas que tiene que llenar el juez mediante el uso del análisis y la lógica; sin embargo, cuando las normas existentes resultan demasiado vagas para la solución de un caso concreto, el juez emite un juicio propio que a veces responde a un criterio muy personal, lo que debiera ser considerado como parámetro para futuros casos.
3. La principal característica que debe tener un ordenamiento jurídico es la simplicidad, por lo que no es necesario la creación excesiva de leyes que sólo servirían para dar solución a un caso específico, es indispensable tomar en consideración la calidad en las normas más que la cantidad.
4. La ley otorga facultades a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de crear doctrina legal, lo que es muy importante para eliminar las carencias de legislación que existen; sin embargo, es limitativa debido a los casos que le competen, los cuales se restringen a los casos ordinarios y de mayor cuantía.

5. Si se amplía la facultad a los Magistrados, se abre la oportunidad para que la jurisprudencia alcance el papel que debe tener, como lo es la creación de la doctrina legal, en todo el ámbito del derecho civil.

RECOMENDACIONES

1. Para que la jurisprudencia se convierta en una fuente de derecho eficaz, es necesario que la Corte Suprema de Justicia regule un procedimiento para su creación y su implementación como doctrina legal.
2. Las sentencias dictadas, responden a un criterio del juez con base a su leal saber y entender, el cual subsana lagunas legales existentes, estos dictámenes debieran ser tomados en consideración por la Corte Suprema de Justicia, para la creación de doctrina legal y en un futuro para iniciativas de ley, fortaleciendo la simplicidad de un ordenamiento jurídico.
3. Si el fin de la jurisprudencia es crear doctrina legal, la Corte Suprema de Justicia debe implementar un procedimiento administrativo para la creación de doctrina legal de oficio con la única limitante del principio del bien común para la sociedad.
4. Al ser creado un nuevo proceso para la creación de doctrina legal, el Congreso de la República debe reformar el Código Procesal Civil y Mercantil y otorgar a los Magistrados de las Salas de Apelaciones adscritas a la Corte Suprema de Justicia la facultad de dictaminar jurisprudencia de oficio.
5. Que la Corte Suprema de Justicia, implemente un sistema donde se compilen, analicen y sistematicen los fallos de casación emitidos, de manera que estos puedan estar a disposición del público para facilitar su acceso y consulta.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RIVERA, Edgar Osvaldo. **La Primacía de las fuentes reales en la génesis del derecho**. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, Impreso en Tecniarte, 1985. Págs. 45 a la 57
- AHRENS, Enrique. **Historia del derecho**, traducción al español por Francisco Giner y Augusto G. de Linares; Buenos Aires, República de Argentina: Ed. Albatros, 1945. Págs. 121 a 166
- ARGUELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano**, historia e instituciones, 3a. ed., 4a. reimpresión; Buenos Aires, República de Argentina: Ed. Astrea, 1996. Págs. 6-16 y 21-136.
- BODENHEIMER, Edgar; **Teoría del derecho**, traducción al español por Vicente Herrero (Colección Popular) 1a. ed., 14a. reimpresión; México, Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica, S.A., 1994. Págs. 303-371.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 1a. ed.; Guatemala: (s.e.), 1998. Págs. 15-21.
- CARNELUTTI, Francesco. **Cómo nace el derecho**. Monografía Jurídica, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S.A., 1997. Págs. 80-87
- ESRICHE, Joaquín; **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**. Corregida por Juan B. Guim. 2t. 2a. ed., 1a. reimpresión; Mexico: Ed. Cardenas, 1991. Pág.1,131
- FRIEDRICH, Carl Joachin, **La filosofía del derecho**, Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive, traducida al español, ampliada con adiciones del autor por Margarita Álvarez Franco. 1a. ed., 2a. reimpresión; México D.F.: Fondo de Cultura Económica, S.A., 1955. Págs. 128-180.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. **Derecho privado romano**, II. Casos y decisiones jurisprudenciales. 2 vols.; 3a. ed.; revisada; Madrid, España: Ed. Dykinson, S.L.C./Meléndez Valdés, 1985. Págs. 3-80.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo; **Introducción al estudio del derecho**. 24a. ed; revisada; México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A.; 1978. Págs. 51-77 y 347-355.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**, Aspectos generales de los procesos de conocimiento. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; Guatemala: Impresos Praxis. Págs. 14-16.

HÖFFE, Otfried. **Estudios sobre teoría del derecho y la justicia**, traducida al español por Jorge M. Seña, revisada por Ernesto Gorzón Valdés y Ruth Zimmerling; Barcelona, España: Ed. Laria, S.A., 1988. Págs. 151-194

ITURRALDE SESMA, Victoria. **El Precedente del common law**. Barcelona, España: Ed. Civitas, S.A., 1995. Págs. 18-66 y 129-190

NIÑO, Dr. José Antonio. **La interpretación de las leyes**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1971. Págs. 17-88

PACHECO G., Máximo. **Introducción al derecho**. Chile: Ed. Jurídica de Chile; Imprenta Universidad católica, 1976. Págs. 315-349 y 378-395.

VINOGRADOFF, Sir Paul. **Introducción al derecho**, Common Sense in law, traducida al español por Vicente Herrero. 3a. ed.; México, D.F.: Fondo de cultura Económica, 1967. Págs. 122-148.

http://www.es.wikipedia.org/wiki/Fuentes_del_Derecho (08 de febrero de 2008)

<http://es.wikipedia.org/wiki/Juez> ((08 de febrero de 2008)

<http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpIVFFypkpGSNQnrBh.php>
(08 de febrero de 2008)

<http://www.monografias.com/trabajos/histoconcreto/histoconcreto.shtml>
(08 de febrero de 2008)

<http://www.elergonomista.com/derechoromano/romap.htm> (12 de octubre de 2007)

<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/923/9.pdf> (12 de octubre de 2007)

http://www.wikilearning.com/el_common_law_o_derecho_comun-wkccp-6265-16.htm
(12 de octubre de 2007)

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.