

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

**ESTUDIO JURÍDICO LEGAL DEL VALOR Y EFICACIA DE LA
JURISPRUDENCIA EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS**

MANOLO OTONIEL LÓPEZ MORALES

GUATEMALA, DICIEMBRE DE 2007

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

ESTUDIO JURÍDICO LEGAL DEL VALOR Y EFICACIA DE LA
JURISPRUDENCIA EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

MANOLO OTONIEL LÓPEZ MORALES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, diciembre de 2007

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE 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. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidan Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Héctor René Marroquín
Vocal: Lic. Héctor Leonel Mazariegos
Secretario: Lic. Saúl de León Estrada

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Saúl de León Estrada
Vocal: Lic. Napoleón Orozco Monzón
Secretario: Licda. Marisol Morales Chew

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Enma Ivonne Labbé Turcios

Abogada y Notaria
Colegiación No. 4577
6ª. Avenida 26-74, zona B, Mixco



Guatemala, 20 de septiembre de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria

Respetable Licenciado Lutín:

Con fundamento en la designación recaída en mi persona por medio de providencia de fecha veinte de junio del presente año, dictada por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de rendirle informe sobre la labor que desarrollé como Asesora del Trabajo de Tesis realizado por el Bachiller MANOLO OTONIEL LÓPEZ MORALES, intitulado "**ESTUDIO JURÍDICO LEGAL DEL VALOR Y EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS**".

Se procedió a asesorar el trabajo, realizando las modificaciones que se consideraron pertinentes, considerando la suscrita que el tema objeto de estudio resulta interesante, pues en la actualidad no ha sido analizado suficientemente; y el sustentante en un análisis crítico realizó un estudio abundante de la jurisprudencia, enfocada en cuando a su aplicación y eficacia en el procedimiento Contencioso Administrativo.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones a que arriba el autor y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente aprobar el trabajo de tesis asesorado, razón por la cual doy mi dictamen en sentido favorable.

Deferentemente,

Enma Ivonne Labbé Turcios
Abogada y Notario
Col. 4577



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de septiembre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) FREDY LÓPEZ CONTRERAS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MANOLO OTONIEL LÓPEZ MORALES, Intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO LEGAL DEL VALOR Y EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS"

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Fredy López Contreras
Abogado y Notario
No. de Colegiación 4550
20 Calle 8-14, zona 1
Tel. 2230-1943



Guatemala, 15 de octubre de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria

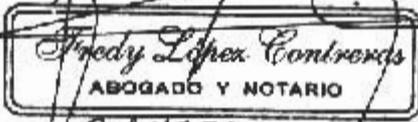
Respetable Licenciado Lutín:

Con fundamento en la designación recaída en mi persona por medio de providencia de fecha veintiséis de septiembre del presente año, dictada por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de rendirle informe sobre la labor que desarrollé como Revisor del Trabajo de Tesis realizado por el Bachiller Manolo Otoniel López Morales, cuyo título final quedó con la denominación siguiente: Estudio Jurídico Legal del Valor y Eficacia de la Jurisprudencia en los Procesos Contenciosos Administrativos.

Se procedió a revisar el trabajo, considerando el suscrito que el tema es interesante y de suma importancia al tratar lo relativo al valor que se le da a la jurisprudencia especialmente en los procesos contenciosos administrativos, ya que es un aporte para los estudiantes y los profesionales del Derecho, especialmente por ser una materia que no es generalmente de las más investigadas.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones a que arriba el autor y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente aprobar el trabajo de tesis revisado, razón por la cual doy mi dictamen en sentido favorable.

Deferentemente,



Fredy López Contreras
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 4550



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de noviembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MANOLO OTONIEL LÓPEZ MORALES, Titulado "ESTUDIO JURÍDICO LEGAL DEL VALOR Y EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slh



DEDICATORIA

A mis padres Manolo Otoniel López Sigüenza y María Consuelo Morales Aguilar:	Por guiarme en el buen camino y brindarme su apoyo en todo momento.
A mi esposa Carmen Elena Salvatierra Leal:	Por su apoyo y comprensión en el transcurso de mi carrera.
A mis hermanos Eunice, Dalila, Valeska y Pablo:	Con fraternal cariño, por ser parte de mi vida.
A mis sobrinos, tíos, tías y primos:	Con cariño.
A Piedad Rivas:	Por su amistad y apoyo cuando lo necesite.
A los Abogados Enma Ivonne Labbé y Fredy López Contreras:	Por su valiosa y desinteresada colaboración en la realización del presente trabajo.
A la Abogada Stella Leticia Secaira Pinto:	Por apoyarme en el transcurso de mi carrera.
A los Abogados Mario René Díaz, Lesbia Jackeline España y Amada Victoria Guzmán:	De quienes adquirí grandes experiencias.
A todos los amigos de la Sala Cuarta de Apelaciones:	Por su colaboración y su amistad.
Al Abogado Elmer Alay:	Por ser ejemplo de lucha y superación.
A la Abogada Ericka Solís	Por su colaboración desinteresada.

Por último, pero no menos importante a la Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales:

Por ser la casa de estudios estatal y autónoma que me dio la oportunidad de cursar esta carrera.

ÍNDICE

pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. La jurisprudencia.....	1
1.1. Antecedentes Históricos.....	1
1.2. Nacimiento de la Jurisprudencia.....	9
1.3. Concepto y Definición de Jurisprudencia.....	17
1.4. Las clases de Jurisprudencias.....	23

CAPÍTULO II

2.1. La jurisprudencia como fuente del derecho.....	25
2.1.1. La Jurisprudencia como fuente formal indirecta del derecho.....	30
2.1.2. La Jurisprudencia como fuente formal directa del derecho.....	31
2.1.3. La Jurisprudencia como vinculante con las fuentes del derecho....	32
2.1.4. La Jurisprudencia como doctrina emitida por un tribunal superior..	36
2.2. La importancia de la jurisprudencia como fuente directa de derecho en la legislación guatemalteca	38
2.2.1. La Jurisprudencia como supletoria.....	38
2.2.2. La Jurisprudencia como integradora.....	39
2.2.3. La Jurisprudencia como fuente formal de derecho.....	39
2.2.4. La Jurisprudencia en sustitución de la Ley.....	39

CAPÍTULO III

3. La jurisprudencia en el derecho comparado	45
3.1. Antecedentes históricos.....	46
3.2. Concepto general del derecho comparado.....	46
3.3. Evolución de la jurisprudencia en el derecho comparado.....	47
3.4. Teorías de la jurisprudencia en el derecho comparado.....	48
3.5. Diferentes Instituciones encargadas del tema.....	52
3.6. El valor de la jurisprudencia en algunos países.....	53

CAPÍTULO IV		pág.
4.	Del Proceso Contencioso Administrativo.....	59
4.1.	Características de proceso.....	61
4.2.	Sus elementos.....	61
4.3.	Procedencia del contencioso administrativo.....	62
4.4.	Ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso administrativa.....	64
4.5.	Objeto de recurso de lo contencioso administrativo.....	65
4.6.	Sentencia.....	68
4.6.1.	Recursos contra la sentencia y autos definitivos.....	68
CAPÍTULO V		
5.	Del valor y eficacia de la jurisprudencia en los procesos contenciosos administrativos.....	71
5.1.	La influencia extranjera de la jurisprudencia en Guatemala.....	72
5.2.	El choque de dos sistemas jurídicos.....	73
5.3.	La Jurisprudencia en las casaciones en materia contencioso administrativo.....	75
5.4.	Visita efectuada a la Corte Suprema de Justicia.....	77
5.5.	Comprobación de nuestra hipótesis.....	78
CONCLUSIONES		81
RECOMENDACIONES.....		83
BIBLIOGRAFÍA.....		85

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de esta investigación se fundamenta en que la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico de Guatemala, en la aplicación del derecho administrativo, no tiene el valor, ni los alcances que esta tiene en el derecho anglosajón, donde tiene fuerza de ley, y hasta superior a la ley, donde hay muchas eventualidades que no se encuentran reguladas de forma legal, dejándose al criterio del juez la auténtica creación del derecho. Asimismo, daremos respuesta a muchas de las preguntas planteadas en el plan de investigación y una de ellas es, si la jurisprudencia complementaria de la ley o debe de ser considerada como doctrina legal o fuente directa del ordenamiento jurídico guatemalteco. Para este fin definimos el problema a investigar proponiendo que la jurisprudencia, sea reconocida como fuente directa del derecho en nuestra legislación.

En este apartado se indicará que esta investigación esta compuesta por el trabajo que se compone de cinco capítulos. El primero se denominará: La jurisprudencia; este contendrá los antecedentes históricos y el nacimiento de la jurisprudencia, su concepto, las clases jurisprudencia. El segundo capítulo denominado: La jurisprudencia como fuente del derecho, describirá las diferentes incursiones de la jurisprudencia: Como la jurisprudencia como fuente formal indirecta; la jurisprudencia como fuente formal directa; la jurisprudencia como vinculante con las fuentes del derecho, se analizará la jurisprudencia como doctrina emitida por un tribunal superior, la importancia de la jurisprudencia como fuente directa de derecho en la legislación guatemalteca y en este capítulo se analizara a la jurisprudencia como supletoria; como

(ii)

integradora: como fuente formal del derecho y la jurisprudencia en sustitución de la ley. Al tercer capítulo se le denominó: La jurisprudencia en el derecho comparado y este contendrá los antecedentes; el concepto genera, su evolución, sus teorías, así como las diferentes instituciones encargadas del tema. El cuarto capítulo se refiere al proceso contencioso administrativo, en el que se desarrollan sus elementos, su procedencia, la sentencia y los recursos contra esta. El quinto capítulo denominado del valor y eficacia de la jurisprudencia en los procesos contenciosos administrativos, analiza la influencia extranjera de la jurisprudencia en nuestro país, el choque de los sistemas latinos y anglosajones, la jurisprudencia en las casaciones en materia contencioso administrativo, y la comprobación de la hipótesis.

Finaliza esta investigación, con sus respectivas conclusiones y recomendaciones que se desprenden del desarrollo de la misma. Resultando evidente que el legislador guatemalteco no ha querido incluir a la jurisprudencia dentro del sistema general de fuentes, incluso cuando reconoce su importante misión como complemento del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO I

1. La jurisprudencia

1.1. Antecedentes históricos:

A la jurisprudencia, en algunos países se le designa como la ciencia del derecho en un sentido global. En Italia a las facultades de derecho se les denominan *facoltà de giurisprudenza*. En el mundo hispánico, en cambio, jurisprudencia posee un significado distinto: es el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho por parte del tribunal supremo.

No puede equipararse su sentido en los ordenamientos hispanoamericanos respecto al que tiene en el derecho anglosajón, donde al precedente judicial (la respuesta que los tribunales hayan dado en casos análogos enjuiciados con anterioridad) le asiste verdadera fuerza de ley y hasta superior a la ley, si se considera que multitud de cuestiones no se encuentran reguladas de forma legal, dejándose al criterio del juez la auténtica creación del derecho. No tiene la jurisprudencia en el mundo hispánico carácter de fuente de derecho en el sentido técnico, pero sí una importancia decisiva. Un abogado cuenta con una enorme probabilidad de éxito si lo que alega en favor de su cliente o representado ha sido decidido de esa misma manera en resoluciones judiciales anteriores. No cabe duda que el derecho vivo se encuentra antes en la jurisprudencia que en la ley, pues si el ordenamiento jurídico consiste en una norma jurídica abstracta y general, lo relevante en la práctica consiste en cómo se adapta, aplicando esa norma general al caso concreto.

Ocurre en numerosas oportunidades que las resoluciones constantes y uniformes emitidas por el tribunal supremo en un determinado sentido acaban consolidando un criterio firme que, en lenguaje jurídico, sienta jurisprudencia y a menudo modifica los propios términos en que se expresa la ley vigente. Por ejemplo, es habitual encontrar en los códigos civiles que para que una persona deba reparar el daño que ha causado a otra, exista culpa o negligencia por su parte, es decir, descuido, ligereza, en suma. Sin embargo, la forma de asimilarse este requisito por parte de los tribunales ha llevado a considerar a la culpa como una exigencia innecesaria en la práctica: el imperativo de proteger a las víctimas, por ejemplo, de un hecho de tránsito, hizo que los tribunales desde mediados del siglo XX entendieran que lo importante es que el daño quedase reparado, mediara o no culpa del conductor.

Es fácil observar que un criterio mantenido de forma constante por la jurisprudencia contrario a lo que la ley determina, acaba propiciando que el propio ordenamiento jurídico se reforme y autorregule para adecuarse a la mudable y cambiante realidad de las cosas. Se dice entonces que, aunque la jurisprudencia no sea una fuente de derecho en sentido formal, termina siéndolo en sentido material, al asignar a la ley su sentido y alcance práctico y concreto.

Por último, tienen algún interés las declaraciones de tribunales inferiores (la denominada pequeña jurisprudencia) aunque en propiedad sólo es jurisprudencia la que emana del tribunal supremo y del constitucional; los jueces y tribunales de rango inferior no dejan de ser órganos encargados de aplicar las leyes. Además, existen y

surgen cuestiones que no pueden ser tratadas por el tribunal supremo porque la ley establece que el proceso concluya en tribunales de inferior categoría¹.

Asimismo, en el derecho español, la jurisprudencia, es considerada como el conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente en España y, desde una perspectiva general, su propia evolución histórica. Si en una acepción amplia derecho se refiere, desde un concepto etimológico (en latín, *directum*) a lo recto y directo, a “lo que no se tuerce”, el derecho español alude y delimita un régimen jurídico concreto. Dos procesos configuran en la historia el fenómeno que, según diversos autores, se denominó “diversificación” o “disgregación” del derecho como sinónimo de un orden natural universal. En realidad, el primero vendría determinado por la remota transformación del ius, espíritu de la justicia, búsqueda de lo bueno y de lo justo, discriminación sobre lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, en derecho objetivo o expresión material del poder existente. De esta forma en el derecho convergen la aspiración o la reivindicación personal y la situación jurídica general, conforme la concepción de la justicia romana. Con el paso del tiempo, ese legado universal va adaptándose a situaciones más específicas, aun cuando también existen interpretaciones doctrinales que plantean esta caracterización desde una visión historicista, como efecto de la compilación justiniana (*corpus iuris civilis*) y de la adaptación del derecho común a interpretaciones autóctonas (como las leyes de toro, las partidas, el derecho germánico oral o las pandectas) que a menudo derivan de usos locales.

¹ Jurisprudencia. Microsoft® Encarta® 2007 [DVD]. Microsoft Corporation, 2006. **Microsoft® Encarta® 2007.**

El segundo paso que desemboca de hecho en la formación de los ordenamientos jurídicos nacionales, viene como consecuencia de una era que concede protagonismo al impulso de la codificación (en latín, *codex* o *caudex*) y al renacer del espíritu universal del derecho romano. Este proceso, que en el resto de Europa coincide con las primeras manifestaciones de la burguesía como clase, en España tiene lugar con mucho retraso, dada la tremenda diversidad surgida de la contraposición entre el denominado derecho común particular (las partidas, por ejemplo) y el *Corpus Iuris*. Por este motivo, si el impulso codificador se emprende en el resto de Europa en el siglo XVI, animado por el propósito de sistematizar con carácter general una rama del derecho (código penal, de comercio, civil, entre otros), la tardía unidad civil española lo convierte en una consecuencia tardía del movimiento de la Ilustración, muy avanzado el siglo XVIII. Para entonces, el derecho nacional de cada país es asumido sin distinción por regímenes democráticos como por monarquías absolutistas, orientación que no se produciría en España hasta el siglo XIX y constituiría el fundamento de la emancipación de América latina. La consecución de la unidad de los ordenamientos de un país, en el marco de unas fronteras reales, se materializó a su vez en una jerarquía normativa, marcada por las fuentes de cada sistema jurídico, para que el juzgador aplique la norma con criterio de justicia, sin caer en contradicciones ni en lagunas jurídicas. En el derecho español la jerarquía normativa quedó establecida en este orden: ley, costumbre y principios generales. En el Código Civil español, específicamente el Artículo 1.6 del este cuerpo legal preceptúa que: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo

reiterado, establezca el tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

La fuente citada señala que al relacionar los apartados 1 y 6 del Artículo 1 del Código Civil que estamos citando, se llega a la conclusión que la jurisprudencia no es, en realidad, fuente del derecho ni se aprecia una vinculación con la misma, dejando al margen las muchas posibilidades de que las sentencias futuras sean acordes con una determinada línea jurisprudencial, sobre todo si ésta se muestra uniforme y reiterada en el tiempo. Hasta épocas recientes, jurisprudencia era tan sólo la doctrina emitida por el tribunal supremo y ello cuando se cumplían los siguientes requisitos: uniformidad en los criterios utilizados y reiteración en los mismos; que los criterios o afirmaciones esgrimidos estuvieran destinados a fundamentar la decisión y no resultaran un simple efecto de carácter incidental; que se aprecie sustancial identidad entre los supuestos concretos recogidos y resueltos en las sentencias que sientan jurisprudencia y aquel al que se quiere aplicar la jurisprudencia en cuestión.

Estos requisitos no han dejado de tener validez en el presente, pero es preciso añadir que la constitución española promulgada en 1978 ha propiciado la aparición de los tribunales de justicia de las comunidades autónomas con competencias similares, en su ámbito, a las del tribunal supremo y a la del propio tribunal constitucional que, máximo intérprete de la carta magna, también genera su propia jurisprudencia.

A ello hay que añadir, desde la incorporación de España a la Comunidad Europea —incorporación efectiva a partir del 1 de enero de 1986—, la jurisprudencia emanada del tribunal de justicia de las Comunidades Europeas. Habría que añadir también, en

determinadas materias, la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Todo ello permite hablar, en propiedad, de jurisprudencias, más que de jurisprudencia en España; jurisprudencias además que, con rango similar o igual, pueden llegar a diferir al pronunciarse sobre temas similares o idénticos.

Como antecedente, para hablar de jurisprudencia en Guatemala, señalamos que el derecho guatemalteco, es conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente en Guatemala. Según el Artículo segundo de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la Republica de Guatemala, la ley es la fuente del ordenamiento jurídico; que la costumbre cumple una función supletoria, y sólo se admite cuando existen lagunas en el texto legal. No se admite la costumbre que se opone a la ley y que la jurisprudencia cumple también una función supletoria: complementa la legislación.

Para que la misma sea obligatoria se requieren cinco fallos continuos, en el mismo sentido, emitidos por la Corte Suprema de Justicia. También se configura jurisprudencia en materia constitucional con tres sentencias uniformes de la Corte de Constitucionalidad.

En este apartado y siempre sobre el mismo tema agregamos que las fuentes del derecho, tanto en forma doctrinaria como en el aspecto legal, existen las fuentes del derecho controvertidas. Como la jurisprudencia, en la que centramos nuestra investigación. La jurisprudencia "entraña lo dinámico del derecho, en cuanto sus normas se traducen en acción y resultan aplicadas a los fenómenos del determinismo

ambiente"². De ahí que, la jurisprudencia ofrezca "al historiador del derecho, abundantes materiales para sus respectivos trabajos e investigaciones". Y en consecuencia sea "absolutamente inexcusable su estudio para llegar a columbrar y dominar el conocimiento y el derecho de un pueblo". Es así que "ni aún el derecho canónico", pueda sustraerse al "influjo de la jurisprudencia"³.

Los tribunales y juristas de la familia romano-germánica solo se sentían cómodos cuando podían invocar, como base de la solución jurídica que pregonaban y que trataban de justificar, uno o varios textos legales para iniciar una acción ante un tribunal o entablar un recurso en una instancia superior es preciso a veces demostrar el hecho de la violación de una norma legal. La actitud y disposición que adoptan dan la impresión de que, en la familia romano-germánica, derecho y leyes son una y la misma cosa.

Si queremos tener una visión exacta de la cuestión, debemos considerar el uso que se hace de las leyes, su interpretación, su misma neutralidad (transitoria) o neutralización (acción permanente), en ocasiones. Junto a la teoría, que insiste en repetir frecuentemente lo que ya se dijo al producirse la codificación, en la práctica es diferente. En la doctrina francesa el más alto magistrado de la época no dudó en afirmar que la jurisprudencia había ido más allá que la doctrina en este aspecto y señaló como ejemplo la construcción del derecho administrativo. Asimismo, el legislador puede, mediante la ley, ayudar a explicarnos que es el derecho y su obligación es hacerlo, pero el derecho es algo más que la ley. No puede confundirse

² Colmo citado por: Víctor Manuel Garrido de Palma, **Derecho civil y metodología jurídica**, (Madrid: Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1986).

³ *Ibíd.*

con la voluntad del legislador, sino que debe ser descubierto por el esfuerzo común de todos los juristas, de todos los que colaboran en la administración de justicia.

Si comparamos la importancia de las fuentes legislativas y de las doctrinales, es muy probable que la relación que guardaban en el derecho antiguo se haya invertido; no obstante, nuestro derecho sigue siendo un derecho de juristas (*Juristenrecht*), de acuerdo con su tradición. “Se ha convertido la ley en el elemento principal para el conocimiento del derecho, pero sin excluir los restantes elementos junto a los cuales alcanza su pleno sentido; hoy, como ayer, el derecho sólo puede conocerse mediante una búsqueda en la que colaboren el legislador y los juristas. Además de la ley tiene otras fuentes igualmente importantes, si bien el hecho aparezca oscurecido por la técnica de los juristas”⁴.

En la concepción tradicional, según la cual el derecho se considera algo diferente a la ley, esta última considerada como la meta de todos los hombres de buena voluntad, y especialmente de los juristas, no cabría buscar el derecho exclusivamente en los textos del derecho escrito; ya que si se reflejara en el derecho la voluntad del gobernante y no la expresión de lo justo, se alteraría la propia definición y naturaleza del mismo.

1.2. Nacimiento de la jurisprudencia

La jurisprudencia como institución Jurídica tiene un pasado que se remonta muchos siglos atrás; se acepta generalmente que tuvo antecedentes en Roma antigua cuando los integrantes de la corporación sacerdotal estudiaban e interpretaban

⁴ Rene David, *Le droit français*, (Francia: Edición Pedro Bravo Gala 1961) Tomo I, págs. 135 a la 185.

el derecho elaborando verdaderos formularios que se observaban rigurosamente para la realización de toda índole de negocios y litigios; labor, magnamente enriquecida por los notables y conocidos jurisconsultos de épocas posteriores, que conoció su cúspide en el *corpus iuris civilis*, extendiéndose sus principios por toda Europa primero, y a las nuevas tierras de Latinoamérica después.

No obstante y aún cuando ciertamente es factible encontrar estos antecedentes en la ancestral cultura jurídica de aquella península mediterránea, que sentó el cimiento de nuestro derecho privado moderno. Es necesario destacar que las raíces a las que nos hemos referido no son las mismas que durante el siglo XIX le dieron vida al "derecho jurisprudencial mexicano" -entendido como la jurisprudencia de los tribunales mexicanos -, pues éste ha sido vástago de otro árbol cuyas verdaderas raíces se hunden en la historia y las costumbres del derecho inglés.

Al margen de lo antedicho, el derecho romano es de muy explorado conocimiento por nuestros juristas nacionales dada la fundamental importancia que se les reconoce en las universidades latinoamericanas y la abundante bibliografía que sobre el particular se dispone.

Es por éstas consideraciones, que no se profundiza en la jurisprudencia de origen latino y se le da más importancia en centrar el análisis en aquellas influencias que sí trascendieron a nuestras instituciones jurídicas nacionales en lo que a nuestro tema interesa. Nuestra jurisprudencia no es un invento del derecho mexicano, ya que en su nacimiento tomó sus elementos primordiales de otros modelos jurídicos, como es el sistema sajón; sin embargo, en su desarrollo posterior ha adquirido notas y características que si le son propias.

Los países a que nos hemos referido, tienen un sistema de derecho conocido mundialmente como "common law" cuya traducción literaria significa "derecho común"; empero, no es dable entenderlo en el mismo sentido de lo que nosotros llamamos derecho común, debiéndose entender por common law:

- A. El derecho angloamericano en su totalidad, distinto del sistema jurídico romano y sus derivados tanto en Europa como en América, así como de los demás sistemas en el mundo.
- B. El elemento casuístico del derecho angloamericano constituido por los precedentes judiciales, o sea, la jurisprudencia de los tribunales angloamericanos, a distinción de las leyes promulgadas formalmente por el legislador.
- C. El derecho formado por las decisiones y precedentes judiciales aplicados por los clásicos tribunales ingleses llamados *common law courts*, y los modernos tribunales de igual categoría tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos.

La jurisprudencia, entonces, tal como nuestro derecho la ha recogido proviene originalmente de Inglaterra y secundariamente de los Estados Unidos de América: empero, de este último país, fue sin duda de quien hubimos de recibir la influencia más directa y determinante. La historia de la institución jurídica que nos ocupa se funde con la historia antigua de la misma Gran Bretaña, que es por principio confusa, oscura y colmada de leyendas ancestrales, de los primeros pueblos Celtas llegados a dichas tierras, apenas tenemos noticias gracias a la arqueología, pues eran culturas afectas a la tradición oral que no desarrollaron la literatura.

A modo de ilustrar el grado de oscuridad existente en el pasado remoto de Inglaterra, baste comentar que Beda el Venerable, considerado el primer historiador Inglés, vivió a principios del siglo VIII después de Cristo, o sea, dieciocho siglos después de las primeras incursiones en la isla; sin embargo, no obstante los muchos silencios de la historia de este período, sabemos lo suficiente para el desarrollo de lo que a nuestro tema concierne.

En los tiempos que Guillermo el Grande, asumió el trono, existía en la isla una rudimentaria y primitiva administración de justicia, organizada por los mismos pobladores de las pequeñas comunidades autóctonas -shires- El absurdo sistema judicial de ese entonces se reducía a los denominados juicios de Dios; mismos que, significaba un contraste mayúsculo con la ya para entonces prominente ciencia jurídica de los romanos. En realidad, el sistema jurídico common law, estaba en aquel instante, apenas fundiendo sus primigenios ingredientes previos en ese crisol social donde la jurisprudencia estaba por emerger.

Posteriormente, el gran reformador, o más aún, fundador del sistema jurídico inglés fue el rey Enrique II, quien centralizó la justicia en la corona, organizó el sistema judicial, lo tornó racional y benevolente, pero sobre todo, hizo de la instancia real una justicia abierta para todos los hombres libres del reino, en vez de una instancia de elite destinada sólo a resolver los litigios entre nobles; además dejó subsistir los antiguos tribunales populares locales, pero reducidos a órganos de primera instancia cuyas decisiones eran recurribles ante la justicia real, misma que se centralizó en su persona y en el real consejo, estableció jueces de carrera que recorrían en circuitos todos los confines del reino, de ahí la denominación de

tribunales de circuito, administrando justicia en nombre de la corona; también por cierto creó instituciones fundamentales que a la postre se convertirían en la columna vertebral del sistema jurídico y político inglés, como el consejo del rey o curia regis, llamado igualmente kings council, antecedente del futuro parlamento, y a su vez derivación del antiguo Witan, Institución de donde luego también habría de emanar toda la judicatura real.

De esta forma las cortes referidas se desarrollaron rápidamente entre los siglos XII y XIII, gracias a las reformas introducidas por Enrique II. Entre otras instituciones formadas por Enrique II, estaban la real inquisición o kings inquest que vino a sustituir los absurdos juicios de Dios. De origen romano, el king inquest es el antecedente del juicio por jurados, característico del sistema angloamericano, según el cual, los litigios se ventilaban en un juicio sumario donde los propios vecinos hacían lo mismo de jueces que de testigos.

Por otra parte, se creó igualmente la real doctrina de paz o the doctrine of kings peace que fue inicialmente, la restricción impuesta por la corona para alterar "la paz" de alguna persona, cosa o propiedad, merced a cierta inmunidad decretada por el soberano y cuya trasgresión implicaba un delito contra la "paz del rey" , tal institución hubo de extenderse posteriormente a toda persona y en general a todo derecho subjetivo, lo que redundaba en la prohibición de ejercer la justicia por propia mano, obligando a someter las disputas a la jurisdicción de los tribunales. Finalmente, se creó también la institución de decreto real o kings write; éste se instauró como el vehículo de expresión de las decisiones administrativas y legislativas que emanaban del rey y su consejo, aunque posteriormente lo fue también de las decisiones,

acuerdos y citatorios judiciales.

De estas bases nació un sistema jurídico más consistente y racional dibujando el singular perfil del *Common Law*. La Judicatura se consolidó en instituciones perdurables que con el correr del tiempo abrazaron a todo asunto, todo territorio y todo hombre del reino. Los jueces, para impartir justicia, contaban con ciertas disposiciones de tipo "legislativo" enunciadas por los writes o decretos reales, más éstos no tenían la precisión casuista de las leyes y codificaciones que nosotros conocemos; así, los magistrados fundaban sus resoluciones en las costumbres generalmente reconocidas y aceptadas por la población, de modo que cuando éstas comenzaron a reflejarse en los fallos adquirieron fuerza positiva y legal al ser reiteradas una y otra vez por las sentencias, fue así que se les dio el nombre de "precedents". En esa virtud, los precedentes, de tal forma considerados, servían de referencia a futuros juzgadores para la resolución de nuevos casos análogos, y con el tiempo, llegaron a adquirir el carácter obligatorio (binding precedents), que les caracteriza, en virtud de la doctrina del "stare decisis", que es la costumbre de respetar a la autoridad moral de las decisiones tomadas por los jueces en asuntos anteriores, sobre todo cuando dichas decisiones provenían de los jueces más altos.

El sistema solidificó de acuerdo a la doctrina del "stare decisis", o establecida a través de las decisiones previas. Así, cuando un juez decidía un nuevo problema en un caso sometido a él, éste se convertía en una nueva regla de derecho y era seguida por los jueces subsecuentes. En ulteriores tiempos ésta práctica se cristalizó en la forma conocida como la fuerza obligatoria del precedente judicial, (jurisprudencia), y los jueces se sintieron obligados a seguir las decisiones en vez de

simplemente observarlos como referencia.

Pero además, éstos precedentes lograron homogeneizar, por completo, las normas consuetudinarias del reino, surgiendo así el característico sistema jurídico propio del common law, y con él, la Institución de la jurisprudencia, que nos ocupa; por ello, como bien lo aseveró Emilio Rabasa en su obra: "El Derecho Anglosajón... es de formación histórica y tradicional, más que científica", y en sentido contrario:

- "El derecho romano y los sistemas derivados de éste, son instituciones de organización científica y codificada;
- En resumen, el common law es un sistema jurídico de elaboración judicial, originando en antiguas costumbres, las cuales fueron clarificadas, más extendidas y universalizadas por los jueces"⁵.

Es oportuno continuar abundando estos conceptos en sus voces de origen, a través de lo que piensan y afirman los juristas ingleses, particularmente a lo tocante en los llamados "precedentes"; así Kenneth Smith y Denis Keenan, dicen con respecto al "judicial precedent", también llamado "case law" :

- "Los casos legales (precedentes) proveen la mayor parte del derecho del país. Algunos casos legales enuncian el derecho por sí mismos, algunos otros son concernientes a la interpretación de la ley... Los casos legales constituyen precedentes y un precedente es la decisión previa de un tribunal, que puede, en ciertas circunstancias, ser obligatoria para otro tribunal en la decisión de un caso similar. Esta práctica de seguir las decisiones anteriores se deriva de la

⁵ Emilio Rabasa, **El derecho anglosajón** . Microsoft® Encarta® 2007 [DVD]. Microsoft Corporation, 2006.

costumbre, pero ésta práctica que es generalmente observada... los precedentes deben ser considerados como el motivo del desarrollo de la ciencia del derecho”.

Estas descripciones, nos revelan el alma misma o la esencia del derecho jurisprudencial y nos permiten entender su formación histórica en el país que le dio origen.

Así creado, el modelo jurídico en estudio hubo de extenderse a todos aquellos países conquistados por Inglaterra a partir de la era de las grandes exploraciones, iniciada en el siglo XVI, cuando las potencias navieras europeas como España, Inglaterra, Francia y Portugal, principalmente, se repartieron el mundo, implantando en sus colonias, lenguas, costumbres, religiones y, por supuesto, también sus respectivas ciencias jurídicas.

En el caso particular del derecho inglés, éste fue instaurado de modo natural en las trece colonias británicas situadas al noreste del continente Americano, donde al correr del tiempo hubo de desenvolverse con características propias, si bien, no apartándose de los lineamientos peculiares del common law en lo relativo a su "derecho común" pero desarrollando grados más evolucionados en lo que hace a su derecho constitucional y su organización política.

Por influencia del derecho norteamericano, la jurisprudencia pasó finalmente a México durante el siglo XIX. Cuando se dice que la jurisprudencia es fuente de derecho, no cabe pensar sino en la interpretación de la ley por los magistrados. Bajo este lógico enfoque se concibe y admite que la jurisprudencia es el conjunto de fallos

judiciales que deciden un mismo asunto. Se habla, así:

- A. De una jurisprudencia "uniforme" cuando las decisiones se pronuncian en un mismo sentido; y,
- B. De una jurisprudencia "contradictoria" cuando diversos tribunales o aún el mismo tribunal en distintos tiempos resuelven una cuestión de diferente manera, o lo que es igual, echando mano a desiguales planteos. Por lo que se colige, la jurisprudencia, para que se juzgue tal, debe estar formada de resoluciones concordantes, uniformes y reiteradas de los tribunales.

Pese a éste criterio, sumamente generalizado se sostiene que a veces una sola sentencia sienta jurisprudencia: es lo que en el derecho anglosajón se llama el *leading case*. Pero sin duda, una jurisprudencia reiterada y constante es más venerable y tiene mayor solidez como fuente de derechos y obligaciones.

En síntesis: como acepción general, la jurisprudencia es la ciencia del derecho; el sentido más restringido equivale a la doctrina emanada de las decisiones judiciales reiteradas y uniformadas a la resolución de casos no previstos por las leyes de manera clara y precisa. Sobre este particular puede decirse, en general, que entre nosotros la jurisprudencia es maleable: la imposición de interpretar la ley, ha dado lugar a mucha ductilidad y a una formación de jurisprudencia de infinitos matices: hay interpretaciones "restrictivas" y hay interpretaciones "extensivas" que le dan a la jurisprudencia características verdaderamente particulares, que rayan entre lo contradictorio e incongruente y entre lo formulario y cerrado, cuando no

impresionista⁶.

1.3. Concepto y definición de jurisprudencia

La jurisprudencia como palabra, su existencia, su significado y su forma. La jurisprudencia "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. Justiniano la definió como "*divinarum atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia*"⁷. En realidad, las primeras palabras de la definición corresponden a la noción de filosofía; de consiguiente, la jurisprudencia viene a ser la ciencia de lo justo y de lo injusto.

La jurisprudencia no es solamente la ciencia del derecho o de los usos y costumbres, sino que por las razones y fundamentos que invocan los intérpretes, ella puede igualmente contemporizar, es decir acomodarse al gusto o dictamen ajeno por algún respeto o fin particular, todas las situaciones que forman un estado de cosas sagradas y profanas, a las que se les pueda llamar las reglas de la justicia.

Otros juristas definen a la jurisprudencia diciendo que: "Es el hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y de aplicarlas oportunamente a los casos que ocurren". También se llaman jurisprudencia 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

⁶ Emilio Rabasa, **El derecho anglosajón**, Microsoft® Encarta® 2007 [DVD]. Microsoft Corporation, 2006.

⁷ W. Golds Chmidt, **La teoría tridimensional del mundo jurídico** (España: Editorial Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1986), pág., 45-48

manera una misma cuestión y la serie de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbre sobre un mismo punto de derecho"⁸.

Como expresó Colmo: la jurisprudencia "entraña lo dinámico del derecho, en cuanto sus normas se traducen en acción y resultan aplicadas a los fenómenos del determinismo ambiente"⁹.

De ahí que, la jurisprudencia ofrezca al historiador del derecho, abundantes materiales para sus respectivos trabajos e investigaciones y sea absolutamente inexcusable su estudio para llegar a columbrar y dominar el conocimiento y el derecho de un pueblo. Es así que "ni aún el derecho canónico", pueda sustraerse al "influjo de la jurisprudencia"¹⁰.

Desde entonces a la fecha se ha restringido significativamente su sentido, al grado tal que, De Diego¹¹, jurista español, se refiere a ella diciendo: "Es el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo o en el conjunto de sentencias de éste"¹².

Eduardo Pallares en su diccionario de derecho procesal civil afirma: "En su acepción general la jurisprudencia comprende los principios y doctrinas, que en materia de Derecho, se establecen en las sentencias de los tribunales"¹³; y,

⁸ W. Golds Chmidt,, **La teoría tridimensional del mundo jurídico**, (España, Editorial Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1986), pág., 56-59

⁹ Víctor Manuel Garrido de Palma, **Derecho civil y metodología jurídica**, (Madrid: Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1986), pág. 61-67.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Clemente De Diego, **Los principios generales del derecho**, (España: Revista de derecho privado. 1910).

¹² *Ibíd.*,

¹³ Eduardo Pallares, **Diccionario de derecho procesal civil**, (México: Editorial Porrúa, 1989),

Por su parte, Juan Palomar de Miguel, por voz de su Diccionario para Juristas ofrece un concepto más asentado al precisar: "La jurisprudencia es obligatoriedad que alcanza un asunto jurídico, después de haber sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los tribunales colegiados, una vez satisfechos los requisitos legales"¹⁴.

Por loable que sea el desvelo de los juzgadores o de los tribunales, la jurisprudencia no acusa progresos: lo veleidoso de su característica ha llamado su meditación en más de un supuesto, pues estudiando a fondo las sentencias se han observado ciertas sorpresas, lo que pone de manifiesto en principio, el demérito de sus doctrinas.

Hay que partir de la base de que los juzgadores deben ser verdaderos creadores de la regla jurídica y que sus fallos deben adecuarse con estabilidad, pues la estabilidad de la jurisprudencia tiene la gran ventaja de asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas. Los particulares, en sus transacciones, deben forzosa y lógicamente contar con ella y partir de la base que cuando los tribunales declaran la validez o la nulidad de una disposición legal, no es para consagrar al día siguiente una solución contraria. Para asegurar la estabilidad de la jurisprudencia se ha creado, en la generalidad de los países, el llamado recurso de casación.

Calamadrei examina las características de la jurisprudencia recordando que en toda definición del Estado se encuentra constantemente repetida la idea de un ordenamiento jurídico bajo un supremo poder que constituye, por encima de los

pág., 546

¹⁴ Juan Palomar de Miguel, **Diccionario para juristas**, (México: Ediciones Mayo, 1981), pág.345

súbditos, una distinta personalidad unitaria, razón por la cual la tendencia a la unificación de las normas de derecho objetivo vigentes en el ámbito estatal tiene su primer origen en el concepto mismo del Estado”¹⁵.

Añade que el Estado consigue ser una persona jurídica única, en tanto que algunas normas jurídicas son comunes en todo su territorio, como efectivamente lo son las normas de derecho constitucional, que fundan y consagran la existencia y la organización de la comunidad jurídica. Paso a paso, históricamente se progresa hacia una unificación más completa de todas las normas jurídicas vigentes, aún fuera de la esfera constitucional, en el territorio del Estado.

La diversidad del derecho objetivo en un mismo Estado, deriva de las especiales condiciones geográficas y físicas, particulares necesidades económicas y comerciales, excepcionales eventualidades militares, políticas y sanitarias, que dan nacimiento a las normas que el autor que hemos venido citando llama de derecho local, el cual solamente tiene vigor en determinadas circunscripciones del mismo, y que señalan excepciones y limitaciones al principio de la uniformidad del derecho objetivo en el espacio.

También nos recuerda Calamandrei “que las ventajas derivadas de la unidad del derecho objetivo en el espacio naturalmente no es una referencia a su unidad de tiempo, circunstancia que desembocaría en la inconveniente inmovilidad del derecho, al cual se le observa siempre en un continuo devenir como todas las manifestaciones del espíritu humano”¹⁶.

Al plantear y encarecer las ventajas que mediante los precedentes -la

¹⁵ Piero Calamandrei, **La casación civil**, (México: Editorial Mexicana 2000), págs.57-59

¹⁶ *Ibíd*, págs. 89-90.

jurisprudencia-, se obtienen para la justicia de las normas de derecho objetivo, se pronuncia Calamandrei -especialmente en ciertas cuestiones de derecho procesal-, por preferir una jurisprudencia constante a una jurisprudencia justa, "porque solamente cuando las normas jurídicas que establecen formalidades procesales estén ya aclaradas y precisadas de un modo cierto por una jurisprudencia constante, los litigantes tendrán la posibilidad de atenerse escrupulosamente a ellas y de precaverse así contra el peligro de nulidades y decadenias".

Examina Calamandrei¹⁷ los dos aspectos de la función de control que ejerce la corte de casación sobre la actividad de los órganos jurisdiccionales. En primer término se refiere al aspecto negativo, en cuanto tiende a impedir que los órganos jurisdiccionales se valgan del poder de mandar en concreto que el Estado ha delegado en ellos, sustrayéndose a la norma fundamental, cuya observancia constituye la condición sine qua non de aquel poder; y a continuación al aspecto positivo, en cuanto tiende a asegurar en el Estado la uniformidad de la jurisprudencia y, por consiguiente, la unidad y la igualdad del derecho objetivo, a través de la revisión y de la selección de las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica, coexistentes en la jurisprudencia a causa de la pluralidad simultánea de los órganos judiciales de un mismo grado.

Si analizamos con el mayor detenimiento los anteriores conceptos del maestro Calamandrei, podremos concluir que el concepto tradicional de la jurisprudencia - fuertemente influido desde los romanos por criterios filosóficos o de teoría general del derecho- desapareció, puesto que esa función fue sustituida por otras disciplinas que

¹⁷ Piero Calamandrei, **La casación civil**, (México: Editorial Mexicana 2000, págs, 93-96.

estudian e inspiran desde la política legislativa hasta el arte de la interpretación de las normas de derecho positivo.

En cambio, la función actual de la jurisprudencia se finca en conceptos casacionistas, que parten de la gran necesidad que el Estado moderno tiene de estabilizar un orden jurídico mediante normas de derecho objetivo claramente interpretadas obligatorias para todos los órganos judiciales, y que inclusive llenen lagunas en aquellas disposiciones de derecho privado que permiten tales analogías y extensiones.

Entre las definiciones y conceptos de jurisprudencia hacemos énfasis en esta

En su sentido originario, jurisprudencia (*prudentia iuris*) equivalía a conocimiento del Derecho, a “ciencia de lo justo y de lo injusto” para los juristas romanos, a ciencia del derecho. Dicha acepción se conserva, prácticamente, intacta en los sistemas jurídicos del common law, o derecho consuetudinario, término usado para referirse al grupo de normas y reglas de carácter jurídico no escritas, pero sancionadas por la costumbre o la jurisprudencia, que son fundamento ineludible del derecho de los países anglosajones¹⁸.

En otra acepción más estricta y técnica, llamamos jurisprudencia al criterio constante y uniforme de aplicar el derecho que se manifiesta en las resoluciones del tribunal supremo, que es, en nuestro derecho, el máximo órgano jurisdiccional en todos los órdenes y, en consecuencia, aquel al que corresponde la labor de controlar la aplicación del derecho realizada por los tribunales de justicia, mediante la unificación de los criterios de interpretación de las normas utilizados por los mismo,

merced al establecimiento del recurso de casación

1.4. Las clases de jurisprudencia

Ciencia del derecho, esta es una acepción antigua que se remonta al derecho romano. Equivalía al estudio del derecho y de la ciencia que conduce a la realización de la justicia.

1. Autoridad que resulta de varias sentencias uniformes, dictadas por los tribunales de justicia al aplicar las normas generales en resoluciones de casos concretos. Vista de esta forma le conoce como jurisprudencia no obligatoria.
2. Fuente creadora de normas generales de interpretación e integración del derecho, considerada doctrina legal.

De lo planteado se infiere que la jurisprudencia puede ser incluida dentro las fuentes formales directas, que son aquellas que contienen la norma jurídica general y obligatoria, que constituye la doctrina legal, y dentro de las fuentes indirectas que son las que no contienen dicha norma pero contribuyen a su creación, conocida como doctrina legal.

Para estudiar la clasificación de la jurisprudencia en el derecho guatemalteco, mencionaremos que en los sistemas de derecho escrito como el nuestro, la legislación es la fuente formal por excelencia. Pero las leyes por muy casuistas que sean, no logran prever todos los problemas que diariamente se presentan en la vida jurídica y por ello se hace necesaria la intervención de los tribunales para dar

soluciones concretas a los conflictos que van surgiendo con motivo de la aplicación de las leyes.

Dicha soluciones constan en las sentencias que ponen fin a los procesos, las cuales, por consiguiente, no contiene normas de carácter general y abstracto, sino normas individualizadas y obligatorias para el caso concreto.

CAPÍTULO II

2.1. La jurisprudencia como fuente del derecho

El término fuente surge de una metáfora, pues remontarse a las fuentes de un río, es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho.

La palabra fuente, jurídicamente tiene tres acepciones que son: históricas, reales y formales. A las que haremos referencia brevemente:

- a) Fuentes históricas: son los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes. Son documentos que contienen la información del derecho vigente en otra época, en base en los cuáles nos inspiramos para crear una determinada ley o institución jurídica, por ejemplo: las leyes de indias, el código de Hamurabí, la declaración de los derechos del hombre y ciudadano de 1789, etc.
- b) Fuentes materiales o reales: Son los factores y elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas. En otras palabras son, aquellos factores políticos, sociales, y económicos que contribuyen a la formación del derecho y que deben ser tomados en cuenta por los legisladores para crear normas jurídicas.
- c) Fuentes formales: son los procesos de creación de las normas jurídicas.

Para poder obtener derecho de estas fuentes es necesario seguir una serie de actos que darán como resultado una determinada norma jurídica. Como dice García

Maynez:" Las fuentes formales son el canal o el vehículo por donde se transportan las fuentes reales". Existen cinco canales o vías que son: la legislación, jurisprudencia, costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho.

La jurisprudencia constituye, normalmente en nuestra legislación guatemalteca, fuente formal indirecta del derecho pero puede llegar a ser una fuente formal directa al producirse la doctrina legal. De lo expuesto inferimos que la jurisprudencia puede ser de dos clases:

El conjunto de las fuentes del derecho es muy heterogéneo, las fuentes del ordenamiento jurídico son: La ley (entendida como toda norma escrita), la costumbre y los principios generales del derecho. Sobresale la disposición jerárquica de este sistema. La costumbre regirá en defecto de ley aplicable y los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

La jerarquía de las fuentes hace que en la llamada pirámide normativa, la cúspide de nuestro derecho se encuentre ocupada por la constitución, como norma de normas. Bajo ella, rigen las normas que cuentan con carácter de ley formal, mientras que en la base de dicha pirámide hallamos los reglamentos.

Por ley se entiende la norma escrita de carácter general emanada de un parlamento; la costumbre es la reiteración de conductas aceptadas por la sociedad por gozar de obligatoriedad jurídica y los principios generales del derecho son las reglas comunes, muchas veces no escritas, que una comunidad entiende que rigen toda la realidad jurídica y que informan y dan valor a todo el ordenamiento (como la irretroactividad de normas sancionadoras, la defensa de los derechos humanos, la

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o la presunción de inocencia).

En nuestro sistema jurídico no es fuente del derecho la jurisprudencia o doctrina emanada de la reiteración de decisiones judiciales en un mismo sentido. Por otra parte, las distintas ramas del derecho (civil, penal, administrativo, internacional...) cuentan con un sistema propio de fuentes. Destaca el caso del derecho penal, donde no existe la costumbre y sólo se aplica la constitución y la norma penal con rango de ley orgánica, con el fin de establecer las necesarias garantías de protección de los ciudadanos. En derecho administrativo, la costumbre juega un reducidísimo papel, limitado a la organización de la sociedad y bienes de comunidades rurales (uso por los vecinos de tierras y montes comunales), a la vez que prima la ley ordinaria, desarrollada por innumerables reglamentos.

Además, las fuentes del derecho pueden emanar de la distinta organización territorial. En países con varios Estados o que cuentan con comunidades autónomas como España, se cuenta con el derecho comunitario europeo, el derecho estatal en sentido estricto, el derecho autonómico o de las comunidades autónomas y el derecho local. Cada uno de ellos cuenta con su propio sistema de fuentes y juega con el resto de los ordenamientos de un modo diferente.

La clasificación de las fuentes del derecho son:

- a) **Fuentes reales:** factores y elementos que determinen el contenido de las normas jurídicas.
- b) **Fuentes históricas:** documentos que encierran una ley, conjunto de leyes que ya no están vigentes.

- c) **Fuentes Formales:** el proceso de creación de las normas jurídicas, ejemplo: la legislación, la costumbre, la jurisprudencia obligatoria (doctrina legal).

La expresión fuentes del derecho es utilizada en diversos sentidos, unas veces se habla de fuente legitimadora del derecho en el sentido de que el ordenamiento jurídico debe tener la justicia como principio inspiratorio, y basarse en las ideas universales derivadas del derecho natural. En un sentido menos elevado, se habla también de fuentes de conocimiento del derecho para referirse a los medios de los que se valen los juristas para conocer el derecho positivo de una determinada comunidad, en un momento histórico también determinado. Si embargo, los dos sentidos más importantes en que se utiliza la expresión fuentes del derecho, son el sentido material y el sentido formal.

- a) En el sentido material, son fuentes materiales del derecho aquellas instituciones o grupos sociales con capacidad para crear normas jurídicas, que son como veremos: el poder legislativo, a través de las cortes generales y de los parlamentos o asambleas legislativas de las comunidades autónomas; el poder ejecutivo, mediante disposiciones dictadas por el gobierno; e incluso el propio pueblo, a través de la creación de costumbres y usos obligatorios.
- b) En el sentido formal, son fuentes formales del derecho cuando nos referimos a los modos o formas en que el derecho se manifiesta externamente.

Se ha establecido que las fuentes del ordenamiento jurídico son: la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Que son las fuentes formales

indiscutidas por tener reconocimiento en el propio ordenamiento. Al lado de estas, hay otras posibles fuentes, más o menos discutidas que no tienen reconocimiento normativo, pero que presentan una importancia innegable en el sistema jurídico moderno, por ejemplo la jurisprudencia del tribunal constitucional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

El Artículo 2, de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, no solo establece las fuentes formales del ordenamiento jurídico guatemalteco expresamente reconocidas, sino que determina también su jerarquía o prelación, jerarquización que también exige de forma expresa la constitución española cuando dice que la constitución garantiza la jerarquía normativa, de donde inferimos que, la ley es la primera fuente formal del ordenamiento jurídico guatemalteco y por ello la costumbre sólo será aplicable en defecto de ley y sólo se podrá recurrir al auxilio de los principios generales del derecho cuando no hay ni ley ni costumbre aplicables.

Las fuentes formales indiscutidas, en el orden jerárquico, son la ley y sus clases. Aunque la ley tiene múltiples acepciones, se puede afirmar que todas ellas vienen a recaer en un mismo principio, la ley es una norma de conducta, ya sea física, moral, social o propiamente jurídica. Pero aún centrándonos más en el ámbito propio del derecho, tampoco la palabra ley presenta un único significado, porque hay que distinguir un sentido estricto y un sentido amplio.

- a) En sentido estricto: la ley es la norma escrita, de carácter general emanada del poder legislativo, es decir, las cortes generales en el ámbito del Estado, y los parlamentos o asambleas legislativas en el ámbito de las autonomías.

- b) En sentido amplio: se deben comprender en la palabra ley todas las normas escritas de carácter general dictadas por los poderes constituidos. Por ejemplo: La Constitución Política de la República de Guatemala, es en la que se encuentran los principios fundamentales que sirven de soporte a todo el ordenamiento jurídico; Leyes emanadas del poder legislativo, son leyes en sentido amplio, estas son dictadas por las cortes generales y parlamentos o asambleas legislativas autónomas. Según la constitución guatemalteca vigente, las normas legales emanadas de las cortes generales, pueden asumir la forma de leyes orgánicas y de leyes ordinarias.

Las leyes ordinarias, son aquellas que recaen sobre las materias que no están reservadas a las leyes orgánicas, es decir, que son las leyes más genéricas y comunes. A diferencia de las orgánicas, las ordinarias solo requieren para su aprobación, modificación o derogación, la mayoría simple de los miembros presentes en la sesión respectiva de ambas cámaras. Es decir, que se exige el voto favorable de la mitad más uno de los diputados presentes el día de la votación en el congreso.

2.1.1. La jurisprudencia como fuente formal indirecta del derecho

La jurisprudencia como fuente formal indirecta del derecho: se considera así cuando los tribunales se pronuncian reiteradamente en el mismo sentido al dictar sentencia configurando así la jurisprudencia no obligatoria, la cual podrá ser utilizada por otros tribunales como fuente de inspiración para determinar el contenido de sus propias sentencias. No es una fuente formal directa pues no contiene normas

jurídicas de cumplimiento obligatorio. Por lo tanto, tomarla en cuenta o no al dictar sus sentencias, dependerá del criterio de cada tribunal.

2.1.2. La jurisprudencia como fuente formal directa del derecho

La jurisprudencia como fuente formal directa del derecho: Es muy importante hacer énfasis que aunque ningún tribunal está obligado a aplicar jurisprudencia anterior y por tanto puede apartarse de los fallos dictados por otros tribunales, citamos el caso de excepción a dicho principio que existe en la legislación de Guatemala, es el caso de la figura de la doctrina legal en materia constitucional, así como lo establece el Artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad que preceptúa: **doctrina legal**. La interpretación de las normas de la constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido¹⁹. Así como el párrafo tercero, del Artículo 627 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 107, que preceptúa: Si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse, por lo menos cinco fallos uniformes del tribunal de casación, que enuncien un mismo criterio en

¹⁹ Asamblea Nacional Constituyente. **Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad, Decreto 1-86**. Edición de la Corte de Constitucionalidad. Impreso en los Talleres de Serviprensa S.A. septiembre de 2002

casos similares, y no interrumpidos por otra en contrario²⁰. En este párrafo si se configura la jurisprudencia obligatoria o doctrina legal, para que se forme la doctrina legal es necesario que se cumplan estos extremos:

1. Que la Corte Suprema de Justicia, actué como tribunal de casación.
2. Que la Corte Suprema de Justicia, emita cinco sentencias uniformes que enuncien un mismo criterio, en casos similares.
3. Que estas sentencias no hayan sido interrumpidas por otro fallo en contrario
4. Que en las materias: procesal civil y mercantil estas sentencias hayan sido aprobadas por los votos de cuatro magistrados por lo menos²¹ y materia procesal penal, deberá contar con el voto unánime de los magistrados que integran la cámara penal.

2.1.3. La Jurisprudencia como vinculante con las fuentes del derecho:

Como lo hemos venido señalando en el desarrollo de este trabajo de investigación, la jurisprudencia según nuestro sistema legal y de conformidad a lo que nuestra ley especifica lo indica: La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Al relacionar los Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial y 627 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, dejando al margen las muchas posibilidades de que las sentencias futuras sean acordes con una determinada línea jurisprudencial, sobre todo si ésta se muestra uniforme y reiterada en el tiempo.

²⁰ Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107

Al hacer un análisis de lo que la jurisprudencia representa actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, ésta no solo es vinculante sino que viene a tomar el lugar de la norma legal, debido a la antigüedad de nuestra ley específica y a la necesidad de que los fallos iguales en el mismo sentido dan a la jurisprudencia la fuerza vinculante que esta debe tener y le debe ser reconocida. Para respaldar lo anteriormente expresado solo tendríamos que analizar cualquier ejemplar de la gaceta de tribunales o la gaceta de la Corte de Constitucionalidad.

Volviendo al análisis de la jurisprudencia en nuestro país, éste le niega el carácter de fuentes del derecho, basándose en las únicas fuentes del derecho son las establecidas en el Artículo 2º., de la Ley del Organismo Judicial (la ley y la costumbre). Sin embargo, autores como Puig Peña, llama a la jurisprudencia “fuente individualmente vinculante” extremo que ha sido muy discutido por la doctrina. Lo que esta claro es que ningún precepto ha establecido de una manera expresa que la jurisprudencia, tenga valor vinculante. La mayor parte de la doctrina, hasta esta nueva ley, ha negado que la jurisprudencia en general sea vinculante. El hecho de que una doctrina se encuentre formulada y reiteradamente aplicada, puede ser índice o una pauta para el comportamiento futuro pero el tribunal supremo es libre de variar o evolucionar dentro de la legalidad.

El propio tribunal superior puede variar de dirección, en referencia a la legalidad en cualquier momento, influido entre otras cosas, por lo principios generales del derecho, como ejemplo en el caso de la responsabilidad civil objetiva y la inversión de la carga de la prueba. Algunos juristas sostienen que “la

²¹ Ibídem, artículo 621 segundo párrafo

jurisprudencia no es estática, tiene que ser dinámica". Por lo tanto, no cabe duda que, el tribunal supremo pueda cambiar su jurisprudencia y no aparecer vinculado por ella. Es decir, que al tribunal superior no le vincula su propia jurisprudencia.

No obstante la mayor parte de la doctrina, con más fundamento en nuestra opinión, negaban este valor vinculante absoluto hacia los tribunales inferiores, estos se atenderán a la jurisprudencia en la medida en que sabrán que sí se desvían de ella, es muy posible que sus fallos o resoluciones se anulen o modifiquen. Así, la jurisprudencia cumple una función de orientación. Tampoco hacia los particulares, que pueden tener en la jurisprudencia una legítima expectativa pero nada más, podían alegar la infracción de jurisprudencia al recurrir en casación, pero eso tampoco les aseguraba un fallo favorable por sí, como si la jurisprudencia fuese una ley.

Por lo expuesto y realizando un análisis técnico jurídico y elaborando una interpretación sistemática, vemos claramente como, la jurisprudencia sigue siendo motivo de casación. Pero con este motivo estaríamos elevando la categoría de la jurisprudencia y se consideraría norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso.

En este caso, si el legislador admitiera que la jurisprudencia funciona como norma y que es fuente del derecho, con sus consecuencias sobre el valor vinculante de la misma. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el tribunal superior al interpretar y aplicar la ley la costumbre y los principios generales del derecho

Por lo que se llega a la conclusión que la jurisprudencia no es, directamente,

fuerza del derecho ni se aprecia una vinculación con la misma, dejando al margen las muchas posibilidades de que las sentencias futuras sean acordes con una determinada línea jurisprudencial, sobre todo si ésta se muestra uniforme y reiterada en el tiempo. Hasta épocas recientes, jurisprudencia era tan sólo la doctrina emitida por el tribunal supremo y ello cuando se cumplían los siguientes requisitos: uniformidad en los criterios utilizados y reiteración en los mismos; que los criterios o afirmaciones esgrimidos estuvieran destinados a fundamentar la decisión y no resultaran un simple efecto de carácter incidental; que se aprecie sustancial identidad entre los supuestos concretos recogidos y resueltos en las sentencias que sientan jurisprudencia y aquel al que se quiere aplicar la jurisprudencia en cuestión.

Agrega el autor que aunque lo anteriormente planteado no cambia estos requisitos por lo que no han dejado de tener validez en el presente, pero es preciso añadir que la constitución española promulgada en 1978 ha propiciado la aparición de los tribunales de justicia de las comunidades autónomas con competencias similares, en su ámbito, a las del tribunal supremo y a la del propio tribunal constitucional que, máximo intérprete de la carta magna, también genera su propia jurisprudencia²².

A ello hay que añadir, desde la incorporación de España a la Comunidad Europea —incorporación efectiva a partir del 1 de enero de 1986—, la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Habría que añadir también, en determinadas materias, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos. Todo ello permite hablar, en propiedad, de jurisprudencias, más que de jurisprudencia en España; jurisprudencias además que, con rango similar o igual, pueden llegar a

²² <http://www.derecho.com/boletin/derecho.com> (consultada 10 de agosto de 2007)

diferir al pronunciarse sobre temas similares o idénticos.

2.1.4. La Jurisprudencia como doctrina emitida por un tribunal superior

La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Al relacionar el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial y el 627 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, deja al margen que muchas de las sentencias futuras sean acordes con una determinada línea jurisprudencial, sobre todo si ésta se muestra uniforme y reiterada en el tiempo.

La costumbre cumple una función supletoria y sólo se admite cuando existen lagunas en el texto legal. No se admite la costumbre que se opone a la ley. La jurisprudencia cumple también una función supletoria: complementa la legislación. Para que la misma sea obligatoria se requieren cinco fallos continuos, en el mismo sentido, emitidos por la Corte Suprema de Justicia. También se configura jurisprudencia en materia constitucional con tres sentencias uniformes de la Corte de Constitucionalidad.

Por lo que se configura doctrina legal en materia constitucional, así como lo establece el Artículo 43 que preceptúa: Doctrina legal. La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la

innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido²³.

Es importante hacer la aclaración que tanto la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad pueden apartarse de la doctrina legal, cuando lo consideren conveniente, mediante el pronunciamiento de un fallo contrario.

De todo lo expuesto la doctrina legal viene a ser, según lo manifiesta literalmente las licenciadas Beltranena y Colmenares: “El conjunto de doctrinas y soluciones jurídicas emanadas tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte de Constitucionalidad, que complementan , interpretan o precisan el alcance de las otras fuentes formales , con carácter obligatorio para los demás tribunales”²⁴.

La jurisprudencia obligatoria en Guatemala, -doctrina legal- tuvo su origen como tal a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, el 1 de junio de 1964 y se incorporó a la legislación adjetiva penal, al emitirse el Código Procesal Penal, Decreto 52-73 del Congreso de la República y en materia constitucional, desde el 14 de enero de 1986, fecha de la entrada en vigencia la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

²³ Asamblea Nacional Constituyente. **Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad, Decreto 1-86**. Edición de la Corte de Constitucionalidad. Impreso en los Talleres de Serviprensa S.A. septiembre de 2002

²⁴ Maria Eugenia Beltranena de Padilla y Maria del Carmen Colmenares, **Introducción al estudio del derecho**, Editorial Serviprensa, 2000, Guatemala, pág., 64 y 65

2.2. La importancia de la jurisprudencia como fuente directa del derecho en la legislación guatemalteca

Su importancia deviene en su aplicación supletoria ante la imprevisión legal o cuando la norma es ambigua, imprecisa o contradictoria, o cuando puede dar lugar a interpretaciones diversas. En este capítulo analizaremos el valor vinculante de la jurisprudencia de los tribunales superiores, a este respecto ha existido mucha discusión doctrinal a través de los tiempos.

Al revisar los códigos de algunos países se puede observar que en ninguno de ellos está plasmando que la jurisprudencia sea fuente del derecho, aunque se aproxime a ellas, y según el Artículo 2º. de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, señala que “la jurisprudencia complementara” el ordenamiento jurídico con las decisiones que de modo reiterado establezca la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Esta función de complemento excluye la idea de ser una fuente formal, es más bien una fuente material, aunque la doctrina comparada en algunos casos pueda incluirla dentro del sistema de fuentes.

2.2.1. La jurisprudencia como supletoria

La jurisprudencia cumple también una función supletoria: complementa la legislación y, para que la misma sea obligatoria se requieren cinco fallos continuos, en el mismo sentido, emitidos por la Corte Suprema de Justicia. También se configura jurisprudencia en materia constitucional con tres sentencias uniformes de la Corte de

Constitucionalidad.

2.2.2. La jurisprudencia como integradora

Hemos analizado a la Jurisprudencia de todos los ámbitos y creemos que ésta debe conocerse como integradora del derecho, debido a que puede complementar a la norma legal total o parcialmente, es decir, que al convertirse en integradora la jurisprudencia pasa a ser una norma de derecho. Cuando la jurisprudencia se convierte en ley nace un nuevo enfoque que tiene su origen, integrar las dos teorías anteriores.

2.2.3. La jurisprudencia como fuente formal de derecho

Como lo expusimos al referirnos a la jurisprudencia como fuente de derecho, lo hacemos en referencia a las sentencias dictadas por los magistrados de la cámara respectiva, es decir, a la interpretación que ellos dan al caso concreto, que cuando estos fallos llegan a pronunciarse en el mismo sentido, forman la jurisprudencia uniforme, si es en la Corte Suprema de Justicia serán cinco fallos y si es en la Corte de Constitucionalidad serán tres las sentencias dictadas en el mismo sentido. Es importante hacer énfasis en una frase utilizada en el derecho anglosajón: leading case, cuyo significado es que algunas veces una sola sentencia sienta jurisprudencia.

2.2.4. La jurisprudencia en sustitución de la ley

Al referirnos a la jurisprudencia como sustituta de la ley en diferentes legislaciones, si bien es cierto que tribunales y juristas de la familia romano-

germánica solo se sienten cómodos cuando pueden invocar, como base de la solución jurídica que pregonan y que tratan de justificar, uno o varios textos legales para iniciar una acción ante un tribunal o entablar un recurso en una instancia superior es preciso a veces demostrar el hecho de la violación de una norma legal. La actitud y disposición que adoptan dan la impresión de que, en la familia romano-germánica, derecho y leyes son lo mismo.

En la doctrina francesa el más alto magistrado de la época no dudo en afirmar que la jurisprudencia había ido mas allá que la doctrina en este aspecto y señaló como ejemplo la construcción del derecho administrativo.

El legislador puede, mediante la ley, ayudar a explicarnos que es el derecho y su obligación es hacerlo, pero el derecho es algo más que la ley. No puede confundirse con la voluntad del legislador, sino que debe ser descubierto por el esfuerzo común de todos los juristas, de todos los que colaboran en la administración de justicia. Si comparamos la importancia de las fuentes legislativas y de las doctrinales, es muy probable que la relación que guardaban en el derecho antiguo se haya invertido; no obstante, nuestro derecho sigue siendo un derecho de juristas (*Juristenrecht*), de acuerdo con su tradición. Se ha convertido la ley en el elemento principal para el conocimiento del derecho, pero sin excluir los restantes elementos junto a los cuales alcanza su pleno sentido; hoy, como ayer, el derecho sólo puede conocerse mediante una búsqueda en la que colaboren el legislador y los juristas.

En la concepción tradicional, según la cual el derecho se considera algo diferente a la ley, esta última considerada como la meta de todos los hombres de buena voluntad y especialmente de los juristas, no cabría buscar el derecho

exclusivamente en los textos del derecho escrito; ya que si se reflejara en el derecho la voluntad del gobernante y no la expresión de lo justo, se alteraría la propia definición y naturaleza del mismo.

“Tras la codificación pareció triunfar en los países de la familia romano-germánica la teoría positiva, para la cual la ley debe ser la fuente exclusiva del derecho. Con frecuencia se sigue presentando a los estudiantes esta teoría como un elemento esencial de nuestros ordenamientos jurídicos. En muchos países, especialmente en los del common law, (legislación anglosajona) se considera a menudo que esta teoría no hace más que reflejar la realidad de nuestro sistema jurídico. Por el contrario, los juristas del mundo socialista, defensores de la teoría, nos reprochan, no sin razón, haberle sido infieles y con argumentos, denuncian la hipocresía de los derechos burgueses.

En la realidad, las posiciones sustentadas por los juristas se han suavizado considerablemente. La doctrina del derecho natural ha resurgido en nuestros días²⁵. Los propios defensores del positivismo han abandonado el mito de la ley en la forma en que se presenta durante el siglo XIX; actualmente reconocen la misión creadora del juez y nadie cree ya que la ley sea la única fuente del derecho y que baste someterla a una simple operación lógica de interpretación para llegar a descubrir en todos los casos la solución justa que se impone²⁶

Lo que ha supuesto esta modificación en la técnica jurídica es de suma importancia, pues ha permitido adaptar el derecho a las necesidades de nuestra sociedad moderna, haciendo desaparecer una gran parte de la inútil diversidad y de

²⁵ Rene David, **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**, (Paris: Edición de Pedro Bravo Gala, 1967), pág. 79,80 y 81

la peligrosa incertidumbre que minaban muchas veces la autoridad del derecho antiguo. El legislador ha incrementado la parte que le corresponde en la promulgación del derecho, en una época en que la concepción de la justicia se encontraba en plena evolución como consecuencia de los profundos cambios producidos en la economía y en la técnica. Pero de aquí a rechazar totalmente nuestra concepción tradicional del derecho hay un abismo, pues lo último supondría admitir el dogma de la soberanía absoluta del Estado.

La jurisprudencia, si bien es cierto los jueces no están obligados a tomar en cuenta en sus decisiones los principios contenidos en fallos dictados por ellos mismos o por otros tribunales en juicios anteriores, salvo los criterios interpretativos de la constitución que emanen de la Corte de Constitucionalidad, los cuales son de carácter vinculante para todos los tribunales de la república. También lo es que en muchas ocasiones la jurisprudencia le resta valor a la ley y adquiere el carácter de esta. Los demás criterios jurisprudenciales no tienen fuerza semejante, pero los jueces suelen aplicarlos, sobre todo si emanan del máximo tribunal y gozan de prestigio científico y académico.

La jurisprudencia tiene dos formas de exteriorizarse por ejemplo en Argentina: como costumbre judicial o reconocida de modo formal por la ley. Esta última opción es la expresada por la Constitución de Argentina en su Artículo 116: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos recogidos por la Constitución".

Asimismo en oposición a los tribunales de casación, los tribunales argentinos no

²⁶ N. Bobbio, **Sur le positivisme juridique**, en **Metangaes Paul Roubier**, 1961, págs.53-73

se pronuncian en abstracto sobre el derecho aplicable, sino en relación a la aplicación de una ley objetada de inconstitucional por alguno de los justiciables en un caso concreto. La inaplicabilidad de una ley, por ser considerada inconstitucional, es potestad de cualquier juez, sin que importe el rango que ocupe en la estructura judicial²⁷.

²⁷ Jurisprudencia de Argentina, Publicación de compilación de fallos

CAPÍTULO III

3. La jurisprudencia en el derecho comparado

A manera de explicación y previo a desarrollar este capítulo definimos que el derecho comparado es una disciplina que se ocupa del estudio de instituciones jurídicas o sistemas de derecho localizados en lugares o épocas diversas.²⁸

Históricamente la jurisprudencia ha tenido un papel sumamente relevante en el plano de las fuentes del derecho. Así, en la época clásica romana el decreto consistió, fundamentalmente, en los escritos de los iuris prudentes o conocedores del derecho. Sus interpretaciones poseían un verdadero valor de fuente, aún por encima del órgano legislativo. La jurisprudencia llegó a ser, en rigor, la única fuente de conocimiento y producción del derecho a nivel de norma general. Las respuestas de los jurisprudentes, ya fueran orales o escritas, ocupaban claramente el lugar de la ley. Sin embargo, este sistema no se mantuvo, la época posclásica se caracterizó, en este punto, por una supremacía de la voluntad del legislador y con ello, la progresiva eliminación de la libertad de la que anteriormente había disfrutado la jurisprudencia.

Tras la revolución francesa, la jurisprudencia experimentó, en los países de tradición romano-germánica, un importante retroceso en su papel de fuente jurídica. En este sistema, la misión del juez ha sido la de subsumir el caso concreto en la norma y extraer las consecuencias que de esto se derivan.

Para que la aplicación y la interpretación del derecho fuesen uniformes y a su vez para evitar toda arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad y seguridad jurídica de los

ciudadanos, se acabó por constituir órganos específicos dentro del poder judicial, a veces desgajados del poder legislativo, que con carácter de tribunales supremos se encargaban de esta misión unificadora.

3.1. Antecedentes históricos

En cuanto al derecho comparado, Manuel Alonso Martínez, señala que se utilizará todo lo referente a la jurisprudencia en otros países, donde esta tiene un valor fundamental establecido como una disciplina que se ocupa del estudio de instituciones jurídicas o sistemas de derecho localizados en lugares o épocas diversas. La jurisdicción en el derecho comparado no es de reciente creación, sus orígenes se remontan a finales del siglo XIX y alcanzan su consagración fundamental en el congreso internacional sobre la materia celebrado en París en el año 1900, a partir de entonces la puesta en marcha de sus métodos se incrementó, ampliándose su campo de atención a la jurisprudencia de los distintos países y proliferando institutos y revistas especializadas sobre la materia²⁹.

3.2. Concepto general del derecho comparado

El derecho comparado, es una disciplina que se ocupa del estudio de instituciones jurídicas o sistemas de derecho localizados en lugares o épocas diversas. Su objetivo es indagar puntos de coincidencia y diferencias específicas, arrojando luz sobre la evolución y desarrollo de tales instituciones y sistemas,

²⁸ Manuel Osorio, **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1998, pág. 234

²⁹ Manuel Alonso Martínez, **La jurisprudencia como fuente del derecho**, Cuadernos de derecho angloamericano. Barcelona, Vol. 2, 1954.

permitiendo aportar datos tendentes a su mejor conocimiento, y subrayar carencias susceptibles de ser corregidas en el futuro. Las principales finalidades perseguidas por el derecho comparado son: investigar la esencia del derecho y las leyes o ritmos de su evolución; investigar el derecho positivo, contrastando entre sí distintos conceptos jurídicos, categorías de conceptos, sistemas jurídicos o grupos de sistemas.

3.3. Evolución de la jurisprudencia en el derecho comparado

La jurisprudencia como institución jurídica tiene un pasado de hace muchos siglos atrás; se acepta generalmente que tuvo antecedentes en Roma antigua cuando los integrantes del colegio sacerdotal estudiaban e interpretaban el derecho elaborando verdaderos formularios que se observaban rigurosamente para la realización de toda índole de negocios y litigios; labor, magnamente enriquecida por los notables y conocidos jurisconsultos de épocas posteriores, que conoció su cúspide en el Corpus iuris civilis, extendiendo sus principios por toda Europa primero, y a las nuevas tierras de Latinoamérica después.

No obstante ello y aún cuando ciertamente es factible encontrar estos antecedentes en la ancestral cultura jurídica de aquella península mediterránea, que sentó el cimiento de nuestro derecho privado moderno.

Es necesario destacar que las raíces a las que nos hemos referido no son las mismas que durante el siglo XIX le dieron vida al "derecho jurisprudencial mexicano" - entendido como la jurisprudencia de los tribunales mexicanos -, pues éste ha sido

vástago de otro árbol cuyas verdaderas raíces se hunden en la historia y las costumbres del derecho inglés.

Al margen de lo antedicho, el derecho romano es de muy explorado conocimiento por nuestros juristas nacionales dada la fundamental importancia que se les reconoce en las universidades latinoamericanas y la abundante bibliografía que sobre el particular se dispone. Es por éstas consideraciones, que no se profundiza en la jurisprudencia de origen latino y se le da más importancia en centrar el análisis en aquellas influencias que sí trascendieron a nuestras instituciones jurídicas nacionales en lo que a nuestro tema interesa.

Nuestra jurisprudencia no es un invento del derecho mexicano, ya que en su nacimiento tomó sus elementos primordiales de otros modelos jurídicos, como son el inglés y el norteamericano; sin embargo, en su desarrollo ulterior ha adquirido notas y características que si le son propias.

3.4. Teorías de la jurisprudencia en el derecho comparado

Tras la codificación de los países de la familia romana germánica la teoría positiva, para la cual la ley debe ser la fuente exclusiva del derecho, con frecuencia se sigue presentando a los estudiantes esta teoría como un elemento esencial de nuestros ordenamientos jurídicos. En muchos países, especialmente en los del common law, se considera a menudo que esta teoría no hace más que reflejar la realidad de nuestro sistema jurídico. Por el contrario, los juristas del mundo socialista, defensores de la teoría, reprochan, no sin razón, haberle sido infieles y, con argumentos, denuncian la hipocresía de los derechos burgueses.

La tesis de Clemente de Diego, puede considerarse extremadamente radical al restarle efectividad a la jurisprudencia, pues si bien es cierto, que tiene como fundamento la ley, y que debe aplicarla, también es cierto que al hacerlo realiza el juez una labor altamente creativa e integradora, donde concretizó el supuesto hipotético del legislador en un caso concreto con nuevos elementos de juicio, y que está acorde a la realidad existente en un momento histórico, en un lugar determinado, el cual podrá constituir una nueva norma, según el valor que dentro de la legislación se le dé.

La tesis de Colesanti, puede considerarse como extremista, pues considera, que aunque exista un criterio jurisprudencial ya creado por un tribunal con autoridad para formarlo, el juez no puede aplicarlo en forma tal que inadvierta las características particulares del caso que juzga. Es más, estimo que son las características particulares las que podrán hacer variar algunos aspectos de la nueva sentencia³⁰.

En la realidad, las posiciones sustentadas por los juristas se han suavizado considerablemente. La doctrina del derecho natural ha resurgido en nuestros días³¹. Los propios defensores del positivismo han abandonado el mito de la ley en la forma en que se presenta durante el siglo XIX; actualmente reconocen la misión creadora del juez y nadie cree ya que la ley sea la única fuente del derecho y que baste someterla a una simple operación lógica de interpretación para llegar a descubrir en

³⁰ . Carlos E. Mascareñas, **Nueva enciclopedia jurídica**, Tomo XIV, Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona.

³¹ Rene David, **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**, Paris, Edición de Pedro Bravo Gala, 1967, Pág. 79,80 y 81

todos los casos la solución justa que se impone³²

Consideramos hacer mención que los juristas franceses del siglo XIX creían que sus códigos, encarnaban a la perfección de la razón y que, a partir de ese momento, el medio mas seguro de llegar a una solución justa, de conocer el derecho, era el de la simple exégesis de sus códigos. Al respecto los juristas de otros países creyeron haber llegado a la perfección al promulgar sus propios códigos. La coincidencia entre el derecho, que es la justicia, y la ley que es la voluntad del legislador, ha podido confundirnos durante cierta época, pero el derecho comparado nos ha servido para apartarnos de tal error. Nos muestra como los juristas radicales, partidarios de un derecho que se identificaron con la omnipotencia del gobierno supremo, denuncian la hipocresía con que nuestros juristas pretenden aplicar la ley cuando, en realidad, están dispuestos deformarla a fin de servir los intereses políticos de la burguesía detentadora del poder.

En cuanto al derecho comparado también nos pone de relieve la sorpresa que sienten los juristas norteamericanos al descubrir que las disposiciones de nuestra leyes no son mandatos caprichosos del soberano que deben ser ejecutadas literalmente, sino que nuestros códigos, comparables a compendios doctrinales, son en muchas ocasiones especies de cuadros en cuyo interior los juristas ejercen una actividad creadora en busca de soluciones justas.

La jurisprudencia, en algunos países: este término que designa la ciencia del derecho en un sentido global. Así, en Italia las facultades de derecho se denominan *facoltà de giurisprudenza*, en el mundo hispánico, en cambio, jurisprudencia posee un

³² N. Bobbio, *Sur le positivisme juridique*, en *Metangaes Paul Roubier*, 1961) págs.53-73

significado distinto: es el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho por parte del tribunal supremo.

No puede equipararse su sentido en los ordenamientos hispanoamericanos respecto al que tiene en el derecho anglosajón, donde al precedente judicial (la respuesta que los tribunales hayan dado en casos análogos enjuiciados con anterioridad) le asiste verdadera fuerza de ley y hasta superior a la ley si se considera que multitud de cuestiones no se encuentran reguladas de forma legal, dejándose al criterio del juez la auténtica creación del derecho. No tiene la jurisprudencia en el mundo hispánico carácter de fuente de derecho en el sentido técnico, pero sí una importancia decisiva. Un abogado cuenta con una enorme probabilidad de éxito si lo que alega en favor de su cliente o representado ha sido decidido de esa misma manera en resoluciones judiciales anteriores. No cabe duda que el derecho vivo se encuentra antes en la jurisprudencia que en la ley, pues si el ordenamiento jurídico consiste en una norma jurídica abstracta y general, lo relevante en la práctica consiste en cómo se adapta, aplicando esa norma general al caso concreto.

Ocurre en numerosas oportunidades que las resoluciones constantes y uniformes emitidas por el tribunal supremo en un determinado sentido acaban consolidando un criterio firme que, en lenguaje jurídico, sienta jurisprudencia y a menudo modifica los propios términos en que se expresa la ley vigente. Por ejemplo, es habitual encontrar en los códigos civiles que para que una persona deba reparar el daño que ha causado a otra, ha de haber existido culpa o negligencia por su parte, es decir, descuido, ligereza, en suma. Sin embargo, la forma de asimilarse este requisito por parte de los tribunales ha llevado a considerar a la culpa como una exigencia

innecesaria en la práctica: el imperativo de proteger a las víctimas, hizo que los tribunales desde mediados del siglo XX entendieran que lo importante es que el daño quedase reparado.

Es fácil observar que un criterio mantenido de forma constante por la jurisprudencia de espaldas a lo que la ley determina, acaba favoreciendo o propiciando que el propio ordenamiento jurídico se reforme y autorregule para adecuarse a la mudable y cambiante realidad de las cosas. Se dice entonces que, aunque la jurisprudencia no sea una fuente de derecho en sentido formal, termina siéndolo en sentido material, al asignar a la ley su sentido y alcance práctico y concreto.

3.5. Diferentes Instituciones encargadas del tema.

La jurisprudencia como institución Jurídica tiene un pasado de hace muchos siglos atrás; se acepta generalmente que tuvo antecedentes en Roma antigua cuando los integrantes del colegio sacerdotal estudiaban e interpretaban el derecho elaborando verdaderos formularios que se observaban rigurosamente para la realización de toda índole de negocios y litigios; labor, magnamente enriquecida por los notables y conocidos jurisconsultos de épocas posteriores, que conoció su cúspide en el corpus iuris civilis, extendiendo sus principios por toda Europa primero, y a las nuevas tierras de Latinoamérica después.

No obstante ello, y aún cuando ciertamente es factible encontrar estos antecedentes en la ancestral cultura jurídica de aquella península mediterránea, que

sentó el cimiento de nuestro derecho privado moderno.

Al margen de lo antedicho, el derecho romano es de muy explorado conocimiento por nuestros juristas nacionales dada la fundamental importancia que se les reconoce en las universidades latinoamericanas y la abundante bibliografía que sobre el particular se dispone. Es por éstas consideraciones, que no se profundiza en la jurisprudencia de origen latino y se le da más importancia en centrar el análisis en aquellas influencias que sí trascendieron a nuestras instituciones jurídicas nacionales en lo que a nuestro tema interesa.

Nuestra jurisprudencia ya que, ciertamente no es un invento del derecho mexicano, ya que en su nacimiento tomó sus elementos primordiales de otros modelos jurídicos, como son el inglés y el norteamericano; sin embargo, en su desarrollo ulterior ha adquirido notas y características que si le son propias, por lo que podríamos asegurar que esta es parte del derecho comparado.

3.6. El valor de la jurisprudencia en algunos países:

- I. **En el derecho mexicano:** La ley, la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho, como tales fuentes del derecho, en ocasiones pueden tener fuerza obligatoria; pero dentro de este ámbito existe una preeminencia de unas fuentes respecto a las demás., por lo que la jurisprudencia en México si es considerada fuente de derecho pero se hace la aclaración que hay preeminencia entre las fuentes.

- II. El derecho chileno,** se considera como un conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente en Chile. Sus principales fuentes quedan consignadas en los Artículos primero al tercero del Código Civil. Se considera como fuentes formales del derecho chileno en sentido jerárquico a: la constitución, la ley, la costumbre y la jurisprudencia, a dichas fuentes se agregan los principios generales del derecho.
- III. El derecho en la República Dominicana:** La jurisprudencia no es una fuente de derecho en sentido estricto, sino sólo un elemento para la interpretación y aplicación de las normas. Por ello, la jurisprudencia está constituida por las sentencias de todos los tribunales. Las más importantes son las de los tribunales superiores de justicia (corte suprema y cortes de apelaciones). También forma parte de la jurisprudencia la que emana del tribunal constitucional en las materias que le competen.
- En la República Dominicana se le da valor preferente a la jurisprudencia, debido a que no todas las diversas situaciones han sido previstas por el legislador por tanto se hace precisa una interpretación de la ley concreta. Son los jueces los que tienen esa misión, que ejecutan mediante sus decisiones y crean jurisprudencias.
- IV. Derecho brasileño:** Este país tiene un ordenamiento jurídico de raíz portuguesa, esto quiere decir que el derecho brasileño depende del derecho portugués por lo que respecta a la mayor parte del derecho

privado, además de las influencias que sufrió del constitucionalismo francés en el campo del derecho público, forma parte, por tanto de la familia romano-germánica de sistemas jurídicos, es decir de aquellos que tuvieron su origen en la fusión del derecho romano y los derechos germánicos medievales, como el francés, el español, el italiano, el belga y el alemán, así como los derechos de los estados hispanoamericanos. Este derecho portugués aplicado en Brasil era como un Portugal, una combinación de derecho común (el derecho romano recuperado en la edad media), del derecho consuetudinario y del que iba siendo creado por los reyes absolutistas.

Las fuentes del Derecho Brasileño son las leyes, de diversa naturaleza (leyes nacionales propiamente dichas, decretos, tratados y convenciones internacionales), la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. La jurisprudencia es otra fuente relevante del derecho brasileño, constituyendo a hacerlo más dinámico y aproximarle a la realidad social. Está formada por las sentencias judiciales, decisiones de los tribunales y argumentaciones del supremo tribunal federal. Aunque estas últimas no posean un efecto vinculante, tienen influencia como indicador de las tendencias dominantes en el derecho.³³

V. En Costa Rica, señala a la jurisprudencia y su valor normativo, preceptuando que los precedentes jurisprudenciales emitidos por los

³³ Enciclopedia Jurídica, Directora de Diccionarios, texto y educación Marisol Palés Editora Celia Villar © Fundación Tomás Moro, Madrid, 2001 © De esta edición: Espasa Calpe, S. A., Madrid, 2001,

tribunales ordinarios no tienen efectos vinculantes ni son considerados por el código civil como fuente de derecho. Sin embargo, el Artículo noveno del código civil establece que la jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezcan los tribunales de justicia. No obstante, el Artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional establece que la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes (formula latina cuya etimología expresa “contra todos” y “respecto de todo”. Se emplea jurídicamente para calificar aquellos derechos sus efectos se producen con relación a todos diferenciándose de los que afectan a persona o personas determinadas. Los derechos reales en general son erga omnes: mientras que los derechos personales son relativos, pues se ejercen siempre frente a deudor o deudores determinados, excepto para sí misma)

En cuanto a la aplicación de doctrinas de la filosofía clasifica a la jurisprudencia de forma más rigurosa que ningún otro filósofo del derecho, Immanuel Kant, trató de construir una teoría del derecho completamente autónoma, es decir, que no precisara de herramientas intelectuales propias de otras disciplinas, tales como la sociología.

La Justificación del presente trabajo de investigación esta fundamentada en los antecedentes ya expuestos, en el sentido de que la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico de Guatemala, no tiene el valor ni los alcances que ésta tiene en el derecho anglosajón, donde tiene verdadera fuerza de ley y hasta superior a la ley si se

considera que multitud de cuestiones no se encuentran reguladas de forma legal, dejándose al criterio del juez la auténtica creación del derecho.

Lo que en esta investigación se propone, es que se reconozca de manera real el valor y los alcances y por ende la importancia de la jurisprudencia como fuente directa del derecho en la legislación de Guatemala.

La jurisprudencia en Guatemala, no tiene sentido técnico, pero sí tiene una importancia decisiva, tal es así que la misma tiene tanta fuerza legal que modifica y cambia la propia ley, en el sentido que acaban consolidando un criterio firme que, en lenguaje jurídico, sienta jurisprudencia y a menudo modifica los propios términos en que se expresa la ley vigente. Prueba de lo expuesto son las resoluciones constantes y uniformes emitidas por La Corte Suprema de Justicia específicamente la cámara civil, que es donde se resuelven las casaciones en materia civil y contencioso administrativo.

CAPÍTULO IV

4. Del proceso contencioso administrativo

El control judicial de la administración configura lo que se ha llamado jurisdicción contencioso-administrativa, justicia administrativa, jurisdicción administrativa, etc, expresiones que, en principio, significan lo mismo, en cuanto se refieren a las contiendas de carácter administrativo que se dilucidan en el ámbito judicial.

Contencioso

Término que viene de contender que implica contienda, litigio, pugna de intereses. En la jurisdicción contenciosa es esencial que haya contención de parte, que exista controversia, disputa o discusión entre intereses opuestos y que un tercero imparcial e independiente determine el derecho de las partes. Este tipo de jurisdicción termina regularmente con un fallo que decide sobre el litigio, controversia o disputa.

Administrativo

Vocablo que proviene de administración, del latín “ad ministrare” que significa acción o actividad que busca servir. Esa actividad se traduce en actos. En el derecho administrativo, al emitirse actos que deciden sobre un asunto, éstos pueden afectar los derechos e intereses del administrado, quien puede impugnarlos tanto en la esfera administrativa como judicial.

Por lo expresado, podemos indicar que, mediante la jurisdicción contencioso administrativa, un órgano jurisdiccional interviene para resolver jurídicamente sobre los derechos e intereses que fueron afectados por una decisión de la administración pública, en otras palabras se puede decir que es un medio de control privativo, que los particulares tienen, una vez agotada la vía administrativa, para oponerse a los actos de la administración pública cuando las resoluciones ya causaron estado, es decir que se agoto la vía administrativa. Este proceso tiene su base legal en la Ley de lo Contencioso Administrativo³⁴.

El tribunal de contencioso administrativo, es el controlador de la juridicidad de los actos de la administración pública y lo que es importante, es que la Constitución Política de la Republica de Guatemala, lo deja conceptualizado, como un proceso³⁵, aunque no de manera expresa, al regular que cabe el recurso de casación contra la sentencia del proceso.

El tribunal de lo contencioso administrativo es un órgano jurisdiccional, no un órgano administrativo, se trata de un tribunal colegiado y que pertenece a la estructura del Organismo Judicial. En Guatemala como se expuso, no existe la jurisprudencia administrativa (precedente administrativo), ya que los órganos administrativos no son jueces y solo éstos pueden crear jurisprudencia, por lo que se da la jurisprudencia judicial y no la administrativa. En este proceso se aplican principalmente la Ley de lo Contencioso Administrativo, así mismo algunas leyes

³⁴ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto Numero 119-96

³⁵ Asamblea Nacional Constituyente. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Edición de la Corte de Constitucionalidad, Talleres Centro Impresor "Piedra Santa" 1999, artículo 221.

supletoriamente como de la Ley del Organismo Judicial y el Código Procesal Civil y Mercantil.

4.1. Características del proceso:

El proceso contencioso administrativo tiene las siguientes características:

1. Es un verdadero proceso de conocimiento.
2. Proceso que se conoce y resuelve dentro de un órgano jurisdiccional.
3. Que el tribunal de contencioso administrativo se encuentra integrado por tres miembros titulares y tres suplentes, todos electos por el Congreso de la República, por lo tanto el tribunal es colegiado.
4. Su competencia está dirigida a conocer de las controversias que surgen de las relaciones que se dan entre la administración pública y los particulares.
5. Que el proceso es: inquisitivo, contradictorio y escrito.

4.2. Sus elementos son:

Los elementos personales que componen el proceso de lo contencioso administrativo son dos: el juez o tribunal de lo contencioso administrativo y las partes: que pueden ser: la administración pública, el particular afectado, los terceros, la Procuraduría General de la Nación y La Contraloría General de Cuentas (en representación de los intereses del Estado).

El proceso de lo contencioso administrativo es un verdadero proceso de conocimiento cuya función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o

resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

La naturaleza, del proceso contencioso administrativo, se encuentra en el Artículo 18 del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala. Que dice: “Artículo 18. Naturaleza. El proceso contencioso administrativo será de única instancia y su planteamiento carecerá de efectos suspensivos, salvo para casos concretos excepcionales en que el tribunal decida lo contrario, en la misma resolución que admita para su trámite la demanda, siempre que lo considere indispensable y que de no hacerlo se causen daños irreparables a las partes”³⁶.

4.3. Procedencia del contencioso administrativo:

En el artículo 19 del Decreto 119-96, enumeran los casos de procedencia del proceso:

- En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración pública.
- Las controversias derivadas de los contratos y concesiones administrativas.

Para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que las resoluciones que lo originan no hayan podido remediarse en la vía administrativa. Los requisitos que deben contener las resoluciones de conformidad con el Artículo 20 de la citada ley: Que la resolución cause estado y que vulnere un derecho del demandante reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior.

³⁶ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto Numero 119-96 El Congreso de La Republica de Guatemala

Concluido el procedimiento del proceso contencioso administrativo y después del planteamiento de todos los recursos ordinarios que se puedan plantear de conformidad con lo establecido en la ley, dentro del proceso en estudio podemos señalar que el único recurso que si cabe dentro de este proceso es la casación por tratarse de un tribunal colegiado de única instancia el que dicta la sentencia.

Ya se ha citado en el desarrollo de este apartado, que constitucionalmente existe la posibilidad del planteamiento de la casación en materia del proceso contencioso administrativo, de conformidad con el Artículo 221 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala, el que en su párrafo ultimo indica que: "...Contra la resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse el recurso de casación".

Entendiéndose según lo manifestado por el jurista Ossorio que la casación, tiene como principal finalidad la de unificar la jurisprudencia, pues sin esa unificación no existe verdadera seguridad jurídica, e indica que: "recurso de casación, es el remedio supremo y extraordinario contra las sentencias ejecutoriadas de los tribunales superiores, dictadas contra la ley o doctrina admitidas por la jurisprudencia o faltando a los trámites substanciales y necesarios en los juicios; para que, declarándolas nulas y sin ningún valor, vuelvan a dictarse, aplicando o interpretando rectamente la ley o doctrina legal quebrantada en la ejecutoria u observando los trámites omitidos en el juicio y para que se conserve la unidad de integridad de la jurisprudencia. Más exacto y actual es el conciso concepto académico; el que se interpone ante el tribunal supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidas leyes o doctrina legal o quebrantada alguna garantía esencial del

procedimiento. Estos recursos tienen un tratamiento muy dispar en las legislaciones. En el sistema francés, la corte suprema declara la violación en que se haya incurrido y devuelve las actuaciones ante otra corte, para que falle de nuevo...³⁷

La jurisdicción contencioso-administrativa, es una pieza capital de nuestro Estado de derecho, por la misión que le corresponde de controlar la legalidad de la actividad administrativa, incluida la potestad reglamentaria y de garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente al ejercicio de las potestades públicas de que está investida la administración. En añadidura, por ser un instrumento al servicio de la tutela judicial efectiva y para garantizar el sometimiento de las administraciones públicas al imperio de la ley.

4.4. Ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso administrativa

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el tribunal de lo contencioso administrativo tiene asignado el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa sujeta a derecho administrativo, ya proceda de órganos integrados en una administración o equiparados a ésta por disposición de la ley, como las entidades de derecho público o de otros órganos públicos, que no forman parte de la administración, como es el caso de los órganos constitucionales, cuando su actividad tenga, por su contenido y efectos, una naturaleza materialmente administrativa.

Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia jurisdicción contencioso administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés

³⁷ Manuel Osorio, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981, Pág. 645.

general, el sometimiento de la administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponden.

No toda la actuación administrativa se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades de negocios de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley y sujeta por tanto a control jurisdiccional. En esta línea, la ley precisa la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en relación no sólo con los contratos administrativos, sino también con los actos separables de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las administraciones públicas, de forma que se garantice la observancia de los principios generales que han de regir, por imperativo constitucional, el comportamiento contractual de los sujetos públicos.

4.5. Objeto del recurso de lo contencioso administrativo,

El Artículo 221 de la Constitución Política de la República y la Ley de lo Contencioso Administrativo, persiguen superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento de la administración, pero al mismo tiempo, es necesario diferenciar las pretensiones que

pueden deducirse en cada caso, pues es evidente que la diversidad de actuaciones y omisiones que pueden ser objeto del recurso no permiten seguir configurando éste como una acción procesal uniforme, sin perjuicio de sus características comunes, empezando por el nomen iuris, el recurso admite modulaciones de relieve en función del objeto sobre el que recae.

Por razón de su objeto se establecen cuatro modalidades de recurso:

- a) El tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos;
- b) El directo o indirecto, que versa sobre la legalidad de alguna disposición general, que precisa de algunas reglas especiales;
- c) El recurso contra la inactividad de la administración;
- d) El que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

La Ley de lo Contencioso Administrativo, asegura las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones generales, preservando los que se han dado en llamar recursos directos e indirectos, y eliminando las limitaciones para recurrir que estableció la legislación anterior, al mismo tiempo procura que la impugnación de las disposiciones generales se tramite con celeridad y que conduzca a una decisión judicial clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas. Este criterio

se plasma, entre otras muchas reglas de detalle, en el tratamiento procesal que se da al denominado recurso indirecto. Para evitar decisiones contradictorias y generadoras de inseguridad jurídica en torno a disposiciones generales, el legislador ha optado por unificar la decisión judicial sobre su legalidad en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esa decisión de efectos erga omnes. De ahí que, cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, este disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso indirecto sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la ley introduce la cuestión de ilegalidad. Está diseñada como un remedio técnico para reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el juez o tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, sino que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez.

Otra novedad destacable es el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho, mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena, y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares.

4.6. Sentencia

Etimológicamente, el término sentencia tiene su origen en el latín *sentiendo*, que equivale a lo que se siente u opina. Es formular una opinión, una declaración formal con arreglo a las constancias procesales ocurridas en el proceso, como producto de evidenciar hechos. De acuerdo con Cabanellas, “Es la solución del juez que, admitiendo o rechazando la demanda, afirma la existencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza también al demandante o al demandado”.

El Artículo 45 de la Ley de lo Contencioso Administrativo indica lo siguiente “La sentencia examinará en su totalidad la juridicidad del acto o resolución cuestionada, pudiéndola revocar, confirmar o modificar”.

4.6.1. Recursos contra la sentencia y autos definitivos

Como lo establece el Artículo 27 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación no es admisible en este proceso pero sí lo son los recursos contemplados en las normas que regulan el proceso civil (aclaración, ampliación, nulidad, revocatoria, reposición y casación), este último lo explicaremos por la relación que directa que tiene con la presente investigación.

Casación

Etimológicamente, casación significa casar o anular, declarar sin ningún efecto un acto o documento. Es el examen que se hace de una resolución recurrida, para Guasp, el recurso de casación es la impugnación de una

resolución ante el grado supremo de la jerarquía judicial.

El Artículo 221 de la Constitución establece que contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso contencioso-administrativo puede interponerse el recurso de casación. En la Ley de lo Contencioso Administrativo, como indicamos, se regula la procedencia del recurso de casación. También en el Artículo 169 del Código Tributario, fundamenta la procedencia del recurso de casación, indicándose en este cuerpo legal que contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso contencioso administrativo cabe este recurso. Dicho recurso de interpondrá y substanciará de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil.

CAPÍTULO V

5. Del valor y eficacia de la jurisprudencia en los procesos contenciosos administrativos

Desde los inicios del derecho administrativo es innegable la importancia de la jurisprudencia, porque dado que existían pocas normas positivas administrativas, esta ha ayudado en la formulación de sus principales instituciones. En esta rama del derecho ha tenido más importancia que en otras, (civil y mercantil) donde existen codificaciones que resuelven casi la totalidad de los supuestos de hecho que suelen presentarse en la práctica.

En una rama de tan reciente creación como la administrativa la situación es diferente porque la multiplicidad de preceptos, su constante modificación, la falta de sistematización de sus reglas, la natural movilidad del trabajo administrativo y la ausencia de normas específicas dan a la interpretativa de jueces y juristas un inmenso valor.

La jurisprudencia obligatoria o doctrina legal puede considerarse que tiene valor jurídico: en principio, ningún tribunal está obligado a fallar de acuerdo a como lo hagan otros, salvo el caso contemplado en el Artículo 627 del Código Procesal Civil y Mercantil en el que se dispone que si se alega 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 contrario. Y dado que la Ley de lo Contencioso Administrativo en su Artículo 27 admite el recurso de casación,

cabe decir que también la jurisprudencia.

Pero por otra parte la jurisprudencia no obligatoria en el derecho administrativo resulta que es una fuente indirecta, es un simple medio de información para resolver acertadamente algunos casos, cabe resaltar que se da en los Estados positivistas, en los que predomina el derecho escrito. Mientras que en los países regidos por el derecho anglosajón la jurisprudencia es la fuente esencial del derecho y el valor del precedente es incuestionable

5.1. La influencia extranjera de la jurisprudencia en Guatemala

Los precedentes judiciales constituyen o establecen criterios que orientan la labor judicial sobre el modo de resolver determinados asuntos; es decir, van creando una costumbre judicial, como lo señala Álvarez Ledesma³⁸.

Para los países, de origen sajón, (Inglaterra y Estados Unidos), los casos judicialmente resueltos y sus sentencias poseen un gran valor, porque no sólo resuelven el caso concreto en el cual fueron planteados, sino crean “precedentes”. De esta manera, los casos similares que aparezcan en el futuro probablemente serán resueltos en la misma forma, esto es con base en el precedente.

La jurisprudencia como institución jurídica tiene un pasado que se remonta muchos siglos atrás; se acepta generalmente que tuvo antecedentes en Roma antigua cuando los integrantes del colegio sacerdotal estudiaban e interpretaban el derecho elaborando verdaderos formularios que se observaban rigurosamente para la realización de toda índole de negocios y litigios; labor, magnamente enriquecida por

³⁸ Álvarez Ledesma, Mario, **Introducción al derecho**, Editorial McGraw-Hill, México, S.A., 1995

los notables y conocidos jurisconsultos de épocas posteriores, que conoció su cúspide en el corpus iuris civilis, extendiéndose sus principios por toda Europa primero, y a las nuevas tierras de Latinoamérica después.

Los países a que nos hemos referido, tienen un sistema de derecho conocido mundialmente como common law cuya traducción literaria significa "derecho común"; empero, no es dable entenderlo en el mismo sentido de lo que nosotros llamamos "derecho común".

5.2. El choque de dos sistemas jurídicos

El valor y eficacia de la jurisprudencia, reviste especial interés en el caso de la aplicación de la jurisdicción administrativa, por que proviniendo del modelo anglosajón en el que existe la llamada "supremacía judicial", es sin embargo, implantada en nuestra patria, donde esa supremacía es privilegio de la legislación, por influencia del derecho francés y la teoría de la división de poderes. Lucio Cabrera, en un valioso trabajo sobre la historia de la jurisprudencia dice: "La reverencia hacia la ley deriva del derecho francés y de la legitimidad otorgada a las asambleas legislativas por el pensamiento de Rosseau. En cambio, en el derecho anglosajón ha habido mayor estima por las sentencias, que en el "common law" revisten la fuerza de un precedente en virtud del "stare decisis", y así adquieren un carácter casi legislativo, pues son obligatorias "erga omnes". Esta influencia extranjera, en la aparición de la jurisprudencia, pese a ser real, es sin embargo, una concepción superficial; la jurisprudencia como institución jurídica, ciertamente fue importada, pero su implantación en nuestro país no fue producto de una moda -como tantos otros

fenómenos culturales, políticos y sociales del siglo XIX, sino producto de una necesidad auténtica que exigía una urgente solución.

Tratando de encuadrar, en su ámbito jurídico, los antecedentes históricos del common law que hemos visto, a modo de compararlos con nuestro sistema jurídico nacional, vemos que la característica más significativa que encontramos en aquel modelo es la preponderancia de la costumbre y de la jurisprudencia como principales generales del mismo.

Los anglosajones, al igual que nosotros, conocen y utilizan el derecho escrito, sin embargo, mientras que en nuestro derecho se ha dado un papel prominente a la legislación, por influencia del derecho francés; en el suyo, lo ha tenido la costumbre y la jurisprudencia, o lo que ellos han denominado "el precedente", según ya se expuso. Nuestro modelo jurídico, pues, descansa sobre los cimientos del derecho escrito y codificado emanando del poder legislativo, ya que desde los comienzos de nuestra patria independiente acogimos con entusiasmo las ideas triunfantes de la revolución francesa, encabezadas por Rosseau y Montesquieu, referentes al "contrato social", la división de poderes. Estos principios, en los que no vamos a profundizar, por ser de sobra conocidos, se encuentran reflejados en cada página de la Constitución de la Republica de Guatemala y aún hoy siguen definiendo la estructura básica de nuestro orden jurídico constitucional.

Así, deberemos reconocer en primer lugar, que nuestro derecho ha sido fruto, al igual que nuestra cultura, de un "mestizaje" madurado por muchos siglos; inciden en él, el derecho romano, el hebreo y el canónico, el español, el árabe, el francés, el norteamericano (y a través suyo, por supuesto, también el inglés).

Ante éste confuso panorama, debemos distinguir al menos, las influencias más notables y de ellas, discernir las que tocan directamente el tema que nos ocupa

A modo de breve síntesis, en que se esbocen genéricamente las raíces de donde nuestro derecho se nutrió y se formó, diremos que el derecho romano, por medio del español, nos ha dado el modelo de todo nuestro derecho civil, después influido por el francés; el árabe , algunas figuras de derecho mercantil; el derecho hebreo-canónico, sentó las bases morales y costumbristas que hoy en día reproducen nuestras leyes; el derecho francés nos dio igualmente nuestra estructura constitucional, sobre todo en lo dogmático, pero en mucho influenciado también por el derecho constitucional norteamericano; y finalmente el derecho inglés, nos heredó a través del norteamericano, la jurisprudencia y algunos elementos de derecho mercantil.

5.3. La jurisprudencia en las casaciones en materia

contencioso administrativo

El presente trabajo de investigación trata fundamentalmente sobre los procedimientos jurídicos y las principales causas que, motivan el rechazo o no admisibilidad de los recursos de casación, este ultimo considerado como una herramienta legal que el interponente utiliza para defender el derecho que él considera que ha sido vulnerado, en el caso que nos ocupa en materia contencioso administrativo; señalarlo con el ánimo de ir corrigiendo esas deficiencias, ya que indicándolas y así mismo proponiendo la alternativa a seguir, es como mejoraremos el conocimiento de los recursos de casación.

En Guatemala, constitucionalmente existe la posibilidad del planteamiento del recurso extraordinario de casación dentro del proceso contencioso administrativo, de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el que literalmente preceptúa: “Artículo 221. Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas el Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas. Para ocurrir a este Tribunal, no será necesario ningún pago o caución previa. Sin embargo, la ley podrá establecer determinadas situaciones en las que el recurrente tenga que pagar intereses a la tasa corriente sobre los impuestos que haya discutido o impugnado y cuyo pago al fisco se demoró en virtud del recurso. Contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse el recurso de casación.”³⁹

Muchos autores coinciden en la afirmación de que la materia procesal administrativa la constituye el conflicto jurídico que se crea con el ejercicio de la función administrativa, entre la administración y los titulares de los derechos vulnerados o violados, cuando en algún modo o en cierta forma existe infracción de las facultades reglamentarias o de los límites de facultades no regladas debidamente. El conflicto surge de cualquier actuación de la administración: resoluciones, contratos, reglamentos, sanciones. Algunos asuntos quedan fuera de la materia contenciosa, la Ley de lo Contencioso Administrativo regula estos asuntos como casos de

³⁹Asamblea Nacional Constituyente, **Constitución Política de la República de Guatemala**. Edición de la Corte de Constitucionalidad, Talleres Centro Impresor “Piedra Santa” 1999

improcedencia en su Artículo 21.

La realización del trabajo científico propuesto, surge de la inquietud de analizar jurídicamente el origen de la jurisprudencia, como determinante en los procesos de más alto poder judicial.

La justificación del presente trabajo de investigación esta fundamentada en los antecedentes ya expuestos, en el sentido de que la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico de Guatemala en las ramas del derecho en la que es aplicable, (procedimientos civiles y contenciosos administrativos) no tiene el valor ni los alcances que ésta tiene en el derecho anglosajón, donde tiene verdadera fuerza de ley, y hasta superior a la ley si se considera la multitud de cuestiones que no se encuentran reguladas de forma legal, dejándose al criterio del juez la auténtica creación del derecho.

Lo que en esta investigación se propone, es que se reconozca de manera real el valor y los alcances de la jurisprudencia en materia contenciosa administrativa y por ende la importancia de la jurisprudencia como fuente directa del derecho en la legislación de Guatemala.

5.4. Visita efectuada a la Corte Suprema de Justicia:

Después del análisis y planteamiento de lo que es el proceso contencioso administrativo, presento los resultados de la encuesta que lleve a cabo en la Corte Suprema de Justicia.

En la visita efectuada a dos magistrados que forman parte de la cámara civil de la

Corte Suprema de Justicia, y de acuerdo a las dudas que al respecto del tema de esta investigación pude aclarar que:

- 1) La Jurisprudencia no es un elemento nuevo en que apoyarse al momento de dictar sentencia.
- 2) Que la Jurisprudencia ha suplido a la ley debido a que nuestro ordenamiento jurídico, en casi todas las materias es obsoleto y no esta de acuerdo a las necesidades de la época moderna en que vivimos.
- 3) Que en Guatemala la jurisprudencia es utilizada mayormente en dos estados muy importantes: en materia procesal civil y contencioso administrativo.

5.5. Comprobación de nuestra hipótesis

La jurisprudencia aunque no tenga bien definido su sentido, tanto en materia contencioso administrativo como en las otras materias donde puede plantearse el recurso de casación, la jurisprudencia es fuente formal y directa del derecho (en los cinco fallos contestes de la Corte Suprema de Justicia)

¿Es la falta de criterios unificados o la falta de una norma especifica los principales motivos para no darle a la jurisprudencia el valor, los alcances y la fuerza vinculante que tiene, en los recursos de casación en materia contenciosa administrativa en Guatemala?

Consideramos de gran importancia aclarar que cuando nos referimos a falta de criterios unificados, no nos referimos al desconocimiento de la aplicación de la ley por parte de las cámaras respectivas, sino a que no existe un control confiable sobre la jurisprudencia asentada a casos concretos.

¿Si la forma más eficiente de resolver una casación es la jurisprudencia, porque esta no se convierte en vinculante, al dictar sentencia?

La jurisprudencia cumple también una función supletoria y complementa la legislación; pero la misma no está codificada.

Para que la jurisprudencia sea obligatoria o vinculante se requieren cinco fallos continuos, en el mismo sentido, emitidos por la Corte Suprema de Justicia. Así mismo se configura jurisprudencia en materia constitucional con tres sentencias uniformes de la Corte de Constitucionalidad.

¿Se considera política la forma de conocer en casación?

En este punto aclaramos que lo referido se debe a la poca o ninguna importancia que se le da a la jurisprudencia, demostrada en el irrespeto que se le da a los fallos ya existentes mismos que se han venido acumulando a través de los años y que tienen relación con casos similares. Lo señalado culmina que la respuesta a esta pregunta es que sí, en algunos casos si se resuelve políticamente, ya que la administración pública no puede apartarse de lo político, ya que ese es el que le da el espíritu a su que hacer y al caso de los jueces al conocer en casación en materia administrativa, lógico es pensar, que al ser parte de uno de los poderes del Estado, este mismo esta supeditado y elegido bajo un sistema democrático o cuasi democrático en el que los ciudadanos eligieron para ser administrados por políticos de cierta tendencia ideológica y el sistema de justicia no puede apartarse totalmente a la ideología política dominante, entendiéndose ésta como un conjunto de pensamientos congruentes con la forma de hacer las cosas, y siendo el derecho

administrativo una rama del derecho donde muchas eventualidades no están reguladas de forma clara y precisa, los juzgadores al resolver no se pueden, ni se deben de apartar de la política, para la interpretación y aplicación de la ley, especialmente en casos de materia contenciosa administrativa.

En el mundo hispánico, el significado de la jurisprudencia: es el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho por parte del tribunal supremo, no puede equipararse su sentido, en los ordenamientos hispanoamericanos respecto al que tiene en el derecho anglosajón, donde al precedente judicial (la respuesta que los tribunales hayan dado en casos análogos enjuiciados con anterioridad) le asiste verdadera fuerza de ley y hasta superior a la ley ya que hay un sin número cuestiones que no se encuentran reguladas legalmente, dejándose al criterio del juez la auténtica creación del derecho, pero a pesar de este enorme servicio que presta la jurisprudencia, en el mundo hispánico no tiene carácter de fuente de derecho en el sentido técnico, pero sí una importancia decisiva, es decir que aunque la jurisprudencia no se considere fuente del derecho en sentido formal, lo es en sentido material, al asignar a la ley su sentido y alcance práctico y concreto.

En el desarrollo del presente trabajo, hemos probado la importancia de la jurisprudencia en el momento de dictar una sentencia en casación específicamente en materia contenciosa administrativa, se ha demostrado que desde hace más 50 años se ha escrito sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia, su importancia y valoración, pero en nuestra legislación se sigue nombrándola como supletoria, mientras en otros países existe el derecho jurisprudencial y se valora la misma como su categoría lo amerita.

CONCLUSIONES

1. El valor y eficacia de la jurisprudencia en materia contencioso administrativo, en Guatemala tiene alcances limitados, pues los tribunales no están obligados a aplicar jurisprudencia y por tanto pueden apartarse de los fallos dictados anteriormente, también existe el caso de excepción a lo antes expuesto, es el caso del párrafo tercero del Artículo 627 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 107.
2. A pesar de que en Guatemala crean jurisprudencia los fallos que dicta la Corte Suprema de Justicia, siempre que se reúnan los requisitos señalados en la ley, también lo es que no existe un sistema que clasifique estos de una forma que indique cuando se llega al número requerido para convertirse en doctrina legal, corriendo el riesgo de que las sentencias no sean acordes a determinada línea jurisprudencial.

RECOMENDACIONES

1. Que el Organismo Legislativo reforme los Artículos 2 de la Ley del Organismo Judicial y el 427 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 107, en el sentido de reconocer al precedente administrativo como una forma de jurisprudencia administrativa, tal como lo regula el derecho anglosajón, y en consecuencia que se le de el valor de vinculante que la jurisprudencia debe de tener.
2. Debido a que el sistema de creación de jurisprudencia en Guatemala es muy difícil de lograr, por lo que se debe crear por la Corte Suprema de Justicia un sistema como el que existe en México, donde cada fallo jurisprudencial que dicta el tribunal superior, se sistematiza para determinar en que momento se completa el número requerido por la ley para convertirse en doctrina legal, separando los casos que son sólo precedentes de los que son doctrina legal.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel Y DÍAZ ALABART, Silvia. **Comentarios al código civil y compilaciones forales**. 36 tomos y más de 60 vols. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

ALONSO MARTINES, Manuel. **La jurisprudencia como fuente del derecho, cuadernos de derecho angloamericano**. Barcelona, 2, 1954.

BEILFUSS, Markus. **El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional Madrid: Editorial Aranzadi, 2003.

BELTRANENA DE PADILLA Y COLMENARES, Maria del Carmen. **Introducción al estudio del derecho**. Editorial Serviprensa, reimpresión 2000.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría y otros. **Estudios de derecho comunitario europeo**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1989. Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos. (numeración modal).

CALAMANDREI, Piero, **La casación civil**. 2t.; Editorial Bibliográfica; Argentina Buenos Aires: 1971.

CANO MURCIA, Antonio. **La jurisprudencia**. España: Editorial Aranzadi, 1999.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría y otros. **Estudios de derecho comunitario europeo**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1989.

CERCO A. L. Bervian. **Metodología científica**. España, 1991.

CIFUENTES MEDINA, Edelberto. **La aventura de investigar: el plan y la tesis**. Guatemala: Editorial Magna Terra, 2003.

COLMO citado por: Garrido de Palma, Víctor Manuel Garrido, **derecho civil y metodología jurídica**. Madrid: Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1986.

DE DIEGO, Clemente. **Los principios generales del derecho**. España: Revista de Derecho Privado. 1910.

DAVID, Rene. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. Paris: Edición de Pedro Bravo Gala, 1967.

DAVID, Rene. **Le droit français**. Francia: Edición Pedro Bravo Gala 1961; Tomo I págs. 135 a la 185.

GARCÍA DE Valdecasas, Vicente. **Los principios generales del derecho**. 1975.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. **Derecho civil y metodología jurídica**. (Madrid: Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1986), pág. 61-67.

GARONE, José Alberto, **Diccionario manual jurídico Abeledo – Perrot**. Artes Gráficas Candil, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1991

Guía práctica de la ley de enjuiciamiento civil, 1/2000 de 7 de enero. La ley, Madrid, 2002

LA LAGUNA, Ernesto. **Jurisprudencia y fuentes del derecho**. Pamplona, 1969.

LÓPEZ CANO J. L. **Método e hipótesis científicas**. México: Editorial Trillas, 1980. Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

MARTÍNEZ LAGE, S. **Las fuentes del derecho comunitario**. Gaceta Jurídica CEE., núm. 1. Junio 1985.

MORGÁN SANABRIA, Rolando. **Planeación de investigación científica**. (Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala y Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela de Estudios Profesionales de Aragón, 1994).

BOBBIO, Norberto, **Sur le positivisme juridique**. 1961: págs.53-73.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires Argentina, Pág. 645. 1981.

PALOMAR, Miguel, **Juan diccionario para juristas.** México: Ediciones Mayo, 1981,

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil,** (México: Editorial Porrúa, 1989).

PUIG BRUTAU J. **La jurisprudencia como fuente del derecho.** Barcelona, 1954.

RAMÍREZ GRONDA, Juan D. **Diccionario jurídico.** Editorial Claridad, S.A. Argentina, 1994.

VÁZQUEZ BOTE, E. **El sistema de fuentes y la ley orgánica del poder judicial.** R.C.D.I. 1986.

GOLDSCHMIDT, W. **La teoría tridimensional del mundo jurídico.** (España: Editorial Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1986).

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. Edición de la Corte de Constitucionalidad, Talleres Centro Impresor "Piedra Santa" 1999.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86. Asamblea Nacional Constituyente. Edición de la Corte de Constitucionalidad. Impreso en los Talleres de Serviprensa S.A. septiembre de 2002

Ley del Organismo Judicial de Guatemala, Decreto 2-89 . y sus reformas, del Congreso de la República de Guatemala, Editores Jiménez Ayala.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107. Guatemala: Edición de Mauro Chacón Corado, Editorial Magna Terra, S.A. 2001.

Código Civil y Exposición de Motivos, Decreto Ley No. 106. Guatemala, Casa Editorial Gómez Roles, Guatemala C .A. 1996.

Ley de lo Contencioso Administrativo. Decreto 119-96, Omar Ricardo Barrios Osorio, Ed. 6ª. Guatemala, 2005.

PAGINAS DE INTERNET:

<http://www.bibliojuridica/> Loewenstein, K, *Teoría de la Constitución*. Barcelona, 1976. Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*. Madrid, 1982. García Pelayo, M.: *Derecho Constitucional comparado*. Madrid, 1986. García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1985. Rubio Llorente, F.: *La forma del poder*. (Estudios sobre la Constitución). Madrid, 1993.

<http://www.Cienciaspoliticasy.com/prometerolibros>

<http://www.google.com/searchhl=es&q=Mauro+Cappelletti&lr=>

<http://wwwBibliotecaEncarta.com/search/hl> Hasn Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Enciclopedia Encarta, © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

www.espasa.com/web/frames-diccionariojuridico/html Manuel Cavero Gómez,

www.bibliojuridica.org/libros/1393/8.pdf

<http://wwwBibliotecaEncarta.com/search/hl>

pdf//www.bibliojuridica.org/libros/1/393/03 Competencia Constitucional.

[http://www.todoelderecho.com/apuntaes/fuentes .htm](http://www.todoelderecho.com/apuntaes/fuentes.htm)

Jurisprudencia." Microsoft® Encarta® 2007 [DVD]. Microsoft Corporation, 2006. Microsoft ® Encarta ® 2007. © 1993--2006 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

"Derecho español." Microsoft® Encarta® 2007 [DVD]. Microsoft Corporation, 2006. Microsoft ® Encarta ® 2007. © 1993--2006 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Derecho guatemalteco." Microsoft® Encarta® 2007 [DVD]. Microsoft Corporation, 2006 Microsoft ® Encarta ® 2007. © 1993--2006 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

pdf// [www.bibliojuridica.org /libros /1/393/01](http://www.bibliojuridica.org/libros/1/393/01) *Constituciones en la Historia*. De esta edición: Espasa Calpe, S. A., Madrid, 2001 Creación y realización electrónica: Planeta Actimedia, S.A. Reservados todos los derechos. Diccionario Jurídico, Espasa Calpe, Madrid

El Derecho Anglosajón "Emilio Rabasa." Microsoft® Encarta® 2007 [DVD]. Microsoft Corporation, 2006.

<http://www.derecho.com/./:boletin/derecho.com> (consultada 10 de agosto de 2007)

<http://www.todoelderecho.com/apuntaes/fuentes .htm>