



Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Estudios de Postgrado

Revista del Seminario de Doctorado en Derecho

FAMILIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS



Guatemala, junio de 2008

EN LAS PÁGINAS SIGUIENTES SE PRESENTA UN ESTUDIO ACERCA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS, REALIZADO EN UN SEMINARIO POR UN GRUPO DE CURSANTES DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DEL PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA, CON EL PROPÓSITO DE HACER UN ACERCAMIENTO MAYOR A LOS QUE SE MANTIENEN VIVOS EN EL PRESENTE, BUSCANDO APREHENDER, EN ESPECIAL, SUS FUENTES Y SUS MODOS DE APLICACIÓN PARA, DE MANERA COMPENDIADA, DARLAS A CONOCER A LECTORES INTERESADOS EN TEMAS DE DERECHO; ADEMÁS DEL INTENTO DE PRECISAR, CON ESOS ELEMENTOS, EN CUÁL DE ELLOS PUEDA UBICARSE EL DE NUESTRO PAÍS. SISTEMAS QUE DENTRO DE LA ESFERA DEL DERECHO COMPARADO SE SIGNIFICAN, SIGUIENDO EL PLANTEAMIENTO DE GIOVANNI TARELLO, NO COMO SIMPLE SUMA DE REGLAS NORMATIVAS SINO COMO *SISTEMA* QUE SIGNIFICA ADHERIRSE A DOCTRINAS JURÍDICAS, ELABORADAS Y ACOGIDAS POR OPERADORES JURÍDICOS PARA FINES PRÁCTICOS Y EN FUNCIÓN DE TRATAMIENTO Y MANEJO DE LOS MATERIALES NORMATIVOS.

Id y enseñad a todos.

Doctorandos en Derecho (2007-2008).



Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Estudios de Postgrado



FAMILIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS

Revista del Seminario de Doctorado en Derecho.

Guatemala, 2008.

En portada:

Mapa de las entidades políticas y sistemas jurídicos correspondientes.

Roberto O. Cacheiro Frías.

Abogado-Docente en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

http://www.cacheirofrias.com.ar/sistemas_juridicos_del_mundo.htm

Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Programa de Doctorado en Derecho
Escuela de Estudios de Postgrado
Seminario: Familias jurídicas contemporáneas
Junio de 2008.

**JUNTA DIRECTIVA DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICA Y SOCIALES**

DECANO:	Licenciado Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Licenciado César Landelino Franco López
VOCAL II:	Licenciado Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Licenciado Erick Rolando Huitz Enriquez
VOCAL IV:	Bachiller Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Bachiller Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Licenciado Avidán Ortiz Orellana

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	Licenciado Bonerge Amílcar Mejía Orellana
DIRECTOR:	Doctor René Arturo Villegas Lara
VOCAL:	Maestro Ovidio David Parra Vela
VOCAL:	Doctor Jorge Monterroso Salvatierra
VOCAL:	Maestro Nery Roberto Muñoz

Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Programa de Doctorado en Derecho
Escuela de Estudios de Postgrado
Seminario: Familias jurídicas contemporáneas
Junio de 2008.

CONSEJO EDITORIAL:

Doctor: René Arturo Villegas Lara
Director de la Escuela de Estudios de Postgrados
Doctor: Jorge Efraín Monterroso Salvatierra
Vocal del Consejo Académico
Doctor: Luis Felipe Sáenz Juárez
Director del Seminario

DOCTORANDOS: (en orden de grupos de trabajo)

Primer tema:

William Gilberto Bobadilla López
Carlos Culajay Chacach
Saúl González Cabrera
Cynthia Mariela Salazar Muñoz
Victor Manuel Valverth Morales

Segundo tema:

Félix Eduardo Barrios López
Alberto Pereira-Orozco
Luis Felipe Sáenz Mérida

Tercer tema:

Sonia Judith Alvarado López
Aleida Rosario Ochoa López
Luis Fernando Godoy Gil

Publicación del Seminario: **Familias jurídicas contemporáneas**

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN 001

TEMA I

**Fuentes de los sistemas jurídicos: Continental y
Anglosajón**007

TEMA II

**La jurisprudencia en las familias jurídicas
contemporáneas.**
—Aproximación al análisis de la jurisprudencia en Guatemala—065

TEMA III

Los sistemas jurídicos basados en ideas religiosas 131

PRESENTACIÓN

Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez

PRESENTACIÓN

En las páginas siguientes se presenta un estudio acerca de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos, realizado en un Seminario por un grupo de cursantes de la Escuela de Estudios de Postgrado del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad San Carlos de Guatemala, con el propósito de hacer un acercamiento mayor a los que se mantienen vivos en el presente, buscando aprehender, en especial, sus fuentes y sus modos de aplicación para, de manera compendiada, darlas a conocer a lectores interesados en temas de Derecho; además del intento de precisar, con esos elementos, en cuál de ellos pueda ubicarse el de nuestro país. Sistemas que dentro de la esfera del Derecho comparado se significan, siguiendo el planteamiento de Giovanni Tarello, no como simple suma de reglas normativas sino como *sistema* que significa adherirse a doctrinas jurídicas, elaboradas y acogidas por operadores jurídicos para fines prácticos y en función de tratamiento y manejo de los materiales normativos.

Para ello resulta obligado remitirse al pasado, pues, como dejó observado Luis Recaséns Siches: *“La observación histórica sobre los manantiales de donde suelen fluir reglas jurídicas permite establecer un cuadro de las más importantes fuentes típicas del Derecho. Esta observación nos mostrará que el Derecho ha solido ir brotando concretamente en la historia merced a procedimientos diferentes: decisiones judiciales no basadas ni en una previa norma legal ni en precedentes; costumbres; doctrina aplicada por los tribunales; precedentes judiciales; leyes y reglamentos; reconocimiento de la autonomía de la libertad privada para crear normas jurídicas (por ejemplo, contractuales, institucionales); y la doctrina.”*, añadiendo, respecto de las prácticas habituales, que: *“No todas las costumbres son jurídicas, pues las hay meramente sociales, con sentidos con sentidos diversos (religioso, técnico, de mero trato social, etc.).”*

Aunque es normal que en los estudios de Derecho, en nuestro medio, se entienda que ellos se basan en el calificado como Sistema

occidental, que incluye los de filiación romano-cristianos, anglosajones o del *common law*, tiene interés mostrar aun de modo resumido los construidos sobre ideas religiosas —musulmán, hindú— o de base filosófico-tradicional —japonés—, los últimos en proceso de transformación por operar sobre ellos, por circunstancias diversas, la influencia de los dos primeros.

Con esa orientación, en el primer estudio, acometido por los cursantes William Bobadilla López, Carlos Culajay Chacach, Saúl González Cabrera, Cynthia Mariela Salazar Muñoz y Víctor Manuel Valverth Morales, se presentan, precedido de un marco general de sostén, las líneas básicas y las fuentes de los sistemas anglosajón o *common law* y continental o *civil law*^{*}, para realizar luego una tarea de comparación entre ellos a fin de resaltar sus diferencias como también lo que muestren de semejanza; y, en la parte última, se abocan a la tarea de examinar el sistema jurídico guatemalteco a efecto de señalar que, en su construcción, predomina la influencia del sistema continental recibido de España, teñido éste por las particularidades propias desprendidas de sus costumbres, vertidas en Fueros y Leyes que han marcado su evolución social, política y jurídica, dato precisado por Eduardo J. Couture cuando enseña: *“El derecho feudal no opera sustancialmente sobre la colonización española; la conquista y la colonización de España en las Indias se produce cuando el Renacimiento ya había consolidado poderosamente la autoridad de la monarquía y el derecho feudal había sido desplazado por el derecho de los reyes (...) El siglo XVII es para España, el siglo magno en la extensión y consolidación de su poderío en América; es justamente en este siglo en que se presenta el mayor caudal de Leyes de Indias”*

El segundo, de la autoría de los cursantes Félix Eduardo Barrios López, Alberto Pereira-Orozco y Luis Felipe Sáenz Mérida, contiene, también en la misma línea de los sistemas anglosajón y continental, un ensayo dirigido a destacar la aplicación que los tribunales, en ambos, hacen, generalmente, de su costumbre y de sus leyes para la solución de controversias, porque es en tal aplicación en la que se hace patente la vivencia de las fuentes que han dado origen y vigorizan a esos dos sistemas. En el mismo

^{*} Para efectos de este estudio el término *civil law* se utiliza como sinónimo de *sistema continental*, *tradición jurídica romano-canónica* o *familia romano-germánica*.

destaca la crítica, acertada en nuestro juicio, del sistema guatemalteco, puntualizado sobre aspectos que deben merecer la atención de nuestro gremio y, especialmente, de los operadores de sus normas. El estudio mostrará asimismo que, a pesar de que sus estructuras propias se hallan erigidas sobre concepciones diferenciadas en las maneras o procedimientos para alcanzar la aplicación justa de sus directrices jurídicas, uno y otro han entrecruzado influencias que han permitido más sus acercamientos que oposiciones indeclinables. De ello dan cuenta no pocos países de América hispana al incorporar, con su positivización, las teorías del debido proceso —*due process of law*— y de la inconstitucionalidad de leyes; conceptos como los de razonabilidad —*standard*— jurídico; mandamiento —*injunction*—, precedentes —*stare decisis*— e inversamente, como ocurre en el sistema anglosajón, un asentamiento de la producción normativa por vía de sus órganos legisladores; ambos fenómenos producto de la incesante, aunque muchas veces imperceptible, evolución del Derecho. De ahí la afirmación, también del profesor Couture: *“Preguntemos a un jurista anglo-americano, descontando todas las diferencias de sensibilidad, cuál es su visión definitiva del derecho, y probablemente lleguemos con él a un acuerdo sin mucha dificultad. Consultémosle si él acepta el derecho de concepción totalitaria; si admite el derecho como instrumento de opresión de la libertad humana; si acepta el derecho que humille al individuo en nombre del poder o si acepta que se aniquile al poder en nombre del individuo; y es bien probable advertir que es bien poco lo que nos separa. Si los dos sistemas jurídicos, el de la codificación y del common law, se pueden encontrar en este punto, no habrían recorrido inútilmente su largo camino.”*

De carácter descriptivo es el elaborado por los cursantes Sonia Judith Alvarado López, Aleida Rosario Ochoa López y Luis Fernando Godoy Gil, en procura de acercarnos a tres sistemas derivados bien de pensamientos religiosos, concretos o abstractos, como de esencia filosófico-tradicional —musulmán, de la India y del Japón—. Ha dejado escrito un estudioso de los países afroasiáticos, Alessandro Aruffo, que: *“El Islam no se reduce al Corán y no es únicamente una religión. Es derecho, ética, organización de la sociedad. El Islam es una civilización que engloba pueblos diversos (árabes, bereberes, turcos, persas, africanos, etcétera) por su lengua, etnia y cultura pero ‘unificados’ en el seno del Islam.”*

Mircea Eliade, reconocido como profundo orientalista y particularmente de la India, advierte que *“En el interior de una cultura orgánica, como lo es la india, todo mantiene una estrecha ligazón entre sí. No se puede hablar de filosofía sin hablar de lengua, de sociedad, de erotismo ni de religión. No se puede hablar de la revolución de Gandhi sin haber explicado antes el concepto de karma, el cristianismo indio y el valor del acto humano de la India. De lo contrario, se corre el riesgo de caer en la vulgaridad, es decir, de ser superficial, limitado y grotesco. Es un país en que los miles de años del pasado continúan estando presentes, no se puede dejar de lado nada de todo lo que ha alimentado la vida civil y espiritual desde Mohenjo-Daro (el IV milenio a.J.) en adelante.”* dato que da apoyo a nuestra inferencia acerca de que la misma suerte acompaña a su concepción del Derecho. Y con relación al último late una percepción semejante en René David, quien recordando la tradición confusionista de la división de clases que pesa en la población del Japón, explica: *“La idea de Derecho, inexistente en las relaciones entre personas pertenecientes a clases diferentes, tampoco se ha afirmado en las relaciones de personas pertenecientes a una misma clase (...) Para los japoneses lo esencial sigue estando representado por las normas de conducta (giri-ninjo) establecidas para cada especie de relación humana por la tradición y fundadas, al menos en apariencia, en el sentimiento de afección (ninjo) que une a los individuos en dichas relaciones.”*

El director del seminario estima que los contenidos de los estudios que se dan a conocer en las páginas siguientes, pueden ser de utilidad al lector y, mejor aún, si ellos pueden despertar su interés para su crítica o ampliación.

TEMA I

**FUENTES DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS:
CONTINENTAL Y ANGLOSAJÓN**

TEMA I

**FUENTES DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS:
CONTINENTAL Y ANGLOSAJÓN**

Doctorandos:

William Gilberto Bobadilla López

Carlos Culajay Chacach

Saúl González Cabrera

Cynthia Mariela Salazar Muñoz

Víctor Manuel Valverth Morales

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	013
Capítulo I	
Marco general	015
Capítulo II	
El sistema anglosajón o <i>Common Law</i>	027
Capítulo III	
El sistema continental o <i>Civil Law</i>	043
Capítulo IV	
Análisis y comparación de los sistemas jurídicos anglosajón y continental.....	049
Capítulo V	
Influencia del <i>Civil Law</i> en el sistema jurídico guatemalteco	055
CONCLUSIONES	059
BIBLIOGRAFÍA	061

INTRODUCCIÓN

Como regulador de conductas, el Derecho se ha erigido, a lo largo de la historia de la civilización, como el mejor instrumento para conseguir la convivencia social pacífica de los seres humanos, quienes a través de pautas jurídicas de comportamiento encuentran la manera de permitir un desarrollo social ordenado.

Las primeras normas de conducta vinieron de las propias prácticas aceptadas por los grupos sociales; es decir, de la costumbre, para irse posteriormente formalizando y aceptando como generales en la regulación de las situaciones socialmente relevantes.

En el desarrollo de la normativa jurídica al Derecho se le han dado distintos orígenes. Por el respeto a la divinidad se creyó inicialmente por mucho tiempo que era de origen divino, e incluso una revelación dada a las personas por uno o más seres superiores que regían la vida humana.

Con la evolución de las ideas fue adquiriendo otros matices en algunas partes del planeta; así, un origen humano, devenido de la necesidad de regular las conductas humanas con base, en la mayor parte de ocasiones, en las prácticas sociales. En ese desarrollo histórico fueron surgiendo los grandes sistemas jurídicos, con los que la humanidad cuenta en la actualidad, unos influidos directamente por divinidades, otros por rasgos de las costumbres, y otros por leyes y códigos.

Nos corresponde ahora examinar los sistemas continental y anglosajón, con énfasis en sus fuentes. En el capítulo primero describimos el marco general del trabajo, deslizándonos por los antecedentes que ubicamos en la recepción que en Guatemala se hizo del Derecho español, y de forma indirecta, del Derecho romano, para detenernos luego en las fuentes del Derecho, en términos generales, y enfocarnos particularmente en la ley como fuente “madre” del sistema continental y la jurisprudencia como modelo relevante del

sistema anglosajón.

En el capítulo segundo se desarrolla específicamente el sistema anglosajón o *Common Law*, desde el punto de vista de su origen y el margen de decisión de los jueces, así como sus características y facultades.

En el capítulo tercero hacemos lo propio con el sistema continental o *Civil Law*, tomando como referente sus fuentes en la Roma antigua, la evolución del sistema, su sistema de fuentes, su contexto institucional; es decir, el funcionamiento de los organismos del Estado en los países de esta tradición y una visión del sistema en conjunto.

En el capítulo cuarto hacemos un corte comparativo de los dos sistemas mencionados, partiendo de criterios diferenciales para que el lector tenga acceso a un corte transversal de cada uno de ellos, que le permita apreciar sus aspectos comunes y los no comunes.

Finalmente, en el capítulo quinto nos centramos en el sistema jurídico guatemalteco, para resaltar sus características relevantes, a fin de confirmar su pertenencia a la familia o sistema del *Civil Law*.

CAPÍTULO I

1. MARCO GENERAL

1.1. Antecedentes

Producto del fenómeno histórico más conocido como “*conquista*”, las instituciones jurídicas del conquistador se trasladaron al conquistado, lo que no fue la excepción en los países del continente americano, los cuales recepcionaron el Derecho de su correspondiente europeo, que ocupó sus tierras, impuso sus costumbres y valores, y también su Derecho.

De esa cuenta el Derecho hispánico fue trasplantado a la “*Nueva España*” y concretamente a la Capitanía de Guatemala, lo que explica el carácter romanista de nuestras instituciones, toda vez que el Derecho español fue a su vez influido por el romano. Aunque debe señalarse que España aportó, además, sus propias tradiciones jurídicas contenidas en los instrumentos que prevalecieron desde el siglo XII hasta el comienzo del siglo XIX. Debe anotarse también que el Derecho español tuvo influencia no solo del Derecho romano sino también del Derecho canónico. Lo que se conoció como “*los dos derechos*” (romano y canónico) “logró cambiar el sistema jurídico español de la baja Edad Media”.¹ De corte meramente español encontramos el Fuero Real (1255) destinado a regir en las tierras directamente dependientes de la Corona; el Fuero Viejo, que sustituyó en 1272 al Fuero Real; las Siete Partidas, cuya primera versión se conoció en 1256 y en las que, dicho sea de paso, se podía encontrar predominancia del Derecho romano, lo que se explica porque los colaboradores de Alfonso el Sabio recibieron su influencia, durante su permanencia en Bolonia, en el estudio del Derecho. Estas (las Siete partidas) “fueron propuestas originalmente como una legislación modelo en la que los juristas y legisladores españoles podrían inspirarse para sus innovaciones pues, bajo el régimen del bisnieto de Alfonso el Sabio (o sea Alfonso XI) alcanzaron oficialmente en Castilla la categoría de derecho supletorio mediante el

¹ Margadant, Guillermo Floris, Introducción a la Historia Del Derecho Mexicano. 7ª. ed.; Ed. Esfinge, México, 1986, pág. 31.

Ordenamiento de Alcalá.”² Otras fuentes que se pueden señalar son: Ordenanzas Reales de Castilla, Leyes del Toro. Este Derecho español llegó a estar vigente en el continente americano, dominado por la Corona española, como derecho supletorio del expedido por aquella para las colonias, conocido como Derecho indiano.

Al respecto de las Partidas, Ossorio afirma que “Alfonso el Sabio tomó para sus Partidas elementos del Derecho Natural y de Gentes, del Derecho Canónico, de las Pandectas y del Código Justiniano.”³

La justicia en la Nueva España se rigió por tribunales especiales según fuera la materia del litigio,⁴ y los tribunales pronunciaban sentencia en nombre del Rey. También podía conocer un alcalde ordinario, para casos entre colonos y que no fueran de impacto. Casos de poca importancia entre indios, sin embargo, podía conocerlos un alcalde del pueblo indio del lugar de la controversia. “En estos casos, la sentencia del alcalde podía ser apelada ante el cabildo. Cuando los casos eran de trascendencia la sentencia de primera instancia la pronunciaba un alcalde mayor o corregidor”.⁵

De manera que los conflictos entre indios eran conocidos y resueltos por una instancia *ad hoc*, y entre colonos también lo decidía una jurisdicción apropiada. Los conflictos entre indios y españoles eran resueltos por corregidores o alcaldes mayores. “Además, desde 1591, la Corona dispuso que a cada audiencia debía ser adscrito un “*protector de indios*”.”⁶ El citado autor nos informa que también se celebraban “juicios de residencia” a los que virreyes, alcaldes, regidores o tasadores de tributos quedaban sujetos luego de haber abandonado el cargo, como una medida de la Corona por mejorar la probidad en la administración pública.

² *Ibidem*, pág. 32.

³ Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, Argentina, 1981.

⁴ (Tribunales de cuentas, tribunal de alcabalas, el de composición de tierras, el de Montepíos, el del Estanco del Tabaco...). Margadant. *Ob. Cit.*; pág. 60.

⁵ Margadant, *Ob. Cit.*; pág. 58.

⁶ *Ibidem*, pág. 59.

Encontramos, pues, los antecedentes inmediatos de nuestro sistema en el Derecho español y el Derecho indiano, y como antecedente mediato el Derecho romano.

1.2. Fuentes del Derecho

Hay consenso entre los tratadistas de que las fuentes del Derecho se pueden clasificar en reales, formales e históricas. Las primeras resultan ser las condiciones sociales o naturales que determinan la necesidad de una regulación jurídica y vienen siendo como el fundamento material del Derecho. Así, por ejemplo, una catástrofe natural puede dar lugar a que el Gobierno decrete estado de excepción (estado de calamidad) y restrinja algunas garantías como la libertad de locomoción. Las fuentes históricas nos refieren a documentos que fueron producidos en otras épocas y que devienen inspiradores del Derecho actual, tales como regulaciones tan antiguas como la Ley de las Doce Tablas, o las Recopilaciones de Justiniano asentadas en el *Corpus Iuris Civilis*.

Las fuentes formales, según la opinión generalmente aceptada, son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia e incluso la doctrina. La jurisprudencia o doctrina legal debe distinguirse, no obstante, del concepto “*doctrina*” a secas, toda vez que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en su artículo 43 establece que 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 sentido. De esa cuenta la doctrina legal se equipara al concepto de jurisprudencia, en este caso, de orden constitucional.

La Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89 del Congreso de la República, establece que en Guatemala la legislación es fuente principal, y la jurisprudencia, fuente complementaria. También estima como fuente a la costumbre, siempre que la ley lo exprese así o que no haya ley aplicable y, además, que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

1.3. La costumbre

Como fuente del Derecho ha sido aceptada por los tratadistas toda vez que, como señala David, “el legislador, el juez, los autores, son guiados, más o menos conscientemente, por la opinión y por la costumbre de la comunidad en la formulación y aplicación que hacen del Derecho”.⁷ El citado autor, no obstante, resalta que aun cuando no puede despreciarse el valor de la costumbre, tampoco se le puede dar la importancia que tiene la legislación. La costumbre como fuente del Derecho, en términos generales requiere de dos elementos que fueron formulados ya desde el Derecho romano: la *inveterada consuetuda* y la *opinio juris*. Es decir, que sea de aplicación prolongada y que la población le reconozca fuerza jurídica. Ambos elementos, objetivo y subjetivo, continúan siendo elementales para que se pueda configurar como fuente. Pero no son suficientes esos elementos, toda vez que, conforme el Derecho positivo, debe ser reconocida por la ley. Según Kelsen, “una regla de conducta sólo asume carácter obligatorio cuando representa una manifestación de la voluntad del Estado”. Consecuente con esta doctrina, concluye que “el Derecho consuetudinario no puede nacer sino a través de la actividad de los órganos jurisdiccionales.”⁸

Finalmente, debemos puntualizar lo que la doctrina ha identificado como las diversas especies de costumbre, así: cuando la costumbre deriva de la ley, o esta la autoriza, se denomina *secundum legem*; costumbre *praeter legem*, cuando se acude a ella sin que esté autorizada por la ley; y costumbre *contra legem*, cuando se pretende aplicar contraviniendo una norma que lo prohíbe.

Partiendo de que no debe confundirse el Derecho con la ley, o la ley con la legislación, coincidimos con David en que la costumbre ha representado y representa un papel relevante como fuente del Derecho. Si la costumbre “es concebida como un simple medio -el principal hoy en día- para llegar al conocimiento del Derecho, nada se opone a que se reconozca, junto a los textos legislativos, la utilidad de las restantes fuentes. Entre estas figurará, en lugar de honor, la

⁷ David, René, Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, (traducción de la 2ª. edición francesa por Pedro Bravo Gala), Ed. Aguilar, España, 1973, pág. 97.

⁸ Kelsen, Hans. Hauptprobleme Der Staatsrechtslehre, Citado por García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho, pág. 63.

costumbre, puesto que es perfectamente natural, e inevitable tomar en consideración la conducta habitual de los hombres cuando se quiere establecer lo que objetivamente se considera como justo en nuestra sociedad”.⁹

En el concepto de Bobbio hay fuentes directas e indirectas; entre estas últimas distingue dos clases: fuentes reconocidas y fuentes delegadas. La costumbre se ubica entre las fuentes reconocidas, y los reglamentos entre las fuentes delegadas. “*Un típico ejemplo de recepción y por tanto de fuente reconocida es la costumbre en los ordenamientos estatales modernos, en los cuales la fuente directa y superior es la ley. Cuando el legislador remite expresamente a la costumbre en una situación particular o cuando expresa o tácitamente remite a la costumbre en materias no reguladas por la ley (es el caso de la llamada costumbre praeter legem), él acoge normas jurídicas ya elaboradas y enriquece el ordenamiento jurídico en su totalidad con un conjunto que puede ser importante, de normas producidas en otros ordenamientos e inclusive establecidas en tiempos anteriores al establecimiento del ordenamiento estatal.*”¹⁰ En nuestro sistema, la Ley del Organismo Judicial prevé en su artículo segundo que la costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

1.4. La doctrina

La constituye el producto de las investigaciones de los juristas y tiene carácter de fuente del Derecho desde la Roma antigua, cuando las opiniones de los jurisconsultos obligaban las decisiones judiciales. “Su función se manifiesta en el hecho de que la doctrina forja el vocabulario y los conceptos jurídicos que van a ser utilizados por el legislador, y en el hecho, aún más evidente, de que es ella la que establece los métodos con los que va a descubrirse el Derecho y a interpretarse las leyes. Además, la doctrina puede tener una gran influencia sobre el legislador; muchas veces, este se limita a consagrar tendencias doctrinales, promulgar leyes que han sido

⁹ David, **Ob. Cit.**; pág. 98.

¹⁰ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*. 2ª. ed.; Ed. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1997, pág. 154.

preparadas previamente por la doctrina.”¹¹ La doctrina puede considerarse también como fuente formal, siempre que haya una disposición positiva que así lo estime. En Guatemala la Ley del Organismo Judicial no reconoce a la doctrina como fuente, aunque magistrados y jueces suelen apoyarse en ella para dar peso a los argumentos que motivan sus sentencias. Por doctrina se entiende “*los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación*”.¹²

1.5. Los principios generales del derecho

Resultan útiles cuando a falta de una norma aplicable a un hecho concreto debe integrarse el ordenamiento jurídico, toda vez que los jueces no pueden dejar de resolver. Proceden entonces a un ejercicio de inducción-deducción a fin de encontrar, primero, el “*principio general*” orientador de una norma existente que podría aplicarse supletoriamente al caso no previsto.

Bobbio nos habla de principios generales expresos y no expresos. Los expresos podemos encontrarlos en la Constitución y los no expresos los obtenemos por medio de ese proceso inductivo y, por tanto, no los hallamos en ningún texto normativo o constitucional. “Son principios, o sea normas generalísimas, formuladas por el intérprete, quien trata de acoger, comparando normas aparentemente diferentes entre sí, aquello que comúnmente se llama el espíritu del sistema”.¹³ Los tratadistas han asumido la tarea de sistematizar algunos principios generales, a los que se suele dar un reconocimiento de validez por lo contundente de su razonamiento, tales como “primero en tiempo, primero en derecho”, “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, “nadie está obligado a lo imposible”, etc.

Finalmente, en este apartado no podemos dejar de mencionar

¹¹ David, René. **Ob. Cit.** ; pág. 108.

¹² García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 38ª. ed.; Ed. Porrúa, México, 1986, pág. 76.

¹³ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2ª. ed.; Ed. Temis, Sanfa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 240.

al **Derecho Natural** como fuente inspiradora del Derecho positivo. Ossorio atribuye a Luis Recaséns Siches la afirmación de que el Derecho Natural no tiene otro alcance que el de “*inspirar y dirigir la elaboración del Derecho; son consiguientemente, además, los criterios bajo cuya luz podemos y debemos enjuiciar críticamente la realidad de un determinado momento histórico*”.

1.6. Marco teórico

Si la legislación y la jurisprudencia devienen en principales fuentes de los sistemas conocidos como anglosajón (*Common Law*) y continental (*Civil Law*), vale detenernos unos instantes para explicitar el modo de formación de cada una de ellas.

1.6.1. El proceso de formación de la ley

Es común en los países que practican lo que se llama “*Civil Law*” que la norma prevaleciente en cualquier controversia proviene de la ley, toda vez que ésta suele atravesar por un procedimiento más o menos complejo de formación en la que intervienen los organismos Legislativo y Ejecutivo. Tiene su origen este proceso con la iniciativa, para lo cual están facultados, en la mayoría de países, el Organismo Ejecutivo y los miembros del Parlamento. En Guatemala tienen iniciativa de ley, además del Presidente de la República y los diputados al Congreso, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral. Una iniciativa consiste en una formulación normativa que debe ser acompañada de exposición de motivos, su fundamentación y articulación, que son conocidos por el Congreso de la República y cursados a una comisión para estudio y dictamen previos.

Una vez producido el estudio y dictamen, el proyecto, en su forma original o reformulado por la comisión, se somete a discusión en tres debates en el Pleno del Legislativo y es hasta en el tercero cuando se procede a votar. Si se aprueba la idea y el contenido en general del proyecto, se discute y pone a votación artículo por artículo, fase en la cual suelen presentarse enmiendas. Como resultado de este procedimiento, se somete luego a discusión de cómo debe quedar en su redacción final, tras lo cual se le asigna número al decreto, se imprime y se remite al Ejecutivo para su sanción. El Presidente de la República puede sancionar el decreto o vetarlo, en el plazo de 15 días de recibido. También el Ejecutivo

puede no hacer pronunciamiento al respecto, ante lo cual se tendrá por sancionado y el Congreso lo deberá mandar a publicar para que cobre vigencia, en el plazo que establece la Constitución (8 días) o en el que la misma ley establezca. Si el Presidente lo veta, queda sujeto a un nuevo procedimiento en el Congreso que deberá decidir si acepta el veto o si lo rechaza. Para esto último debe contar con una mayoría calificada, que así se llama al voto de al menos dos tercios del total de diputados que integran el Legislativo.

Sólo el Congreso de la República puede aprobar leyes, reformarlas o derogarlas, pero debe resaltarse que la Corte de Constitucionalidad tiene facultades legislativas negativas; es decir, puede expulsar del ordenamiento legal leyes completas o parte de ellas por ser incompatibles con el texto fundante, la Constitución Política de la República.

1.6.2. El proceso de formación de la doctrina legal

Los jueces y magistrados en Guatemala resuelven en sus sentencias conforme a textos legales, y les queda poco margen para la producción de Derecho por ellos mismos. El Derecho se puede producir por la vía legislativa o reglamentaria, toda vez que la Ley del Organismo Judicial así lo establece (Art. 2. La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará). Esto es, nuestro sistema permite desentrañar el sentido pero no la producción de Derecho por la vía de la jurisprudencia, mediante la interpretación que se hace de la ley y la Constitución. Así, el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad establece que “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 sentido”.

Para el caso del Organismo Judicial, el artículo 621 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados, por lo

menos, en tanto que el artículo 627 del mismo código permite complementar el enunciado anterior al señalar que “si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse, por lo menos, cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares, y no interrumpidos por otro en contrario...”

En todo caso, debemos anotar que no existe un proceso establecido por ley, reglamento u otra disposición que pueda considerarse como “proceso de formación de doctrina legal”, que implique un momento en que, al reunirse cinco fallos de Tribunal de Casación que enuncien el mismo criterio, se produzca una declaración que le dé vida a esa doctrina legal ni mucho menos que se le imponga una numeración correlativa. Tampoco sucede en la Corte de Constitucionalidad, por lo que la doctrina legal no puede decirse que esté sistematizada y ordenada, tal como sucede, por ejemplo, con los decretos del Congreso o con los acuerdos gubernativos emitidos por el Ejecutivo.

1.7. La independencia de los jueces

De tal manera que nuestro sistema es predominantemente legislativo y complementariamente jurisprudencial, de conformidad con los textos que hemos citado. Por otra parte, no existe jerarquía entre jueces y magistrados, salvo de orden administrativo y excepcionalmente en términos sustantivos, en cuanto a jurisprudencia se refiere. Por tal razón, los jueces menores no tienen relación de dependencia jerárquica, en cuanto a criterios de interpretación de los tribunales y de las cortes. Obedecen solo a la ley, circunstancia que caracteriza el sistema judicial en Guatemala.

No obstante, la dependencia de carácter administrativo suele subvertir la independencia antedicha. Los jueces de instancia y de paz son nombrados y removidos por la Corte Suprema de Justicia, aunque de acuerdo con procedimientos establecidos en la Ley de la Carrera Judicial.* El máximo órgano del Organismo Judicial también

* **ARTÍCULO 19. Nombramiento de jueces.** Los candidatos que aprueben el curso de la Unidad de Capacitación Institucional del Organismo Judicial serán declarados elegibles y nombrados por la Corte Suprema de Justicia, según proceda, jueces de paz, de primera instancia y destinados a las vacantes que existan, de las que tomarán posesión dentro del mes siguiente de haber prestado la protesta respectiva; también podrán ser

resuelve la ubicación de las judicaturas y los traslados de jueces, lo que rompe el “*blindaje*” de independencia de criterio que la ley establece y, en la práctica, podrían algunos jueces verse influidos por las magistraturas en relación con asuntos determinados y hasta sentirse compelidos a resolver de la manera sugerida por los superiores.♦

A propósito de independencia, no podemos ignorar que el procedimiento de nombramiento de magistrados de apelaciones y de la Corte Suprema es llevado a cabo en el seno del Congreso de la República, para períodos de cinco años y con base en una lista de preseleccionados por una comisión de postulación, con intervención de la Academia, el gremio de abogados y representantes de la magistratura.

Vale traer a cuenta la distinción de magistratura burocrática o profesional Guarnieri y Pederzoli, al señalar que la magistratura burocrática pertenece a las magistraturas de los países del *Civil Law*, y el modelo profesional es característico de los países del *Common Law*. “*En la magistratura burocrática los instrumentos de control están ínsitos en la organización judicial, es decir, en la estructura del cuerpo y en las reglas formales que disciplinan su status; en particular, los mecanismos de ascenso en la carrera constituyen el eslabón débil de*

nombrados para ocupar el cargo de jueces suplentes, conforme a lo establecido en el artículo 34 de esta ley.

ARTÍCULO 20. Renovación de nombramiento de jueces. Vencido el período de funciones de los jueces de primera instancia, la Corte Suprema de Justicia renovará o no el nombramiento de los jueces, para lo cual deberá tener en cuenta la previa evaluación de su rendimiento y comportamiento profesional elaborado por el Consejo de la Carrera Judicial.

♦ **ARTÍCULO 26. Traslados** Los jueces y magistrados podrán ser trasladados por las causas siguientes: a. Por razones de servicio, calificadas mediante resolución motivada del Consejo de la Carrera Judicial, previa audiencia y compensación económica de los gastos del traslado; b. Por solicitarlo así el interesado, y si a juicio del Consejo de la Carrera Judicial haya acumulado méritos en el ejercicio del cargo, tenga una causa justificada, y el traslado no sea inconveniente para el servicio de la administración de justicia; c. En los casos de preferencia a que se refiere el literal c) del artículo 24 de esta ley.

este tipo de organización".¹⁴ En tanto, la magistratura profesional empleará un personal formado en la práctica, "reclutado normalmente tras un largo período de experiencia profesional"¹⁵ O, puesto en otras palabras: el modelo profesional se hace consistir en un mecanismo de ascensos, en tanto el modelo burocrático es susceptible de reclutar magistrados sin experiencia acumulada, tal como sucede en Guatemala con el sistema implantado en la Constitución, aunque el nivel de jueces de instancia y jueces de paz está sujeto a la Ley de la Carrera Judicial, lo que le da al modelo un carácter "*híbrido*" entre el burocrático y el profesional.

¹⁴ Guarnieri, Carlo y Patrizia Pederzoli, *Los Jueces y la Política, Poder Judicial y Democracia*, traducción de Miguel Angel Ruiz de Azua, Ed. Taurus, España, 1999, pág. 62.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 64.

CAPÍTULO II

2. EL SISTEMA ANGLOSAJÓN O COMMON LAW

2.1. Origen

2.1.1. Liminar

Existen varias connotaciones para el término *Common Law*, tanto históricas como contemporáneas, que para fines de enriquecimiento del trabajo vale la pena traer a colación.

Vía el trasfondo histórico del término puede lograrse el acceso a su verdadero significado. Se llega así a una definición paulatina, al estilo weberiano¹⁶.

La *Court of Common Pleas* (corte de pretensiones comunes) inglesa lidiaba con litigios jurídicos en los que el monarca no tenía interés, es decir, asuntos de plebeyos (*commoners*). Adicionalmente, a partir de por lo menos el siglo XI y continuando por varios siglos más después de ello, existían varios circuitos diferentes en el sistema de la Corte real, servidos por jueces itinerantes que viajaban de ciudad en ciudad dispersando la *justicia del rey*¹⁷. Pretéritamente, el término *Common Law* (ley común) fue usado para describir la ley tenida en común entre los circuitos y las diferentes estancias en cada uno de ellos. Entre más ampliamente era reconocida una ley particular, más peso tenía; las costumbres puramente locales estaban generalmente subordinadas a la ley reconocida en una pluralidad de jurisdicciones.

Esta forma arcaica perdió su relevancia a partir del desarrollo del sistema legal inglés, pero explica el origen del término como tal. Modernamente, son tres las grandes connotaciones que tiene dicha frase:

¹⁶ Quien desee profundizar sobre el tema puede cotejar la obra de Max Weber denominada *La Ética protestante y el Espíritu del Capitalismo*.

¹⁷ Para lectura interesante al respecto, entre otros, cf. Foucault, Michel. **La verdad y las formas jurídicas** en CRESTOMATÍA segunda parte (Colección SOCIOLOGÍA JURÍDICA); Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales/Doctorado en Derecho, primer semestre 2005, págs. 63-87.

(a) *COMMON LAW* COMO LEY OPUESTA A *STATUTORY LAW* Y *REGULATORY LAW*. Esta distingue la autoridad que promulgó la ley. El ejemplo de EE.UU. ilumina particularmente el tema: en la mayoría de las áreas de Derecho, en la mayor parte de sus jurisdicciones, existen *Statutes* decretados por un órgano legislativo¹⁸, *Regulations*, promulgadas por agencias del Organismo Ejecutivo en cumplimiento de una delegación de la autoridad facultada para crear leyes; y *Common Law* o *Case Law*, es decir, decisiones emitidas por las cortes¹⁹. Esta primera connotación puede diferenciarse aún más en (a) leyes que se originan puramente del *Common Law*, sin expresa autoridad estatutoria²⁰; y (b) decisiones que discuten y deciden sobre los límites sutiles y distinciones en las leyes escritas promulgadas por otros cuerpos²¹.

(b) *COMMON LAW* COMO LEY OPUESTA A *EQUITY*. Esta connotación diferencia entre *Common Law* (o simplemente *Law*) y *Equity*²². Anterior a 1873, Inglaterra tenía dos sistemas tribunicios paralelos²³: las cortes de *Common Law*—sólo podían otorgar daños pecuniarios y reconocer la legitimidad en la propiedad— y las cortes de *Equity*—podían emitir *Injunctive Relief*²⁴ y reconocer *Trusts*²⁵ sobre la propiedad—. Esta distinción entre *Common Law* y *Equity* era importante porque: (a) categorizaba y priorizaba los derechos reales de propiedad; (b) en los EE.UU., determinaba si el derecho a juicio por jurado²⁶ aplicaba o el asunto debía ser decidido por un juez²⁷; y (c) en los principios que aplican al otorgamiento de *Equitable*

¹⁸ WIKIPEDIA. **Statutory Law**. (09/03/08)

¹⁹ O tribunales cuasi-judiciales dentro de las agencias del Organismo Ejecutivo.

²⁰ Ejemplos, Derecho Penal y Derecho Procesal anterior al siglo XX; ley contractual y ley sobre agravios (*Torts*) contemporáneas.

²¹ Tales como la Constitución, los *Statutes*, las *Regulations*.

²² Entre otros, cf. Wikipedia. **Equity**. (09/03/08)

²³ Esta separación se propagó luego a muchas colonias inglesas.

²⁴ Entre otros, cf. Wikipedia. **Injunction**. (16/03/08)

²⁵ Entre otros, cf. Wikipedia. **Trust Law**. (09/03/08)

²⁶ Contenido en la Séptima Enmienda.

²⁷ Asuntos relacionados con la determinación de la ley, y todos los asuntos relacionados al *Equity*.

Remedies por los tribunales. Actualmente, todas las jurisdicciones han fusionado ambos tipos de tribunal ²⁸.

(c) *COMMON LAW* COMO SISTEMA JURÍDICO OPUESTO AL *CIVIL LAW*. Con esta connotación se diferencia entre el sistema legal de jurisdicciones *Common Law* y el sistema *Civil Law*, regidas por las jurisdicciones de código. Mientras los sistemas *Common Law* atribuyen gran peso a las decisiones de los tribunales (consideradas tan ley como los estatutos), no sucede lo mismo en las jurisdicciones del sistema continental (como también se conoce a las jurisdicciones en las que rige el *Civil Law*), en el que al precedente judicial se le da menor importancia, y se atiende más, por otra parte, a las contribuciones de los eruditos ²⁹.

2.1.2. Datos convencionales

El *Common Law* tiene su origen en el sistema inquisidor establecido en Inglaterra durante los siglos XII y XIII, llegándose a la formación de un colectivo de decisiones judiciales basadas en la tradición, la costumbre y el precedente. Tal forma de instituciones legales y cultura guarda semejanza con las pertenecientes a sociedades donde históricamente el precedente y la costumbre desempeñaron/han desempeñado un rol sustancial en los procesos legales, *viz.*, *lex germanica* ³⁰ y ley islámica ³¹ (*infra*). Forma de razonamiento empleada en ellos es lo que el *Common Law* denomina para sí *Casuistry* ³², es decir, el basado en el examen de casos ³³.

El *Common Law*, tal y como es aplicado en los casos civiles

²⁸ Incluso antes de reunírseles, la mayor parte de los tribunales podían aplicar tanto el *Common Law* como el *Equity* (si bien usando procedimientos legales diferentes).

²⁹ Esta es la más conocida, amplia y que se tiene primordialmente en mente a lo largo del documento, salvo indicación expresa en contrario.

³⁰ *Vid.*, entre otros, el libro clásico de Oliver Wendell Holmes, Jr. *The Common Law* (Lecture I., Sec. 2.).

³¹ Entre otros, *cf.* Wikipedia. **Sharia**. (09/03/08).

³² Entre otros, *cf.* Wikipedia. **Casuistry**. (09/03/08).

³³ Entre otros, *cf.* Wikipedia. **Case Law**. (09/03/08); Wikipedia. **Case-based Reasoning**. (09/03/08) Aamodt, Agnar y Enric Plazza. **Case-based reasoning: Foundational Issues, Methodological Variations and System Approaches**. (09/03/08).

(distinto a las causas penales), fue diseñado como medio de compensación de actos ilícitos (*Torts*), dolosos o culposos, y como *corpus* jurídico que desarrolla y regula el contenido contractual.

El tipo de proceso empleado en las cortes del *Common Law* es conocido como modo adversarial, típico de este sistema.

2.1.3. Surgimiento medieval del *Common Law*

Anterior a la conquista normanda (1066), la justicia era impartida principalmente en las *County Courts*, presididas por el obispo diocesano y por el sheriff, ejerciendo tanto jurisdicción eclesial como civil³⁴. Es en estas cortes donde se inicia el juicio por jurados.

En el año 1154, inicio de la dinastía Plantagenet con el rey Enrique II, se institucionalizó el *Common Law* al crear un sistema legal unificado, común a todo el país, al incorporar y elevar la costumbre local al rango de nacional, y se puso fin a los controles y peculiaridades locales, eliminando los remedios arbitrales y se reinstaló el sistema de jurado (ciudadanos juramentados para investigarlo concerniente a pretensiones civiles y acusaciones penales que lo ameritasen).

Dichos jurados alcanzaban su veredicto a través de la evaluación del conocimiento colectivo en la localidad (no necesariamente a partir de evidencia), factor distintivo respecto a los modelos civiles y penales modernos.

³⁴ Estos grandes cambios que fueron dándose en la historia jurídica inglesa pueden evidenciarse claramente en el mismo lenguaje jurídico (por mencionar algo extra), según persiste hasta nuestros días. Este último punto ha sido tratado por diversidad de autores, entre otros, muy interesantemente expuesto por Tiersma. **The Nature of Legal Language.** (14/03/07). A saber, y como ejemplo: (1) ANGLO-SAJÓN. *Bequeath, goods, guilt, manslaughter, murder, oath, right, sheriff, steal, theft, thief, ward, witness, writ.* (2) LATÍN (Era de la Cristianización y posterior, Baja Edad Media). *Versus* (empleado al nombrar los expedientes), *Caveat Emptor.* (3) ESCANDINAVO. *Law.* (4) FRANCÉS. (a) en palabras básicas como las siguientes: *Appeal; Attorney; Bailiff; Bar; Claim; Complaint; Counsel; Court; Defendant; Demurrer; Evidence; Indictment; Judge; Judgement; Jury; Justice; Party; Plaintiff; Plea; Plead; Sentence; Sue; Suit; Summon; Verdict; Voir dire;* (b) todos los adjetivos jurídicos terminados en -ee (-ario) *lessee* –arrendatario. Según este patrón se sigue creando palabras hasta hoy: *Asylee; Condemnee; Detainee; Expellee; Tippee;* (c) también la forma en que se construyen las frases nominales (sustantivas): *Attorney General; Court martial; Fee simple absolute; Letters testamentary; Malice aforethought; Solicitor General.*

Enrique II implementó como práctica enviar jueces desde su propia corte central para escuchar las diversas controversias que se daban a lo largo del reino. Los jueces resolvían dichas disputas de modo ad hoc, es decir, de acuerdo con su interpretación de lo que fuesen las costumbres de la comuna. Los jueces reales regresaban entonces a Londres y usualmente discutían los casos —y decisiones a las que habían arribado— con otros jueces. Estas decisiones, luego, eran registradas y archivadas. Con el tiempo una regla denominada *stare decisis*³⁵ (corrientemente conocida como precedente³⁶) fue desarrollándose, según la cual un juez quedaba sujeto a la decisión de un juez anterior³⁷. Se le requería que adoptara la interpretación de la ley que previamente había hecho otro juez y aplicara los mismos principios promulgados, si dos casos tenían hechos similares entre sí. Por este sistema de precedente, las decisiones se calcificaron causando que el sistema prenormado de costumbres locales disímiles fuese reemplazada por un orden elaborado y consistente de leyes que era común al país entero, de ahí su nombre de Ley Común (*Common Law*).

La creación de este sistema tribunalicio cortesano, poderoso y unificado, al reducir el poder de las cortes canónicas produjo en Inglaterra un problema de considerable envergadura entre la monarquía y la Iglesia Católica (el famoso conflicto entre Enrique II y Thomas Becket, arzobispo de Canterbury³⁸).

A pesar del grave revés de la derrota real frente a los intereses eclesiásticos inherentes a la disputa anterior, el *Common Law* hecho

³⁵ Entre otros, cf. Wikipedia. **Stare Decisis**. (09/03/08).

³⁶ Entre otros, cf. Wikipedia. **Precedent**. (09/03/08).

³⁷ Entre otros, cf. Lamond, Grant. **Precedent and Analogy in Legal Reasoning**. (09/03/08).

³⁸ Ambos estaban enredados en una fuerte disputa en relación a los poderes de las cortes reales para ejercer jurisdicción sobre antiguos clérigos. Becket fue incluso asesinado dentro de la *Canterbury Cathedral* por cuatro caballeros que se consideraron así mismos actuando en nombre del rey. No se conoce hasta hoy si hubo instrucción de Enrique II respecto a su asesinato. La muerte de Becket, inmediatamente elevado a la calidad de mártir (y posteriormente elevado a la calidad de santo), produjo una ola de ira popular contra el rey que se vio obligado a repudiar las leyes que ya había creado para el efecto y a abandonar sus esfuerzos para traer a juicio a miembros de la Iglesia Católica por crímenes seculares (*Constitutions of Clarendon*).

por jueces perduró por siglos como la fuente primaria de leyes civiles y penales a lo largo y ancho del reino inglés.

Posteriormente, cuando el Parlamento adquirió poderes legislativos, la *Statutory Law* empezó a limitar el ámbito del *Common Law* en áreas determinadas (*infra*).

No obstante lo anterior, aún hoy el *Common Law* retiene su estatus de elemento esencial del ordenamiento legal británico.

2.1.4. La Influencia islámica medieval³⁹

Importante, pero poco estudiado en nuestro medio, es el hecho de que múltiples instituciones fundamentales del *Common Law* son adaptaciones de instituciones del sistema musulmán ⁴⁰, introducidas en Inglaterra por los Normandos, aprendidos por éstos tras su conquista del Emirato de Sicilia y, principalmente, durante las Cruzadas ⁴¹.

Con los cuadros que aparecen a continuación se grafica la idea de influencia ejercida por el sistema musulmán, en algunas de las instituciones del *Common Law*, que precisamente tuvieron su origen en este:

VERSIÓN INGLESA	INSTITUCIÓN ISLÁMICA	OBSERVACIONES
-----------------	----------------------	---------------

³⁹ Entre otros, cf. Makdisi, John A. “**The Islamic Origins of the Common Law**” en North Carolina Law Review; *s.l.*, *s.e.*, Junio 1999, págs. 1635-1739; Gaudiosi, Monica M. “**The Influence of Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College**” en University of Pennsylvania Law Review; *s.l.*, *s.e.*, abril 1988, págs. 1231-1261; El-Gamal, Mahmoud A.. “**Islamic Finance: Law, Economics and Practice**”; *s.l.*, *s.e.*, *s.p.*; Wikipedia. **Fiqh**. (09/03/08). (Diseño propio).

⁴⁰ *Questio* que muestra además el íntimo aunque no siempre reconocido fenómeno de interrelación entre sistemas jurídicos. Entre otros, cf. Badr, Gamal Moursi. **Islamic Law: Its Relation to Other Legal Systems**” en The American Journal of Comparative Law; Salt Lake, Utah, EE.UU., Proceedings of an International Conference on Comparative Law. Primavera, 1978, págs. 187-198.

⁴¹ Entre otros, cf. Wikipedia. **Common Law**. (10/03/08).

(ASIMILADA) ⁴²

<p>Royal english contract protected by the action of debt</p>	<p>عقد <Aqd > ⁴³</p>	<p>■ EXPLICACIÓN: contrato, arco, documento ⁴⁴. ■ ETIM.: عقد <aqada> atar; liar ⁴⁵.</p>
<p>Assize of novel disseisin ⁴⁶</p>	<p>إستحقاق < Istihqaq > ⁴⁷</p>	<p>■ EXPLICACIÓN: mérito de vencimiento ⁴⁸. ■ ETIM.: إستحقاق <istijaq-qa> merecer, vencer (Com.) ⁴⁹. حقق <jaq-qa-qa> investigar, confirmar, verificar, realizar ⁵⁰.</p>
<p>Jury ⁵¹</p>	<p>لأفیف < Lafif > ⁵²</p>	<p>■ EXPLICACIÓN: لأفیف من الناس <Lafif min a-nnás> (grupo de gente) ⁵³ ■ ETIM.: لف</p>

⁴² *Caveat*. Pronunciaciones aproximadas: varios fonemas inexistentes en el idioma español.

⁴³ Entre otros, Wikipedia. **Common Law**. (10/03/08).

⁴⁴ Cf. Kaplanian, Maurice, ALHAJA Árabe-Español, Español-Árabe; Líbano: دار ابن زيون , s.f., pág. 84.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 84.

⁴⁶ Entre otros, Wikipedia. **Assize of Novel Disseisin**. (09/03/08).

⁴⁷ Entre otros, Wikipedia. **Common Law**. (10/03/08).

⁴⁸ Cf. Kaplanian, Maurice. **Ob. Cit.**; pág. 29.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ *Ídem*.

⁵¹ Wikipedia. **Jury**. (09/03/08).

⁵² Wikipedia. **Ulema**. (09/03/08).

⁵³ Cf. Kaplanian, Maurice. **Ob. Cit.**; pág. 111.

		<Laf-fa> envolver, cubrir, ovillar, enrollar ⁵⁴ .
Trust ⁵⁵	وقف < <i>Waqf</i> > ⁵⁶	<p>■ ETIM.: إستوقف <Is-tawaqafa> retener, hacer parar ⁵⁷.</p> <p>وقف <wa-qa-fa> pararse, detenerse, ponerse en pie ⁵⁸. (<i>raíz trilateral original</i>)</p>
Agency ⁵⁹	حالة < <i>Hawála</i> > ⁶⁰	<p>■ EXPLICACIÓN: Intermediación, giro, transferencia ⁶¹.</p> <p>■ ETIM.: حول <Haw-wala> intervenir; interponerse ⁶² (<i>verbo compuesto</i>) حال <Há-la> Cambiar; convertir;</p>

⁵⁴ **Ídem.**

⁵⁵ Wikipedia. **Trust**. (09/03/08); Wikipedia. **Trust Law**. (09/03/08).

⁵⁶ Wikipedia. **Waqf**. (09/03/08).

⁵⁷ Cf. Kaplanian, Maurice. **Ob Cit.**; pág. 132.

⁵⁸ **Ídem.**

⁵⁹ Wikipedia. **Agency**. (09/03/08).

⁶⁰ Wikipedia. **Hawala**. (09/03/08).

⁶¹ Cf. Kaplanian, Maurice, **Ob Cit.**; pág. 32.

⁶² **Ibidem**, pág. 31.

FAMILIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS

		transformar; remitir 63. (<i>raíz primitiva</i>)
<i>Inn of Court</i> 64	مدرسة < <i>Madrasah</i> >65	<p>■ EXPLICACIÓN: Escuela. <i>Lit.</i> “Lugar donde se estudia” 66. (En el idioma árabe el prefijo: <i>Ma-</i> denota cualquier lugar específicamente señalado para algo)</p> <p>■ ETIM.: درس <dar-rasa> Estudiar, trillar 67.</p>
<i>Commenda</i> 68	قراض < <i>Qirad</i> > 69	<p>■ ETIM.: أقرض <aq-rada> Prestar 70.</p>
<i>Precedent</i> 71	قياس < <i>Qiyás</i> > 72	<p>■ EXPLICACIÓN: comparación, medida, dimensión, modo, regla 73. (<i>Juríd.</i> precedentes</p>

⁶³ **Ídem.**

⁶⁴ Wikipedia. **Inn of Court**. (09/03/08).

⁶⁵ Entre otros, *cf.* Wikipedia. **Madrasah**. (09/03/08); Wikipedia. **Islamic Golden Age**. (09/03/08); Wikipedia. **Maliki**. (09/03/08).

⁶⁶ *Cf.* Kaplanian, Maurice. **Ob Cit.**; pág. 39.

⁶⁷ **Ídem.**

⁶⁸ Wikipedia. **Limited Partnership**. (09/03/08).

⁶⁹ Wikipedia. **Qirad**. (09/03/08).

⁷⁰ *Cf.* Kaplanian, Maurice. **Ob. Cit.**; pág. 99.

⁷¹ Wikipedia. **Precedent**. (09/03/08).

⁷² Wikipedia. **Qiyas**. (09/03/08).

⁷³ *Cf.* Kaplanian, Maurice. **Ob. Cit.**; pág. 104.

		<p>legales y razonamiento por analogía ⁷⁴)</p> <p>■ ETIM.: قاس <Ká-sa> medir; mensurar; estimar; probarse (prendas); comparar ⁷⁵.</p>
--	--	--

Al tomar sus fundamentos del sistema jurídico islámico, el *Common Law* logró conformarse como un todo integrado ⁷⁶.

Esto no fue sino pequeña parte de la enorme importación de saber que realizó el Occidente desde el Medio Oriente durante el Medioevo ⁷⁷.

2.1.5. La fusión de *Common Law* y *Equity*

Tan temprano como el siglo XV se convirtió en práctica que los litigantes que sentían haber sido engañados por el sistema del *Common Law* pudieran petitionar al rey en persona. Podían, por ejemplo, argüir que una sentencia de daños (en el *Common Law*) no era suficiente para resarcir por la usurpación de tierra, requiriendo en su lugar el lanzamiento del infractor.

A partir de estos desarrollos llegó a establecerse el sistema de *Equity* ⁷⁸, administrado por el *Lord Chancellor*, en las cortes de la

⁷⁴ Farooq, Mohammad Omar, Dr.. Qiyas (Analogical reasoning) and Some Problematic Issues in Islamic Law, (s.f.), pdf.

⁷⁵ *Ídem.*

⁷⁶ Entre otros, cf. Wikipedia. **Common Law**. (10/03/08); Wikipedia. **Islamic Golden Age**. (09/03/08).

⁷⁷ Como se sabe, las universidades europeas, p.ej., surgieron en la Alta Edad Media precisamente como instituciones que debían coadyuvar a Europa en la ‘digestión’ del enorme caudal de conocimiento generado por el Renacimiento Islámico.

⁷⁸ Entre otros, interesante referencia en Villagrán de León, María Eugenia, Licda. “**El sistema de derecho angloamericano denominado Common Law**” en Revista del

Chancery.

Por su misma naturaleza, *Equity* y *Common Law* estaban en frecuente conflicto, causando que los litigios continuaran por años, dado que una corte invalidaba lo hecho por la otra, aun cuando se estableció hacia el siglo XVII que *Equity* debía prevalecer. Como consecuencia de lo anterior, las cortes *Common Law* y *Equity* fueron combinadas mediante las *Judicature Acts* de 1873 y 1875, determinándose que *Equity* sería suprema en caso de conflicto ⁷⁹.

2.2. Características

2.2.1. Prolægómeno

Se entiende corrientemente al sistema *Common Law* como un orden jurídico creado/refinado por jueces, en el cual una decisión dentro de un litigio abierto depende de las decisiones a las que se ha arribado en casos previos.

En escenarios en los que no existe palabra autoritativa de ley, los *Common Law judges* tienen tanto la autoridad como la obligación de crear ley mediante precedente (*infra*). Es al *corpus* de precedentes a lo que se denomina *Common Law*.

Teóricamente, en aquellos casos en los que las partes disienten acerca de cuál es la ley aplicable, la *Common Law court* revisa decisiones anteriores de tribunales que sean relevantes. De existir disputa similar, el tribunal que investiga queda obligado a seguir el razonamiento realizado en dicha (s) sentencia (s) previa (s) en ocasión del principio del *stare decisis* (*infra*). Si la corte encontrare que, *contrario sensu*, el conflicto en cuestión es básicamente distinto a todos los casos anteriores, deberá decidirlo como *matter of first impression*. Así, la nueva decisión a la que se arribe establecerá precedente y será obligatorio para futuras cortes en casos análogos.

Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; Guatemala, C.A.: Serviprensa, S. A. Publicación Semestral, No. 50, Enero y junio 2005, págs. 77-79 (buena descripción preliminar: "La *equity* surgió como justicia equitativa para casos particulares, no vinculada a las reglas del Derecho positivo cuando la aplicación de éstas hubiera dado lugar a resultados inicuos. Apoyándose en la *equity*, el Canciller o Chancellor solucionaba las contiendas según lo que le parecía justo y equitativo. [...]"); Wikipedia. **Common Law** (10/03/08).

⁷⁹ Wikipedia. **Common Law** (10/03/08).

En la práctica, sin embargo, el sistema opera de una forma mucho más complicada: (a) las decisiones tribunalicias son obligatorias solo dentro de una jurisdicción particular, y aún así, ciertas cortes tienen mucha más importancia que otras: en casi todas las jurisdicciones las decisiones de las cortes de apelaciones son obligatorias para los tribunales inferiores de la misma jurisdicción; las decisiones de tribunales inferiores no son obligatorias para otros tribunales de igual jerarquía, solo tienen autoridad persuasiva; (b) la interacción entre *Common Law*, *Constitutional Law*, *Statutory Law* y *Regulatory Law* (*infra*) genera una considerable complejidad ⁸⁰.

2.2.2. Fuentes del *Common Law*

Cuatro, en orden de precedencia ⁸¹:

(i) PRECEDENTE. La principal de las fuentes creadoras del Derecho de origen anglosajón, como se ha referido extensamente.

El precedente (*supra*) consta de dos partes: *a.- ratio decidendi*, o regla de derecho explícitamente establecida por el juez como base para la decisión, implícita en el razonamiento judicial que justifica la decisión; *b.- obiter dictum*, es decir, las opiniones e informes incluidos por el juez, influyentes pero no determinantes.

(ii) LEGISLACIÓN. El derecho escrito, *Statute Law*, definible como derecho positivo creado por el órgano legislativo, en virtud del poder que le ha sido designado al efecto.

Ese derecho es interpretado de forma restringida a fin de que no derogue (y modifique en el menor grado posible) el cúmulo *Common Law / Equity* que, como se mencionó antes, constituye la parte central de este sistema jurídico particular. No obstante esto último, y como también ya se ha señalado (*supra*), el *Common Law* (derecho creado por decisiones judiciales) está supeditado al *Statutory Law* (derecho creado parlamentariamente); en caso de

⁸⁰ A pesar de ello, el *Stare Decisis* sigue siendo el elemento característico del sistema jurídico *Common Law*.

⁸¹ Entre otros, Villagrán de León, María Eugenia, Licda. **Ob. Cit.**; págs. 75-76.

contradicción, prevalece el derecho creado por acto legislativo ⁸².

(iii) COSTUMBRE. Fuente secundaria. Si bien es importante en el derecho inglés primitivo ⁸³, pierde categoría a partir de la invasión normanda y la implantación del sistema *Common Law* (*supra*), de clara naturaleza jurisprudencial.

(iv) DOCTRINA CIENTÍFICA. Fuente secundaria adicional a la anterior. Empleada como pauta en aquellos casos en que no existe caso precedente ⁸⁴. Solo se utilizan fuentes jurídicas reconocidas tradicionalmente ⁸⁵ y/o de los autores más preeminentes en los diversos campos.

2.2.3. Principios básicos del *Common Law*

Dentro de la jurisdicción *Common Law* existen varias etapas, tanto de investigación y análisis ⁸⁶, que son necesarias para poder determinar, *in limine*, cuál es la ley ⁸⁷ dentro de una situación dada. *Primero*) deben establecerse los hechos; *Segundo*) deben ubicarse las normas jurídicas y casos previos relevantes; *Tercero*) deben extraerse los principios, analogías y declaraciones hechas por las diversas

⁸² A lo ya dicho, cabe agregar que ningún tribunal puede dejar de aplicar cualquier ley creada por el parlamento nacional. La supremacía estatutoria puede evidenciarse en un factor adicional: la *Statutory Law* puede modificar el *Common Law*, pero el caso contrario ya no es cierto.

⁸³ Período anglosajón-escandinavo. Creemos que una lectura que puede resultar muy ilustrativa para comprender mejor el papel de la costumbre como fuente del derecho inglés antiguo es *The Saga of Hrafnkel Priest of Frey* (*Hrafnkels Saga Freysgoda*, narración de eventos ocurridos en el s. IX; escrita en s. XII).

⁸⁴ Entre otros, *cf.* los siguientes textos (muy renombrados y ampliamente consultados): BLACKSTONE, WILLIAM. *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), y *Halbury's Laws of England* (*Common Law and Statutory*).

⁸⁵ Por ser acumulativo, los estudiosos del *Common Law* comúnmente examinan obras de autores antiguos reconocidos, incluso algunos muy lejanos en el tiempo *inter alia*: Granvill (s.XII), Bracton (s. XIII), Coke (XVII).

⁸⁶ Esta es razón primordial de que el estudio de la metodología jurídica (*Legal Research*) sea tan ubicuo y tenga tanta importancia entre los estudiantes/practicantes en este sistema jurídico.

⁸⁷ Inequívocamente resaltado por John Marshall en *Marbury vs. Madison*: "It is emphatically the providence and duty of the judicial department to say what the Law is [...]".

cortes de lo que estas consideran importante para poder establecer cómo resolverá la próxima corte sobre los hechos presentes en el caso en cuestión ⁸⁸; *Cuarto*) se integra todo lo anterior (junto con las razones dadas) y se determina cuál es la ley; y *Quinto*) se aplica la ley a los hechos.

2.2.4. Efecto positivo del *Common Law* en las economías anglófonas

Algunos tratadistas aseveran que el *Common Law* ha tenido un efecto directo favorable al desarrollo económico-comercial de sus sociedades: la dependencia en la opinión judicial ha robustecido los sistemas comerciales en Inglaterra y EE.UU., esto, gracias a que existe una Ley Común (*Common Law*) que puede brindar una guía precisa acerca, prácticamente, de todo tema; las partes (especialmente las comerciantes) pueden predecir si el curso de acción que se proponen será considerado legal o ilegal. Esta capacidad de predecir brinda más libertad para establecer y saber cuáles son las fronteras de la ley ⁸⁹.

Como contraste, en el sistema continental, por ejemplo, cuestiones finas de derecho deben predeterminarse siempre, cada vez que surgen, haciendo la consistencia y el poder de predicción algo difícil. Estas jurisdicciones, en las que no se hace énfasis en un cuerpo grande de precedentes, tienen menos directrices *a priori* y deben tener un más amplio margen de seguridad para las oportunidades sin explotar. El *Common Law* tiene en esto una profundidad y predictibilidad de las que no disponen los otros sistemas (*Civil Law*, p.ej.).

⁸⁸ Las decisiones más recientes y las decisiones de tribunales o legislaturas tienen más peso que las decisiones antiguas o decisiones de tribunales menores.

⁸⁹ Por ejemplo, muchos contratos mercantiles son más económicamente eficientes (permitiendo la generación de mayor riqueza) debido a que las partes pueden saber por anticipado que el arreglo propuesto, aunque esté en el borde de la línea, sigue siendo perfectamente legal. Periódicos, entidades sin fin de lucro y partidos políticos pueden obtener clara guía sobre los límites dentro de los cuales aplican los derechos a la libre expresión.

2.3. Facultades y limitaciones de los jueces

2.3.1. Breve explicación

Se ha argumentado que el *Common Law* es más maleable que la *Statutory Law* ⁹⁰, fenómeno causado por las especiales facultades y limitantes que en este particular sistema se fijan al quehacer de los jueces.

Las principales, entre otras:

Los jueces están ceñidos por el precedente (limitación). Existe la limitante para los tribunales de sujetarse a lo decidido por cortes anteriores.

Los jueces deben atender a la Statutory Law (limitación). Existe la limitante de no poder contradecir lo establecido por el derecho emanado del Parlamento.

Los jueces pueden desatender el stare decisis (facultad). Las cortes *Common Law* no están sujetas de forma absoluta al precedente, pueden, en aquellos casos excepcionales en que pueda probarse una buena razón, reinterpretar y revisar la ley, sin intervención legislativa, para adaptarla a nuevas tendencias en la filosofía política, social y/o del Derecho.

Los jueces pueden efectivizar permanentemente el Derecho positivo (facultad). Esto, porque el *Common Law* se desarrolla a través de una serie de pasos graduales, que paulatinamente logra un profundo grado de detalle; en un período relativamente corto, la ley puede cambiar sustancialmente sin saltos abruptos evitando, por tanto, efectos disruptivos ⁹¹.

⁹⁰ Wikipedia. **Common Law** (10/03/08).

⁹¹ Como contraste, el proceso legislativo es sumamente difícil de poner en marcha: las legislaturas no actúan sino cuando la situación llega a convertirse en intolerable. A causa de ello, los cambios legislativos tienden a ser de gran dimensión, discordantes y disruptivos (positiva o negativamente).

CAPÍTULO III

3. EL SISTEMA JURÍDICO CONTINENTAL O CIVIL LAW

El sistema jurídico continental o civilista, o como se ha denominado también romano-canónico, tiene su origen histórico en el Derecho romano; esta afirmación inductiva respecto del tema es útil, en virtud de que para comprender la naturaleza de las fuentes del sistema jurídico continental requiere previamente una descripción de las fuentes que sirvieron de base de información al sistema romano antiguo.

3.1. Fuentes en la monarquía romana

Como lo afirman Zárata, Martínez García y Ríos Ruiz: *“En la etapa de la monarquía se puede considerar que prevaleció una fuente del Derecho romano, que es la mores maiorum, la costumbre de los antepasados, aunque existió también un conjunto de leyes regias...en donde la característica principal fue la adoración, el respeto y el temor hacia los dioses.”*⁹²

Ese respeto por los dioses se confundía entre el derecho positivo de la época y precisamente los temores religiosos; este último principio, se ve desligado posteriormente, como se anota más adelante.

Un aspecto importante desarrollado dentro de esta etapa fue el de que, desde el año 464 a.C., el tribuno Terentino Arsa propuso el nombramiento de una comisión de diez legisladores, encargados de leyes para los romanos que le llevó a Grecia a consultar los vigentes allá. Llegaron a formular diez. Luego, ante su insuficiencia, en el año 450 a.C., se nombró una nueva comisión en la que tuvieron participación tres sacerdotes plebeyos, que permitió completar con dos más, un cuerpo normativo denominado Las Doce Tablas.

⁹² Zárata, José Humberto, Et. Al. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Americana Editores, México 1997, pág. 16.

3.2. Fuentes en la república romana

Conforme la citada obra *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, en dicha época: “*Aunadas a las fuentes anteriores se producen en la República la ley, el edicto de los magistrados y los plebiscitos*”⁹³, cuyas características se describen a continuación.

La ley se divide en *leyes datas* y *leyes rogatas*; en las primeras se investigan los derechos más avanzados de la época y se plasma, además, el contenido de la Ley de las Doce Tablas, incluidas normas de Derecho público, Derecho sacro y Derecho privado; mientras que las segundas eran normas emanadas de las asambleas del pueblo romano en los comicios.

El edicto de los magistrados consistió en el programa anual que debía observarse dentro de dicho período, obligatorio para todos los ciudadanos romanos.

Los plebiscitos, decisiones de la plebe que tenían fuerza de ley, al inicio únicamente para los plebeyos y luego a través de una modificación realizada por la *Lex Hortensia*, también fue aplicable a los ciudadanos romanos.

3.3. Fuentes en el Imperio o Diarquía romana

Como lo hacen ver Zárate, Martínez García y Ríos Ruiz: “*A las fuentes existentes se agregan los senadoconsultos, la jurisprudencia y las constituciones imperiales*”⁹⁴, que serán explicados a continuación.

Los senadoconsultos consistían en opiniones de jurisconsultos, que en realidad eran tomadas en cuenta por su prestigio, pero sin que existiese una vinculación legal a ellos; después, precisamente en esta etapa, adquirieron carácter de ley, y por lo regular, tenían el nombre de quien los emitía o el de la materia a la que hacían referencia.

La jurisprudencia, opiniones de los juristas designados por el emperador, que adquirieron obligatoriedad a través de la *ex*

⁹³ *Ibidem*, pág. 24.

⁹⁴ *Ibidem*, pág. 31.

auctoritas princeps, equiparable con la doctrina actual, en las legislaciones en las que pueda existir, reconociendo la misma como fuente de derecho.

Las constituciones imperiales, leyes emitidas por el emperador, posteriormente sustituidas por la *lex generalis*, o ley general emitida por el Senado.

3.4. Aporte de Justiniano a la tradición continental

Pese a que el emperador Justiniano no fue el único que se interesó en la formación de lo que actualmente denominamos sistema continental, su labor no puede dejarse de lado sin hacerse una especial mención de ello.

Justiniano, residente en Constantinopla, como lo manifiesta Merryman: “...consideraba decadente el derecho romano contemporáneo; trataba de rescatar el sistema legal romano de varios siglos de deterioro y devolverle su pureza y su grandeza de otros tiempos. Segundo era un codificador...”⁹⁵

El gran aporte de Justiniano consistió además en la confección de un código, precisamente el que después es llamado Código de Justiniano, en el cual, según su criterio, resolvía dudas o eliminaba lo que causaba dudas o lo que parecía oscuro o repetitivo, respecto del Derecho romano, y ordenó que ya no se hiciera referencia a la obra de los jurisconsultos.

Fue entonces esa codificación la que resultó sumamente relevante para la tradición continental que constituye quizás no la principal pero sí sustancial diferencia entre este y el del *Common Law*.

3.5. Evolución posterior del sistema continental

Posteriormente el Derecho romano continuó su desarrollo, ya estudiado en otras partes de Europa, principalmente en Bolonia y otras universidades del norte de Italia, en donde: “*El derecho estudiado era el Corpus Iuris Civilis, y el idioma común era el*

⁹⁵ Merryman, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano Canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pág. 26.

latín...En esta forma, el derecho civil romano y las obras de los glosadores y comentaristas se convirtieron en la base de un derecho común de Europa, el que ahora llaman el jus commune los historiadores del derecho.”⁹⁶

Por último, a través de la creación e influencia del Código de Napoleón, en el siglo XIX los principales estados de Europa Occidental adoptaron códigos civiles cuyo arquetipo son, precisamente, los tres primeros libros de las *institutas* de Justiniano.

3.6. Influencia del Derecho canónico en el sistema continental

El Derecho canónico también tuvo una influencia grande en el sistema continental; al referirse al mismo, Merryman lo hace de la manera siguiente: *“La Iglesia elaboró este cuerpo de derecho y procedimiento para su propio gobierno y para regular los derechos y obligaciones de sus fieles.”⁹⁷*

Este conjunto de normas influyó grandemente en la tradición mencionada, en virtud de la enorme injerencia que la Iglesia Católica ejerció en el gobierno.

El Derecho canónico se vinculaba directamente a la autoridad papal

3.7. Influencia de los usos y prácticas mercantiles en el sistema continental

Pese a ser considerado por muchos como una vertiente desprendida del Derecho Civil, el Derecho Mercantil, con sus prácticas mercantiles influyó también en el desarrollo del sistema continental.

Al referirse al mismo, Merryman manifiesta: *“Al revés de lo que ocurría con el derecho civil romano y con el derecho canónico, que eran librescos y estaban dominados por los académicos, el derecho mercantil era la creación pragmática de hombres prácticos ocupados en el comercio. La interpretación y aplicación del derecho mercantil se*

⁹⁶ *Ibidem*, pág. 30.

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 32.

realizaba en tribunales mercantiles donde los jueces eran comerciantes”.

3.8. Fuente del sistema continental

La fuente primordial del sistema continental es producto legislativo; es decir, que la ley o norma debe ser producida por un órgano legalmente facultado para ello, generalmente conforme a la norma suprema de ordenamientos jurídicos, o sea la Constitución.

Al referirse a la ley, De Otto lo hace en el sentido siguiente: *“Desde la Revolución francesa el término ley en su acepción técnica se reserva a las normas dictadas con arreglo a un determinado procedimiento por el órgano de representación popular”.*⁹⁸

Son entonces las normas jurídicas dictadas por el referido órgano las que tendrán fuerza para regular las conductas humanas en un territorio. Eso ocurre en el sistema continental; incluso se llega a rendir un culto supremo a la norma jurídica, pues en dichos sistemas única y exclusivamente la ley o la norma será fuente del derecho positivo, y, si existiere alguna otra, por ejemplo la costumbre, será porque la propia ley así lo autorice expresamente.

3.9. Funciones de los órganos estatales

Las funciones de los poderes estatales, en consecuencia, dependen de la fuente del ordenamiento jurídico, esto es, de la ley.

En el sistema continental, por lo regular, se adopta la forma de división de los poderes en tres: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y es útil mencionar a grandes rasgos la forma de su funcionamiento.

A. El Organismo Ejecutivo

Tiene como función primordial la prestación de servicios públicos, al tenor de las regulaciones que lo limitan en su función y le indican cuáles son las facultades que debe atribuirse, conforme a lo que la ley expresamente le autoriza; teniendo además, por lo regular tiene una facultad normativa reglamentaria o secundaria.

⁹⁸ De Otto, Ignacio, Derecho Constitucional. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1993, pág. 102.

B. El Organismo Legislativo

Este Organismo, en su función creadora de las normas, deberá también respetar la ley y atribuir a su producto (las normas jurídicas), sustento meramente legal, basado en normativa preexistente, respetando por regla general la Constitución como pináculo del ordenamiento jurídico.

C. El Organismo Judicial

De este organismo se hará un especial énfasis en las facultades de los jueces, pues conforme el sistema continental, presentan características distintas del sistema anglosajón.

Merryman hace una descripción de las características que adopta la figura del juez conforme el sistema de fuentes del derecho continental, contraponiéndolo al sistema anglosajón: *“...en el mundo del derecho civil, un juez es algo enteramente diferente. Es un servidor público, un funcionario. Aunque hay algunas variaciones importantes, el modelo general es el siguiente. Una carrera judicial es una de varias posibilidades abierta a un estudiante que se gradúa en una escuela universitaria de derecho. Poco después de su graduación, si quiere seguir una carrera judicial, toma un examen estatal para aspirantes a la judicatura y si tiene éxito será nombrado juez menor...Con el tiempo ascenderá a la judicatura...”*⁹⁹

Los cargos dentro del sistema continental, a diferencia del sistema anglosajón, no son vitalicios, y puede cesar la carrera judicial en cualquier momento, pues dicha inamovilidad no se encuentra regulada para protección y estabilidad en el cargo.

⁹⁹ Merryman, **Ob. Cit.**; págs. 73 y 74.

CAPÍTULO IV

4. ANÁLISIS Y COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS
ANGLOSAJÓN Y CONTINENTAL

Ambos sistemas jurídicos conllevan connotaciones muy especiales, y su aplicabilidad resulta ligada a la cultura jurídica de los países que adoptan y aplican uno u otro de estos sistemas, por lo que no extraña advertir que en el continente iberoamericano predomine el *Civil Law*, por sus orígenes e imposición hecha por los conquistadores, con excepciones muy contadas, tal el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde predomina el *Common Law*, a raíz de que los primeros habitantes de esa nación fueron colonizadores ingleses y adoptaron dicho sistema desde su independencia.

Es conveniente también hacer mención que otros países del continente americano hacen suyo el sistema *Common Law*, como lo son Canadá, Guyana Francesa y Belice.

A continuación, aparecen dos cuadros en los que están debidamente consignados y numerados, en las tablas numero 1 y 2, las diferencias y similitudes de los sistemas *Common Law* y Continental (*Civil Law*).

Tabla 1. DIFERENCIAS		
CATEGORÍA	COMMON LAW	CIVIL LAW
1. Formación profesional¹⁰⁰	■ El gremio tiene el papel determinante	● La universidad tiene el papel central
2. Fuente jurídica predominante	■ Jurisprudencia	● Legislación
3. Historia	■ El flujo histórico ha sido continuo	● Hubo fuerte ruptura histórica que determinó

¹⁰⁰ Weber, Max. Economía y Sociedad, capítulo: Sociología del Derecho.

		su desarrollo reciente (Revolución Francesa)
4. Esencia del sistema	■ Elaboración judicial (empírica)	● Modelo racionalista (constructo)
5. Movimiento lógico en la aplicación de la justicia	■ De lo concreto a lo abstracto (y luego, por la doctrina creada, de lo abstracto a lo concreto por analogía, <i>stare decisis</i>)	● De lo abstracto a lo concreto (subsunción)
6. Práctica judicial	■ Jueces deben promover el Derecho creando doctrina y encontrando principios (<i>Judge made-law</i>)	● Jueces tienen función limitada: implementar (y, en su caso, estandarizar la interpretación)
7. Designación judicial	■ Jueces son elegidos por movimiento político (además, fuerte influencia gremial)	● Jueces son funcionarios de carrera

Tabla 2. Coincidencias

CATEGORÍA	COMMON LAW	CIVIL LAW
1. Origen	Ambos sistemas son parte de la tradición jurídica occidental	
2. Época de desarrollo	En Ambos hay un hito en el periodo medieval que determinó su desarrollo posterior (glosadores, invasión normanda, respectivamente)	
3. Ámbito de aplicación	Parece seguro aseverar que, lo anterior ha contribuido en mucho para que sean los dos los sistemas preponderantes en el ámbito mundial.	
4. Integración	El actual modelo globalizador presiona a ambos sistemas hacia una integración (cada uno por su lado y hacia el encuentro de puntos de convergencia)	

A continuación se desarrollan los temas contenidos en el cuadro número 1, en cuanto a sus **diferencias:**

1. La formación profesional: en el sistema anglosajón, el gremio profesional ejerce influencia en cuanto a preparación y desarrollo de sus agremiados; consecuentemente en el desarrollo y ejercicio de su profesión, el asociado goza de mucha credibilidad; contrario sensu, en el sistema continental la Universidad es la formadora, la institución en donde se obtiene la preparación académica acerca del derecho positivo y su posterior interpretación y aplicación, dentro del papel que desempeñe en el ejercicio de su profesión.
2. Fuente jurídica predominante: en el *Common Law* la jurisprudencia es preponderante, habida cuenta que los precedentes aplican para cada uno de los casos presentes y futuros. Distinto sucede en el *Civil Law*, ya que en este sistema los jueces, al resolver los casos sometidos a su consideración, tendrán únicamente como instrumento para resolver, la ley.
3. Historia: en lo que concierne al sistema jurídico del *Common Law*, el antecedente histórico, no cesa; mantiene una continuidad desde sus inicios, la cual prevalece al día de hoy. Esto mismo no se puede decir del sistema continental, en el que un acontecimiento de extrema importancia, como lo fue la Revolución Francesa, propició su desarrollo por medio de la codificación.
4. Esencia del sistema: la elaboración judicial proviene de manera empírica en el sistema del *Common Law*, dado que en esencia, los jueces elaboran el sistema jurídico por medio de precedentes de sus antecesores. En el sistema continental la construcción del sistema deviene de manera racionalista, de una elaboración que constituye un proceso científico.
5. Movimiento lógico en la aplicación de la justicia: dentro del sistema del *Common Law*, la aplicación del precedente constituye lo concreto, y lo abstracto será el sometimiento del caso a resolver ante los jueces, presentando así una

característica especial de inversión, debido a que, por analogía los precedentes constituyen doctrina; en el sistema *Civil Law*, en la apreciación es necesario encuadrar el caso sometido a consideración a lo establecido en la legislación.

6. Práctica judicial: en el *Common Law* el juez tiene el deber de transmitir al sistema doctrinas y principios para su comprensión, con el compromiso de transmitirla a futuras generaciones. En el sistema continental su función es limitada y restringida, porque cada una de sus actuaciones e interpretaciones deberá darse con estricto apego a lo contenido en la norma vigente.
7. Designación judicial: afirmando lo establecido en el numeral 1, en el sistema del *Common Law* el gremio profesional ejerce gran influencia al momento de designar jueces para las distintas magistraturas de los estados, porque el aval o propuesta del gremio es fundamental para el otorgamiento de judicaturas; en el sistema del *Civil Law* a los jueces se les da la categoría de funcionarios, para lo cual existe una serie de procedimientos previos para optar a los distintos puestos en calidad de jueces. En Guatemala, por ejemplo, existe la Ley de la Carrera Judicial, que norma el proceso para la designación de titulares de tribunales.

Desarrollo de la tabla 2, en lo que concierne a **criterios de coincidencia** en los sistemas de *Common Law* y *Civil Law*:

1. Origen: los sistemas en análisis, implantados en varios estados de los continentes existentes tienen en común que provienen del continente europeo; por un lado el *Common Law*, gestado en Inglaterra, en tanto que el *Civil Law*, su momento cumbre y posterior desarrollo, se concibe en Francia, luego de ocurrida la Revolución Francesa.
2. Época de desarrollo: en la época del medioevo coincidió el desarrollo de los dos sistemas. Por un lado el *Common Law* se implanta con la invasión de los normandos a Inglaterra. Por la misma época el *Civil Law*, fue producto del movimiento de la Revolución Francesa.

3. **Ámbito de aplicación:** ambos sistemas, en el mundo actual, predominan en países de los cinco continentes.
4. **Integración:** aun cuando cada país tiene plenamente identificado el sistema que ha adoptado, ambos coinciden en que el fenómeno globalizador tiende a vulnerarlos, lo que puede hacer posible la integración y coexistencia de ambos sistemas en un mismo estado.

CAPÍTULO V

5. INFLUENCIA DEL CIVIL LAW EN EL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO

Para desarrollar el tema de la influencia del *Civil Law* en el sistema jurídico guatemalteco se tratan dos aspectos: primero, la influencia derivada de la formación histórica del Derecho en España; el segundo conlleva apreciar su aplicación en el nuestro.

5.1. Aspectos de la formación histórica del Civil Law en España

Ha expresado el profesor Puig Peña, que “En la evolución histórica del Derecho español podemos distinguir las siguientes etapas: 1. Etapa antigua; 2. Colonización romana; 3. Época visigótica; 4. Fase histórica de la reconquista; 5ª Etapa. El período de las compilaciones; 6ª. Fase; 7ª. La gran época de la Codificación”.¹⁰¹

La etapa de la reconquista fue en la cual se produjo el fenómeno de la legislación foral, propio de regiones que acogieron normas o costumbres de carácter moral; o, como dice un autor respecto a la legislación foral española, “consideramos en sentido amplio, como tal materia, a los cuadernos de leyes o disposiciones dadas a los pueblos por reyes o por señores, por extensión a las colecciones de leyes de carácter general, o bien a privilegios o preeminencias legisladas en favor de alguna clase social para ser regida o juzgada por leyes y tribunales especiales: de donde los temas a tratar pueden dividirse en tres: 1. Fueros municipales. 2. Fueros generales. 3. Fueros Nobiliarios. Sobresaliendo como cuadernos de mayor importancia, el Fuero de León, los Fueros de Nájera y Sepúlveda, el Fuero de Toledo, el Fuero de Logroño, el Fuero de Sahún, el Fuero de Alcalá de Henares, el Fuero de Cuenca, los Fueros de Cáceres, los Fueros Generales, los Fueros de los Fijosdalgo, el Fuero Viejo de Castilla.”¹⁰²

Con tal diversidad de legislación de aquella época en España, ocurre el descubrimiento y colonización de América, al percatarse de que

¹⁰¹ Puig Peña, Federico, Compendio de Derecho Civil Español, Tomo I Parte General, Tercera ed.; Ed. Pirámide. S.A. Madrid. 1976, pág. 26.

¹⁰² Díaz Vasconcelos, Luis Antonio, España en España y España en Indias, Tipografía Nacional de Guatemala, 1978, pág. 86.

carecía de una legislación concreta para aplicarla a sus conquistados. Pero es de considerar que “el profundo sentido religioso, particularidad geográfica, el parcialismo sectario, la tendencia asimiladora, la prepotencia soberana, característicos rasgos distintivos de la norma peninsular, tienen que ser transportados e importados con el descubridor, con el conquistador y con el colonizador de estas tierras.”¹⁰³

A pesar de la diversidad considerada, es menester resaltar que “el primer contacto de tipo jurídico que el Estado español tiene con sus nuevos dominios en formación en las Indias, es la Capitulación, mediante el cual el funcionario denominado Adelantado, aunque representa los intereses de los financistas de la empresa siempre ejercita parte de la soberanía del Monarca, cedida en aquel documento”¹⁰⁴.

Posterior y paulatinamente se crea el Derecho indiano. “El descubrimiento y conquista de las Indias no es un suceso de momento. Se realiza lenta y paulatinamente, por décadas, y la fase posterior de la colonización se efectúa por siglos. No obstante que el elemento castellano es preponderante en toda aquella vasta empresa, se realizan actos y llegan a estas tierras intereses de las otras secciones que comprendía la soberanía de España. Las relaciones entre la Metrópoli y sus territorios indianos, y la conducta propia del descubridor, conquistador y colonizador, en su desenvolvimiento en el tiempo y en el espacio, no es de un momento, sino que se desarrolla lenta y espaciosamente”¹⁰⁵.

5.2. El Derecho indiano

El Derecho indiano, “*se refiere exclusivamente al derecho que se aplicó en las tierras conquistadas por España y repartidas por el papa Alejandro VI, en la Bula Inter Caetera, refiriéndose a toda Latinoamérica y el norte de Estados Unidos. En principio, el derecho español castellano no tuvo ninguna competencia con el derecho local, por lo que fue el que se aplicó en las Indias, en primera instancia, en este caso la Novísima Recopilación, que contenía la nueva recopilación, y ésta a su vez, las leyes del Toro y la Ordenanza de Alcalá. Aunado a ello persistió el derecho real, como las cédulas reales y leyes reales, sin soslayar las capitulaciones. Con todo este*

¹⁰³ *Ibíd*em, pág. 117.

¹⁰⁴ *Ibíd*em, pág. 121.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, pág. 122.

*cúmulo de leyes fue necesario crear un Consejo de Indias, pero se encontraba muy lejos del mundo descubierto, por lo que las autoridades impuestas por la Corona empezaron a legislar puesto que estaban cerca de los problemas de las Indias*¹⁰⁶.

5.3. Período federal

El Derecho indiano rigió en varias materias desde la independencia de las provincias de Centroamérica; en Guatemala, fue la orden legislativa del 22 de marzo de 1830 la que declaró la falta de vigencia de las leyes de indias¹⁰⁷, pese a que, en el Período Federal la “Asamblea Nacional Constituyente promulgó, el 22 de noviembre de 1824 la Constitución”¹⁰⁸ en la República Federal de Centroamérica

No obstante que la misma fue influida por la Constitución de los Estados Unidos en el sistema judicial hubo inclinación por el *Civil Law*.

5.4. El Estado de Guatemala

Desde que Guatemala se independiza de aquella federación, el *Civil Law* será el sistema dominante, mantenido hasta el presente.

5.5. La ley como fuente del Derecho

René David¹⁰⁹ afirma: “*La familia romano-germánica (estima) que la mejor forma de hallar las soluciones justas que impone el Derecho, es que los juristas operen a partir de las disposiciones legales*”¹¹⁰ percepción aplicable en nuestro caso, dado que los artículos 203 y 154 establecen la sujeción tanto al texto constitucional como al legal en la administración de justicia.

¹⁰⁶ Martínez García, Ponciano Octavio, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, McGraw-Hill Interamericana editores, S.A. de C.V. México, 1997, pág. 61.

¹⁰⁷ Recopilación de leyes de Pineda de Mont, Tomo I, pág. 240.

¹⁰⁸ Maldonado Aguirre, Alejandro, *Las Constituciones de Guatemala*, Primera ed.; Ed. Piedra Santa. Guatemala, 1984, pág. 15.

¹⁰⁹ David, René en el libro: *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Ed.; Española. Aguilar. s a de ediciones 1968, Juan bravo 38 Madrid, Primera edición-primer reimpresión-1973, pág. 80 refiere: La propia teoría reconoce hoy que la soberanía absoluta de la ley es, en los países de la familia romano-germánica, una ficción y que, junto a la ley, cabe hablar de otras fuentes muy importantes del Derecho.

¹¹⁰ *Ibíd*em, pág. 84

5.6. La interpretación de las leyes

Es también facultad de los jueces determinar el sentido de las normas emitidas por el legislador, cuyo valor práctico depende de la forma en que es aplicada. “La aplicación de la ley –agrega David– supone el proceso de interpretación, cuya importancia ha sido subrayada en nuestro tiempo por la doctrina”¹¹¹. Para ello se establecen métodos, tal cual ocurre en nuestro caso, como se desprende del mandato del artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial que indica que las normas se interpretan conforme a su texto, su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales indicando que cuando una ley es clara no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

La interpretación de las leyes hecha por la Corte Suprema de Justicia en fallos de casación da lugar a la formación de jurisprudencia, que toma el calificativo de doctrina, que deviene de su aplicación obligada por los tribunales inferiores.

¹¹¹ *Ibídem*, pág. 91.

CONCLUSIONES

1. Los sistemas jurídicos en estudio –*Common Law y Civil Law*- se manifiestan según sea la fuente de Derecho predominante.
2. Las fuentes principales son la legislación y la jurisprudencia, aunque no se prescinde de la costumbre, la doctrina y los principios generales del Derecho.
3. Característica del *Common Law* es que, al desarrollarse paulatinamente, logra un grado profundo de detalle, sin cambios abruptos, lo cual contribuye de forma importante a la certeza jurídica y a evitar efectos disruptivos.
4. La fuente primordial del sistema *Civil Law* o continental es la ley.
5. El sistema jurídico guatemalteco se incluye dentro de la familia del *Civil Law*.
6. En Guatemala, donde predomina la ley como fuente principal, esta permite un alto grado de certeza en su aplicación, precisamente por el proceso formal de su creación.
7. La doctrina legal, por su parte, no ha sido objeto de sistematización para que pueda ser conocida y aplicada por los jueces.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho**, 2^a. ed.; Ed. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1997.
- DAVID, René. **Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos**. (traducción de la 2^a. edición francesa por Pedro Bravo Gala), Ed. Aguilar, España, 1973.
- DE OTTO, Ignacio, **Derecho Constitucional**. Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1993.
- DÍAZ VASCONCELOS, Luis Antonio, **España en España y España en Indias**, Tipografía Nacional de Guatemala. 1978.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, **Introducción al Estudio del Derecho**, 38^a. edición, Ed. Porrúa, México, 1986.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Lógica del Raciocinio Jurídico**. Distribuciones Fontamara, S.A, México, 1994.
- GUARNIERI, Carlo y Patrizia PEDERZOLI. **Los Jueces y La Política, Poder Judicial y Democracia**. traducción de Miguel Angel Ruiz de Azua, Ed. Taurus, España, 1999.
- KAPLANIAN, Maurice. **ALHAJA Árabe-Español, Español-Árabe**; Líbano: دار ابن زيدون , s.f.,.
- LOSANO Mario G, **Los Grandes Sistemas Jurídicos**, Editorial Debate, S.A. Madrid. 1993.
- MALDONADO AGUIRRE, Alejandro, **Las Constituciones de Guatemala**. Primera ed.;, Ed. Piedra Santa, Guatemala, 1984.

- MARGADANT, Guillermo Floris, **Introducción a la Historia del Derecho Mexicano**, 7ª. ed.; Ed. Esfinge, México, 1986.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Ponciano Octavio, **Sistemas Jurídicos Contemporáneos**. McGraw-Hill Interamericana editores, S.A. de C.V. México, 1997.
- MERRYMAN, John Henry, **La Tradición Jurídica Romano Canónica**, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- OSSORIO, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**, Ed. Heliasta, Argentina, 1981.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de Derecho Civil Español**, Tomo I Parte General, Tercera Edición, Ediciones Pirámide, S.A. Madrid. 1976.
- SÁENZ JUÁREZ, Luis Felipe, **Inconstitucionalidad de Leyes en Casos Concretos en Guatemala**, Serviprensa, S.A., Guatemala, 2004.
- VALENZUELA O. Wilfredo, **El Nuevo Proceso Penal**, Colección fundamentos, Editorial Oscar de León Palacios, Guatemala 2003.
- ZÁRATE, José Humberto, Martínez García, Ponciano Octavio, Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, en el libro **Sistemas Jurídicos Contemporáneos**, McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V. México, 1997.
- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, **Digesto Constitucional**, Ed. Serviprensa, S.A. Guatemala, 2005.

LEYES Y RESOLUCIONES:

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad.
- Ley del Organismo Judicial.
- Ley Orgánica del Organismo Legislativo.

- Ley Orgánica del Organismo Ejecutivo.
- Expediente No. 1096-99, sentencia del 14-3-2000. Corte de Constitucionalidad.
- Expediente No. 144-2000, sentencia del 14-3-2000. Corte de Constitucionalidad.
- Expediente No. 340-2001, sentencia del 24-10-2001. Corte de Constitucionalidad.
- Gaceta no. 39 expediente no. 867-95, página no. 35 sentencia del 22-02-96. De la Corte de Constitucionalidad.
- Gaceta No. 44, expediente No. 1551-96, página No. 118, sentencia del 25-06-97. Corte de Constitucionalidad.

TEMA II

**LA JURISPRUDENCIA EN LAS
FAMILIAS JURÍDICAS
CONTEMPORÁNEAS**

—Aproximación al análisis de la jurisprudencia en Guatemala—

TEMA II

**LA JURISPRUDENCIA EN LAS
FAMILIAS JURÍDICAS
CONTEMPORÁNEAS**

—Aproximación al análisis de la jurisprudencia en Guatemala—

Doctorandos:

Félix Eduardo Barrios López

Alberto Pereira-Orozco

Luis Felipe Sáenz Mérida

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN071

CAPÍTULO I

1. ASPECTOS GENERALES

Autores: Félix Eduardo Barrios López,

Alberto Pereira-Orozco y Luis Felipe Sáenz Mérida

1.1. Las familias jurídicas del *civil law* y del *common law*.....075
1.2. Fuentes del Derecho.....078
1.3. Jurisprudencia.....079
1.4. Jurisprudencia conceptual y de intereses081
 1.4.1. Jurisprudencia de conceptos081
 1.4.2. Jurisprudencia de intereses.....083
1.5. El precedente085
1.6. Derecho comparado.....086
1.7. Sistemas jurídicos087

CAPÍTULO II

2. LA JURISPRUDENCIA EN LA FAMILIA DEL DERECHO CIVIL O CIVIL LAW

Autor: Félix Eduardo Barrios López

2.1. Las fuentes del Derecho dentro de la familia *civil law*089
2.2. Características del *civil law*090
2.3. La jurisprudencia dentro de la familia del *civil law*090
 2.3.1. Criterios para valorar la jurisprudencia dentro del
 civil law091

2.3.2. La importancia de la jurisprudencia en el ejercicio de la función jurisdiccional dentro del <i>civil law</i>	092
2.3.3. Alcances de la jurisprudencia dentro del <i>civil law</i>	094
2.3.4. Las recopilaciones jurisprudenciales dentro del <i>civil law</i>	096
2.3.5. La uniformidad de la jurisprudencia dentro del <i>civil law</i>	097

CAPÍTULO III

3. LA JURISPRUDENCIA EN LA FAMILIA DEL DERECHO COMÚN O COMMON LAW

Autor: Alberto Pereira-Orozco

3.1. Generalidades	099
3.2. Qué entendemos por <i>common law</i>	099
3.3. El precedente en el <i>common law</i>	101
3.3.1. El precedente en el sistema inglés.....	103
3.3.2. El precedente en el Derecho de los Estados Unidos de América	107
3.4. Características de la tradición del <i>common law</i>	112
3.5. La trascendencia de la publicación de los precedentes en los sistemas de la familia del <i>common law</i>	113

CAPÍTULO IV

4. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN GUATEMALA

Autor: Luis Felipe Sáenz Mérida

4.1. Perspectiva constitucional	115
4.2. Perspectiva legislativa.....	119

CONCLUSIONES	125
BIBLIOGRAFÍA	127

INTRODUCCIÓN

En los días que corren es evidente que la función jurisdiccional, la de dirimir conflictos y promover la paz social, la de proveer seguridad, cuestión última *ratio* en sí misma de la organización del Estado, no puede ser reducida, sin equivocarse gravemente, a la pura aplicación de la ley, como lo pretendiera Montesquieu en su *Espíritu de las leyes* de 1750: (...) «*Pero si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fuera una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos en ella.*»¹¹². Esta malograda idea parece haber cuajado en la Asamblea Nacional francesa de 1789, en la que se alzaron, entre otras voces, las de Bregase, Duport, Cazalès y Duguit, reiterando que la actividad de los jueces debía ser la de simples aplicadores de la letra de la ley; esto es, administradores de lógica formal, que permite ir de lo general a lo particular, de la norma jurídica general —abstracta—, carente de contenido, a su aplicación al caso concreto¹¹³. Robespierre, cuando se discutía en la Asamblea lo concerniente a la casación, llegó a decir que la palabra jurisprudencia debía ser borrada de su idioma, el francés¹¹⁴.

¹¹² Montesquieu, Charles-Louis de Secondat Barón de, **Del espíritu de las leyes**, Traducción Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Colección grandes obras del pensamiento, No. 10, Barcelona, Ed. Altaya, 1993, págs. 116 y 117.

¹¹³ Cf. Schreier, Fritz, **Conceptos y formas fundamentales del Derecho. —Esbozo de una teoría formal del Derecho y del Estado sobre base fenomenológica—**, Traducción Eduardo García Máynez. México, Ed. Nacional, 1975, pág. 126.

Cf. Klug, Ulrich, **Lógica jurídica**, 2a. reimpresión; Traducción J.C. Gardella, Bogotá, Ed. Temis, 2004, pág. 8.

¹¹⁴ Carré de Malberg, Raymond, **Teoría General del Estado**, 2a. reimpresión de la 2a. ed.; Traducción de José Lión Depetre, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2001, pág. 663.

Por fortuna, aquellas limitadas ideas duraron poco, hasta que Napoleón, en su célebre y aún vigente Código Civil de 1804, advirtió a los jueces que podían ser reos de denegación de justicia, si pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, dejaban de cumplir su función jurisdiccional. Así parece nacer, al menos en la familia jurídica del *civil law*, la potestad de creación de derecho a través de las decisiones de los jueces pero, eso sí, sin gozar de mayor uniformidad. En la familia jurídica del *common law* ocurre otra situación, pues se sabe que los jueces ingleses, desde antaño, no sólo resolvían los casos sometidos a su conocimiento, con base en la costumbre, más que en reglas escritas, sino que sus decisiones también se incorporaban a esa misma costumbre, con lo cual los demás jueces, y la población en general, tenían la certeza de saber cómo se resolverían casos futuros semejantes: difícilmente pueda encontrarse una mejor manera de dotar de seguridad a un sistema jurídico.

La familia del *civil law*, en algunos de sus distintos sistemas jurídicos, ha ido incorporando como propia la jurisprudencia, el precedente, cuya naturaleza la hace merecedora de ser calificada como derecho fundamental. Desde luego que es un medio eficaz para evitar la discrecionalidad arbitraria del ejercicio de la función jurisdiccional.

Guatemala, cuyo sistema jurídico se adscribe a la familia del *civil law*, admite la jurisprudencia como medio de producción jurídica; sin embargo, su realidad práctica dista mucho de ser límite efectivo del ejercicio del poder de juzgar; su aplicabilidad es más bien teórica: tanto la Corte de Constitucionalidad como la Corte Suprema de Justicia, cada una con sus tintes particulares, producen jurisprudencia, la cual es desconocida por los jueces de la jurisdicción ordinaria, especialmente porque las Cortes han omitido su sistematización y divulgación, que debería incluir el conocer su uniformidad temporal, e incluso qué magistrados y en qué número votaron, al decidir, de determinada manera. Esta omisión permite que muchos fallos judiciales contravengan abiertamente los precedentes, que están obligados a observar a cabalidad, revistiéndolos de la arbitrariedad que los precedentes deben tender a evitar. Ciertamente es que la sujeción al precedente puede y debe estar sujeta a su pertinencia, que solo el propio juez de los autos está en capacidad de determinar, pero para actuar de tal manera, primero los debe conocer apropiadamente. La inobservancia de los precedentes,

sin atención a razones, provoca inseguridad jurídica; esto es: violación constitucional por impedimento del cumplimiento de los fines de la organización del Estado, y por obstaculizar el acceso efectivo a la justicia.

Conforme a lo enunciado, en esta investigación se entra a conocer la función que desempeña la jurisprudencia dentro de las familias del *civil law* y el *common law*, y la manera en que es desarrollada por el ordenamiento jurídico guatemalteco y su incidencia en la actividad jurisdiccional. Para ello se destinó el primer capítulo a establecer los alcances de los términos *sistemas jurídicos* y *familias o tradiciones jurídicas*, evidenciándose la idoneidad de este último para agrupar a los primeros. En este mismo capítulo se delimitan los conceptos de *fuentes del Derecho*, *jurisprudencia*, *precedente*, *Derecho comparado*, y *sistemas jurídicos*, ya que del entendimiento de sus alcances dependerá, en buena manera, la adecuada comprensión del contenido medular de la investigación.

El estudio de la jurisprudencia en la familia del *civil law* es el que da contenido al capítulo segundo. En el mismo se conocen aspectos relativos a las características de esta familia, haciendo especial énfasis en la jurisprudencia. Dentro de esta última se detallan los criterios para su valoración, su importancia y alcances, así como otros temas concurrentes a la misma.

El contenido del capítulo tercero guarda la misma estructura que el segundo, solamente que el estudio, en este caso, tiene como eje a los sistemas jurídicos de la familia del *common law*, particularmente el sistema inglés y el estadounidense. Dentro del desarrollo de su contenido se van determinando las diferencias que se pueden establecer con los sistemas agrupados en la familia del *civil law*, particularmente referidas al papel que desempeña la jurisprudencia, que para estos sistemas es denominada como *precedente jurisprudencial*.

En el capítulo cuarto se realiza, como su título lo anuncia, un análisis de las funciones que son atribuidas a la jurisprudencia —doctrina legal— en el contexto del sistema jurídico y judicial guatemalteco. Su contenido, que consiste en el aporte puntual de la investigación a la función y crítica de la jurisprudencia en nuestro sistema, logra traer al centro de discusión el incumplimiento de las funciones asignadas a los más altos tribunales guatemaltecos en

cuanto a la publicación de la jurisprudencia de ellos emanada, lo cual lleva aparejada, como consecuencia inevitable, la imposibilidad práctica de conocer cuál es la doctrina legal que estos tribunales han establecido.

CAPÍTULO I

1. ASPECTOS GENERALES

Autores: Félix Eduardo Barrios López,
Alberto Pereira-Orozco y Luis Felipe Sáenz Mérida

1.1. Las familias jurídicas del *civil law* y del *common law*

De las familias jurídicas que han imperado en Occidente, la del *civil law* es la más antigua y difundida. Esta tradición es la dominante en la mayor parte de Europa occidental, toda América Latina y partes de Asia y África. Por poseer mayor data, se ha insistido en que la familia del derecho civil ha evolucionado y sido perfeccionada de mejor manera que las familias del *common law* y la socialista¹¹⁵. Sin embargo, la cuestión de la superioridad de una familia* respecto de otra ha sido abandonada por los juristas del

¹¹⁵ «La familia neorromanista la integran los países cuya ciencia jurídica se ha elaborado sobre los fundamentos del Derecho romano y de la tradición germánica, los cuales se fusionaron en el occidente de Europa a partir del siglo V. // La fecha que por común se cita para señalar el inicio de la formación del 'common law' es el año 1066, cuando los normandos conquistaron Inglaterra. // El sistema socialista soviético se implantó en Rusia a raíz de la revolución bolchevique de 1917.» Sirvent Gutiérrez, Consuelo, **Sistemas jurídicos contemporáneos**, 10a. ed.; México, Ed. Porrúa, 2007, págs. 8 y 9.

* En lo que refiere a la preferencia del término *familia* por el de *sistema*, diferentes autores han llamado la atención indicando:

«Antes de seguir adelante, creemos conveniente indicar el equívoco que puede sugerir el empleo de la expresión (profusamente utilizada) de sistema jurídico (del 'civil law' o del 'common law'), en lugar de, por ejemplo, tradición jurídica ('legal tradition') o familias jurídicas. La expresión 'sistema jurídico' (en el sentido que nos ocupa) indica un conjunto de instituciones jurídicas, procedimientos y normas. Así por ejemplo, Francia, Alemania y España tienen sus propios sistemas jurídicos con instituciones, normas jurídicas, etc., diferenciados; y lo mismo ocurre con los diferentes países del 'common law'.» Iturralde Sesma, Victoria, **El precedente en el common law**, Madrid, España, Ed. Civitas, 1995, pág. 14.

«Se quiere distinguir así entre dos ideas muy diferentes. Un sistema legal, tal como se usa aquí el término, es un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales. // En ese sentido, no existe nada que pueda llamarse el sistema del derecho civil, el sistema del derecho común o el sistema del derecho socialista. Existen muchos sistemas legales diferentes dentro de cada uno de estos tres grupos o familias de sistemas legales. // Como lo implica el término, una tradición legal no es un conjunto de

Derecho comparado por estimar que carece de importancia ya que lo que se busca es conocer la manera en que ha evolucionado cada tradición jurídica, sus instituciones, sus fuentes, etc.¹¹⁶

Esa evolución, a la que se ha hecho referencia, ha permitido determinar cuáles son los caracteres de los sistemas jurídicos estatales que a su vez son una variante que guarda elementos comunes al grupo o familia jurídica del que ha evolucionado: para este caso las familias del *civil law*¹¹⁷ o del *common law*.

Todo ordenamiento jurídico, para ser considerado como tal, debe poseer tres características básicas: unidad normativa,

*reglas de derecho acerca de los contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido, un reflejo de esa tradición. Es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho dentro de la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural.» Merryman, John Henry, **La tradición jurídica romanocanónica**, 3a. reimpresión; traducción de Eduardo Suárez. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1997, págs. 15 y 17.*

«Se llaman generalmente ‘sistemas de Derecho’ aquellos tipos a los que resulta posible reducir los Derechos existentes, pero no nos parece acertada dicha expresión, porque ‘sistema de Derecho’ es la expresión que nos sirve, al margen de toda comparación, para designar el conjunto de ramas que, en un país dado, se combinan para formar el Derecho nacional. Una nomenclatura menos empleada, pero más adecuada a nuestro juicio, es la de ‘familias jurídicas’.» David, René, **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**, 2a. ed.; traducción de Pedro Bravo Gala, España: Ed. Aguilar, 1973, págs. 10 y 11.

«La palabra familia resulta la más indicada para nuestros propósitos. En efecto, los miembros de una familia se vinculan entre sí por cuanto todos ellos descienden de los mismos antecesores. Igual ocurre con los sistemas jurídicos, de los que no hay dos iguales, aunque esto no constituye un obstáculo para agruparlos en familias considerando sus semejanzas y sus características en común. // Una familia jurídica es, por tanto, un conjunto de sistemas jurídicos que comparten determinadas características.» Sirvent Gutiérrez, **Ob. Cit.**; pág. 6.

¹¹⁶ Cf. Merryman, **Ob. Cit.**; pág. 19.

¹¹⁷ A esta familia también se le denomina «*Familia romano-germánica*», «*familia neorromanista*» o «*Tradición jurídica romanocanónica*». En realidad el «*civil law*» o «*Sistema continental*» resulta ser la suma de varias subtradiciones distintas y con orígenes separados. Cf. David, **Ob. Cit.**; pág. 21; y, Merryman, **Ob. Cit.**; pág. 25.

sistematicidad jurídica y completud o plenitud jurídica.¹¹⁸ Es dentro de la tercera característica donde encontramos el tema de las fuentes del sistema jurídico y, contenido en estas últimas, el tema de la jurisprudencia, objeto central de este ensayo,

«[...] la plenitud del ordenamiento jurídico puede ser entendida de dos maneras: como una plenitud absoluta, si el ordenamiento contiene normas para resolver todos los problemas que se susciten en su seno, o como una plenitud relativa o de segundo grado, si no dispone de un número suficiente de normas, pero sí de medios de integración jurídica –analogía, equidad, principios generales del Derecho, etc.– con los que solucionar toda clase de conflictos de Derecho.»¹¹⁹

«La tercera gran característica que permite hablar de una noción ordenada del sistema jurídico es su condición de ordenamiento pleno. Este ordenamiento asegura en el Derecho moderno la articulación de un conjunto de fuentes que delimiten el contorno de un sistema completo y acabado. A través de los procedimientos que el propio sistema establece y las competencias conferidas a los jueces y tribunales para resolver los casos que se enfrentan a indefiniciones, ambigüedades y ausencia de normas aplicables se pretende encontrar criterios que reduzcan y colmen las lagunas jurídicas.»¹²⁰

Para el caso de las familias del *civil law* y del *common law* su plenitud es relativa y, en razón de ello, se establece un orden de prelación de fuentes para la resolución de controversias en las que exista insuficiencia de la normativa. Dicha prelación comienza con la ley y suele concluir con la equidad. Siendo que el *dogma de la plenitud jurídica* establece que se ha previsto una solución para todos los casos, la cual se puede buscar por medio de procedimientos de heterointegración o autointegración: en el primero el sistema se completa recurriendo a fuentes que el propio sistema no contempla; en el segundo se acude a procedimientos internos para solventar los problemas que presentan las lagunas.

¹¹⁸ Cf. Soriano, Ramón, **Compendio de teoría general del Derecho**, 2a. ed.; Barcelona, España, Ed. Ariel, 1993, pág. 130; y, Peces-Barba, Gregorio, *et. al.*, **Curso de teoría del Derecho**, 2a. ed.; España, Ed. Marcial Pons, 2000, pág. 185.

¹¹⁹ Soriano, **Ob. Cit.**; pág. 142.

¹²⁰ Peces-Barba, **Ob. Cit.**; pág. 196.

«Así, la interpretación extensiva de la ley como fuente más importante y la evolución del papel de la jurisprudencia hasta convertirse de facto en una segunda gran fuente de creación del Derecho, permite redefinir el marco de los procedimientos de autointegración del propio sistema.»¹²¹

Entonces, un ordenamiento será pleno si dispone de un orden claro y vinculante de fuentes de Derecho y si sus jueces están obligados a resolver conforme a dicho orden de fuentes y a los objetivos de integración jurídica; en ese entendido, se procederá a conocer el papel de la jurisprudencia como fuente del ordenamiento jurídico y su incidencia en la resolución de conflictos en los sistemas pertenecientes a las familias del *civil law* y del *common law*.

1.2. Fuentes del Derecho

Al indagar respecto del término *fuentes del Derecho* resultan ya clásicas las palabras de Claude Du Pasquier, quien indica: «El término fuente crea una metáfora bastante feliz, 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.»¹²²

En lo que se refiere a la clasificación de las fuentes del Derecho, es común distinguir dos tipos de estas: las fuentes materiales y las fuentes formales. Las primeras son en realidad ajenas al Derecho: constituyen su antecedente lógico y natural, prefiguran su contenido, y encierran en potencia las soluciones que han de adoptar las normas jurídicas.

Las segundas, en cambio, «[...] son ya la manifestación exterior de una voluntad dispuesta a crear el Derecho, a dar nacimiento a una nueva norma jurídica. Esta proviene de un acto humano, individual o colectivo, que le da origen, y la hace surgir a la realidad; pero como

¹²¹ *Ibíd.*, pág. 198.

¹²² Citado por García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 45a. ed.; México, Ed. Porrúa, 1993, pág. 52.

voluntad del hombre utiliza necesariamente una forma para manifestarse (ley, costumbre, sentencia, etc.), es esta forma la que se llama fuente del Derecho, la cual no es otra cosa que el medio de exteriorización de la voluntad creadora del orden jurídico.»¹²³

Mouchet y Zorraquín Becú, al entrar a conocer las fuentes formales, se detienen para realizar una observación por demás importante: *«Conviene no confundir la fuente formal que da origen al Derecho, con la norma creada por ella. La fuente es el medio de producción, la norma el resultado. La primera se refiere a la forma que se utiliza; la segunda, al contenido. Lo que interesa fundamentalmente en la norma jurídica es el precepto que al ser aplicado impone deberes, acuerda derechos o establece sanciones. Pero a veces se confunden ambas ideas, y se afirma que las leyes, las sentencias o las costumbres son normas jurídicas. En realidad, se trata de una expresión abusiva, pues las fuentes formales no son normas, sino que las contienen, o las traducen al lenguaje para su conocimiento y aplicación.»¹²⁴*

1.3. Jurisprudencia

Ordinariamente se define a la jurisprudencia como el criterio que emerge respecto de un problema jurídico que es establecido por una pluralidad de sentencias concordes o contestes¹²⁵. La exigencia de esta «pluralidad» de sentencias concordes varía según cada ordenamiento estatal, y es común que se exijan dos o tres sentencias para que se considere que se ha creado doctrina por parte del Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo. Para su establecimiento se requiere, además de la cantidad de fallos, que la doctrina que emerge como jurisprudencia se haya utilizado como razón básica para adoptar la decisión y la identidad entre los casos decididos por las sentencias.

¹²³ Mouchet, Carlos y Ricardo Zorraquín Becú, **Introducción al Derecho**, 20a. ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 2000, pág. 177.

¹²⁴ *Ibíd.*, págs. 177 y 178.

¹²⁵ Cf. Villa-Real Molina, Ricardo y Miguel Ángel Del Arco Torres, **Diccionario de términos jurídicos**, 2a. ed.; Granada, España, Ed. Comares, 2006, pág. 290.

«La sentencia, por lo general, se limita a aplicar la ley o la costumbre. En otros casos es preciso interpretarlas o suplir sus vacíos [...]. Pero siempre constituye una función eminentemente intelectual, pues consiste en aplicar una norma jurídica a un caso concreto, decidir si el caso encuadra dentro de las prescripciones de la norma y buscar la solución ajustada al Derecho. En el ejercicio de esta función los tribunales van perfilando el Derecho, definiendo su contenido, precisando el alcance de las normas, complementándolas, si existen lagunas y, en definitiva, mejorando el derecho vigente merced a una labor de constante afinamiento.»¹²⁶

Dicho *afinamiento* resulta más fructífero y efectivo en los sistemas de la familia del *common law*. En cambio, en los sistemas de la familia del *civil law* se limitan mucho más los poderes judiciales. El desarrollo alcanzado por el Derecho escrito ha conducido a restringir las antiguas facultades de los jueces, reducido hoy a aplicar rigidamente la ley o la costumbre, en cuanto ésta es admitida como fuente de Derecho. «También debe recordarse que el auge de la teoría de la separación de los poderes contribuyó a privar a los tribunales de toda función creadora del Derecho, la cual fue concedida exclusivamente al Poder Legislativo.»¹²⁷ Lo anterior no implica ni debe llevar a emitir conclusiones categóricas que podrían deducirse de la cita realizada. La labor de los tribunales reserva un vasto campo de acción, pues no sólo aplican las leyes a los casos particulares que se someten a su jurisdicción, sino que también deben interpretar las normas aplicables y llenar las lagunas que se pudieran presentar. Con ello los jueces, mediante sus sentencias, forjan precedentes que conforme lo regule cada ordenamiento jurídico pueden emerger como obligatorios: tal es el caso de la jurisprudencia o doctrina judicial. Aunque, claro está, ello no implica que se deje de considerar a la jurisprudencia, dentro del *civil law*, como una fuente secundaria o accesoria.

¹²⁶ Mouchet y Zorraquín Becú, **Ob. Cit.**; pág. 232.

¹²⁷ **Ibíd.**, pág. 236.

1.4. Jurisprudencia conceptual y de intereses

1.4.1. Jurisprudencia de conceptos

Concepto es la abstracción que se hace de algo, por la que se distinguen sus características esenciales. La expresión que identifica, con precisión, lo que el objeto es. Como apunta Abbagnano, la (...) *«función primordial y fundamental del concepto, al ser la misma que la del lenguaje, es la comunicación.»*¹²⁸. Esto es, que el concepto no se limita a describir lo que el objeto es, sino que al ser transmitido lingüísticamente permite que un universo de personas conozcan el concepto y sus alcances, logrando general entendimiento. El ser humano se comunica por el lenguaje, y parece formar su pensamiento, junto con la experiencia, a través de la composición de conceptos: se plantea la realidad, el mundo y sus circunstancias, así como la solución a sus conflictos, a través del lenguaje, de los conceptos; desde luego que, como señalara Ludwig Wittgenstein (1889-1951), *«La proposición [la palabra] es un modelo de la realidad tal como nos la pensamos»* (...) ¹²⁹. La proposición normativa es la expresión lingüística u oración que contiene el precepto —norma jurídica (concepto)—. Estas proposiciones normativas tienen significado prescriptivo o directivo, es decir, dirigen o inducen el comportamiento de los destinatarios de la norma jurídica¹³⁰.

Mediante el empleo de la norma jurídica, dotada de coacción, se ha intentado modelar la conducta humana, precepto que, como toda manifestación humana, se expresa lingüísticamente, conceptualmente. Esto es, que toda prescripción normativa contiene uno o más conceptos, circunstancia que hace posible su aprehensión por la generalidad de las personas involucradas con tal disposición, así como permite su aplicación, para dirimir un conflicto particular, por ejemplo. El juez, según el positivismo clásico, en presencia de la

¹²⁸ Abbagnano, Nicola, **Diccionario de Filosofía**, 4a. ed.; Traducción José Esteban Calderón, Alfredo N. Galleta, Eliane Cazenave Tapei Isoard, Beatriz González Casanova y Juan Carlos Rodríguez; México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004, pág. 190.

¹²⁹ Wittgenstein, Ludwig, **Tractatus logico-philosophicus**, Traducción Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. Grandes Obras del Pensamiento No. 37; Barcelona, Ed. Altaya, 1994, §4.01 y §4.021, págs. 51 y 55.

¹³⁰ Nino, Carlos Santiago, **Introducción al análisis del derecho**, 3a. reimpresión, 2a. ed.; Colección mayor Filosofía y Derecho No. 5; Buenos Aires, Ed. Astrea, 1987, pág. 64.

norma, parece tener en cuenta sólo el «*hecho condicionante*» —supuesto de hecho—¹³¹ presente en la prescripción; sin embargo, lo que el juez realmente aprehende es el concepto, que con rostro de hecho condicionante está incluido en la norma. Es una cuestión de *encaje*: si se da en la realidad la condición o el supuesto de hecho (concepto) contenido en la norma —si se encuentra identidad entre el supuesto normativo (concepto) y la experiencia empírica—, entonces, y sólo entonces, debe aplicarse la consecuencia o sanción.

Sin perjuicio de lo criticable que pueda ser el argumento anterior relacionado con el juicio hipotético, no lo es el hecho de que el juez trabaja con conceptos, los cuales, por supuesto, no se encuentran aislados los unos de los otros, sino todo lo contrario, forman tramas lógicas complejas.

Entonces, ¿qué papel representa el juez en la jurisprudencia conceptual? La jurisprudencia conceptual, al asumir la plenitud del ordenamiento jurídico¹³² y la exactitud de los conceptos jurídicos, sólo exige del juez una aplicación mecánica de la norma, lo que impide la creación normativa por parte del órgano jurisdiccional, como lo exige la vitalidad de la sociedad, que integre (...) «*la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial, o si se quiere, la “racionalidad formal” y la “racionalidad material”*» (...) ¹³³ ínsitas en la prescripción normativa. La creación normativa jurisdiccional es una forma vital que permite la solución de conflictos también vitales, lo que la rigidez conceptual no permite, reduciendo la aplicación de la norma a fórmulas matemáticas o de lógica simbólica, por demás ajenas a la realidad ontológica del Derecho.

¹³¹ Cf. Kelsen, Hans, **Teoría pura del derecho —Introducción a la problemática científica del derecho—**, 2a. ed.; México, Ed. Nacional, 1981.

¹³² Nada escapa al ordenamiento jurídico, que se supone tiene solución para todos los conflictos. Cf. Soriano, **Ob. Cit.**; pág. 141.

¹³³ Ferrajoli, Luigi, **Derechos y garantías —La ley del más débil—**, 3a. ed.; Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi; Madrid, Ed. Trotta, 2002, pág. 22.

Cf. Weber, Max, **Economía y sociedad**, 14a. reimpresión de la 2a. ed.; Traducción José Medina Echeverría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez, y José Ferrater Mora; México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2002, pág. 20.

1.4.2. Jurisprudencia de intereses

Como se sabe, la producción legislativa debe responder a cuestiones fácticas, esto es, a las concretas situaciones de hecho que se presentan en el seno de la sociedad y que causan, de una manera u otra, algún grado de conflictividad, que despierta la necesidad de regulación; así, descrito con trazos muy gruesos, nace la prescripción normativa. Es evidente que tal disposición busca tutelar un interés, sea este moral, político o económico; pretende, mediante la regla, proteger un bien valioso para la sociedad.

Entonces, la prescripción normativa no sólo contiene el concepto (hecho condicionante) y la consecuencia jurídica, sino más bien el mandato de proteger un determinado interés jurídico. Norma jurídica e intereses sociales están vinculados estrechamente.

Sobre esta circunstancia se asienta la llamada *jurisprudencia de intereses*, que pretende resolver los conflictos que se presentan en la sociedad, sin aplicar la deducción lógica y los conceptos jurídicos, sino privilegiando los propios intereses ínsitos y protegidos por la norma¹³⁴. La jurisprudencia de intereses no sólo plantea una manera más racional de dirimir controversias, sino da al órgano jurisdiccional un mayor rango de acción en la búsqueda de la solución más acorde a la justicia, que puede traducirse en la defensa del interés que jurídicamente se tutela.

La jurisprudencia de intereses impone la ruptura de los paradigmas¹³⁵ que se han tejido en derredor de la creación y aplicación conceptual de las normas, desde luego que la idea de la protección de los intereses jurídicos tutelados exige una manera bastante diferente de pensar y actuar.

Luis Díez Picazo ilustra cómo jurisprudencia conceptual y de intereses resuelven un mismo caso de manera distinta: (...) «*Tras la*

¹³⁴ Díez Picazo, Luis, **Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho**, 1a. reimpresión de la 1a. ed.; Barcelona, Ed. Ariel, 1975, págs. 287 y ss.

¹³⁵ (...) «*no pueden acomodarse dentro de los conceptos que eran habituales antes de que se hicieran dichos descubrimientos. Para hacer, o asimilar, un descubrimiento tal, debe alterarse el modo en que se piensa*» (...). Kuhn, Thomas Samuel, **¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos**, Traducción José Romeo Feito, Grandes Obras del Pensamiento No. 76; Barcelona, Ed. Altaya, 1994, pág. 59.

separación de un matrimonio, en las operaciones de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, le fueron adjudicadas a la mujer determinadas acciones de una sociedad anónima formada por el marido con sus hermanos. En los estatutos de esta sociedad anónima existía una cláusula limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones, en la cual se establecía que, en caso de enajenación de acciones por parte de uno de los socios en favor de un tercero extraño a la sociedad, los demás socios quedaban facultados para adquirir preferentemente las acciones, pagando el valor de estimación. En virtud de esta cláusula, los hermanos del marido reclamaban a su cuñada las acciones que a esta le habían sido adjudicadas en pago de sus gananciales, a cambio del abono de su valor.»¹³⁶

El juez, siguiendo la jurisprudencia conceptual, para resolver el caso acudiría a dos conceptos básicos: adjudicación por gananciales y enajenación. ¿Es una adjudicación por gananciales una enajenación? No, no lo es. Entonces, la disposición societaria que prohíbe la enajenación a terceros no es aplicable y la demanda de los hermanos del ex cónyuge no debe prosperar.

Para resolver conforme a la jurisprudencia de intereses cabe preguntarse, en principio, qué intereses tutela la prescripción que regula el régimen económico ganancial del matrimonio y el pacto social. La primera parece perseguir que, concluido el matrimonio, cada cónyuge reciba una parte igual del patrimonio conyugal, y la segunda, que cada accionista reciba el precio de sus acciones e impedir que participen en la sociedad personas ajenas a un determinado grupo. De esa manera se puede pensar que la enajenación tiene un significado de mayor alcance: implicaría cualquier transferencia de dominio de las acciones, y que adjudicación por gananciales incluye la recepción, no necesariamente del grupo de acciones adjudicadas, sino también de su valor de mercado en numerario. Así, la solución al conflicto sería completamente lo contrario: la demanda prosperaría y la ex cónyuge recibiría un valor equivalente. Como apunta Díez Picazo, una jurisprudencia de intereses conduce a resultados más realistas¹³⁷.

¹³⁶ Díez Picazo, **Ob. Cit.**; pág. 289.

¹³⁷ **Ibíd.**, pág. 291.

1.5. El precedente

El origen, muy rudimentario, del precedente, parece hallarse en la actividad del Colegio de los Pontífices del Derecho Romano, integrado por los patricios más ilustrados. Los miembros del Colegio estaban especialmente preparados para interpretar la ley y las fórmulas procesales y, en esa condición, asesoraban a los jueces. También estaban facultados para evacuar consultas jurídicas de los ciudadanos romanos. La *responsa* dada, por el solo hecho de derivar del Colegio de los Pontífices, estaba dotada de fuerza vinculante para el juez. Cercano el fin de la República romana, que se prolongó del 509 AC al 27 AC, juristas ajenos al Colegio pontifical también daban sus dictámenes, pero sin que los mismos gozaran de fuerza obligatoria, situación que resuelve Augusto (63 AC - 14 DC), decretando que ciertos juristas actuaran con poder imperial; esto es, con derecho de dictaminar con fuerza que obligaba a los jueces, al igual que lo hacía el Colegio de los Pontífices.¹³⁸

Sin duda, el precedente logra su desarrollo a partir del *common law*. En los sistemas pertenecientes a esta familia, las decisiones tomadas por los jueces están sujetas al principio *stare decisis et non quieta movere*¹³⁹—, que consiste en establecer precedentes obligatorios con los fallos dictados, que forman un conjunto de reglas normativas vinculantes para todos los tribunales y demás órganos del Estado, que se vean precisados a resolver futuros casos semejantes —jurisprudencia— con efecto *erga omnes*, con el propósito señalado por Alexander Hamilton (1757-1804): (...) «Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos

¹³⁸ Sohm, Rodolfo, **Instituciones de Derecho Privado Romano**, Traducción Wenceslao Roces; México, Ed. Nacional, 1975, págs. 49 y ss.

Cf. Krüger, Pablo, **Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano**, México, Ed. Nacional, 1967, págs. 52 y 115 a 117.

Cf. Schulz, Franz, **Principios del Derecho Romano**, Traducción Manuel Abellán Velasco; Madrid, Ed. Civitas, 1990, págs. 37 y 70 y ss.

¹³⁹ «Estar a lo decidido». Vásquez, Humberto, **Diccionario de Derecho Romano. —Palabras, locuciones y aforismos latinos—**, Buenos Aires, Ed. Zavalia, 1998, pág. 300.

que se les presenten» (...)»¹⁴⁰.

1.6. Derecho comparado

Desde inicios del siglo pasado (XX) cobró auge una disciplina destinada al estudio de los diferentes sistemas jurídicos que rigen en la diversidad y multiplicidad de estados existentes. Esta disciplina busca extraer los caracteres que son comunes a distintas instituciones de diversos sistemas, vigentes y no vigentes; su carácter es práctico y busca alcanzar ciertos fines: «a) facilitar al investigador de un derecho determinado los elementos de los otros sistemas, para que puedan establecer sus analogías y diferencias; b) Determinar los caracteres constantes y permanentes de cada institución jurídica, para perfeccionar su conocimiento universal, y c) Promover así las reformas legislativas en los derechos nacionales y tratar de llegar también a la uniformidad internacional de las legislaciones [...]»¹⁴¹

Por lo anterior, al Derecho comparado se le define como una disciplina que realiza el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos pertenecientes a diversos países y épocas, con el fin de determinar sus notas comunes y sus diferencias, y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de dichas instituciones o sistemas y elementos de juicio para su interpretación y reforma.¹⁴²

En este estudio se utilizará el Derecho comparado para conocer una institución en particular: la jurisprudencia, y su función en las familias jurídicas del *civil law* y del *common law*, transitando por algunos sistemas jurídicos específicos que sirven de ejemplo, en especial el guatemalteco.

¹⁴⁰ Hamilton, Alexander, John Jay y James Madison, **El Federalista**, 2a. ed.; Prólogo y versión directa Gustavo R. Velasco, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1957, pág. 335.

¹⁴¹ Mouchet y Zorraquín Becú, **Ob. Cit.** ; pág. 101.

¹⁴² Cf. Aftalión, Enrique, *et. al.*, **Introducción al Derecho**, 4a. ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2004, pág. 172.

1.7. Sistemas jurídicos

Como ya se adelantó, al momento de determinar los usos de los términos *sistema jurídico* y *familia jurídica*, los sistemas jurídicos hacen referencia a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, relacionadas de modo coherente que constituyen una unidad y que rigen a un grupo social autónomo (a los miembros de un Estado determinado).¹⁴³

Cada sistema jurídico que rige a una sociedad estatal determinada puede pertenecer a tradiciones o familias jurídicas de las cuales han evolucionado y adoptado sus instituciones, las cuales han adquirido sus propias manifestaciones, pese a guardar su esencia, lo que permite asociarlos como miembros de una familia u otra.

En este estudio, los sistemas jurídicos se analizarán desde la perspectiva de sus características comunes, agrupados en familias jurídicas. Ello no implica que no se estudien algunos sistemas jurídicos particulares, como es el caso del sistema jurídico inglés y estadounidense, además del guatemalteco. Todo ello gira en torno a la institución de la jurisprudencia en el *civil law*, y el precedente en el *common law*.

¹⁴³ Cf. Soriano, **Ob. Cit.**; pág. 128.

CAPÍTULO II

2. LA JURISPRUDENCIA EN LA FAMILIA DEL DERECHO CIVIL O CIVIL LAW

Autor: Félix Eduardo Barrios López

2.1. Las fuentes del Derecho dentro de la familia *civil law*

Dentro de la familia del *civil law* es común reconocer diversos tipos de fuentes formales, entre las mismas, y en su orden de importancia, se citan: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. De estas, únicamente se abordará la jurisprudencia.

Pese a que, por su evolución histórica derivada de la Revolución francesa, para el *civil law* el papel del juez se limitaba a aplicar la ley al caso concreto (a subsumir éste en aquélla), esta orientación ha ido cambiando al surgir una forma habitual o uniforme de pronunciarse los tribunales, con la peculiaridad de que estos pronunciamientos uniformes no son una mera repetición del texto legal, sino que dentro del género que el texto legal perfila precisan, por su parte, especies a las que otorgan un sentido jurídico determinado: «*Los juristas continentales, aferrados a su dogma de que el Derecho es equivalente a la ley, no pensaron como los insulares que la jurisprudencia era el único fenómeno jurídicamente decisivo y, por lo tanto, no interpretaron el fenómeno referido como denotando la obligatoriedad jurídica del precedente sino como un puro hecho al que acudirían los jueces por comodidad, hábito, rutina, etc. Pese a que [en la tradición del derecho civil] en el campo doctrinario se suele rechazar ampulosamente la afirmación de que el juez hace el Derecho y también la teoría del precedente obligatorio, lo cierto es que, en la práctica, la tendencia a acudir a la autoridad de los precedentes es cada vez mayor, aunque no se trata de un precedente aislado sino de una sucesión de precedentes.*»¹⁴⁴

Conforme a lo expuesto, y evidenciando el valor e importancia que ha ido ganando la jurisprudencia dentro del *civil law*, es necesario puntualizar que esta familia determina como principal

¹⁴⁴ Aftalión, *et. al.*, **Ob. Cit.**; págs. 655 y 656.

fuerza del Derecho a la ley que emana, en su generalidad, del Poder Legislativo. Mientras que a la jurisprudencia se le asigna un rol de fuente complementaria o secundaria que asume funciones al momento de interpretar la normativa vigente y que la doctrina legal que de ella emana comúnmente es obligatoria a los tribunales inferiores, mientras que el tribunal que la ha emitido puede, fundamentadamente, separarse de la de dicha doctrina y, si fuera el caso, establecer nuevos criterios respecto de los alcances interpretativos de la norma que serán obligatorios para los tribunales inferiores si la doctrina reúne ciertos requisitos que, en su generalidad, son: una determinada cantidad de fallos; que analicen situaciones similares; que dichos fallos sean contestes, y que los mismos sean continuos e ininterrumpidos.

2.2. Características del *civil law*

De lo expuesto en este ensayo, y particularmente en lo referido a las fuentes del *civil law*, podemos extraer las siguientes características de esta familia:

- Se caracteriza por identificar a la ley como lo más importante, dejando en un segundo plano a la jurisprudencia.
- La jurisprudencia se limita al ámbito de interpretación de la normativa vigente.
- La norma jurídica, que es genérica, surge de la ley y es aplicada caso por caso por los tribunales.
- Los sistemas de Derecho continental se basan, sobre todo, en la normativa emanada por los poderes Legislativo y Ejecutivo.
- De acuerdo con algunas apreciaciones, los sistemas de la familia del Derecho civil tienen la posibilidad de evolucionar de manera más rápida y pueden adaptarse más rápido a los cambios que experimenta la sociedad.

2.3. La jurisprudencia dentro de la familia del *civil law*

2.3.1. Criterios para valorar la jurisprudencia dentro del *civil law*

Una de las diferencias fundamentales entre las familias jurídicas del *common law* y el *civil law* es el papel que se le asigna a la jurisprudencia. Mientras que la primera familia se basa en el respeto por las decisiones precedentes tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante, en el segundo la jurisprudencia adquiere importancia cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera una doctrina o forma de interpretar la normativa, la cual será obligatoria para los tribunales inferiores¹⁴⁵.

En ambas familias la jurisprudencia, o el precedente, tiene un rol de importancia que emerge de las decisiones judiciales. Sin embargo, como ya se anotó, en el *civil law* ocupa un lugar secundario, ya que su principal fuente es la legislación.

*«Si se quiere valorar la importancia que, en la elaboración del Derecho, tienen las decisiones judiciales, es necesario, una vez más, desconfiar de las fórmulas corrientes, las cuales, en su deseo de subrayar el exclusivismo de la ley, niegan la calidad de fuente del Derecho a la jurisprudencia. Tales fórmulas resultan un tanto ridículas cuando se aplican en países en los que [...] las obras doctrinales no son, en muchos casos, más que exégesis de la jurisprudencia.»*¹⁴⁶

El hecho de que dentro de la familia del *civil law* no se le asigne a la jurisprudencia un primer nivel dentro de las fuentes de Derecho no implica que esta carezca de importancia o implique un último recurso al cual acudir. En esta familia, las decisiones judiciales orientan la manera en que se ha de entender los alcances de la normativa legal que, por su carácter general y abstracto, no puede ni debe regular minuciosamente cada caso.

¹⁴⁵ V. Legarre, Santiago, **Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos** (17 de abril de 2008), págs. 1 y 2, <http://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/subs-leynatural/esp/docs-articulos/pdf/legarre-01.pdf>.

¹⁴⁶ David, **Ob. Cit.**; pág. 100.

La relevancia que asume la jurisprudencia en los países cuyo ordenamiento jurídico se enmarca la familia del *civil law* se evidencia en la continua publicación y consulta de repertorios jurisprudenciales que no se limitan al ámbito estatal sino que buscan orientación en las resoluciones de tribunales de otros países que tienen dicha tradición jurídica en común.

Lo anterior se afirma y ejemplifica al indicarse: «*Así, la importancia de la jurisprudencia francesa no se limita exclusivamente al interior de Francia; las decisiones del Tribunal de Casación francesa y las del Consejo de Estado son estudiadas y ejercen influencia en los países, próximos o lejanos, de lengua francesa y aun en otros países europeos o no europeos que pertenecen a la familia romano-germánica y en los que se atribuye una importancia especial, en determinadas ramas del Derecho, a la jurisprudencia francesa.*»¹⁴⁷

2.3.2. La importancia de la jurisprudencia en el ejercicio de la función jurisdiccional dentro del *civil law*

La importancia que se le reconoce a la jurisprudencia, como fuente del Derecho dentro del *civil law*, debe entenderse en el marco de su evolución histórica, la cual se nutrió y se vio influida decisivamente por el *modelo francés* que emergió de la *Ilustración*, que innegablemente aceptaba como fuente jurídica y exclusiva a la ley¹⁴⁸.

Así, dentro del contexto del *civil law*, la importancia de la jurisprudencia solamente puede determinarse relacionándola o comparándola con su fuente por antonomasia de esta tradición: la ley. Y por su arraigada tradición, parece negársele su rol transformador en los ordenamientos jurídicos agrupados en esta familia.

«*Dada la propensión que muestran actualmente los juristas de*

¹⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 101.

¹⁴⁸ Cf. Agudelo Ramírez, Martín, **Fuentes del ordenamiento jurídico procesal**, Revista Internauta de Práctica Jurídica (16 de abril de 2008), http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num17/num17/ftes%20Ord.%20Jur%EDdico%20espa%F1ol.pdf.

todos estos países a fundamentar todas sus soluciones en un texto legal, el papel creador de la jurisprudencia queda siempre, o casi siempre, disimulado tras la apariencia de una interpretación de la ley. Solo muy excepcionalmente los juristas se apartan de esta actitud y los jueces reconocen abiertamente su poder creador de normas jurídicas. Perseveran en su actitud de sumisión a la ley, incluso cuando el legislador les dispensa de ello; el artículo 1o. del Código Civil suizo, que reconoce el poder creador de la jurisprudencia, si bien ha producido algunos efectos, no ha operado ninguna revolución. Esta disposición ha suscitado el más vivo interés en las discusiones teóricas, pero ha influido muy poco en el terreno práctico sobre la transformación del Derecho suizo. La investigación libre del Derecho, preconizada por Geny, no ha destronado el dogma de la plenitud del orden jurídico.»¹⁴⁹

Así, el aporte e incidencia de la jurisprudencia dentro de esta familia no ha de buscarse exclusivamente en el proceso de interpretación de la legislación. La jurisprudencia, especialmente la emanada del Tribunal Constitucional, ejercerá su influencia más allá del acto jurisdiccional llegando a orientar al mismo legislador respecto de la doctrina legal imperante en relación a cómo entender y dimensionar determinadas figuras o situaciones jurídicas.

«Cualquiera que sea la contribución aportada por la jurisprudencia en la evolución del Derecho, tal contribución es, en los países de la familia romano-germánica, de otro tipo que la que lleva a cabo el legislador. El legislador, que en nuestra época establece los cuadros del orden jurídico, lo hace valiéndose de una técnica específica que consiste en la formulación de mandatos, de normas jurídicas. Solo en casos muy excepcionales está la jurisprudencia autorizada a utilizar esta técnica; la disposición del Código Civil francés (Art. 5.), que prohíbe a los jueces resolver por vía general y reglamentaria, tiene su equivalente en todos los derechos de la familia romano-germánica, salvo un pequeño número de posibles excepciones, interesantes ciertamente, pero que no significan un abandono del principio.»¹⁵⁰

¹⁴⁹ David, **Ob. Cit.**; pág. 101.

¹⁵⁰ **Ibíd.**, págs. 101 y 102.

2.3.3. Alcances de la jurisprudencia dentro del *civil law*

Del estudio de la familia del *civil law* se pueden extraer algunas características que son comunes a los ordenamientos estatales que se agrupan en torno a la misma. Sin embargo, esto no implica que se trate de un modelo totalmente homogéneo. Por ello, si bien el lugar que se le asigna a la ley como fuente del Derecho es innegable, en cuanto a la jurisprudencia y su obligatoriedad existen algunas variantes. Dentro de estas últimas se pueden distinguir las que consideran que la jurisprudencia solamente sirve para interpretar las normas vigentes y promover el progreso de la legislación y, por otra parte, las que estiman que la misma es fuente del Derecho, generalmente de tipo subsidiario o complementario.

Dentro del *civil law* la jurisprudencia desarrolla doctrina legal respecto a cómo debe interpretarse una norma en determinadas circunstancias (su límite es la misma norma), por ello se estima que no crea normas en sí, siendo que esta tarea y facultad queda reservada al legislador por antonomasia: el Poder Legislativo. Si bien lo anterior es cierto, es necesario entender que la jurisprudencia es una norma especial que se ve limitada por la creación del legislador.

«La jurisprudencia se prohíbe a sí misma la creación de normas jurídicas porque, según los jueces, tal tarea es de la sola incumbencia del legislador y de las autoridades políticas o administrativas, cuya misión consiste en completar la obra de aquel. ¿Debemos considerar que, pese a actitud tan modesta, los jueces crean en realidad normas jurídicas? En cualquier caso deben señalarse dos diferencias importantes entre las pretendidas normas jurisprudenciales y las normas jurídicas promulgadas por el legislador.»¹⁵¹

«La primera consiste en la importancia relativa de unas y otras dentro de un sistema dado. La jurisprudencia se mueve dentro de los cuadros jurídicos establecidos por el legislador, en tanto que la actividad de este consiste precisamente en formular esos cuadros. El alcance del Derecho jurisprudencial es, por este solo hecho, limitado, pues se trata de una situación totalmente opuesta a la que se da en los países del ‘Common Law’.»¹⁵²

¹⁵¹ *Ibíd.*, pág. 102.

¹⁵² *Ídem.*

Entendemos que los ámbitos (personal, material, temporal y territorial) que alcanza la norma nacida del proceso jurisprudencial tiene como limitante los ámbitos de la norma o normas que interpreta. Por ello, la jurisprudencia no goza de la misma autoridad que las normas promulgadas por el legislador: *«Son normas frágiles, susceptibles de ser abandonadas o modificadas en cualquier momento, al presentarse un nuevo caso concreto. La jurisprudencia no queda vinculada a las normas elaboradas anteriormente, y ni siquiera puede invocarlas para justificar la decisión que se dispone a adoptar. Si, en una nueva decisión, los jueces aplican una norma ya aplicada anteriormente, tal hecho no se debe a la autoridad alcanzada por la consagración de aquella, puesto que le falta todo carácter imperativo. Siempre es posible una alteración de la jurisprudencia, sin que los jueces estén obligados a explicar tal cambio. Poco importa dicha alteración, pues no pone en peligro ni los cuadros ni los principios del Derecho. La norma jurisprudencial solo subsiste y recibe aplicación en la medida en que los jueces la consideren justa. En tales ocasiones, ¿puede hablarse, al referirnos a la jurisprudencia, de normas?»*¹⁵³

Si lo anterior debe entenderse en el contexto de la generalidad de ordenamientos jurídicos agrupados en la familia del *civil law*, lo cierto es que el papel que desempeña el juez dentro de esta tradición deriva de la ya mencionada transformación institucional que se produce en Europa continental con la Revolución francesa y las reformas de Napoleón, que a su vez deriva del Derecho romano. *«De hecho, para el juez es cada día más difícil oponerse a un Parlamento que representa cada vez más a la comunidad política y que, por consiguiente, puede presentarse como el verdadero intérprete de la voluntad popular»*.¹⁵⁴

Por esa tradición histórica, la función del precedente y su observancia obligatoria ha marcado una de las más relevantes diferencias entre el *civil law* y el *common law*. La regla del precedente, según la cual los jueces deben atenerse a las normas que han aplicado al caso concreto anterior, solamente es aplicable a la última tradición señalada y es opuesta a la primera.

¹⁵³ *Ídem.*

¹⁵⁴ Guarnieri, Carlo y Patricia Pederzoli, **Los jueces y la política. Poder judicial y democracia**, Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua, España, Ed. Taurus, 1999, pág. 67.

«[...] hemos aceptado en el curso de la Edad Media el modelo ya construido del Derecho romano. Desde entonces, la norma jurídica se ha considerado siempre, en los países de la familia romano-germánica, como de origen doctrinal o legislativo, pues lo que importa es que sea elaborada de modo reflexivo, a fin de abarcar una serie de casos típicos que desbordan los límites contingentes de un proceso determinado. En el terreno de los principios, estimamos del mayor interés que el juez no se transforme en legislador. En los países de la familia romano-germánica, tal es la dirección en la que se orientan todos los esfuerzos; la fórmula según la cual la jurisprudencia no es una fuente de Derecho nos parece inexacta, pero es correcta si la corregimos diciendo que la jurisprudencia no es fuente de normas jurídicas: “Non exemplis, sed legibus, judicandum est”.»¹⁵⁵

2.3.4. Las recopilaciones jurisprudenciales dentro del civil law

Elementos de naturaleza muy diversa vienen a diferenciar, en los distintos países, el papel atribuido a la jurisprudencia. Entre tales factores debemos señalar la existencia, llevada a una mayor o menor perfección, de recopilaciones jurisprudenciales que, en algunos países, tienen un carácter oficial. Desde hace un siglo, estos repertorios se han venido perfeccionando sin cesar y constituyen una prueba del mayor valor que hoy se atribuye a la jurisprudencia.

«Recopilaciones oficiales existen en buen número de países de la familia romano-germánica: Francia, Alemania, España, Italia, Suiza, Turquía. Estas recopilaciones oficiales pueden servirnos para formular una distinción, que raras veces se está dispuesto a reconocer, entre sentencias que merecen crear jurisprudencia y otras que mejor sería olvidar. Así ocurre en Turquía, donde la publicación de sentencias escogidas sirve para hacer comprender a los juristas el Derecho nuevo. De forma más discreta, este es también caso de Francia, donde la Sala penal de la Corte de Casación solo reconoce autoridad a las sentencias que ella misma ha decidido publicar, o de Alemania, donde solo se publican las sentencias que contienen decisiones de principio, dictadas

¹⁵⁵ «No se ha de juzgar basándose en precedentes, sino con arreglo a las leyes». Código de Justiniano, 7, 45, 13. Fuente: Segura Munguía, Santiago, **Frases y expresiones latinas de uso actual**, España, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, pág. 101.

por el Tribunal de justicia administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*), o de Suiza, donde el deseo de que se imponga la doctrina de las sentencias publicadas se pone de manifiesto no solo por el propio hecho de la publicación, sino por la forma en que se presentan, publicándolas precedidas de un sumario de la misma. En un criterio diferente se inspira en España la distinción, pues solo se publican las sentencias relativas a la competencia del Tribunal Supremo o a la admisibilidad de un recurso intentado ante esta jurisdicción.»¹⁵⁶

«Otro factor a tener en cuenta es el estilo de las decisiones judiciales. Aunque muy variados, pueden reducirse a dos tipos principales. En algunos países se observa la técnica francesa de los “considerandos”, surgida, al parecer, del estilo empleado por los abogados en sus escritos de conclusiones; la decisión judicial, resumida en una sola frase, se considera tanto más perfecta cuanto es más breve y de estilo más concentrado, comprensible únicamente para los iniciados. Se practica este estilo, aparte de Francia, en los siguientes países europeos: Bélgica, Luxemburgo, Holanda, España, Portugal y en los países nórdicos, con la excepción de Suecia, que la ha abandonado recientemente. En otros países, la decisión judicial se presenta, por el contrario, en forma de una disertación, más o menos amplia, y sometida a plan, más o menos exigente según los países. Se practica este estilo en Alemania, Grecia, Italia, Suiza y, desde hace poco, en Suecia. En estos países las sentencias conllevan frecuentemente referencias a decisiones judiciales anteriores o a obras doctrinales; tales referencias apenas se ven en las decisiones judiciales de los países del primer grupo.»¹⁵⁷

2.3.5. La uniformidad de la jurisprudencia dentro del *civil law*

Pese a que es común que los autores nieguen a la jurisprudencia la calidad de fuente dentro de los sistemas del *civil law* y la releguen a un nivel de fuente secundaria, la importancia que la misma ha ido adquiriendo y posee en algunos de estos sistemas ha provocado que sea reconocida como tal y ha buscado su uniformidad a través de la observancia necesaria, por parte de los jueces

¹⁵⁶ David, **Ob. Cit.**; págs. 103 y 104.

¹⁵⁷ **Ibíd.**, pág. 104.

inferiores, de la doctrina emanada de los tribunales superiores.

Es función de los tribunales superiores, además de velar por la estricta aplicación de la ley, dotar de unidad a los fallos emitidos por los diferentes tribunales. Así, con la emisión de fallos en el mismo sentido, respecto de una temática común, los tribunales superiores dan unidad a la jurisprudencia, ya que los tribunales inferiores difícilmente articularían una jurisprudencia coherente.

«La concentración del poder judicial ha sido en Inglaterra el supuesto y la causa del desarrollo logrado por el Derecho jurisprudencial; esto es, por el ‘Common law’. La concentración hasta hace poco, en Francia, de la justicia administrativa en el Consejo de Estado ha tenido un efecto semejante en lo que se refiere a la elaboración del Derecho administrativo. Al evitar que las decisiones jurisdiccionales sean contradictorias, se fortalece, indudablemente, la autoridad de la jurisprudencia en mucha mayor medida que se garantiza la ‘correcta aplicación’ de la ley.»¹⁵⁸

Lo expuesto implica que las disposiciones emanadas de los tribunales superiores deban ser ordenadas, con el fin de determinar la doctrina que de ellas emerge. Dicha doctrina, para ser tal, deberá estar conforme a los requisitos que se le señalan, los cuales, comúnmente son: una cantidad determinada de fallos en el mismo sentido, que estos sean ininterrumpidos y que analicen casos o situaciones similares.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, pág. 105.

CAPÍTULO III

3. LA JURISPRUDENCIA EN LA FAMILIA DEL DERECHO

COMÚN O *COMMON LAW*

Autor: Alberto Pereira-Orozco

3.1. Generalidades

Como ya se ha señalado, de las tradiciones o familias jurídicas contemporáneas la del *common law* es la segunda de mayor data¹⁵⁹. Pese a que su denominación puede no parecer pacífica, la mayoría de autores ha preferido denominarla *common law*, en preferencia al término *Derecho anglosajón*¹⁶⁰. Sin embargo, dicho término presenta alguna complicación si se le traduce literalmente *Derecho común*, pues pareciera hacer referencia al Derecho civil. Circunstancia similar ocurre con el *civil law*.

3.2. Qué se entiende por *common law*

Tal y como lo indica Victoria Iturralde Sesma, *common law* no es una expresión unívoca. La misma adquiere diferentes significados conforme el contexto y grado de generalidad con que se le emplee: «Así, y ciñéndonos al contexto del Derecho angloamericano, puede designar los siguientes conceptos. En primer lugar puede referirse al Derecho angloamericano en su totalidad; esto es, el de Gran Bretaña, Estados Unidos y otros países como Canadá, Australia, la India, etc. Es utilizado en este sentido cuando dicha tradición se contrapone a la

¹⁵⁹ «La fecha que suele usarse para marcar el inicio de la tradición del derecho común es el año de 1066, cuando los normandos derrotaron a los nativos defensores de Hastings y conquistaron Inglaterra.» Merryman, **Ob. Cit.**; pág. 20.

¹⁶⁰ La utilización de este término es considerada incorrecta, pues responde únicamente a un momento histórico específico en este (el Derecho de los antiguos anglos y sajones). Fue utilizado en Inglaterra (en la Inglaterra medieval temprana).

del 'civil law'.»¹⁶¹.

En ese primer sentido, el *common law* incluye: los principios aplicables a las específicas áreas jurídicas, y la compleja serie de instituciones jurídicas, procedimientos, prácticas y valores jurisprudenciales que conforman lo que se ha llamado la *maquinaria de Justicia* en Inglaterra y que confiere a este su singularidad¹⁶². Conforme lo expuesto, se define al *common law* como «[...] el sistema de conceptos jurídicos angloamericano y la técnica jurídica tradicional que forma la base del Derecho de los estados que lo han adoptado.»¹⁶³ También se le define como: «[...] el Derecho de Inglaterra y todos aquellos sistemas que han tomado como modelo el Derecho inglés y se han configurado inspirándose en este, cuya estructura jurídica es fundamentalmente jurisprudencial.»¹⁶⁴. Es en este primer sentido, principalmente conforme a la última definición, que se entenderá el *common law* en esta investigación.^{165/166}

¹⁶¹ **Ob. Cit.**; págs. 14 y 15.

¹⁶² Cf. Iturralde Sesma, **Ob. Cit.**; pág. 15.

¹⁶³ **Ídem.**

¹⁶⁴ **Ídem.**

¹⁶⁵ «En un segundo sentido, por 'common law' puede entenderse el elemento casuístico del Derecho angloamericano (case law) constituido por los precedentes judiciales, o sea la jurisprudencia de los tribunales angloamericanos. En este sentido se suele calificar al 'common law' como una forma de derecho no escrito, distinto de cualquier forma de derecho escrito (como códigos, leyes, normas administrativas, etc.) que derivan su autoridad de un determinado órgano legislativo (sea el Parlamento o el Gobierno). // En tercer lugar, la expresión 'common law' puede hacer referencia al derecho formado por las decisiones y precedentes judiciales aplicados por los clásicos tribunales llamados 'common law courts' y los modernos tribunales de igual categoría tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, en contraposición con el derecho constituido por la jurisprudencia de los tribunales de 'equity' (derecho-equidad). En una cuarta acepción, por 'common law' puede entenderse el antiguo derecho existente en Inglaterra y los Estados Unidos, a diferencia de las normas introducidas en épocas recientes por la legislación o la jurisprudencia.» **Ibíd.**, págs. 15 y 16.

¹⁶⁶ «**'Common law'**. De la misma manera que el sistema del derecho civil, el sistema del 'Common law' opera en ambientes culturalmente diversos del mundo. A pesar de las diferencias algunas veces considerables que entraña esta diversidad, y que a menudo son amplificadas por las circunstancias políticas, se pueden agrupar dentro de esta categoría aquellos países en los cuales el derecho reposa técnicamente, al menos en lo esencial, sobre los conceptos y los modos de organización jurídica del 'common law' británico, que concede un lugar primordial a la jurisprudencia, y no a la ley como medio

3.3. El precedente en el *common law*

Al iniciar el análisis del *common law* en los sistemas inglés y norteamericano es prudente hacer dos observaciones: la primera, referida a aclarar que a la familia del *common law* pertenecen los sistemas jurídicos que rigen Inglaterra, Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, entre otros. De estos solamente se analizarán los dos primeros, en el tema particular del precedente como fuente del Derecho.

La segunda observación gira en torno a delimitar qué se entiende por precedente. En ese sentido se indica: «*Los precedentes son las decisiones de casos análogos al examinado; contienen el derecho vigente de manera no codificada. La regla jurídica que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares se denomina 'stare decisis'*».¹⁶⁷

El *stare decisis* es la esencia de los sistemas jurídicos imperantes en los Estados señalados. Este es el nombre abreviado de la doctrina que orienta a esos sistemas; su nombre completo es *stare decisis et quia non movere*¹⁶⁸ que en una traducción flexible significa: «*Estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto.*»¹⁶⁹

«*La doctrina del 'stare decisis et non quia movere' ha sido definida como sigue: Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para los tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se*

ordinario de expresión del derecho común. En consecuencia, se ha colocado en esta categoría a países o entidades políticas más o menos apegados a la tradición británica, en los cuales, a pesar de poseer en abundancia códigos e instrumentos normativos no jurisprudenciales, la jurisprudencia del 'common law' conserva su carácter de derecho fundamental.» Cacheiro Frías, Roberto O. **Los sistemas de derecho del mundo** (6 de mayo de 2008) http://www.cacheirofrías.com.ar/sistemas_juridicos_del_mundo.htm.

¹⁶⁷ Sirvent Gutiérrez, **Ob. Cit.**; pág. 91.

¹⁶⁸ «*Estar a lo decidido*». Vásquez, **Ob. Cit.**; pág. 300.

¹⁶⁹ Cf. Legarre, **Ob. Cit.**; pág. 1.

plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real.»¹⁷⁰

La base de esta doctrina se encuentra en el respeto por las decisiones precedentes (por los precedentes). Esto es, el respeto de las decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante¹⁷¹. Lo anterior es una de las grandes diferencias entre esta familia y la del *civil law*: aquí, un solo precedente constituye derecho y genera obligación¹⁷², lo que no sucede con los sistemas de la familia del *civil law*.

«En Inglaterra, Estados Unidos y los demás países que adoptan el ‘common law’ basta con que haya ‘una’ decisión ‘in point’, es decir aplicable al caso presente, para que un juez se vea obligado, en principio, a seguirla. Insistimos, ello no ocurre en Francia y en los demás países de tradición civilista. Es verdad que en esos países existe un cierto respeto por la jurisprudencia, por los precedentes, pero no por ‘un’ precedente.»¹⁷³

Pero la obligatoriedad del precedente, que no es absoluta, encuentra su sustrato en la teoría que se construye para interpretar los hechos. Al admitir la obligatoriedad del precedente se fortalece un modelo que busca constituirse en sistemático. Pronunciarse por la no obligatoriedad del precedente implica la renuncia a un modelo sistemático y conformarse con un modelo aleatorio: «[...] cuya función será, en el mejor de los casos, histórico descriptivo.»¹⁷⁴

Así, mientras en el *common law* el énfasis está en el caso individual, en el *civil law* radica en una serie o grupo de casos que crean una práctica. Además, en el *common law*, en ciertas

¹⁷⁰ Iturralde Sesma, **Ob. Cit.**; pág. 31.

¹⁷¹ Cf. Legarre, **Ob. Cit.**; pág. 2.

¹⁷² Esta doctrina es conocida como «*La doctrina del precedente individual obligatorio*.»

¹⁷³ Legarre, **Ob. Cit.**; pág. 2.

¹⁷⁴ Russo, Eduardo Ángel, **Teoría general del Derecho. En la modernidad y en la posmodernidad**, 3a. ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2004, pág. 239.

condiciones, el precedente obliga; en el segundo la jurisprudencia tiene poder persuasivo pero, en general, no es reconocida como fuente de Derecho. Mientras que en el *common law* los jueces *deben* resolver el caso a la luz del precedente aplicable, en el *civil law* los precedentes *pueden* ser usados como criterio para decidir un caso nuevo¹⁷⁵.

3.3.1. El precedente en el sistema inglés

El sistema de fuentes del Derecho inglés distingue como fuentes del mismo, en razón de su importancia, a: el precedente, la legislación, la costumbre, la razón y la doctrina¹⁷⁶: «*En el Derecho inglés actual, jurisprudencia y ley ocupan un primer plano si se las compara con las restantes fuentes del Derecho. Sin embargo, también estas desempeñan una función que no es desdeñable [...]*»¹⁷⁷

La legislación es creada, modificada y derogada por el Parlamento, pero la misma no es considerada como un modo de expresión normal del Derecho inglés; se presenta como un *cuerpo extraño* al *common law*. Para que la norma que está contenida en la ley se vea realmente incorporada a este sistema debe haber sido aplicada e interpretada por los tribunales. Así, «[...] *hasta que una nueva ley haya pasado por el tamiz de la jurisprudencia de los tribunales, no constituye parte verdadera del derecho.*»¹⁷⁸.

En cuanto a la costumbre, hay que recordar que en Inglaterra inicialmente el Derecho era consuetudinario, siendo el *common law* posterior al mismo, el cual se nutrió de las costumbres locales que se encontraban en vigor. Así, la misma tuvo importancia en el Derecho inglés primitivo, pero en la actualidad se le considera como fuente secundaria y ha perdido importancia.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Cf. Legarre, **Ob. Cit.**; págs. 3 y 4.

¹⁷⁶ Cf. Sirvent Gutiérrez, **Ob. Cit.**; pág. 90.

¹⁷⁷ David, **Ob. Cit.**; pág. 285.

¹⁷⁸ Sirvent Gutiérrez, **Ob. Cit.**; pág. 94.

¹⁷⁹ En Inglaterra, para que la costumbre se considere jurídicamente obligatoria debe reunir determinados requisitos: a) existir ininterrumpidamente durante un largo tiempo; b)

El Derecho inglés reconoce como fuente subsidiaria a la razón; su fin es colmar las lagunas de su sistema. «*La razón es buscar la solución razonable a un litigio, cuando no existe en la materia ningún precedente ni ninguna costumbre obligatoria.*»¹⁸⁰ La razón opera cuando no existe, en la materia de litigio, ningún precedente ni costumbre jurídica obligatoria. Su función es encontrar la solución al conflicto que sea la más armónica con la legislación existente —que posee lagunas que necesitan ser colmadas—. Dicha búsqueda se realizará en los principios generales que emergen de las normas existentes.

La doctrina científica es una fuente secundaria que opera en complemento o en defecto de las anteriores: «*Cuando un tribunal no puede localizar un precedente adecuado o análogo a un caso, puede referirse a los libros legales para guiarse [...]*»¹⁸¹ Pese a que solamente algunos trabajos, de connotados autores, son reconocidos como fuentes de Derecho autorizadas, es común que el juzgador acuda a material de destacados expertos para orientarse en su decisión.

Siendo que el Derecho inglés es un Derecho de tipo jurisprudencial, dentro de su sistema de fuentes el precedente se ha constituido como la de mayor importancia. Inicialmente los jueces ingleses tenían como función determinar cuál era la costumbre que se vinculaba al caso concreto y declararla. Declarada la costumbre, quedaba establecido un precedente que sentaba jurisprudencia obligatoria. Establecido el precedente, cuyo carácter es vinculante, al surgir un caso similar, el juez ya no buscaría la costumbre sino el precedente. Así, paulatinamente, se estableció y evolucionó el precedente jurisprudencial¹⁸².

Pese a que la doctrina del *stare decisis* pareciera petrificar las disposiciones de los jueces, por el hecho de que deben atenerse a las

existir por consentimiento común y no por el uso de la fuerza; c) ser consistente con otras costumbres; d) ser aceptada como obligatoria; e) tener importancia significativa, y f) ser razonable. Cf. Slapper, Gary y Kelly David, *English Legal System*, Londres, Ed. Cavendish Publishing, 1994, pág. 31.

¹⁸⁰ Sirvent Gutiérrez, *Ob. Cit.*; pág. 97.

¹⁸¹ *Ídem.*

¹⁸² Cf. *Ibíd.*, pág. 91.

antiguas decisiones¹⁸³, lo cierto es que si bien dota de estabilidad al sistema, ello no impide su flexibilidad. En muchos casos la certeza del Derecho se ve confrontada con la búsqueda de justicia, ya que esta última implica que cada caso sea analizado conforme a un contexto que pudiera ser diferente del que imperaba al emitir el precedente que debe ser aplicado al caso concreto.

«Hoy en día podemos decir que la aplicación del precedente por los tribunales dista mucho de ser rigurosa. La flexibilidad del sistema del precedente es preservada por la relativa libertad con que los tribunales pueden y a menudo determinan el fin y los límites de los precedentes pasados y si los aplican a las nuevas circunstancias o las distinguen de los casos y circunstancias que se consideraron esenciales en casos anteriores. Podemos decir que, tanto la posibilidad reconocida ‘de derecho’ de que determinados tribunales pueden apartarse de sus precedentes, como el apartamiento (por medio de diferentes técnicas y argumentaciones) ‘de hecho’ de los precedentes, hace posible que el Derecho inglés evolucione con el paso del tiempo. De esta manera, ‘dentro de ciertos límites, queda un cierto espacio para la maniobra, sin la cual ningún sistema jurídico podría ser viable’.»¹⁸⁴

Entrar a conocer, en detalle, la organización judicial y la vinculación del precedente en el sistema inglés excede los límites de este ensayo. Sin embargo, ello no impide que dicha relación se pueda bosquejar. Así, la jerarquía de los tribunales ingleses se refleja en la doctrina del precedente: *«Todo tribunal vincula al inferior y a sí mismo. En el nivel más alto está la Cámara de los Lores, cuyas decisiones judiciales vinculan a todas las cortes inferiores en jerarquía; sus resoluciones poseen mandato de autoridad (mandatory authority) para*

¹⁸³ «Frente a un caso concreto, el juez debe preguntarse cómo se han decidido casos análogos. La situación más frecuente es que ya exista un ordenado núcleo de sentencias que determinen con claridad la decisión a tomar; ateniéndose a ellas, el juez dictará entonces una sentencia que entrará a formar parte del ‘common law’ como un precedente declarativo (‘declaratory precedent’) que continúa una determinada tradición jurisprudencial. Sin embargo, puede suceder que el juez no encuentre precedente para una nueva situación; en este caso decidirá según los principios generales de derecho, y su sentencia se convertirá en un precedente original al que deberán referirse los jueces en casos posteriores. De este modo un derecho conservador consigue adaptarse a cada nueva situación social y económica.» *Ídem.*

¹⁸⁴ Iturralde Sesma, **Ob. Cit.**; pág. 68.

*la totalidad de la judicatura inglesa, con excepción de los propios Lores, pues su comité de apelación puede, en caso de excepción, cambiar de opinión y dictar una nueva regla de derecho distinta a la contenida en un precedente previo emitido por la propia cámara. Es decir, anula (overruling) un precedente y lo sustituye por otro.»*¹⁸⁵

Así, la doctrina del precedente brinda diversas formas a los jueces para cambiar los precedentes, aunque dichas formas no pueden ser arbitrarias. En orden jerárquico: a) La *House of Lords* no está obligada por sus propias decisiones; b) Existe una amplia lista de excepciones a la regla de que la *Court of Appeal (Criminal y Civil Divisions)* está obligada por sus propias decisiones (excepciones que según el punto de vista mayoritario son aplicables también a la *High Court* cuando actúa como una *Divisional Court*); c) Los jueces (individuales) de la *High Court* tampoco están obligados por la decisión de otro juez de la *High Court*; d) Los jueces de *Country Courts, Magistrates' Courts* y *Crow Courts* tampoco están obligados a seguir sus propias decisiones, ni unos las de los otros; e) El sistema de apelación permite que cualquier principio del *common law* pueda ser cambiado por cualquier tribunal suficientemente alto en la jerarquía judicial.¹⁸⁶

Así, dentro de la doctrina del *stare decisis*, un tribunal superior, excepcionalmente, puede separarse o no atenerse a un precedente ya formulado, y sustituirlo por otro, en atención a adecuar la decisión al contexto histórico vigente. En este caso el precedente será anulado, *overruled*, y sustituido por uno nuevo (más adecuado).

En cuanto a los tribunales inferiores, estos pueden desvincularse de un precedente establecido por un tribunal superior «[...] solamente cuando establece las diferencias ('*distinction*') entre el caso en examen y el caso objeto del precedente. Actualmente es frecuente en la práctica que el magistrado se pronuncie respetando el precedente pero invitando al poder legislativo a intervenir para regular de manera nueva la materia.»¹⁸⁷

¹⁸⁵ Sirvent Gutiérrez, **Ob. Cit.**; pág. 92.

¹⁸⁶ Cf. Iturralde Sesma, **Ob. Cit.**; pág. 71.

¹⁸⁷ Sirvent Gutiérrez, **Ob. Cit.**; págs. 93 y 94.

Quedan evidenciados los límites del precedente en cuanto a vincular en sus decisiones a los jueces: «[...] *en el plano vertical, únicamente los tribunales jerárquicamente superiores pueden derogar decisiones de los tribunales inferiores (otra cosa es que de hecho en ocasiones estos últimos tomen decisiones en contra de decisiones de tribunales superiores). Horizontalmente, los diferentes tribunales están autorizados a apartarse de sus anteriores decisiones.*»¹⁸⁸

3.3.2. El precedente en el Derecho de los Estados Unidos de América

La adopción de la tradición del *common law* por las colonias inglesas en el norte del continente americano es perfectamente entendible, desde el punto de vista del control que Inglaterra ejercía sobre las mismas. Sin embargo, dicha recepción constituyó un largo proceso que en muchos casos resultó dificultoso. «*En un primer momento los colonos comenzaron a legislar por sí mismos rechazando el Derecho inglés y dotándose de códigos simples que hacían eco de las normas evangélicas y los principios de derecho natural.*»¹⁸⁹

Así, las razones que influyeron en la recepción del Derecho inglés, con preferencia al *civil law*, no estaban vinculadas con la estimación que se tuviera respecto de la superioridad de uno u otro. Más bien respondían a: 1) accesibilidad a las leyes, decisiones y tratados; 2) formación jurídica de los abogados; 3) el lenguaje; 4) origen nacional del pueblo, y 5) las condiciones económicas¹⁹⁰. Con la declaración de independencia de las antiguas colonias, el Derecho inglés y el americano se desarrollan de manera independiente pero guardando la esencia de la tradición jurídica a la que pertenecen.

Las variantes más sensibles que presentan ambos sistemas son: a) el sistema norteamericano posee una Constitución escrita a la que reconoce primacía sobre las demás leyes, mientras que en el sistema inglés la autoridad está basada en la autoridad no escrita de

¹⁸⁸ **Ibíd.**, pág. 73.

¹⁸⁹ **Ibíd.**, pág. 129.

¹⁹⁰ **Cf. Ibíd.**, pág. 132.

la costumbre y el poder legislativo del Parlamento es ilimitado^{*/191}; b) por su conformación, los Estados Unidos de América poseen una estructura federal, lo que implica que hay dos sistemas de tribunales: estatales y federales. Inglaterra es un Estado unitario que responde a un solo sistema de tribunales.

El Derecho estadounidense, al igual que el inglés, es fundamentalmente jurisprudencial, pero sería erróneo reconocer la misma fuerza a sus fuentes, principalmente en lo que se refiere al precedente, ya que este no posee la autoridad que posee en Inglaterra*. Las fuentes del Derecho estadounidense son: a) el precedente jurisprudencial; b) la legislación, y c) la doctrina.

«Desde el punto de vista superficial, pareciera que la jurisprudencia —las decisiones judiciales— desempeña un papel idéntico en Inglaterra y en los Estados Unidos. Esta imprecisión solo es cierta referida a la estructura del Derecho: los juristas americanos, al igual que los ingleses, solo consideran como norma en sentido estricto la norma jurisprudencial, formulada en el plano concreto de una decisión jurisprudencial y adecuada para dar al caso concreto, al margen de todo proceso de interpretación, su solución.»¹⁹²

Retomando la doctrina del *stare decisis* y la autoridad que posee el precedente en los sistemas inglés y norteamericano¹⁹³,

* Por ningún motivo se puede afirmar que el sistema inglés no posea una Constitución escrita; lo que sucede es que la misma no se halla contenida en un texto unitario. La Constitución inglesa se encuentra dispersa en las diferentes «*declaraciones de derechos*» o «*documentos legales básicos*» que el Parlamento ha emitido en el decurso de su historia, y en los fallos de sus tribunales. Cf. Pereira Menaut, Antonio-Carlos, **Lecciones de Teoría Constitucional**, 2a. ed.; Madrid, España, Ed. Colex, 2006, pág. 27.

¹⁹¹ «[...] no es que la Constitución inglesa no esté escrita en absoluto (sino que en parte lo está y en parte no, y, sobre todo, que está formada por un conjunto de documentos y costumbres inconexo, histórico e irracional), quizá fuera más exacto hablar de constituciones 'codificadas' y 'no codificadas'». **Ídem**.

* Si bien en ambos sistemas los tribunales superiores se pueden separar de sus propios precedentes, es necesario reconocer que, en la doctrina del *stare decisis* inglés, es hasta 1966 en que las decisiones de *The House of Lords* dejan de ser obligatorias para sí misma. Cf. Iturrealde Sesma, **Ob. Cit.**; pág. 49.

¹⁹² David, **Ob. Cit.**; pág. 331.

¹⁹³ A este respecto, René David, al vincular la doctrina del *stare decisis* con la estructura

Sirvent Gutiérrez indica: «*Aunque esta fuente de derecho está arraigada en los Estados Unidos, no ha logrado, sin embargo, la autoridad absoluta que tiene en Inglaterra. El sistema jurídico de los Estados Unidos, al igual que el sistema inglés, es un sistema de casos (case law), lo que significa que el juez debe acatar los principios contenidos en las decisiones precedentes. La regla que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares o análogos se basa en la doctrina del 'stare decisis'*». ¹⁹⁴

En el sistema norteamericano los precedentes jurisprudenciales se dividen en obligatorios y persuasivos que, como se verá, tienen relación directa con el sistema federal. Los primeros, al ser dictados por tribunales superiores, vinculan a los inferiores; los segundos, pese a haber sido emitidos por un tribunal superior estatal (que vinculan a los tribunales inferiores de ese Estado), no obligan a los tribunales de otra entidad federativa, los cuales podrían utilizar dicho precedente cuando no existiera jurisprudencia obligatoria al respecto.

«*Lo que constituye que un precedente sea obligatorio para los tribunales inferiores en un determinado caso es la 'ratio decidendi', que es la parte toral de la resolución; es el fundamento jurídico de la decisión del juez. El precedente, aparte de la 'ratio decidendi', también consta del 'obiter dictum', que no tiene la importancia del anterior, ya que únicamente son observaciones accesorias.*» ¹⁹⁵

Conforme a lo expuesto, una corte de jerarquía superior

federal de los Estados Unidos de América, indica: «*Desde el siglo XIX existe en Inglaterra una regla del precedente que impone a los jueces, dadas ciertas condiciones, observar las normas jurídicas formuladas con ocasión de haberse resuelto por otros jueces casos semejantes. Existe en los Estados Unidos una regla parecida; pero la regla americana del 'stare decisis' no opera en las mismas condiciones y no tiene el mismo rigor que la regla del precedente inglesa. // El problema se complica en los Estados Unidos debido a la estructura federal del país. La misma dificultad con que tropezábamos al preguntarnos si existía un solo 'Common Law' o 50 'Common Law' diferentes la encontramos aquí de nuevo. El equívoco que existe en torno a este problema constituye un obstáculo para que se admita en los Estados Unidos la regla del 'stare decisis' con el mismo rigor que en Inglaterra.*» **Ob. Cit.**; pág. 339.

¹⁹⁴ **Ob. Cit.**; págs. 119 y 120.

¹⁹⁵ Sirvent Gutiérrez, **Ob. Cit.**; pág. 121.

(estatal o federal) puede anular un precedente que haya establecido, y crear uno nuevo. Lo anterior, en busca de garantizar certeza jurídica. Afectará únicamente al caso en cuestión y a casos futuros, pero no posee efectos sobre casos anteriores ya decididos de acuerdo con el antiguo precedente.

Lo anterior no resulta tan desconcertante, dentro de la tradición del *common law*, si se evidencia que en el sistema jurídico estadounidense la doctrina del *stare decisis* tiene aplicación limitada: «En los EE.UU., el ‘*stare decisis*’ no ha sido considerado nunca como un deber inexorable, y el deber de seguir los precedentes está matizado por el derecho de derogar anteriores decisiones. Aunque los tribunales inferiores se consideran obligados por las decisiones de los tribunales de apelación intermedios o los más altos, los tribunales superiores de los estados, así como el Tribunal Supremo Federal, se reservan el derecho de apartarse de una regla previamente establecida por ellos».¹⁹⁶

Dicha aplicación, limitada, de la doctrina del *stare decisis* tampoco presupone la no existencia de sujeción de los tribunales a ciertas reglas: 1) Como regla general, deben seguirse los precedentes porque (en interés de la sociedad) el Derecho tiene que ser estable y uniforme; 2) El tribunal es libre y está incluso obligado a apartarse del precedente si, a causa de un cambio en las circunstancias o en las necesidades sociales, la adhesión al precedente sería perjudicial a los intereses públicos que, en un determinado caso, pueden ser más importantes que la estabilidad del Derecho; 3) La valoración de si un precedente debe ser seguido o no, tiene que estar basada en criterios de utilidad social. El deseo de tomar una decisión justa en un caso concreto no debe considerarse una justificación suficiente para derogar un precedente.¹⁹⁷

Ya se ha establecido la relatividad de la doctrina del *stare decisis* en el sistema jurídico estadounidense. Vinculando dicha doctrina a la organización judicial de la federación, emergen las siguientes reglas generales:

- 1) El Tribunal Supremo nunca se ha considerado a sí mismo

¹⁹⁶ Iturralde Sesma, **Ob. Cit.**; pág. 138.

¹⁹⁷ Cf. **Ibíd.**, págs. 138 y 139.

estrictamente obligado por sus propias decisiones, y los demás tribunales federales y estatales han seguido esta misma regla en relación con sus propias decisiones.¹⁹⁸

- 2) Una decisión del Tribunal Supremo de los EE.UU. es obligatoria en cuestiones federales en todos los demás tribunales (federales y estatales).¹⁹⁹
- 3) Una decisión de un tribunal federal, sobre una materia federal, puede tener un efecto persuasivo en un tribunal estatal, pero no es obligatoria puesto que el tribunal estatal sólo debe obediencia a un tribunal federal: el Tribunal Supremo. Y a la inversa: una decisión de un tribunal estatal sobre una cuestión federal puede ser persuasiva en materias federales pero no es obligatoria.²⁰⁰
- 4) Las decisiones de los tribunales federales (además de las del Tribunal Supremo) no son obligatorias para otros tribunales federales de igual o inferior rango, a menos que el tribunal posterior deba obediencia al tribunal que aplica la decisión.²⁰¹

Lo expuesto posee diversos matices. Así, por la misma flexibilidad que evidencia la doctrina del *stare decisis* en el sistema estadounidense, la derogación del precedente no solamente es una facultad del Tribunal Supremo sino también de los tribunales inferiores respecto de los precedentes emitidos por este: «*De la misma manera que en el Derecho inglés, en los EE.UU. para apartarse del precedente no es necesario recurrir a la derogación explícita. La técnica de las 'distinciones', la alteración del significado de los términos, la distinción entre 'ratio' y 'dictum', entre otras, son técnicas que permiten de hecho apartarse de un precedente no deseado*»²⁰².

Los tribunales que se encuentran supeditados, en principio, a

¹⁹⁸ Cf. *Ibíd.*, pág. 150.

¹⁹⁹ Cf. *Ídem.*

²⁰⁰ Cf. *Ídem.*

²⁰¹ Cf. *Ídem.*

²⁰² *Ibíd.*, pág. 159.

observar los precedentes emanados del Tribunal Supremo acuden a dos técnicas para poder apartarse de la obligatoriedad del precedente. La primera es la derogación implícita, y la segunda, la predicción de un cambio de criterio por el Tribunal.

Con la primera técnica el tribunal inferior logra determinar que el tratamiento dado por el Tribunal Supremo a un precedente evidencia que el mismo ha sido derogado implícitamente. El objetivo de esta técnica es establecer que un determinado precedente ha perdido autoridad aun sin haber sido expresamente derogado. Esto evita la saturación de exámenes de casos cuya solución parece obvia. Esta inferencia es de aplicación limitada y debe basarse únicamente en las sentencias del Tribunal Supremo que, por sí mismas, puedan derogar un precedente. Esto conlleva que no pueden fundamentarse en votos particulares o concurrentes.

La segunda técnica busca determinar que el Tribunal Supremo, pese a haber establecido un precedente, no lo seguiría en una determinada situación. Así, un tribunal inferior no necesita seguir un precedente si puede predecir que el Tribunal Supremo no lo seguirá.

3.4. Características de la tradición del *common law*

De lo expuesto se pueden inferir algunas características, las cuales serán concurrentes con los sistemas jurídicos que pertenecen o se agrupan dentro de la tradición o familia del *common law*:

- Fundamentalmente se basa más en el precedente judicial que en las leyes. El precedente, en principio, es vinculante para los tribunales inferiores.
- Se basa en el análisis de las sentencias anteriores y en la interpretación que estas sentencias dan a las leyes.
- Se apoya en un criterio de independencia de los propios jueces.
- El carácter vinculante del precedente judicial, en ocasiones impide que el Derecho se adapte a situaciones nuevas que experimenta la sociedad, ya que la separación

de la doctrina emanada del precedente judicial resulta excepcional.

3.5. La trascendencia de la publicación de los precedentes en los sistemas de la familia del *common law*

Los sistemas que se agrupan en el *common law* se basan, principalmente, en el precedente judicial. Esto ha hecho necesaria la búsqueda de sistemas que permitan que los mismos puedan ser conocidos de manera sistematizada, pues su proliferación hace sumamente dificultoso llegar a determinar si existen precedentes aplicables a un caso concreto. «*Aunque en teoría una decisión no recopilada tiene la misma autoridad que una recopilada, las primeras tienen la misma autoridad*»²⁰³.

Una de las críticas que surge aparejada al precedente judicial es la imposibilidad de conocer todo el Derecho y aun una porción del mismo, en razón de la gran cantidad de precedentes que son objeto de recopilación. Esto no solo aplica a los ciudadanos y abogados, sino también a los jueces, quienes tendrán que dilucidar si los accidentes que presentan los precedentes en que se basa la acusación o la defensa de un caso son realmente aplicables al caso concreto y, además, presupone que el juzgador conoce el Derecho (supuesto que resulta una ficción necesaria para la dinámica del mismo).

También resulta evidente que, por la cantidad de precedentes emitidos no todos son recopilados. En el caso del sistema inglés la recopilación recae en manos particulares especializadas. En el sistema estadounidense existen recopilaciones oficiales y particulares, tanto federales como estatales.²⁰⁴

Para el caso del sistema jurídico guatemalteco, que pertenece a la tradición del *civil law*, la jurisprudencia emanada de la Corte de

²⁰³ *Ibíd.*, pág. 106.

²⁰⁴ «*Tanto las decisiones de los tribunales federales como las de los estatales se publican en los 'Reports' o repertorios oficiales que editan el Gobierno federal y los Gobiernos de cada Estado. El 'case law' se encuentra normalmente en las decisiones de los tribunales de apelación y (excepto las de los tribunales federales de primera instancia) las decisiones de los tribunales de primera instancia no se publican.*» *Ibíd.*, pág. 184.

Constitucionalidad y de la Corte Suprema de Justicia es obligatoria para los tribunales inferiores. Sin embargo, no se cuenta con un medio idóneo para conocer los precedentes, sino con una mera publicación de fallos, lo que hace aún más difícil alegarla y alcanzar certeza jurídica.

CAPÍTULO IV

4. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN GUATEMALA

Autor: Luis Felipe Sáenz Mérida

4.1. Perspectiva constitucional

El sistema jurídico adoptado en Guatemala admite la jurisprudencia como fuente de derecho. La Constitución Política de la República no dispone nada sobre el tema. No ocurre lo mismo con la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que en la norma contenida en el artículo 43 predica que 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 sentido.

En esta disposición se advierten varios aspectos que merecen ser enfatizados, a saber:

- A) Que los fallos de la Corte de Constitucionalidad, como tribunal superior de interpretación constitucional, tienen fuerza obligatoria para todos los demás jueces de la jurisdicción ordinaria, si existen, al menos, tres dictados en el mismo sentido;
- B) Que en cuestiones constitucionales —se asume que el ordenamiento jurídico guarda unidad y coherencia con la Constitución y, en ese sentido, todo asunto sometido a los tribunales constitucionales y de la jurisdicción ordinaria es tema constitucional— se adopta el precedente —llamado doctrina legal en el caso de la Corte de Constitucionalidad— como fuente de derecho nacional;

- C) Que la doctrina legal incorporada al sistema jurídico guatemalteco no obliga al propio tribunal constitucional; esto es, que la Corte de Constitucionalidad puede libremente separarse de sus propios criterios, como también ocurre, en mayor o menor medida, en la familia jurídica del *common law*²⁰⁵, especialmente en el sistema jurídico norteamericano. A manera de ejemplo, se señala la sentencia del caso Hertz v. Woodman, en la que se predicó: «*La regla stare decisis, aunque tendente a la consistencia y uniformidad de la decisión, no es inflexible. Si debe ser seguida o no es una cuestión totalmente a discreción del tribunal, que es llamado otra vez a considerar una cuestión ya decidida.*»²⁰⁶; y
- D) Al disponerse que si no existe doctrina legal —falta de tres fallos contestes— los jueces de la jurisdicción ordinaria no están obligados a observar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad, se crea un periodo de tiempo, indeterminado, de incertidumbre jurídica, en el que los jueces de la jurisdicción ordinaria pueden actuar, en un mismo tipo de casos concretos, adoptando decisiones incluso opuestas; proceder contrario al objetivo fundamental de dotar de seguridad jurídica a la población, obligación primordial de la organización del Estado —artículo 2 constitucional—; esto es, que existe una especie de limbo en el sistema jurídico guatemalteco, en el que se pierde ese «*saber a qué atenerse*», imprescindible en una sociedad libre: el ser humano demanda la certeza y estabilidad de los pronunciamientos jurisdiccionales, papel que cabalmente cumple el precedente o doctrina legal. Interpretado como se debe este aspecto de la norma que se comenta, a manera de cuidar la efectividad de los derechos fundamentales —artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad—, debe entenderse que, si bien el juez de la jurisdicción ordinaria no está «obligado» a seguir el criterio no uniforme de la Corte de Constitucionalidad, separarse de tal juicio le debe

²⁰⁵ *Ibíd.*, págs. 69 y ss.

²⁰⁶ *Ibíd.*, págs. 136 y 139.

demandar el pronunciamiento de las razones tomadas en cuenta para apartarse del mismo, de suerte que conserve la coherencia que su fallo debe guardar con la Constitución y su mandato de proveer seguridad a la población, desde luego que (...) «*La seguridad es la motivación radical de lo jurídico; vale decir que es en gracia de la seguridad colectiva que los hombres crean el derecho. La primera raíz vital de lo jurídico, el ¿por qué? y ¿para qué? hacen el derecho los hombres en la sociedad no es la devoción a los altos valores de rango superior, sino al impulso de la urgencia de seguridad*»²⁰⁷.

Una cosa es que, como también ocurre en el sistema jurídico inglés y norteamericano, la aplicación del *stare decisis* goce de cierta «flexibilidad», provocada por tener presente la preeminencia de intereses públicos en ciertos casos, por ejemplo, y otra muy distinta es que los jueces de la jurisdicción ordinaria se distancien de la doctrina legal, por desconocerla, o por abierto incumplimiento al mandato que los obliga a acatar los precedentes del tribunal constitucional.

En el primer supuesto que se señala, cuando la causa de la inobservancia de la doctrina legal es atribuible a la falta de conocimiento del precedente, puede señalarse que es a la propia Corte de Constitucionalidad a la que puede imputársele mayor grado de responsabilidad por omisión. En efecto, la norma contenida en el artículo 189 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, prescribe que a esa Corte le compete publicar trimestralmente la Gaceta Jurisprudencial, que debe contener la transcripción completa de todas las sentencias dictadas en materia de su competencia y las opiniones que rinda conforme a la ley. No puede negarse que esa disposición es cumplida según su tenor literal y que, además, la Corte también edita una versión electrónica de la

²⁰⁷ Rolz Bennett, José, **El problema de la seguridad en la estimativa jurídica**, Revista del Colegio de Abogados de Guatemala. No. 21, enero-junio; Guatemala, 1985, pág. 35.

Cf. Chico y Ortiz, José María, **El principio de seguridad jurídica**, Revista Notarial. Órgano del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 88. No.860, enero-febrero; Buenos Aires, 1982, pág. 75.

Cf. Recaséns Siches, Luis, **Tratado de filosofía del derecho**, 18a. ed.; México, Ed. Porrúa, 2006, págs. 221 y ss.

Gaceta Jurisprudencial, la que facilita la búsqueda, por palabras claves, de las sentencias que puedan interesar al investigador; sin embargo, ni la versión impresa ni la electrónica satisfacen, ni siquiera mínimamente, la obligación que tiene esa Corte de dar a conocer su doctrina legal. Una cosa es hacer públicas las sentencias, y otra muy distinta es publicar la doctrina legal, que demanda el tratamiento de los fallos, por ejemplo, por materias y con referencia a cómo se ha decidido en cada materia y casos concretos, a manera de que se advierta, claramente, que determinada materia goza de tratamiento uniforme en al menos tres casos sucesivos e ininterrumpidos (contestes). Vale la pena indicar que las cuestiones que se señalan como omisiones de la Corte de Constitucionalidad no le son de todo ajenas al alto tribunal; todo lo contrario: la Corte, para uso interno del tribunal, hizo una o varias ediciones *privadas* de lo que denominó *Índice acumulativo analítico-alfabético* de la jurisprudencia constitucional, por tomos de la Gaceta²⁰⁸, herramienta que puede facilitar la investigación «privada» dentro del propio tribunal, en el mar de resoluciones producidas por la Corte. Pero siendo un recurso poco accesible para los comunes, y que no cumple con publicitar como mínimo la referencia de fallos contestes, formadores de doctrina legal, en poco ayuda al cumplimiento debido del precedente. La tarea omitida seguramente no carece de dificultades técnicas, pero debe ser asumida por alguien, y ese alguien parece que no puede ser otro que la Corte de Constitucionalidad, por ser materia de su estricta competencia; esto es: ser la defensora del orden constitucional —artículos 268 constitucional y 149 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad—. Así planteado el problema, ¿cómo puede exigírsele legítimamente al juez de la jurisdicción ordinaria que conozca la doctrina legal y la observe a cabalidad? Parece que en esas condiciones, ese mandato es moralmente inexigible y, jurídicamente, tampoco puede ser demandada su obediencia, porque «*Únicamente la moral es capaz de fundar la fuerza obligatoria del derecho.*» (...)²⁰⁹.

²⁰⁸ «*Tribunal Constitucional*». **Jurisprudencia constitucional. Índice acumulativo analítico-alfabético, correspondiente a los tomos primero a decimotercero.** Secretaría General. Guatemala, S/año de publicación.

²⁰⁹ Radbruch, Gustav, **Filosofía del Derecho**, 4a. ed.; Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 1959, pág. 61.

En el segundo de los supuestos enunciados, qué ocurre cuando los jueces de la jurisdicción ordinaria, sin alegar razón alguna, abiertamente incumplen la doctrina legal del tribunal constitucional, aun cuando la parte interesada la alegue y pruebe, merece consideración aparte. En este caso, se está frente a la violación constitucional del principio que impone el deber de observar que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado —artículo 204 constitucional—, transgresión cuya responsabilidad debe ser deducida, según disponen las normas contenidas en los artículos 154 y 155 constitucionales, y sin perjuicio de que también, por cuestiones de menor jerarquía, la resolución que se dicte, según el supuesto que se examina, incumpla las directrices que señala la literal d) del artículo 147 de la Ley del Organismo Judicial: «d) *Las consideraciones de derecho que harán mérito del valor de las pruebas rendidas y de cuáles de los hechos sujetos a discusión se estiman probados; se expondrán, asimismo, las doctrinas fundamentales de derecho y principios que sean aplicables al caso y se analizarán las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descansa la sentencia*».

4.2. Perspectiva legislativa

Por otro lado, no debe pasar inadvertida la Ley del Organismo Judicial, que contiene una prescripción, la comprendida en su artículo 2, que señala que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico y que la jurisprudencia la complementará, disposición que parece estar en abierta oposición con la Constitución.

Aunque la Constitución misma no haya reservado disposición alguna para normar las fuentes de derecho en el sistema jurídico guatemalteco, y la Ley del Organismo Judicial prescriba que sus preceptos son las normas generales de aplicación, interpretación e integración de tal ordenamiento —artículo 1—, no puede dejarse de lado que solamente la Ley Fundamental es fuente primaria de derecho: la ley, el ordenamiento jurídico entero, debe guardar, como es *condictio sine qua non*, coherencia absoluta con aquélla. La ley será fuente de derecho, en segundo plano, en tanto en cuanto observe fidelidad con los principios y valores postulados por la Constitución.

Entonces, si un juez de la jurisdicción ordinaria, como en efecto ocurre, tiene presente que sólo la «ley» es fuente de derecho y que la jurisprudencia sólo es *complemento* de la ley, se obtiene, como resultado final, la transparencia del mandato supremo que ordena observar el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado, según reza la norma contenida en el artículo 204 constitucional y que es obligatorio para él resolver conforme la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad, según dispone expresamente la norma contenida en el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Es evidente que tales disposiciones de la Ley del Organismo Judicial —artículos 1 y 2— no pueden coexistir junto con la norma matriz, desde luego que la Ley Fundamental, como fuente superior de producción jurídica (...) «*constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden.*» (...)»²¹⁰.

El Estado constitucional de Derecho requiere, para su afirmación como modelo de garantía de los derechos fundamentales²¹¹, que se observe a pie juntillas que la sustancia constitucional, integrada por los principios y valores que predica, prevalece sobre el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, precedente o doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad constituye, con sus naturales excepciones, al ser producción humana, una fina destilación de esa sustancia constitucional, cuya observancia pretende: lograr los fines de la organización del Estado, a través de la dotación de seguridad jurídica, merced a la estabilidad y uniformidad que se obtiene al seguir los precedentes.

En materia de casación, que tiene por propósito que la Corte Suprema de Justicia verifique el estricto cumplimiento de la ley por parte de los tribunales de inferior jerarquía²¹², no puede escaparse lo referente a la motivación constitucional de la sentencia²¹³; esto es, que en toda resolución todos los tribunales de justicia deben

²¹⁰ Kelsen, **Ob. Cit.**; pág. 94.

²¹¹ Cf. Ferrajoli, **Ob. Cit.**; págs. 20 y ss.

²¹² Cf. Midón, Gladis E. de, **La Casación —Control del «juicio de hecho»—**, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001.

²¹³ Morillo, Augusto M., **La Casación —Un modelo intermedio eficiente—**, 2a. ed.; Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2000, págs. 147 y ss.

observar el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado —artículo 204 constitucional—, extremo que impide aceptar que la función exclusiva de la casación sea estrictamente de control de legalidad, tal como se le concibió durante la Revolución Francesa, época en la que la Asamblea la instituyó (1791) como (...) «*control superior sobre la regularidad de los juicios dictados por los tribunales judiciales*» (...) ²¹⁴, cuestión estrictamente formal que sometía a los jueces a serviles aplicadores de la ley, negándoseles la capacidad de creación de Derecho, extremo que explica por qué, por ese tiempo, se prohibía la generación de jurisprudencia, limitaciones que cambiaron radicalmente con el Código Civil de los franceses o Código de Napoleón de 1804, que encomendó a los jueces resolver en casos de silencio, oscuridad e insuficiencia de la ley, bajo pena de culparles por denegación de justicia ²¹⁵ y con la Ley de 1837, que aceptó la jurisprudencia como medio de producción jurídica ²¹⁶.

La casación en el sistema jurídico guatemalteco está regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil, que permite la casación por motivos de fondo y forma (artículos 621 y 622). La casación por motivos de fondo admite su interposición por varios submotivos, entre ellos, cuando la sentencia o auto recurrido contenga violación, aplicación indebida o interpretación errónea de las leyes o doctrinas legales aplicables (numeral 1º del artículo 621). Esta misma disposición conceptúa la doctrina legal —de la Corte Suprema de Justicia— como la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos.

Debe entenderse, entonces, que el quebrantamiento o no observancia de la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias dictadas por los tribunales de segundo grado, susceptibles de recurrirse de casación, da lugar a casación de fondo por violación, aplicación indebida o interpretación errónea de

²¹⁴ Carré de Malberg, **Ob. Cit.**; pág. 661.

²¹⁵ El artículo 4 del Código Civil francés dice: «*Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*» Dalloz, **Jurisprudence Générale Dalloz**, Code Civil, París, 1988.

²¹⁶ Carré de Malberg. **Ob. Cit.**; pág. 664.

doctrinas legales aplicables, en cuyo caso, el casacionista debe citar, al menos, cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación, que enuncien un mismo criterio, y no interrumpidos por otro en contrario, según reza la norma que se contiene en el artículo 628 del Código Procesal Civil y Mercantil .

La Corte Suprema de Justicia, al igual que lo hace la Corte de Constitucionalidad, publica la Gaceta de los Tribunales, que recoge los textos de sus sentencias de casación, entre otros contenidos y, además, edita en formato digital una edición de la Gaceta, que facilita la búsqueda de información sobre las resoluciones dictadas por esa Corte; sin embargo, como se dijo en §4.1, ambos medios para nada son suficientes para que los jueces de segunda instancia puedan conocer la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia, extremo que provoca, por desconocimiento, la violación de los precedentes del Tribunal de Casación. Por supuesto que esta realidad también impide que las partes puedan servirse de la doctrina legal, como argumento para fortalecer sus respectivas proposiciones. También es esta una auténtica restricción de acceso a la justicia, tanto de la jurisdicción ordinaria como constitucional, que es libre, o debería serlo, conforme lo dispone la norma contenida en el artículo 29 constitucional.

La razón del Derecho parece no radicar en los valores superiores (justicia), que en efecto pretende alcanzar, sino más bien en el orden, en la certeza de conocer, de antemano, a qué atenerse en determinadas circunstancias. En otras palabras: el Derecho busca, primero, dotar de seguridad jurídica a la población. Para ese propósito fundamental se organiza el Estado. La jurisprudencia, el precedente o la doctrina legal, como quiera que se le llame, procura certeza, estabilidad y uniformidad a la administración de justicia y, a la vez, su existencia misma se instituye en derecho fundamental, porque garantiza la efectividad de los derechos de la población, lo que hace inteligible que Hamilton escribiera: (...) «*Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presenten*» (...) ²¹⁷.

Pero ¿qué ocurre cuando las Cortes productoras de doctrina

²¹⁷ Hamilton, Jay y Madison, **Ob. Cit.**; pág. 335.

guardan para sí su conocimiento, a la manera del antiguo Colegio de los Pontífices romanos? La respuesta es simple: Se viola la Constitución, por impedir el cumplimiento de los fines de la organización del Estado y por obstaculizar el acceso efectivo a la justicia.

CONCLUSIONES

1. La función que desempeñan los jueces en cuanto a la incidencia de sus decisiones respecto de las fuentes del Derecho varía ostensiblemente cuando se comparan los sistemas jurídicos agrupados en las familias del *civil law* y del *common law*.
2. En los sistemas de la familia del *civil law*, los jueces se ven limitados a las fuentes jurídicas que deben tener en cuenta para resolver los casos sometidos a su jurisdicción, en su orden: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Aquí la jurisprudencia desempeña un papel secundario, aunque en la actualidad ha cobrado suma importancia, pero ello no implica el desplazamiento de la ley como fuente.
3. Los sistemas de la familia del *common law* es común que tengan como fuentes, en orden de importancia: el precedente, la legislación, la costumbre, la razón y la doctrina. En estos la ley tiene un papel secundario, aunque no despreciable, y es el precedente (erigido sobre la doctrina del *stare decisis*) la base de sus sistemas jurídicos. La función del juez reviste de mayor importancia e incidencia debido a que los precedentes que emite contienen el derecho vigente de manera no codificada. La doctrina del *stare decisis* es la que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares.
4. Con base en su sistema de fuentes, los ordenamientos de la familia del *civil law* suelen caracterizarse por: a) identificar a la ley como su fuente más importante; b) la jurisprudencia se limita al ámbito de interpretación de la normativa vigente; c) la norma jurídica, que es genérica, surge de la ley y es aplicada caso por caso por los tribunales; d) se basan, sobre todo, en la normativa emanada por los poderes Legislativo y Ejecutivo, y e) tienen la posibilidad de evolucionar de manera más acelerada y pueden adaptarse más rápido a los cambios que experimenta la

sociedad.

5. Con base en su sistema de fuentes, los ordenamientos de la familia del *common law* suelen caracterizarse por: a) basarse fundamentalmente en el precedente judicial, el cual, en principio, es vinculante para los tribunales inferiores; b) se basan en el análisis de las sentencias anteriores y en la interpretación que estas sentencias dan a las leyes; c) se apoyan en un criterio de independencia de los propios jueces; d) el carácter vinculante del precedente judicial, en ocasiones impide que el Derecho se adapte a situaciones nuevas que experimenta la sociedad, ya que la separación de la doctrina emanada del precedente judicial resulta excepcional.
6. En el *common law* el énfasis está en el caso individual; en el *civil law* radica en una serie o grupo de casos que crean una práctica. En el *common law*, en ciertas condiciones, el precedente obliga; en el segundo la jurisprudencia tiene poder persuasivo pero, en general, no es reconocida como fuente de Derecho. Mientras que en el *common law* los jueces *deben* resolver el caso a la luz del precedente aplicable, en el *civil law* los precedentes *pueden* ser usados como criterio para decidir un caso nuevo.
7. La jurisprudencia en Guatemala está reglada como medio de producción jurídica.
8. La ausencia de publicaciones sobre la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Suprema de Justicia, técnicamente elaboradas, que proporcionen el conocimiento necesario sobre sus precedentes, viola la Constitución, por impedir el cumplimiento de los fines de la organización del Estado y por obstaculizar el acceso efectivo a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nicola, **Diccionario de Filosofía**, 4a. ed.; Traducción José Esteban Calderón, Alfredo N. Galleta, Eliane Cazenave Tapei Isoard, Beatriz González Casanova y Juan Carlos Rodríguez, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2004.
- AFTALIÓN, Enrique, *et. al.*, **Introducción al Derecho**, 4a. ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2004.
- AGUDELO RAMÍREZ, Martín, **Fuentes del ordenamiento jurídico procesal**, Revista Internauta de Práctica Jurídica (16 de abril de 2008), http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num17/num17/ftes%20Ord.20Jur%EDdico%20espa%F1ol.pdf.
- CACHEIRO FRÍAS, Roberto O., **Los sistemas de derecho del mundo** (6 de mayo de 2008) http://www.cacheirofrias.com.ar/sistemas_juridicos_del_mundo.htm.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, **Teoría General del Estado**, 2a. ed.; 2a. reimpresión; Traducción José Lión Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- CHICO Y ORTIZ, José María, **El principio de seguridad jurídica**, Revista Notarial, Órgano del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 88, No. 860, Enero-febrero, Buenos Aires, 1982.
- Código Civil francés, Dalloz, **Jurisprudence Générale Dalloz, Code Civil**, París: (s.e.), 1988.
- DAVID, René, **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**, 2a. ed.; traducción de Pedro Bravo Gala, España, Ed. Aguilar, 1973.
- DÍEZ PICAZO, Luis, **Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho**,

Barcelona, España, Ed. Ariel, 1975.

FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías —La ley del más débil—**, 3a. ed.; Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Ed. Trotta, 2002.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, **Introducción al Estudio del Derecho**, 45a. ed.; México, Ed. Porrúa, 1993.

GUARNIERI, Carlo y Patricia Pederzoli, **Los jueces y la política. Poder judicial y democracia**, Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azúa, España, Ed. Taurus, 1999.

HAMILTON, Alexander, John Jay y James Madison, **El Federalista**, 2a. ed.; Prólogo y versión directa Gustavo R. Velasco, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1957.

ITURRALDE SESMA, Victoria, **El precedente en el common law**, Madrid, España, Ed. Civitas, 1995.

KELSEN, Hans, **Teoría pura del derecho —Introducción a la problemática científica del Derecho—**, 2a. ed; México, Ed. Nacional, 1981.

KLUG, Ulrich, **Lógica jurídica**, 2a. reimpresión; Traducción J.C. Gardella, Bogotá, Ed. Temis, 2004.

KRÜGUER, Pablo, **Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano**, México, Ed. Nacional, 1967.

KUHN, Thomas Samuel, **¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos**, Traducción José Romeo Feito, Grandes Obras del Pensamiento No. 76, Barcelona, Ed. Altaya, 1994.

LEGARRE, Santiago, **Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos**, Argentina, Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires, 2005 (16 de abril de 2008) <http://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/subs-leynatural/esp/docs-articulos/pdf/legarre-01.pdf>.

MERRYMAN, John Henry, **La tradición jurídica romanocanónica**, 3a. reimpresión; traducción de Eduardo Suárez, México,

Fondo de Cultura Económica, 1997.

MIDÓN, Gladis E. de, **La Casación —Control del juicio de hecho—**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat Barón de, **Del espíritu de las leyes**, Traducción Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Colección grandes obras del pensamiento, No. 10, Barcelona, Ed. Altaya, 1993.

MORILLO, Augusto M., **La Casación —Un modelo intermedio eficiente—**, 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 2000.

MOUCHET, Carlos y Ricardo Zorraquín Becú, **Introducción al Derecho**, 20a. ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 2000.

NINO, Carlos Santiago, **Introducción al análisis del derecho**, 2a. ed., 3a. reimpresión; Colección mayor Filosofía y Derecho No. 5, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1987.

PECES-BARBA, Gregorio, *et. al.*, **Curso de teoría del Derecho**, 2a. ed.; España, Ed. Marcial Pons, 2000.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, **Lecciones de Teoría Constitucional**, 2a. ed.; Madrid, España, Ed. Colex, 2006.

RADBRUCH, Gustav, **Filosofía del Derecho**, 4a. ed.; Madrid, España, Ed. Revista de derecho privado, 1959.

RECASÉNS SICHES, Luis, **Tratado de filosofía del Derecho**, 18a. ed.; México, Ed. Porrúa, 2006.

ROLZ BENNETT, José, **El problema de la seguridad en la estimativa jurídica**, Revista del Colegio de Abogados de Guatemala, No. 21. Enero-junio, Guatemala, 1985.

RUSSO, Eduardo Ángel, **Teoría general del Derecho. En la modernidad y en la posmodernidad**, 3a. ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2004.

SCHREIER, Fritz, **Conceptos y formas fundamentales del Derecho —Esbozo de una teoría formal del Derecho y del Estado**

sobre base fenomenológica—, Traducción Eduardo García Máynez, México, Ed. Nacional, 1975.

SCHULZ, Franz, **Principios del Derecho Romano**, Traducción Manuel Abellán Velasco, Madrid, España, Ed. Civitas, 1990.

SEGURA MUNGUÍA, Santiago, **Frases y expresiones latinas de uso actual**, España, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, **Sistemas jurídicos contemporáneos**, 10a. ed.; México, Ed. Porrúa, 2007.

SLAPPER, Gary y Kelly David, **English Legal System**, Londres, Ed. Cavendish Publishing, 1994.

SOHM, Rodolfo, **Instituciones de Derecho Privado Romano**, Traducción Wenceslao Roces, México, Ed. Nacional, 1975.

SORIANO, Ramón, **Compendio de teoría general del Derecho**, 2a. ed.; Barcelona, España, Ed. Ariel, 1993.

Tribunal Constitucional, **Jurisprudencia constitucional. Índice acumulativo analítico-alfabético, correspondiente a los tomos primero a decimotercero**, Secretaría General, Guatemala, (s.e.), (s.f.).

VÁSQUEZ, Humberto, **Diccionario de Derecho Romano. —Palabras, locuciones y aforismos latinos—**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Zavalia, 1998.

VILLA-REAL MOLINA, Ricardo y Miguel Ángel Del Arco Torres, **Diccionario de términos jurídicos**, 2a. ed.; Granada, España, Ed. Comares, 2006.

WEBER, Max, **Economía y sociedad**, 2a. ed., 14a. reimpresión; Traducción: José Medina Echeverría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez, y José Ferrater Mora, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig, **Tractatus logico-philosophicus**, Traducción Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Grandes Obras del Pensamiento No. 37, Barcelona, Ed. Altaya, 1994.

TEMA III

**LOS SISTEMAS JURÍDICOS
BASADOS EN IDEAS RELIGIOSAS**

TEMA III

**LOS SISTEMAS JURÍDICOS
BASADOS EN IDEAS RELIGIOSAS**

Doctorandos:

Sonia Judith Alvarado López

Aleida Rosario Ochoa López

Luis Fernando Godoy Gil

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 137

CAPÍTULO I

1. DERECHO MUSULMÁN

1.1. Orígenes del Derecho Musulmán 139
1.2. Fuentes del Derecho Musulmán 141
1.3. Características del Derecho Musulmán..... 143
1.4. Poder Reglamentario 144
1.5. Las Escuelas Islámicas 144

CAPÍTULO II

2. DERECHO JAPONÉS

2.1. Aspectos generales 149
2.2. El derecho: algo no usado..... 150
2.3. Etapa constitucional 151
2.4. Fuentes del Derecho..... 153

CAPÍTULO III

3. EL SISTEMA JURÍDICO DE LA INDIA

3.1. Generalidades 155
3.2. Sistema jurídico-religioso 156
3.3. Escuelas y castas 158
3.4. Conciencia 159

3.5. Recurso a los pundits.....	160
3.6. Deformación del Derecho Hindú	160
3.7. El período de la independencia en la India.....	161
3.8. Actuales tendencias	162
3.9. El derecho nacional de la India.....	162
3.10. La pertenencia última a la familia del <i>Common Law</i>	163
CONCLUSIONES	165
BIBLIOGRAFÍA	167

INTRODUCCIÓN

Comúnmente los sistemas jurídicos son agrupados en familias; de ellas las más comunes para los latinoamericanos son la del *civil law* y la del *common law*. A esta taxonomía se han sumado otras familias cuyos sistemas son de carácter *mixto* o *híbrido* en virtud de que no responden a una sola tradición o familia jurídica en particular.

A las familias citadas han de aparejarse los sistemas religiosos, que poseen amplia *data*, los cuales no pueden ser agrupados como familias. La razón de que ello no sea posible, pese a reunir características que le son afines, es que no pertenecen a una tradición que les sea común; ello es, que no descienden de un sistema originario, sino que responden a creencias religiosas con fundamentos diversos.

Así, estos sistemas constituyen conjuntos de normas que regulan, en determinados países, las relaciones humanas, sea en su totalidad, o bien en algunos de sus aspectos. No existe en estos sistemas interés alguno por los derechos individuales; en ellos el acento se coloca sobre las obligaciones que pesan sobre el hombre justo.

Mientras los sistemas jurídicos agrupados en el *civil law* tienen como fuente primordial la Ley, y los agrupados en el *common law* el precedente judicial los sistemas religiosos, se caracterizan por tener como fuente la revelación divina (Derecho musulmán); el *Giri* (Derecho japonés) y la costumbre (Derecho hindú).

En los sistemas religiosos la convivencia social busca alcanzarse mediante la observancia reiterada de ritos espirituales o religiosos de tipo existencial, moral y sobrenatural. Estas prácticas prolongadas, constantes y sin cambios fundamentales en sus creencias, inicialmente carecían de estructura formal pero gozaban de fuerza vinculante u obligatoriedad para todos los miembros de la

comunidad, y su inobservancia era motivo de malestar generalizado y de castigo por parte de sus miembros.

Así, en estos sistemas, la *religión* acude a la repetición de ritos o creencias divinas que norman la vida espiritual de los seres humanos y que al igual que, la costumbre, regulan una serie de tradiciones culturales, credos, ritos que influyen decisivamente en la vida cotidiana de cada creyente o cada sociedad y en su ordenamiento jurídico, como acontece en los sistemas jurídicos religiosos. De ahí su denominación.

Conforme a lo expuesto, la presente investigación trata de describir, en resumen, el origen, las características, y fuentes de sistemas asentadas en ideas religiosas, en relación con los demás sistemas contemporáneos. Son objeto de estudio particular, el Derecho musulmán, el Derecho japonés y el Derecho hindú.

CAPÍTULO I

1. DERECHO MUSULMÁN

1.1. Orígenes del Derecho Musulmán

Relatan los estudiosos, que Mahoma (570-632), nacido en La Meca (Arabia Félix, una región fértil del suroeste y del sur de Arabia, actualmente Asir y Yemen), desde su juventud se relacionó con el comercio practicado por nómadas camelleros del desierto, de costumbres paganas e influenciados por cristianos y judíos principalmente, lo que hizo de Arabia una región politeísta.

La Meca representaba el centro de comercio más próspero, principalmente porque en ella existían varios templos en los que se reverenciaba a varios ídolos, templos que atraían a un gran número de peregrinos y mercaderes de diferentes tribus, haciendo de Arabia una gran región politeísta.

Durante su juventud, Mahoma hizo muchos viajes, lo que le permitió ser una persona con amplio conocimiento de las costumbres de otras regiones de Arabia. A la edad de 40 años, aproximadamente, cuando se encontraba en oración en el monte Hira, en las afueras de La Meca, tuvo una visión del arcángel San Gabriel, enviado de Allah, quien le reveló la misión que el Todopoderoso le estaba encomendando desde ese momento, que era guiar a toda la raza árabe.

Apoyado Mahoma por un grupo de seguidores aceptó la misión, y desde entonces se convirtió en un profeta que repetía verbalmente cada revelación que le hacía el arcángel San Gabriel, por ser éste iletrado. Las predicaciones de Mahoma fueron recogidas por fieles suyos y llegaron a constituir el Corán, que reúne todas las recitaciones que contienen artículos de fe, enseñanzas, prescripciones rituales, oraciones y decisiones jurídicas.

Estas recitaciones no tenían orden alguno, sino que fueron recogidas por los seguidores de Mahoma en el momento que le llegaban. A medida que pasaba el tiempo, y al ir adquiriendo Mahoma autoridad sobre la primera comunidad musulmana de Medina, se dice que las revelaciones se hicieron más largas,

centradas en la solución de los conflictos prácticos que debían afrontar él y sus seguidores.

A Mahoma se le tiene como fundador del *Islam*, palabra que en idioma árabe significa sumisión, y denomina como *musulmán* a todo integrante del mismo; tal vocablo significa *creyente*.

Los musulmanes tradicionalistas y modernos sustentan la tesis que existen ciertos lazos entre algunas de las secciones del Corán y episodios de la vida de Mahoma, aunque en general suele aceptarse que las primeras revelaciones fueron breves y se caracterizaron por su lenguaje poético.

Por el auge de la nueva religión, el profeta Mahoma corrió mucho peligro a manos de los koreichitas, que dominaban la ciudad de La Meca, y tuvo que emigrar a la ciudad de Medina, lugar donde consolidó la nueva religión, e hizo construir una mezquita para congregar a los creyentes de todas partes del mundo y juntos dar culto a **Allah**; es en esta ciudad, donde el Islam estableció la reglamentación que permanece hasta nuestros días.

Como consecuencia de la implantación de una religión monoteísta hubo serios enfrentamientos entre las ciudades de Medina y La Meca, y aunque ninguna de ellas obtuvo éxito frente a la otra, la ciudad de La Meca permitió el regreso de los musulmanes y fue hasta entonces cuando esta ciudad abrazó la fe del Islam. A decir de los historiadores, “*el profeta realizó una peregrinación solemne a La Meca, en donde entró triunfante y convirtió el santuario de la Cava o de la piedra negra, en el máximo templo del culto monoteísta árabe*”²¹⁸, y es esta la razón por la que los musulmanes hacen peregrinación una vez al año a la ciudad de La Meca.

En el criterio de Sirvent Gutiérrez la unificación religiosa permite “*la unidad política de Arabia y crea una nación fuerte, unida por el fervor de una fe común*”²¹⁹

²¹⁸ Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Editorial Porrúa, 10ª. Edición, México, 2007, pág. 169.

²¹⁹ Ídem.

1.2. Fuentes del Derecho Musulmán

Características particulares de la ideología islámica son: Que se extiende a todos los musulmanes dispersos en el mundo y que abarca todos los aspectos de su vida, incluido un sistema de aplicación de sus leyes.

Las fuentes del Derecho Musulmán son: el Corán, libro sagrado del Islam; la Sunna, o tradición relativa al enviado de Dios; el Idjma, o consentimiento universal de la comunidad musulmana, y El Quiyás, o razonamiento por analogía.

Del Corán, libro sagrado inspirado por **Allah** (Dios), emanan las demás fuentes.

El Corán: o Alcorán: nombre “*que procede del término árabe Al Qur’am, que significa recitación o lectura recitada, es el nombre del libro sagrado del Islam que contiene la doctrina transmitida por Mahoma a sus seguidores, la cual le fue revelada por Allah a través del arcángel Gabriel*”²²⁰

El Corán es equivalente a un código civil, ya que regula, con las prácticas de culto, las relaciones legales entre los creyentes, y dado que es una revelación divina no puede ser reformado.

La Sunna (tradición relativa al enviado de Dios): “*significa modelo o ejemplo y representa el modo de ser y de conducirse del profeta, cuyo recuerdo debe servir de guía a los creyentes; está constituido por un conjunto de h’adith que son parábolas relativas a los actos y palabras de Mahoma, según han sido transmitidas por una cadena ininterminable de intermediarios*”²²¹

El Idjma (consentimiento universal de la comunidad musulmana). Como todo ordenamiento jurídico tradicional, supone unicidad, plenitud y coherencia. Ese término evoca estos principios, porque el Corán y la Sunna no son suficientes para regular todos los problemas que se presentan. Se trata de un acuerdo consensuado

²²⁰ Ídem.

²²¹ Montero, Pablo, Arabia Saudita, Principio y Presente en la Historia, Editorial Gubal, México, 1990, pág. 53.

entre los doctores de la Ley que pretende “*poner remedio a su insuficiencia y para explicar e interpretar ciertos pasajes de la doctrina, se ha desarrollado el dogma de la infalibilidad de la comunidad musulmana cuando la opinión de ésta es unánime*”²²²

El Corán y la Sunna, “*son fundamentalmente históricas y el juez ya no está obligado a consultarlas directamente, ya que una interpretación infalible y definitiva de la misma ha sido llevada a cabo mediante el Idjma; en la actualidad para conocer el derecho musulmán, sólo debe consultarse los libros del fiqh aprobados por el Idjma que es actualmente la única base dogmática del derecho musulmán*”²²³

El Quiyás (razonamiento por analogía). Por ser el Derecho Musulmán un derecho cerrado que debe contar con respuesta para todos los problemas que se le presenten, fue preciso establecer el sistema del razonamiento por analogía o **quiyás**, el que por su relevancia contemporánea ha sido elevado al rango de fuente del Derecho musulmán. Pero este sistema no puede crear normas fundamentales con valor absoluto.

Añadiendo a las fuentes debe señalarse la importancia que tiene, y primer lugar, *el Char' o Char'ia* (“*el camino a seguir*”), que es la parte del Derecho Musulmán que contiene principios, doctrinas y dogmas, razón por la cual los estudiosos árabes señalan que es una ciencia que impone al creyente el camino a seguir, cómo debe comportarse, reparando en las obligaciones respecto de sus semejantes, y sus obligaciones y deberes para con **Allah**.

A diferencia de los demás sistemas jurídicos se ocupa poco de sancionar la infracción de sus normas, porque al ser una concepción esencialmente teocrática el Estado sólo se justifica como servidor de la religión revelada.

Luego el **Fiqh**: libro que codifica la ciencia jurídica o “la ciencia de deducir leyes islámicas de la evidencia que se encuentra en las fuentes de la Ley islámica. Por lo tanto también se refiere al

²²² David, René, Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Trad. Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 396.

²²³ Sirvent Gutiérrez, Consuelo, Ob. Cit., pág. 173.

cuerpo de leyes islámicas así deducidas”²²⁴ Como un sistema doctrinal, el Fiqh esta fundado sobre la autoridad de las fuentes reveladas o cuya infalibilidad ha sido reconocida.

En los estados musulmanes los gobernantes no crean leyes, pero algunas veces elaboran reglamentos administrativos, siempre que no contraríen el Derecho Musulmán y que no entren en conflicto con él.

Dentro de la comunidad musulmana se reconoce también la existencia de diferentes vías (*madhad*), denominadas comúnmente **ritos**, que representan una escuela que interpreta el Derecho Musulmán a su manera.

Estos ritos datan del siglo II de Hégira y consideran a unos ortodoxos, con similitud cristiana con la que algunos rituales son considerados por Roma como católicos, y otros como heterodoxos.

1.3. Características del Derecho Musulmán

René David, en su libro “Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos” subraya como característica del Derecho Musulmán “*El carácter arcaico de algunas de sus instituciones, su aspecto místico y su ausencia de sistematización.*”²²⁵ Se formó en la Alta Edad Media y se le compara con el Derecho Canónico; es un “*Sistema fundado en el Corán, que es un libro revelado, el Derecho Musulmán, debe considerarse totalmente independiente de los demás sistemas jurídicos, que no tienen la misma fuente*”²²⁶

“Las semejanzas que pueda presentar en algún aspecto con otros sistemas jurídicos por lo que respecta a las soluciones ofrecidas sólo pueden ser atribuidas, según la ortodoxia musulmana, a simples coincidencias; no se trata, en ningún caso, de legados recibidos por el

²²⁴ Abuameenah Bilal Philips La Evolucion del Fiqh (La Ley Islámica y Los Madh-Habs), Internacional Islamic Publishin House, 1988/1499AH, pág. 1.

²²⁵ David, René, pág. 362.

²²⁶ Ídem.

Derecho Musulmán del pensamiento extranjero".²²⁷

Se ha adelantado que el sistema jurídico es parte integrante de la religión, y es por ello que no hay autoridad facultada para modificarlo; no repara en sanciones por la infracción a su normativa, porque al trasgresor simplemente se le sanciona separándolo de la comunidad islámica, que opera a escala mundial; es inmutable y permite resolver satisfactoriamente necesidades de la sociedad moderna por medio de simple reglamentación administrativa. Su expansión ha sido posible porque no exige a sus creyentes el sacrificio de los modos de vida consagrados por la costumbre, constituyendo ésta otra característica, porque permite un amplio margen para la iniciativa y la libertad del creyente.

1.4. Poder Reglamentario

Ante la necesidad de adaptarse al mundo contemporáneo, en el Derecho Musulmán se promulgó un reglamento administrativo que, en opinión de muchos musulmanes, atentó contra normas sustantivas que descansan en la tradición, y no obstante ello, reconoce a las autoridades la facultad de promulgar disposiciones dirigidas a asegurar el bienestar de la comunidad musulmana, siempre que estas medidas no contravengan la tradición; razón por la que se ha hecho uso intenso de este poder reglamentario que ha permitido desarrollar en esa forma ramas enteramente nuevas del Derecho.

1.5. Las Escuelas Islámicas

Al fallecimiento de Mahoma, en el año 632 aproximadamente, le sucedieron en la cabeza de la comunidad musulmana los califas, palabra que en idioma árabe significa "sucesor del Enviado de Dios". Fueron muchos los que se atribuyeron tal calidad propiciando la coexistencia de varios califas, cada uno reconocido por un sector de musulmanes. Dado que a la muerte del profeta no se contaba con procedimientos para sustituirlo se acudió al modo tradicional de

²²⁷ Ob. Cit. pág. 362.

elegir a un líder; esto es, en una asamblea de notables. Se dice que su primer sucesor fue su suegro, a quien se confirió el título de *Jalifa* o sucesor.

Como religión, el Islam no cuenta con una autoridad eclesiástica superior que permita regir la vida de más un mil doscientos millones de musulmanes con determinadas acciones; pero reconoce que la divinidad exige a los hombres, el **shahada**, que representa el testimonio de fe en la unidad divina; el **salawât, sg. Salât**, u obligación de cinco oraciones diarias; el **sawn**, o ayuno mantenido durante el mes de Ramadán; el **zakât**, u obligación de contribuir económicamente a la sociedad, y el **hagy**, que impone la peregrinación a La Meca, representa la obligación de todo musulmán de hacer una peregrinación anual.

Los elementos antes mencionados se apoyan en el Corán y en la Sunna, a los que se recurre para resolver controversias, pero las distintas interpretaciones han originado divergencias.

Así lo expresa David: “Tales divergencias determinaron el surgimiento de un gran número de escuelas o sistemas (llamados ritos) que convirtieron el fiqh en disciplinas autónomas, en auténticos códigos de los musulmanes”.²²⁸

De las varias escuelas jurídicas que han surgido unas no sobrevivieron, pero otras han tenido mucha acogida, especialmente la de los ortodoxos o sunnies, que son las que prevalecen en la actualidad. Hay cuatro escuelas importantes:

Escuela Hanefi Fundada por el persa Abu Hanifa, esta escuela da mucha importancia a la opinión personal y a la deducción analógica, y dió lugar a una literatura casuística que “*se extendió a todo el imperio otomano, y que es hoy oficial para los musulmanes sunnies en Jordania, Líbano, Siria, Irak, Afganistán, Pakistán*”²²⁹. En la actualidad se sigue en Turquía, Siria, parte de Egipto, Asia Central, China y la India.

²²⁸ David, René, pág. 360.

²²⁹ Ídem.

Escuela Maleki “*Se fundó en Medina, por Malik Ibn Anas, (713-795) son muy pocos los musulmanes que la practican. Se ha seguido en parte de Egipto, Mauritania, Sudán central y occidental, Nigeria y noroeste de Eritrea*”²³⁰

Esta escuela se orienta por el Corán, como el resto de las escuelas, pero basa sus decisiones en la Sunna y el Derecho consuetudinario de Medina, ciudad donde se formó la primera comunidad islámica bajo la dirección del profeta Mahoma. Acepta la opinión personal, admite la deducción analógica y el consenso de los doctores de la Ley, y en la actualidad es la de mayor arraigo en parte de los países del norte de África, excepto Egipto.

Escuela Xafei “*Fundada por Muhamed Ash Shafi’i (713-795) cuyos adeptos constituyen la tercera parte de los musulmanes sunnies, siendo ellos los habitantes de Etiopía meridional, Somalia, una pequeña parte de Eritrea, los de Kenya y Tangañika la mayor parte de los habitantes de El Cairo, gran parte de los musulmanes que habitan el Estado de Israel, y todos los sunnies de Yemen*”²³¹.

Se distingue por hacer una exposición metódica de las bases jurídicas con la intención de definir un método que pudiera disminuir las diferencias que han existido entre los doctores de la Ley; rechaza la opinión personal y reconoce el consenso de los doctores y la deducción analógica. Se extendió por las costas del Océano Índico, gracias a los marinos y comerciantes árabes. En la actualidad es mayoritaria en Egipto, África oriental, Indonesia, Malasia y en los núcleos musulmanes de Tailandia, Filipinas y Vietnam

Escuela Hambali Fue su fundador Ahmad ibn Hanbal (780-855) y se caracteriza porque en un porcentaje muy elevado se apoya en el Corán y la Sunna, como fuentes de derecho, pero no admite más consenso que el de los compañeros del Profeta y se asiste de fuentes auxiliares como la opinión personal y la deducción por analogía; “*es profesada por toda la población de Arabia central, Tejed y territorios sobre el Golfo Pérsico, y algunos grupos de Irak, Siria e*

²³⁰ Ídem.

²³¹ Ídem.

*Israel*²³².

*En resumen, ha dicho Alessandro Aruffo: “El Islam se presenta como una religión universal de salvación privada de sacramentos o dogmas. Se la describe como una religión “Legal” por la superioridad de los doctores de la ley a la hora de interpretar los principios coránicos y se considera una de las posibles formas de ser socialista, de perseguir la justicia social y el fin de la explotación del hombre por el hombre, como parece quedar expresado en el Corán.*²³³

²³² Ídem.

²³³ Aruffo, Alessandro, El Mundo Islámico, Editorial Popular, S. A. España, 2002, pág. 41.

CAPÍTULO II

2. DERECHO JAPONÉS

2.1. Aspectos generales

Abordar el tema del Derecho japonés dentro del presente trabajo denominado Los Sistemas Jurídicos basados en ideas religiosas, se hace tomando en cuenta sus antecedentes y los aspectos que los habitantes del Japón han tenido a lo largo de la historia como derecho, no pretendiendo dar ideas propias, sino se trata meramente de una descripción.

Para desarrollar este subtema se hace necesario exponer varios aspectos, los cuales son:

- **Geográficos:**

Japón, como se sabe, es un territorio insular constituido por un archipiélago formado por cuatro islas principales: Honshu, Hokkaido, Kyushu y Shikoku (de mayor a menor), una serie de cadenas de islas medianas y unas 3,900 islas menores.²³⁴

- **Religión**

Voz derivada de *Shinto*, que significa *camino de los dioses*. Desde su fundación, el sintoísmo fue la religión principal, cuyo origen y fundador se desconocen, pero en los libros *Kogibi* (712) y *Nihongi* (720) se narra la procedencia de los dioses del cielo y de la Tierra. Se caracteriza por su respeto a la naturaleza, a los antepasados y a los héroes nacionales, aunque subsiste su creencia en la divinidad del Emperador. Los dos santuarios más antiguos que se construyeron, se dice que en la época de la mitología de los dioses, fueron el de Ise y el de Izumo Taisha.

²³⁴ Diccionario Enciclopédico Océano, Tomo III.

Durante el siglo VI el budismo llegó de Corea y de China y se hizo común en el país, ejerciendo una importante influencia en todos los ámbitos. Durante los siguientes siglos, el budismo desempeñaría seria influencia en la creación de la cultura única del Japón,²³⁵ pero a partir del siglo XIX el *shintóismo* surgió y se afianzó como religión nacional.

- **Contacto tardío con Occidente**

Los historiadores señalan que “hasta 1853, Japón no había tenido ningún contacto con Occidente”²³⁶, limitando sus relaciones con China; ello debido a los puntos en común existentes entre las culturas china y japonesa.

2.2. El derecho: algo no usado

Japón estuvo regido por un conjunto de normas derivadas tanto de los usos como de la moral, que regulaban e indicaban la conducta que los individuos debían observar en sus relaciones recíprocas. Estas normas de comportamiento, denominadas *giri*, fueron una especie de sustituto del derecho y la moral. Consuelo Sirvent señala: “El *giri* sustituye al derecho y, según ciertos japoneses, sustituye incluso la moral. Se observa espontáneamente, no tanto porque corresponda a una cierta concepción de la moral o del deber, cuanto porque se incurriría en la censura social en caso de inobservancia. Para un japonés constituiría una vergüenza no respetar un *giri* que le atañe.”²³⁷ Algo rescatable del *giri* resulta del hecho de que estas normas de comportamiento, análogas a los ritos chinos, no son de aplicación u observancia general, pues “existe el *giri* del padre y del hijo, el del marido y el de la mujer, el del tío y el del sobrino, el de los hermanos entre sí...”²³⁸

²³⁵ Ídem.

²³⁶ David, René. Ob. Cit., pág. 415.

²³⁷ Sirvent, Consuelo. Ob., Cit. pág. 204.

²³⁸ Ibidem, pág. 418.

Normándose generalmente por un código de honor, puramente consuetudinario, hasta épocas recientes fue inútil o molesta la intervención del Derecho para resolver disputas, ya que, para los japoneses, la idea del mismo está asociada con la noción de castigo; de ahí que ser citado a un juicio se considere una vergüenza, lo que no significa inactividad de los tribunales, dado que la parte más importante de su actividad la constituye la función conciliadora antes que la decisoria.

2.3. Etapa constitucional

Los antecedentes históricos señalan que la historia moderna puede ubicarse en 1867 al asumir el joven Emperador Mutsuhito, quien adoptó el nombre de la dinastía Meiji. A él se debe a él la abolición del feudalismo que venía rigiendo al Japón. Aplicó un programa de modernización industrial y social, consistente este último en la declaración igualitaria, tanto de las clases sociales como de la misma nación, en relación con las potencias de Occidente, inicio de grandes cambios de tipo militar, industrial, político, económico y social, hasta culminar en un gobierno constitucional, en 1889, de corte prusiano, año en el que también promulgó el Código Civil.

La política modernizadora del Derecho surgió con el objetivo de poner fin a los tratados comerciales desventajosos y desiguales para Japón, y evitar que la influencia extranjera se convirtiera en un poder tutelar sobre la vida pública, como se observaba en China.

Japón, que por lo apuntado carecía de un sistema jurídico, optó por importarlo de Occidente, contratando juristas extranjeros, con cuya ayuda promulgó un Código Penal y un Código de procedimientos penales, de modelo francés; una ley relativa a la organización judicial y un Código de procedimientos civiles, siguiendo el modelo alemán. En la Constitución de 1889 se destacó que todas las atribuciones estuvieran centradas en la persona del Emperador, legitimado como monarca absoluto, sagrado y superior al gobierno, y que la soberanía residía en el Emperador.²³⁹

²³⁹ *Ibidem*, pág. 419.

Las mayores dificultades para la elaboración de nuevos códigos consistieron en traducir y adaptar ciertas nociones del Derecho occidentales, ajenas al pensamiento japonés, también la de crear neologismos japoneses adecuados para el entendimiento de los nuevos códigos. Alcanzando desarrollo con bastante rapidez, especialmente militar, se lanzó a la conquista de los territorios.

Japón fue conocido especialmente al sostener dos guerras, la primera de ellas con China, en 1894, y la segunda con Rusia, de 1904 a 1905; en ambas salió victorioso, éxito que le dio prestigio y gran fama, llegando a ser considerado una potencia mundial.

Al ocurrir la Segunda Guerra Mundial, Japón participó del lado de los llamados países del Eje, pero luego tuvo como principal enemigo a los Estados Unidos de Norteamérica, en el enfrentamiento entre ambos países en el transcurso de largos cinco años de lucha. Luego Japón fue cediendo las islas que había tomado en el Pacífico, hasta llegar a su total derrota con el estallido de sendas bombas atómicas en las ciudades de Hiroshima y Nagasaki, en 1945, lo que le llevó a capitular.

Después de su rendición, en septiembre de 1945, el Ejército de Estados Unidos ocupó al país, bajo la dirección del general Douglas McArthur, quien asumiendo el control en 1946, le impuso una Constitución de inspiración estadounidense, con el añadido de obligarlo a renunciar en términos absolutos al derecho de beligerancia y a no mantener ejércitos en su territorio, lo que no ha sido reformado en lo más mínimo.

En estas circunstancias se efectuaron importantes modificaciones en el Derecho japonés. En la nueva Constitución, de 1947, el capítulo I trata sobre el Emperador; el II, su renuncia a la guerra; el III consagra lo referente a los Derechos humanos, y la separación de poderes, y el IV regula el poder judicial y la forma de enmendar la Constitución. Los cambios se refieren a que la soberanía reside en el pueblo y no en el Emperador; la renuncia a la guerra como derecho soberano de la Nación; la Dieta (Congreso de dos Cámaras) elegida por sufragio universal y tenida por órgano del Estado; un Gabinete de Gobierno responsable ante el electorado; un poder judicial adscrito al *Common Law*, y el derecho de voto a todos los hombres y mujeres por igual.

Además, se emitieron varias leyes reglamentarias de la Constitución, entre ellas la Ley de Casa Imperial, la Ley del Parlamento, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Contraloría Estatal.

Aunque a la generalidad de los códigos existentes no se hicieron modificaciones significativas, el Código Civil sí fue objeto de cambios en sus libros cuarto y quinto, que se refieren a la familia y a las sucesiones, eliminando usos japoneses ancestrales como la discriminación de la mujer y la preferencia del primogénito en caso de sucesión. El Código de Procedimientos Penales, en cambio, fue sustituido por el de 1948, que acerca esa materia a la práctica estadounidense.

2.4. Fuentes del Derecho

La fuente más importante del Derecho japonés es la legislación; el sistema legal de Japón se basa, en primer lugar, en el derecho codificado, lo que no significa que los criterios de la Corte de Justicia carezcan de importancia; por el contrario, los demás tribunales los respetan y los siguen, como una de las fuentes primarias, ya que nuevas reglas de Derecho surgen de los casos resueltos por los jueces.²⁴⁰

Los precedentes son fuentes derivadas de las sentencias y decisiones de la Corte Suprema y de otros tribunales menores, que son estudiadas y comentadas por litigantes y doctrinarios; los comentarios son publicados en obras legales e influyen en las resoluciones que dictan los jueces. Las sentencias de la Corte son seleccionadas y publicadas por una Comisión de precedentes.

La costumbre, siempre que no sea contraria al orden público ni a la moral, puede equipararse a la ley cuando la misma se incluya entre sus supuestos. En menor importancia también la doctrina es considerada como fuente del Derecho. Sin embargo, es importante reiterar que los japoneses prefieren los arreglos extrajudiciales para solucionar sus controversias, ya que un proceso judicial presupone o

²⁴⁰ *Ibidem*, pág. 219.

admite la existencia de disputas, lo que para los grupos tradicionales se considera moralmente indebido; de ahí su preferencia por la autocomposición y la conciliación, lo cual sigue teniendo éxito en Japón.

CAPÍTULO III

3. EL SISTEMA JURÍDICO DE LA INDIA

3.1. Generalidades

Sus ideas y desarrollo

En un vasto territorio como el que desde hace milenios ha ocupado la India, muchas han sido sus ideas y concepciones religiosas, cuyo complejo y bastante de su vivencia explica en gran manera su sistema de Derecho. Es necesario resumir sus fases importantes: el ancestral de los vedas, el brahmanismo y el hindú, este último con su evolución.

Los *Vedas* (conocimiento) son textos sagrados fundamentales en su largo período (1500-900 a. C.) que traducen revelaciones dadas a videntes y poetas tras la inmigración de pueblos y cultura aria llegados desde Rusia Meridional y Asia Central, invasores de piel clara que sometieron a los aborígenes de piel oscura. Se trata de una colección de himnos; el más importante es el *Rigveda* o *Veda* de la alabanza, en el que una entidad absoluta o Uno caracteriza una divinidad andrógena que contiene tanto el principio masculino como el femenino, de cuya unión nace el hombre cósmico que reúne por sí mismo el universo entero (cielo, atmósfera y Tierra) y cuatro castas principales: sacerdotes o brahmanes, guerreros o castrilla, mercaderes-agricultores o *vaisayas* y esclavos indígenas o sudras.

En su fase segunda cobrará importancia la clase sacerdotal o *brahmánica* (900-400 a. C.) quienes disponían de fórmulas religiosas de carácter mágico. Los *Brahmana* son los textos sacerdotales en los que se comentaron los Vedas, por lo cual fueron los depositarios de la palabra sagrada y únicos oficiantes de los ritos de sacrificios. Fueron también los autores del *Upanishad* o doctrina secreta, tratados místicos-filosóficos de contenido esotérico, con el que los maestros enseñaban a sus discípulos las concepciones más importantes de la religión.

La siguiente, *Hinduismo*, tiene los fundamentos comunes: fe en el Brahmán, principio y fin de la realidad; aceptación dinámica de los niveles de la realidad física y moral (*Dharma*) vinculados a la

concepción cíclica del tiempo, sin fin ni final; concepción del *karma* (acción del individuo y su obra y fruto), del *Samsara* (corriente de nacimientos y muertes sin fin y sin goce) y el *Moska* (reencarnaciones en las que el individuo se libera de temores y deseos para convertirse finalmente en ser). Con ellos el pensamiento hindú se divide en corrientes teístas y movimientos filosóficos; las primeras son tres: *visnuismo*, *sivaitismo* y *saktismo*. De especial importancia son los cultos de *Visnu* (el conservador o la bondad del mundo, quien en su última reencarnación fue Buda) y *Siva* (la fuerza que destruye y transforma), que junto a *Brahma* (la fuerza vital y creadora del universo) constituyen la *Trimurti* o triada divina. El *Sakismo* desarrolla el culto de la madre-esposa, *Sakti* o esposa (prevalencia del principio femenino) que genera y nutre la naturaleza terrenal.

El hinduismo evolucionó luego de entrar en contacto con el cristianismo y la cultura occidental, mostrado tanto por Mahatma Gandhi, padre de la India contemporánea, quien luchó por su independencia con su doctrina de la no violencia, como el *Jainismo*, corriente que se asienta en cinco actividades académicas y comerciales: el respeto a toda forma de vida (planta, animales, tierra, aire, aguas); sinceridad; respeto a la propiedad ajena, a menos que se haya recibido por donación; castidad y desapego a los bienes materiales.²⁴¹

3.2. Sistema jurídico-religioso

En su análisis sobre el sistema jurídico de la India René David lo capta afirmando que: “El Derecho hindú es el Derecho de la comunidad que, en la India o en otros países del sudeste asiático, se adhiere al *Hinduismo*, es decir, a la religión brahmánica. El *hinduismo* propone a sus adeptos una determinada concepción del mundo, que implica cierta estructura social (sistema de castas) y cierto modo de vida, de tal forma que, al igual que en el Islam, los preceptos religiosos asumen, en gran medida, el papel que en otras sociedades está reservado al Derecho. Por respeto a una creencia que es la de la inmensa mayoría de la población del país, los gobiernos

²⁴¹ Brezzi, Francesca, *Las grandes religiones*, Colección Milenio, Grupo Editorial Norma, Literatura y Ensayo, Colombia, 1998.

que se han sucedido en la India (musulmanes, ingleses) se han abstenido de intervenir, sin razón para ello, en un vasto sector de las relaciones sociales, las cuales han seguido siendo regidas por la tradición.²⁴²

El autor citado, a quien seguimos en el tema, aborda el *Dharma* y la costumbre explicando que el *dharma* constituye uno de los tres pilares sobre los cuales descansa el orden del mundo, ya que el comportamiento del hombre puede estar determinado por tres móviles: la virtud, el interés y el placer. El *dharma* está contenido en tratados a los cuales se les denomina *dharmastras*, y estos son muy numerosos; no tienen origen revelado, son compilaciones de origen privado y únicamente el respeto por sus autores proporciona la base de la autoridad que se les ha reconocido.²⁴³ Su prestigio radica en considerarlos como una exposición fidedigna de la concepción del mundo, propia de la religión brahmánica y del enunciado indiscutible de los preceptos y mandamientos sancionados por Dios. Fue hasta la llegada de los ingleses a la India cuando se les consideró códigos. Para el *hinduismo* la buena costumbre, la forma de comportamiento de los justos, no puede ser prescrita por leyes promulgadas por un soberano temporal; la buena costumbre y la virtud residen en una conducta que se ajusta a un orden natural, divino, que escapa al control de cualquier soberano. Los *dharmastras* han admitido que debía reconocerse vital importancia a la costumbre y que la sociedad viviera según la costumbre, la cual, como fenómeno social, puede nacer no solo *paeter legem*, sino también *contra legem*, pudiendo ser de una región o localidad, de una tribu o una secta, de una casta o la de una simple familia.²⁴⁴ El Derecho hindú es un derecho consuetudinario, más o menos dominado por una doctrina religiosa, el *hinduismo*, que propone las normas de conducta y en relación con la cual las costumbres han sido, en grado diverso, modificadas, interpretadas u orientadas.²⁴⁵

²⁴² David, René, Ob. Cit. pág. 378.

²⁴³ *Ibidem*, pág. 379.

²⁴⁴ David, Rene, Ob. Cit., pág. 381.

²⁴⁵ *Ídem*.

3.3. Escuelas y castas

En el examen de la costumbre debe considerarse las escuelas; existen en el Derecho hindú dos principales: *Mitakshara*, dividida en cuatro subgrupos: escuela de *Benarés*, de *Mithila*, de *Madrás* o de *Dravida*, de *Bombay* o de *Maharashira* y la de *Dayabhaga* o de *Bengala*; estas escuelas deben su división a una distribución geográfica.²⁴⁶ Lo peculiar de las mismas es que sus doctrinas y enseñanzas siguen a sus adeptos a cualquier lugar del mundo en donde se encuentren.

El Código de Manú, al referirse a las castas, señala que el Ser Supremo se reveló en la forma de Brahma, y atribuyó a cada criatura una categoría distinta, y con arreglo a esa categoría, actos y funciones, así como deberes diversos, y que el primer cuidado de la ley es el establecimiento de las castas, una de ellas con sus deberes perfectamente definidos.

En las castas los hindúes están divididos en cuatro clases: *Brahmanes*, a quienes corresponde el estudio de los *Vedas* y la celebración de los sacrificios; sacerdotes, quienes constituyen la casta poderosa; *chatrias* o guerreros, los cuales deben proteger al pueblo; *vaisyas*, encargados de labrar la tierra y criar los animales domésticos; los *farias* no tienen más que un deber, y es el de servir a las clases precedentes.²⁴⁷ La división ya citada ha sido sustituida por un régimen mucho más complejo, en el que se identifican numerosas castas o subcastas, las cuales se han ordenado jerárquicamente; en ellas practican la endogamia, y hay un vínculo estrecho, según la tradición, entre casta y oficio, y también existe el desprecio de una casta superior a una inferior. Los miembros de las castas y subcastas observan las normas consuetudinarias que les son propias; las asambleas de castas (*panchayat*) resuelven en el plano local las dificultades y litigios que se presentan, apoyándose en la opinión pública. Esta asamblea dispone de medios eficaces de presión, entre ellos la excomunión, sanción más temida, la cual convierte al individuo en un solitario dentro de una sociedad en la cual la vida

²⁴⁶ Ídem.

²⁴⁷ Código de Manu, y otros textos, ANÓNIMO, Fondo de la Cultura Económica 2000, impreso en México 1996, pág. 68.

integrada en grupo es inconcebible.²⁴⁸

3.4. Conciencia

La fuente del Derecho positivo hindú está constituida por la razón y la equidad. Y se debe entender en el sentido que el individuo y el juez deben remitirse a su conducta y en su fallo, a su propia conciencia, a la justicia y la equidad.

En los períodos en los que dominaron los musulmanes y los mongoles no se produjeron cambios significativos. Tampoco con los intentos colonizadores de parte de ingleses, holandeses y franceses, pero los ingleses, luego de triunfar sobre los bengalíes, aliados a los franceses, se asentaron y expandieron en los siglos XVIII y XIX, y declararon a la India colonia de la Corona. Sin embargo, “conforme el principio que ha inspirado constantemente la política, los conquistadores ingleses de la India no han tratado de imponer a sus nuevos súbditos el Derecho inglés. Han preferido aplicar a los núcleos de población de la India, especialmente en la esfera del Derecho privado, las normas que les eran familiares. No obstante, el dominio inglés ha desempeñado una influencia considerable sobre la evolución del Derecho hindú.”²⁴⁹ La influencia inglesa se ha manifestado por una parte de una manera positiva, permitiendo salir de la clandestinidad al Derecho hindú y reconociendo oficialmente valor y autoridad a este Derecho.²⁵⁰ Otro rasgo importante de mencionar es que para el Derecho tradicional hindú ha significado una transformación profunda este Derecho; en especial, ha tenido como consecuencia restringir su aplicación a la regulación de ciertas relaciones. Asimismo, sectores de la vida social han sido sojuzgados a un Derecho nuevo, de naturaleza territorial, aplicable a todos los habitantes de la India, y olvidando de alguna manera su filiación religiosa.²⁵¹

²⁴⁸ David, René, Ob. Cit., pág. 382.

²⁴⁹ David, René, Ob. Cit., pág. 383.

²⁵⁰ Ídem.

²⁵¹ Ídem.

3.5. Recurso a los *pundits*

Los ingleses, como colonizadores de la India, por su ignorancia eminente y manifiesta al Derecho hindú, y en el afán de conocerlo y de respetar sus normas, se encontraban en una desorientación total, toda vez que tenían la concepción de que el Derecho hindú era un derecho inmutable y sagrado, y que el *dharma* constituía el Derecho positivo de la India, por lo cual se vieron en la necesidad de recurrir a los *pundits*, hombres versados en la religión moralista más que juristas, y que se encontraban imposibilitados para desempeñar la función que les habían atribuido los ingleses al considerarlos expertos en la resolución de cualquier litigio, lo cual resultó falso, toda vez que de los libros sagrados no se podían obtener soluciones a los litigios, pues para ello debían buscarse las soluciones en la costumbre. El papel del juez inglés se redujo únicamente a conferir fuerza ejecutoria a la decisión que los *pundits* consideraran la más correcta para aplicar.²⁵² Como con el tiempo no se sintieron cómodos los jueces ingleses en el papel que se habían asignado, y habiendo comprendido el error en el cual habían incurrido al tratar de darle solución a los litigios a través de la decisión de los *pundits*, adoptaron diversos métodos para las provincias y tribunales. En el norte y en el oeste (*Punjab*, provincias del noroeste, *Deccan*) se recopilaban costumbres locales a las cuales se les dio aplicación. En el sur, en la jurisdicción de Madrás, se persistió en el recurso a los *pundits*, por estimar que la población se había acoplado a tal práctica y que la seguridad de las relaciones jurídicas imponía ajustarse a los precedentes.²⁵³

3.6. Deformación del Derecho Hindú

La deformación sufrida por el Derecho Hindú consistió en el desconocimiento de su aplicación por parte de los jueces ingleses en la solución de los conflictos. Unido a esto, el hecho de que únicamente la mitad de los *dharmasastras* había sido traducido al inglés, razón suficiente para que los jueces ingleses únicamente tuvieran un conocimiento fragmentario de un sistema que exigía ser

²⁵² *Ibidem*, pág. 384.

²⁵³ *Ídem*.

considerado en la totalidad de sus fuentes. Asimismo si los jueces querían aplicar las costumbres, quedaban expuestas a las afirmaciones contenidas en obras escritas por europeos, que no siempre habían comprendido, en su totalidad, las concepciones y costumbres hindúes, ya que los mismos habían estado habituados a la idea de una *comune ley* y a los precedentes judiciales.²⁵⁴ Otras causas que coadyuvaron a la deformación del Derecho Hindú fueron la escandalización por parte de los jueces ingleses por las soluciones dadas en el Derecho hindú, sin percatarse de que en la sociedad hindú no serían consideradas injustas, y emplear terminología inglesa inadecuada para expresar conceptos jurídicos hindúes.²⁵⁵

3.7. El período de la independencia en la India

La independencia fue obtenida en 1947, pues los seguidores de un movimiento en pro de una modernización y unificación del Derecho hindú. En la India el nuevo Tribunal Supremo, en el plano judicial, ha alcanzado el vértice de la jerarquía de todos los tribunales indios.²⁵⁶ “En el plano legislativo se ha constituido una comisión legislativa para estudiar, desde una perspectiva general, las reformas que debían introducirse en el Derecho de la India, sin exceptuar el Derecho de la comunidad hindú.”²⁵⁷ La propia Constitución de 1950 rechaza el sistema de castas, en su artículo 15, que prohíbe toda discriminación basada en la pertenencia de castas. Las instituciones del matrimonio y el divorcio han sido objeto de reforma, y en 1964 fue modificada por el *Hindu Marriage Act de 1955*; el matrimonio era conceptualizado en el Derecho tradicional como una donación que ofrecían los padres de la desposada al marido; la mujer objeto del contrato no tenía que dar su consentimiento al matrimonio. El matrimonio era indisoluble y se aceptaba la poligamia. Dichas normas han sido repudiadas por el nuevo Derecho Hindú, ya que ahora la ley establece el divorcio, la pensión alimenticia al cónyuge divorciado exige el consentimiento de ambos contrayentes, determina

²⁵⁴ *Ibidem*, pág. 385.

²⁵⁵ *Ídem*.

²⁵⁶ *Ídem*.

²⁵⁷ *Ibidem*, pág. 388.

una edad mínima para los contrayentes; concibe el matrimonio como un contrato, y reduce el número de impedimentos para el matrimonio, lo cual lleva implícita una verdadera modernización del Derecho hindú.²⁵⁸ Es importante traer a colación el hecho de que la nueva ley sigue siendo una norma del Derecho hindú, ya que solo es aplicable a los hindúes, no así a todos los ciudadanos de la India.

3.8. Actuales tendencias

En la actualidad se ha codificado el Derecho; en el matrimonio y el divorcio el Derecho hindú ha dejado de ser un Derecho religioso o consuetudinario; se aproxima a un Derecho moderno, cuyas normas están influidas por la tradición religiosa y están limitadas a los fieles de la religión hindú. Un rasgo trascendental e importante de mencionar es que el Derecho hindú conserva su rasgo tradicional de ser un Derecho mitad religioso, mitad consuetudinario en las esferas que todavía no han sido objeto de codificación.²⁵⁹

3.9. El derecho nacional de la India

“El Derecho hindú es el propio de la comunidad de fieles de la religión brahmánica.”²⁶⁰ Y tiende a ser reemplazado por un Derecho nacional cuya aplicación es independiente de la fe religiosa de los interesados. En la India la tendencia moderna es reemplazar el concepto tradicional de Derecho religioso por el concepto occidental de un Derecho laico, autónomo respecto de la religión.²⁶¹ El Derecho indio, como se le denomina al Derecho nacional de la India, en oposición al Derecho hindú, abarca todas las leyes de la India que son, en principio, de aplicación general, incluso cuando disposiciones particulares de estas leyes se declaran no aplicables a ciertas

²⁵⁸ Ídem.

²⁵⁹ Ibidem, pág. 389.

²⁶⁰ Ibidem, pág. 392.

²⁶¹ Ídem.

categorías de ciudadanos.²⁶²

3.10. La pertenencia última a la familia del *Common Law*

Es importante recalcar que el Derecho indio forma parte actualmente del *Common Law*, y esto se debe a su terminología, conceptos, técnicas y concepción de la norma jurídica. También se admite la regla del precedente, revistiéndolo de un carácter oficial. Desde 1845 se han publicado en la India recopilaciones de decisiones judiciales, y a partir de 1861 se han publicado repertorios oficiosos como tarea de la Administración para dar a conocer tanto el Derecho de origen judicial como el Derecho procedente de una fuente legislativa.²⁶³ David se ha hecho y respondido una interrogante “¿En qué medida el Derecho estatal traduce la realidad sociológica de la India?”²⁶⁴ El legislador, de un trazo de pluma, puede abolir el régimen de castas, autorizar matrimonios mixtos, sustituir los *punchayats* de casta tradicionales por *punchayats* urbanos. Su obra, beneficiosa para el progreso del país, es meritoria y necesaria. No puede de repente cambiar hábitos y actitudes enraizadas desde siglos y vinculadas a creencias religiosas. El 80 por ciento de los hindúes, que viven en el campo, no se dan cuenta de ello; continúan viviendo como sus antepasados; son administrados y juzgados, al margen de los organismos judiciales, por las instituciones que siempre han conocido. No basta con una obra legislativa; se impone una obra paciente de reeducación. El éxito que aguarde a la empresa depende del desarrollo de una economía moderna en la India; lo difícil aquí es escapar de un círculo vicioso, ya que tal desarrollo se ve frenado por estructuras, creencias y comportamientos forjados por una tradición inmemorial y venerada.

²⁶² Ídem.

²⁶³ *Ibidem*, págs. 398-399.

²⁶⁴ *Ibidem*, pág. 391.

CONCLUSIONES

1. A los sistemas religiosos no se les puede agrupar en familias, porque no pertenecen a una tradición que les sea común; no descienden de un sistema originario sino que responden a creencias religiosas con fundamentos diversos.
2. Los sistemas religiosos se caracterizan por tener la revelación divina y la costumbre como su principal fuente.
3. El Derecho islámico representa la organización de una sociedad que se rige por normativa dogmática, de observancia general para todos sus seguidores, revelada en forma divina; se encuentra contenida en el Corán, que lejos de ser simplemente un texto religioso consagra normativa moral, ética y jurídica y económica, porque no regula un credo religioso sino todo un estilo de vida.
4. Como todo sistema jurídico, el Derecho Islámico cuenta con propias fuentes, procedimientos preestablecidos para la aplicación normativa, con autoridades facultadas para sancionar la inobservancia de sus normas y con jurisprudencia que emana de las cuatro escuelas coránicas, que representan las posiciones ideológicas u opiniones de cada juriconsulto.
5. Desde la fundación del Japón, el *sintoísmo* fue la religión principal; se caracteriza por el respeto hacia la naturaleza, los antepasados y los héroes nacionales. La creencia en la divinidad del Emperador sería, en aquel entonces, una de sus principales características.
6. El Japón estuvo regido por un conjunto de normas derivadas tanto de los usos como de la moral, las cuales regulaban la conducta que los individuos debían observar en sus relaciones recíprocas. Estas normas de comportamiento se llamaron *giri*, que fue una especie de sustituto al Derecho y a la moral, y se

consideraba, aún en la actualidad, que acudir a los tribunales de justicia era deshonroso.

7. Actualmente el Derecho del Japón está codificado, pero para la solución de litigios el sistema está fuertemente influenciado por el precedente de procedencia estadounidense.
8. El Derecho hindú es el Derecho de la comunidad, que en la India se adhiere al *hinduismo*, es decir, a la religión brahmánica.
9. La costumbre como fenómeno social puede nacer no solo de *paeter legem*, sino también *contra legem*.
10. El Derecho nacional de la India se ha incorporado a la familia del *Common Law*.

BIBLIOGRAFÍA

- ABUAMEENAH BILAL, Philips, *La Evolución del Fiqh (La Ley Islámica y los Madh-Habs)*, International Islamic Publishing House, 1988/1499AH.
- ARUFFO Alessandro, *El Mundo Islámico*, Editorial Popular, S. A. España, 2002.
- Código de Manú, y otros textos, Anónimo, Fondo de la Cultura Económica 2000, impreso en México 1996.
- BREZZI, Francesca, *Las Grandes Religiones*, Colección milenio, Grupo Editorial Norma, Literatura y Ensayo, Colombia, 1998.
- DAVID, René, “Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Trad. Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid, 1973.
- Diccionario Enciclopédico Océano Visión. Tomo III. Impreso en España, 1996.
- El Corán, Tahrike Tarsile Quràn, Inc. Publishers & Distributors of Holy Qur'an, 3ra. Edición Revisada, 2007, Editorial Herder S.A., Barcelona 1986.
- MONTERO, Pablo, *Arabia Saudita, Principio y Presente en la Historia*, Editorial Gubal, México, 1990.
- SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Editorial Porrúa, 10^a. Edición, México, 2007.

El seminario «**Familias jurídicas contemporáneas**» se terminó de imprimir en el mes de junio de 2008 en los talleres de Servicios Técnicos en Artes Gráficas [**SERVITAG**]. Edición, diagramación y artes finales: **Ediciones De Pereira**. Tiraje 200 ejemplares.

Ediciones



De Pereira