

Aproximaciones conceptuales al valor de la jurisprudencia en los sistemas de fuentes del derecho

Conceptual approaches to the value of the jurisprudence in the systems of sources of the law

NELSON HERNÁNDEZ MEZA

Abogado de la Universidad del Norte, candidato a Magíster en Derecho. Universidad del Norte.

Docente de la Universidad Autónoma del Caribe

e-mail: n_hernandez_meza@yahoo.com

Recibido: 20 de Mayo de 2009

Aceptado: 30 de Junio de 2009

RESUMEN

Este artículo de reflexión intenta mostrar las sinuosidades que la definición del tema de las fuentes del derecho presenta en los ordenamientos jurídicos y la ausencia de una teoría que explique el tema para todos los sistemas jurídicos que responden a una misma naturaleza. Este tema es importante porque la aproximación que se haga al concepto de jurisprudencia dentro de cualquier sistema de fuentes del derecho, sirve para establecer cuál es el valor de las decisiones judiciales que toman los jueces, como materiales de interpretación y de aplicación por parte de los operadores jurídicos, frente a casos iguales u otro tipo de asuntos, aun cuando sus hechos no sean analogizables a los que sucedieron para que un juez anterior tomara la decisión. Teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y la categoría del juez. Se comienza por analizar los conceptos que de fuentes del derecho son manejados por la doctrina especializada en el tema, tanto en los sistemas jurídicos de derecho legislado, como el nuestro, como del derecho anglosajón, para con fundamento en ello, intentar establecer la ubicación de la noción de jurisprudencia al interior de los sistemas de fuentes. Y finalmente intentar exponer una aproximación de conclusión frente al tema.

Palabras clave: fuentes del derecho, jurisprudencia, decisiones judiciales, sistemas jurídicos.

ABSTRACT

This article attempts to show the intricacies that the definition of the theme of the sources of law presented in legal systems, show the absence of a theory to explain the subject to all legal systems that meet the same nature. This issue is important because the approach that is made to the concept of law in any system of sources of law, serves to establish what is the value of judgments taken by judges, as material for interpretation and implementation by the operators legal cases against the same or other topics, even if their facts are not analogized to that followed for a previous judge's decision. It begins by analyzing the concepts of sources of law are handled by specialized doctrine on the subject, both in the legal systems of statutory law, like ours, as common law, the basis for it, try to establish the location of the notion of jurisprudence within source systems. And finally try to show an approximation of conclusion on the issue.

Key words: Sources of law, systems of sources, case law, judicial decisions, legal systems, statutory law, common law

1. Nociones sobre el concepto de fuentes del derecho

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término “fuente” sirve, entre otros significados, para describir “el principio, fundamento u origen de algo”¹, mientras que para el ámbito del derecho, el término *fuentes* se refiere al origen o causa de nacimiento del derecho, así como a las formas de manifestación o exteriorización del mismo, al punto que el estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace generalmente bajo el rótulo de “fuentes del derecho”².

En relación al concepto de fuentes del derecho, Von Savigny señala que son “la causa de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las instituciones jurídicas como de las reglas jurídicas formadas por abstracciones de aquellas”³. Legaz y Lacambra⁴ las define con una enumeración de significados, en las que entiende, de forma amplia e indiscriminada, que las fuentes del derecho son aquellas que determinan lo que es derecho por haberlo sido o serlo; que son producto o creación de la vida social; y, que sirven para darle fundamento a las normas jurídicas.

Para explicar este concepto, tenemos que Kelsen y Hart lo asimilan a la validez de las normas que pertenecen al ordenamiento, teniendo en cuenta que el primero no ad-

mite consideraciones de tipo valorativas o sociológicas para explicar el tema a partir de la denominada “norma fundante básica”, mientras que el segundo, permite explicar su paralelo (*regla de reconocimiento*) a partir de un enfoque explicativo que resalta las prácticas (morales) de los sujetos implicados en los hechos sociales que determinan la existencia y el contenido del derecho.

Así, Kelsen, afirma que “la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede seguir hasta el infinito (...) Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior (...) Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica. Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden”⁵.

A su vez Hart identifica las fuentes del derecho con la validez de las normas según la regla de reconocimiento, al expresar que “como ocurre en los sistemas jurídicos desarrollados, tenemos un sistema que incluye una regla de reconocimiento, de modo que el estatus de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios establecidos en la regla de reconocimiento, esto trae aparejada una nueva aplicación de la palabra “existe”. (...) Sin embargo, en este aspecto como en otros, una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema pueda ser válida, en este sentido, “existir” aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, de los funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”⁶.

Por su parte Aftalión Y Vilanova definen las fuentes del derecho como “aquellos hechos a los que se les reconoce en un grupo o comunidad jurídica la virtud de introducir (o sustituir) normas y, complementariamente, políticas, principios o valoraciones, y que son utilizados por los mismos miembros de la comunidad o por los órganos establecidos, para ello (jueces y tribunales) para determinar el sentido de las conductas de sus

1 Según el RAE Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el término Fuentes viene del latín *fons,-ntis*. Significa (...) 8. f. Principio, fundamento u origen de algo. Véase, <http://www.rae.es/rae.html>.

2 SANTIAGO NINO. Carlos. Introducción al análisis del derecho. Editorial Ariel S.A. Barcelona España. Décima Edición. 2001. Página 148.

3 VON SAVIGNY. Frederich C. Sistema de derecho privado Romano II (traducción de J. Mesía y Manuel Poley). Madrid, España. 1879. Página 63.

4 La enumeración de significados dados al término *fuentes* del derecho expresados por este autor son:

- Fuente de conocimiento de lo que es o ha sido el derecho (repertorios de legislación, recopilación de leyes, documentos antiguos, etc).
- Fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, el conflicto social y el interés de clase, etc).
- Autoridad creadora del derecho (el estado el pueblo – bien versiones democráticas, bien en versiones comunitarias -).
- Acto concreto creador del derecho (legislación, costumbre, etc).
- Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de derecho (la norma superior que autoriza la creación de la norma inferior).
- Forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, orden ministerial, etc).
- Fundamento de la validez de un derecho subjetivo.

Lo anterior, en: LEGAZ y LACAMBRA, Luís. Filosofía del derecho. Bosch Editores. Barcelona, España. 1979. Página 509. Vale la pena hacer ver que en relación a los conceptos utilizados para describir el contenido y el alcance del concepto fuentes del derecho planteado, LuíS Pietro Sanchís señala como crítica que la relación enunciada no es exhaustiva ni excluyente, pero muestra suficientemente la metáfora a que él hace referencia en su obra, para explicar la problemática de definir este concepto. Véase, AGUILÓ REGLA. Josep. Teoría general de las fuentes del derecho. (y del orden jurídico). Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 2000. Página 22.

5 KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho. (Traducción de Roberto J. Vernengo) UNAN, Ciudad de México, México. 1982. Página 202.

6 HART, H.L.A. El concepto de derecho. Traducción de Genaro Carrío. Editora Nacional. México. 1980. Páginas 136-137.

*miembros y comportamientos que deben observarse inclusive en los casos de controversia*⁷.

En cuanto a la naturaleza de este concepto, vale la pena destacar lo que dice Cueto Rua, debido a que el concepto de fuentes, según él, puede variar de acuerdo con la autoridad que se dirige a ellas en busca de la solución a un caso, al afirmar que *"no existe entre las fuentes un orden de prelación rígido e invariable. Además, ello depende del sistema jurídico de que se trate y de la especial situación histórica que vive cada pueblo -de modo que- la mayor o menor gravitación de las fuentes depende también de la naturaleza del sujeto que se dirige a ellas en busca de respuesta a sus interrogantes. Así, por ejemplo, es posible que el juez pueda ser más sensible a la ley o a la jurisprudencia, y, en cambio, el legislador, ser más sensible a la costumbre y a la doctrina"*⁸.

Al respecto, Bobbio⁹ define este concepto como *"aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas"*, incluyendo los términos de *hechos* y *actos* en la definición; los cuales, luego son retomados por otros doctrinantes de teoría jurídica como Aguiló Regla¹⁰ y Prieto Sanchís¹¹ para describir el confuso concepto que encierra el término de fuentes del derecho¹².

7 AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José. Introducción al Derecho. Editorial Abeledo Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina. 1994. Página 643.

8 CUETO RÚA. Julio. Fuentes del derecho. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1971. Página 28. No obstante lo dicho, para este autor, las fuentes de derecho también obligan a todos los integrantes del grupo social en donde rigen, al señalar que: *"Las fuentes (de derecho) no sólo suministran orientación para resolver casos litigiosos, sino que actúan de una manera mucho más general y silenciosa, canalizando las manifestaciones vitales de los integrantes de los grupos sociales, los pueblos, las naciones, de modo tal que se coordine valiosamente la libertad individual de los miembros del grupo."*

9 BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Editorial TEMIS S.A. Tercera Edición. Bogotá Colombia. 2007. Página 160.

10 Véase, AGUILÓ REGLA. Josep. Teoría general de las fuentes del derecho. (y del orden jurídico). Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 2000.

11 Véase, PRIETO SANCHÍS. Luís. Apuntes de teoría del derecho. Editorial Trotta. S.A. Madrid, España. 2005.

12 No obstante ser este un tema que ha ocupado a múltiples autores, no existe una posición unificada en torno al tema por parte de los mismos, al punto que sobre la dispersión conceptual que existe para explicar el concepto de las fuentes de derecho, Ignacio De Otto ha señalado que: *"la dificultad de determinar qué haya de entenderse por fuentes se debe en buena medida a que se pretende buscar en el ordenamiento jurídico el fundamento de lo que no es sino un concepto puramente académico. En efecto, decir que el ordenamiento confiere a los primeros una virtualidad que no confiere a los segundos, porque el ordenamiento jurídico no prevé unas consecuencias específicas que sólo concurren en los actos llamados fuentes, en todos ellos, y no en todos los demás"*. En: De Otto, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1995. Página 74.

Aguiló Regla¹³ para exponer el tema, en su libro *teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, parte de las reflexiones jurídicas que se han realizado al respecto, mostrando como éstas han girado alrededor de explicar las fuentes del derecho a partir de tres enfoques, como son: un enfoque explicativo o social; otro justificativo o valorativo; y, uno sistemático o formalista. Señalando que el primero de estos explica el nacimiento del derecho como un orden social que expone la génesis y el contenido de las normas jurídicas, sin consideraciones de tipo moral; mientras que el segundo, justifica la obligatoriedad del derecho a partir de una conexión conceptual necesaria entre moral y derecho, comprendiendo que las normas jurídicas protegen ciertos bienes o estados de cosas por considerarlos valiosos; y, el tercer enfoque, explica el origen del derecho y de las normas jurídicas a partir de un orden formal o técnico jurídico; para luego definir el concepto como *"aquellos hechos actos jurídicos, resultados institucionales, que son normas jurídicas. O dicho con otras palabras, son las normas jurídicas vistas como resultados institucionales, vistas como hechos o actos jurídicos"*¹⁴.

Así mismo, este autor enseña que el tema puede ser abordado desde una perspectiva interna y otra externa¹⁵, en donde la Constitución se convierte en punto de conexión entre ambos problemas, *"en donde esta opera como el puente entre la diversidad en la producción normativa, por un lado, y la identificación, la unidad, y la permanencia del orden jurídico, por otro. De modo que si se acepta esto, es fácil percibir que no hay mucha diferencia entre la concepción del orden jurídico (el concepto y la naturaleza del derecho) y una concepción de la"*

13 AGUILÓ REGLA. Josep. Teoría general de las fuentes del derecho. (y del orden jurídico). Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 2000. Páginas 24 a 27.

14 Vale la pena anotar, que este autor al explicar el tema de las fuentes del derecho como producto de actos jurídicos y hechos jurídicos, da justificaciones para superar los dilemas conceptuales propios de la teoría de las fuentes del derecho que explican la temática a partir de la división: fuentes formales Vs fuentes materiales; fuentes de conocimiento Vs fuentes normativas; modos de producir normas jurídicas Vs modos de exteriorización de normas jurídicas. Véase en: AGUILÓ REGLA. Josep. Teoría general de las fuentes del derecho. (y del orden jurídico). Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 2000. Páginas: 37 a 50.

15 En relación a estos tópicos AGUILÓ REGLA, manifiesta que: *"La teoría del derecho ha recurrido a la idea de norma última, suprema o independiente que determina los criterios últimos, supremos o independientes de pertenencia de una norma al conjunto de normas que es el Derecho. Así, si la teoría de las fuentes como cuestión interna (al estudiar los procesos normativos de creación de las normas jurídicas) suministra los criterios no últimos, no supremos o no independientes (derivados) de pertenencia de las normas al conjunto; la teoría de las fuentes como cuestión externa desemboca en la determinación de los criterios últimos, supremos o independientes de pertenencia al conjunto de normas que es el derecho. (...) Internamente el discurso sobre las fuentes versa sobre la diversidad en la producción jurídica y el régimen jurídico de las normas producidas; externamente versa sobre la composición de la imagen del derecho: la identificación, la unidad estática y la continuidad dinámica son tres problemas clásicos de la teoría del derecho"*. En: Sobre la Constitución del Estado Constitucional. Doxa. Revista Jurídica. N° 24. 2001. Páginas 432 y 433.

constitución (el concepto y la naturaleza de la constitución). Si ello es así entonces la teoría de la constitución reconvierne en un fragmento central de la teoría del derecho y sobre ella se proyectan directamente muchas disputas respecto de las naturaleza del derecho”¹⁶.

En relación a la importancia que tiene el estudio de esta temática, Cueto Rua, hace el análisis de la utilidad de las fuentes de derecho al responder los siguientes interrogantes ¿para qué se acude a las fuentes? ¿Qué buscan en ellas las personas?, señalando que, “*las fuentes son, justamente, los criterios de objetividad de que disponen los jueces, abogados y juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social que sean susceptibles de ser compartidos por los intrigan-tes del núcleo*”.

No obstante esto, Bobbio, también llama la atención de los teóricos del derecho que se han ocupado del tema¹⁷ para señalar que lo que interesa del estudio de las fuentes del derecho no es determinar cuantas y cuáles son las fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico moderno, sino, el hacer notar dentro de la teoría general del ordenamiento jurídico, el hecho que en el mismo momento en el que se reconoce que existen actos y hechos de los cuales se hace depender la producción de normas jurídicas (precisamente las fuentes del derecho), se reconoce también que el ordenamiento jurídico, más allá de regular el comportamiento de las personas, *regula también el modo como se deben producir las normas*¹⁸.

Al respecto, Prieto Sanchís apunta a definir la expresión fuentes del derecho como aquella que “*designa simplemente los distintos modos de producción normativa, aún cuando eventualmente tales modos (una ley, por ejemplo) no contengan normas generales y abstractas sino simples distinciones*

singulares, o incluso proclamaciones de fe religiosa, expresiones de deseo, exhortaciones, etc. Fuente es todo acto productor de disposiciones susceptibles de contener normas jurídicas; fuente es también la costumbre que, sin embargo, por definición no produce disposición alguna, aunque sí normas”¹⁹.

Así las cosas, encontramos que en principio, el concepto de fuentes tiene un papel puramente académico, cuando el ordenamiento jurídico no prevé consecuencias jurídicas específicas a los actos denominados fuentes, ni establece que tales actos tengan un valor o fuerza específicos, pero cuando el propio ordenamiento identifica las fuentes y las jerarquiza, produce entre estos actos una relación que sirve para resolver conflictos entre normas, ya que de dicho orden jerárquico derivarían reglas de prelación y aplicación²⁰.

En este orden de ideas, vemos que las fuentes del derecho, al mismo tiempo que sirven para determinar la validez de las disposiciones y normas que integran el ordenamiento jurídico, tienen una dimensión política respecto del ejercicio y distribución del poder social, porque determinan qué autoridad tiene mayor relevancia e importancia a la hora de la creación y producción del derecho. De modo que en un sistema de derecho legislado este papel preponderante lo tendrá el legislador y las autoridades con competencias normativas, mientras que en sistemas del common law este papel preponderante estará reservado a los jueces.

Esto nos coloca en un problema político constitucional en donde la Constitución al regular la creación de normas jurídicas generales, determina las fuentes del derecho. Es decir, que el sistema de fuentes estará condicionado por la propia forma que adopte la organización estatal que se acoja en la Constitución²¹, lo cual, en palabras de BOBBIO²², será determinado por el *poder originario*, que es el último punto de referencia de toda norma, más allá del cual puede justificarse el ordenamiento jurídico²³.

16 AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre la Constitución del Estado Constitucional. Doxa. Revista Jurídica. N° 24. 2001. Páginas 434.

17 Al respecto debe recordarse que la noción clásica de las fuentes del derecho concibe tres acepciones: a. Las fuentes *formales*, entendidas como los procesos de creación de las normas jurídicas. b. Las *fuentes reales o materiales*, referidas a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. c. Las fuentes *históricas*, referidas a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.), que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes. Tradicionalmente dentro de las fuentes formales se ubica a la ley, la costumbre y la jurisprudencia. En relación con las fuentes reales, se suele ubicar a los usos y la costumbre. Véase BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2.000. Pág. 74 y 129; GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa S. A. México. 1.990. Pág. 51; CARNELUTTI, Francisco. *Teoría General del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.955. Pág. 72; JOSSERAND, Louis. *Curso de Derecho Civil Positivo Francés*. Volumen I. Impresiones La Pluma de Oro. Medellín, 1977. Pág. 24; GOLDSCHMIDT, James. *Problemas generales del Derecho*. Editorial de Palma. Buenos Aires, 1.944. Pág. 66; entre muchos otros autores.

18 BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Editorial TEMIS S.A. Tercera Edición. Bogotá Colombia. 2007. Página 161.

19 PRIETO SANCHÍS. Luís. *Apuntes de teoría del derecho*. Editorial Trotta. S.A. Madrid, España. 2005. Páginas 157.

20 HUERTA OCHOA, Carla. *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2008. Página 86 y s.s.

21 Véase, PRIETO SANCHÍS. Luís. *Apuntes de teoría del derecho*. Editorial Trotta. S.A. Madrid, España. 2005. Páginas 159 y 160.

22 BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Editorial TEMIS S.A. Tercera Edición. Bogotá Colombia. 2007. Página 158.

23 *El sistema de fuentes, en cuanto formalización del reparto de la capacidad normativa dentro del ordenamiento, genera una distribución del poder político en la comunidad. Esa distribución es justamente una de las funciones esenciales de la Constitución, del derecho constitucional. Ello explica por qué los principios que regulan el sistema de fuentes sean parte fundamental del orden constitucional*. En: BALAGUER CALLEJÓN, Fernando. *Fuentes del derecho. Principios del ordenamiento constitucional*. Madrid, España. Editorial Tecnos. 1991. Vol. I. Página 29.

1.2. La noción de jurisprudencia dentro de los sistemas de fuentes

Existen dos formas de aproximarse al derecho, una es desde la llamada perspectiva interna²⁴, que es la de los órganos obligados a realizar la aplicación del mismo y cuya interpretación es obligatoria en virtud de su carácter normativo, dado que la función del lenguaje mediante el cual se expresa es prescriptiva. Este tipo de interpretación es la que Kelsen²⁵ denomina auténtica, en virtud de su obligatoriedad y de la regulación jurídica de sus procedimientos de creación²⁶.

La jurisprudencia²⁷ entonces tiene, en términos generales, las funciones de interpretar la ley o integrar las lagunas que ésta contenga, con la finalidad de lograr certeza jurídica a través de la unificación de criterios para la aplicación del derecho -de allí la necesidad de su obligatoriedad²⁸. Al respecto, cabe destacar que la definición que

se haga del concepto estará inescindiblemente ligada a la época, el sistema jurídico del país y guardará relación con aspectos legislativos de éste²⁹.

No obstante esto, existen autores como Aftalion y Vilanova, que entienden la jurisprudencia como el "*sentido concordante de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del Estado*" (que incluye además de la expresión estrecha de fallos judiciales, a la jurisprudencia administrativa), la cual se manifiesta en la repetición de forma habitual o uniforme de pronunciarse y de la cual se desprenden un conjunto de fallos precedentes, y una norma o regla general³⁰.

24 HART, H.L.A. El concepto de derecho. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1992. Páginas 110-112.

25 KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Décimo Tercera edición. Buenos Aires, Argentina. Eudeba, 1973, Páginas 170 y ss.

26 En cuanto a la función creadora de normas por parte del Juez en América Latina, tenemos que autores como MERRYMAN señala que esto "*alude a las causas ancestrales de la escasa creatividad judicial presente en los países de tradición romano-germánica: Esta tradición, donde el juez nunca ha sido concebido como un funcionario que deba ejercer una función creativa, se fortaleció mediante la ideología anti-judicial de la revolución europea, sumada a las consecuencias lógicas de la doctrina racionalista de la estricta separación de los poderes públicos. Por lo tanto, el juez romano germánico ejerce un papel sustancialmente más modesto que el juez de la tradición anglosajona. Por lo demás, tanto el sistema de elección de los jueces como la carrera judicial son dicentes respecto del estatus inferior que en los países romano-germánicos ostenta la profesión judicial*" (JOHN HENRY MERRYMAN. *The Civil Law Tradition: An introduction to the legal systems of western Europe and Latin America*, California. Stanford University Press. 1969. P. 37). Citado por REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario en los Estados Unidos. Introducción Comparada. Segunda Edición. Editorial Legis. 2005. Página 44.

27 La palabra jurisprudencia proviene de la raíz latina jurisprudencia que a su vez se compone de los vocablos juris, cuyo significado es "Derecho, lo justo" y prudentia, que significa "conocimiento, ciencia". Así, en una primera acepción como "ciencia del derecho o ciencia de lo justo y de lo injusto", coincide con la antigua definición aportada por Ulpiano en el Digesto (D.I.10.2), quien la define precisamente como "el conocimiento de las cosas humanas y divinas, la ciencia de lo justo y de lo injusto". Cfr. voces "Jurisprudencia" y "Jurisprudencia judicial", en Diccionario Jurídico Mexicano, 3a. ed. (I-O), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa-UNAM, 1989. Páginas 1890-1894. Mientras que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define el término como Del lat. *iuris prudentia*). 1. f. Ciencia del derecho. 2. f. Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen. 3. f. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes. Véase en: <http://www.rae.es/rae.html>.

28 En México, por ejemplo, el sistema de jurisprudencia obligatoria por la influencia del *common law* estadounidense en los juristas liberales del siglo XIX, aunque puede decirse que el sistema jurisprudencial mexicano es una creación original, formada a partir de la necesidad de desarrollar el juicio de amparo y debida principalmente a José María Iglesias, Ignacio Mariscal e Ignacio Luis Vallarta. Actualmente tiene como fundamento, a nivel federal, el octavo párrafo del artículo 94 constitucional y

en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo y 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Teniendo la obligatoriedad de la jurisprudencia las siguientes implicaciones: a) Sólo puede constituir jurisprudencia stricto sensu, y por ende ser obligatorio, aquel criterio judicial que reúne determinadas características señaladas de forma expresa por la ley, al menos en nuestro sistema jurídico: instancia y procedimiento de origen, determinada reiteración, etcétera; b) La aplicación de los criterios que constituyen jurisprudencia se realiza dogmática y taxativamente por los órganos vinculados a su observancia, independientemente de que compartan o no su sentido; c) En virtud de que no son de aplicación obligatoria las tesis sin valor jurisprudencial, el juzgador que pretenda hacer uso de ellas debe hacer un análisis del criterio que contienen y los hechos de los cuales se originó, con el fin de corroborar que deriva de un correcto razonamiento de acuerdo con los principios y técnicas de la ciencia jurídica pues, de aplicar dicho criterio sin efectuar ese estudio, afectaría la garantía de legalidad establecida en los artículos 14 y 16 constitucionales -especialmente respecto a la debida motivación de su resolución-, pues no se aclararían las razones que tuvo para aplicar precisamente ese criterio y no uno diferente, dejando en indefensión al justiciable. Véase, ACOSTA ROMERO, Miguel y PÉREZ FONSECA, Alfonso, Derecho jurisprudencial mexicano, Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2000. Páginas 93-148. Citado en: SANCHEZ GIL, Rubén A. La jurisprudencia de inconstitucionalidad y su aplicación. En: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Numero 11. Julio - Diciembre 2004. Páginas 235 y 236. También puede consultarse en este mismo sentido, sobre la historia y evolución de la jurisprudencia obligatoria en México con una explicación detallada y profunda sobre el particular, el artículo "La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del poder judicial de la federación" de Jorge Ulises Carmona Tinoco. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Numero 83. Mayo - Agosto 1995. Páginas 523-562.

29 En relación al concepto de jurisprudencia que se ha manejado en Colombia dentro de su historia jurídica, véase: LOPEZ MEDINA. Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura Jurídica latinoamericana. Editorial Legis. Bogotá. Colombia. Capítulos 3 y 4.

30 AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José. Introducción al Derecho. Editorial Abeledo Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina. 1994. Página 714. Al respecto de la polémica que plantea este asunto, los mismos autores apuntan lo siguiente: "Del planteo hecho en el texto se desprende sin dificultad que el tema de la jurisprudencia se encuentra íntimamente vinculado a otro tema de apasionada controversia doctrinaria: el de si los jueces crean derecho. Los teorizadores del derecho anglosajón advierte, en forma unánime y precisa, que toda sentencia judicial "crea" derecho, cosa que ocurre en dos sentidos: a) en cuanto al caso particular fallado, cuyo sentido jurídico queda así específicamente establecido -mediante la creación de una norma individual, agregaríamos nosotros-; b) en cuando dicho fallo o decisión, de acuerdo con el principio básico de que hay stare decisis (acatar las decisiones) se incorpora al cuerpo general del *common law*, convirtiéndose en un precedente obligatorio -o, al menos, "persuasivo" -, tanto para el propio tribunal que lo dicta como para los demás cuando tengan que resolver

De igual modo, por jurisprudencia, afirman algunos como Prieto Sanchís³¹, que no debe entenderse la simple suma de unos documentos llamados sentencias, sino más bien los criterios de interpretación y aplicación de las normas que guían las decisiones adoptadas en esas. Distinguiendo así, que de éstas se puede hablar en dos sentidos: el de *creación judicial* y el de *derecho judicial*. En relación al primero, tenemos que la sentencia es creación, en la medida en que todas o algunas decisiones crean derecho para el caso concreto que resuelven, debido a que la decisión judicial se funda, por una parte, en lo establecido en disposiciones legales y, por otra, en criterios normativos creados por el propio juez o tribunal³²; mientras que la acepción *derecho judicial* la utiliza para referirse a la eficacia general que tienen las decisiones ya que deben ser tomadas en consideración para casos futuros por todos los operadores para la resolución de casos, siempre y cuando exista una norma (que puede ser consuetudinaria)³³ que confiera alguna fuerza obligatoria general a la decisión adoptada por los jueces o algunos de estos, además de que la posición del o los tribunales y alcance de sus decisiones sea diferente³⁴.

casos iguales o análogos (judge made law). En los derechos europeo y latino americano, el asunto no es visto con igual unanimidad y nitidez. Aunque empieza a admitirse que la facultad judicial de resolver los casos particulares importa la creación de normas individuales, es todavía controvertido el punto relativo a si los fallos judiciales constituyen, a la vez, una fuente formal del derecho (jurisprudencia). Es indudable que en torno de esta cuestión gravita un perjuicio ideológico, generalizado en los derechos continental y latinoamericano: el temor de entregar demasiado poder a los jueces. (El subrayado no es del texto) Véanse, Páginas 714 y 715.

31 PRIETO SANCHÍS. Luís. Apuntes de teoría del derecho. Editorial Trotta. S.A. Madrid, España. 2005. Páginas 213 – 215.

32 Este planteamiento debe recordarse, está en total contraposición con el dogma de la omnipotencia del legislador, entendida como aquella que decía que la competencia, única y exclusiva, para la elaboración de normas recaía en el parlamento, y al poder judicial le correspondía la misión de aplicar la ley. En este sentido cabe anotar la consideración sobre los jueces hecha por MONTESQUIEU como la *boca muda que pronuncia las palabras de la ley*. Véase, MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes. Introducción de E. Tierno Galván. Traducción de M. Blázquez y P. de la Vega. Madrid, España. Editorial Tecnos. 1985. Página 156.

33 La noción de norma consuetudinaria que le da el efecto de obligatoriedad a las decisiones judiciales frente a casos futuros, parece ser tratada también por autores como AFTALIÓN y VILANOVA, quienes explican el mismo concepto pero bajo la denominación de “*costumbre judicial*” véase AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José. Introducción al Derecho. Editorial Abeledo Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina. 1994. Página 722 y ss. Quienes explican este concepto de “*costumbre judicial*” así: “*la costumbre judicial deviene también en fuente obligatoria (...) en la costumbre judicial, los sentidos establecidos por los jueces - y con ellos los núcleos idénticos genéricos de sentido que se dan en la repetición de los fallos - son recibidos, acatados y convalidados por la observancia general. La costumbre judicial toma así el valor de la costumbre general y es, por lo tanto, de observancia obligatoria para el juez, ya que alzarse contra ella sería alzarse contra la comunidad. Un caso notable de costumbre judicial, tal como se le viene describiendo, es el common law inglés y norteamericano, en el que efectivamente, los antiguos precedentes, aceptados sin discrepancias durante largo tiempo y con generalidad, tiene carácter obligatorio.*”

34 Vale la pena destacar, que citamos a este autor frente a este tópico en la medida en que estimamos que la construcción doctrinaria por él señalada en este punto guarda mucha similitud con la usada por autores del

Para sostener la obligatoriedad de la jurisprudencia por parte de los operadores judiciales algunos autores como Recaséns Siches fundamentan esta posición en que si los criterios que forman la jurisprudencia no resultaren de observancia imperativa para los órganos jurisdiccionales, éstos tendrían la posibilidad de emplear aquel que más les acomode, con grave detrimento de la seguridad jurídica que es el fin esencial del orden jurídico³⁵.

Esta forma de ver la jurisprudencia, en el sentido de otorgarle un valor superior ya era sostenida por autores como Géný, quien para explicar la fuerza que, más allá del código, tenía la jurisprudencia, señaló que ésta tenía una “*autoridad persuasiva* que guiaba al juez en su función, pero que, en estricto sentido, no se constituía en una norma obligatoria para casos futuros; al punto de señalar que *es indudable que los precedentes judiciales, singularmente cuando forma, en un sentido determinado, una serie constante de decisiones uniformes, constituyendo como un cuerpo, deben disfrutar de una autoridad considerable en el animo del interprete*”³⁶.

Esto adquiere su justificación, al entender la actividad – realizada por los jueces – como aquella que permite determinar el significado de una norma, confiriendo así seguridad jurídica en la medida en que permite un grado de certeza en la aplicación de las normas³⁷, lo cual se concreta en la existencia de la denominada jurisprudencia obligatoria *stricto sensu*³⁸, en la medida en que ésta es

common law como POUND, quien para señalar que la jurisprudencia en el derecho angloamericano es creadora de derecho, hace una explicación del siguiente tenor: *toda sentencia judicial crea derecho, cosa que ocurre en dos sentidos: 1) en cuanto al caso particular fallado, cuyo sentido jurídico queda así específicamente establecido; 2) en cuanto dicho fallo o decisión, de acuerdo con el principio básico de que hay que stare decisis (acatar las decisiones), se incorpora al cuerpo general de common law convirtiéndose en un precedente obligatorio - o, al menos, “persuasivo” tanto para el propio tribunal que lo dicta como para los demás, cuando tengan que resolver casos iguales o análogos.* POUND, Roscoe. El espíritu del common law. Traducción de José Brutau.

35 RECASÉNS SICHES, Luís. Tratado general de filosofía del derecho. Décima cuarta edición. Editorial Porrúa. México, Porrúa. 1999. Páginas 220-226.

36 GÉNY, Francois. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Segunda Edición Editorial Reus. Madrid, España. 1925. Par 148, Página 493.

37 AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. Revista Jurídica Doxa. Numero 8. 1990. Páginas 23-38.

38 En el derecho Mexicano, en palabras de CARMONA TINOCO, hay ocasiones en que la Ley o incluso la propia Constitución, atribuyen carácter obligatorio a la aplicación de los criterios reiterados contenidos en las decisiones de determinados tribunales, constituyéndose de esta manera la llamada *jurisprudencia obligatoria*. En este sentido, existen México dos tipos de *jurisprudencia judicial*, la obligatoria y la *no obligatoria* u *orientadora* de acuerdo al carácter de la misma. La Constitución o la Ley determinan los casos, requisitos, condiciones y alcances de dicha obligatoriedad. En México no vincula una sola decisión, como ocurre en aquellos países en que impera la regla del precedente (*the rule of precedent*), manifestación del principio del *stare decisis*, sino que sólo obligan a los jueces y tribunales los criterios reiterados, precisamente en cinco

el elemento necesario para que la decisión judicial logre su objetivo de unificar la interpretación y aplicación del derecho, como ocurre en el caso del derecho Mexicano, en donde un número determinado de decisiones judiciales, son obligatorias si se cumplen con los presupuestos establecidos en la ley.

Mientras que en Argentina³⁹, se reconoce la obligatoriedad de un fallo judicial para futuras decisiones cuando se produce un “plenario”, que consiste en un reunión de todas las salas que componen una cámara de apelaciones con el objeto de unificar doctrinas judiciales contradictorias, siendo entonces la edición judicial obligatoria para toda la cámara y los jueces que dependen de ella).

De acuerdo con lo anterior, vemos que las normas de origen judicial, no sólo constituyen el núcleo esencial más importante de algunos sistemas jurídicos – como en el llamado common law vigente sobre todo en Inglaterra y en los Estados Unidos -, sino que, hasta en los sistemas de tipo continental europeo como el nuestro, tienen una vigencia no desdeñable para la solución de los casos.

Podría decirse entonces, como bien lo apunta Santiago Nino, que “la distinción entre los sistemas de common law y los de tipo continental se limita a una cuestión de grado respecto de la extensión de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de esas especies de normas (fuerza obligatoria que en el caso de los precedentes se denomina *stare decisis*)”⁴⁰.

Siguiendo a autores del derecho Norteamericano como Farnsworth, encontramos que los fundamentos del régimen anglosajón del *common law* del sistema del *stare decisis et non quieta movere* se pueden traducir como “*respetar lo decidido y no cuestionar los puntos ya resueltos*” pueden sintetizarse en cuatro grandes razones: igualdad (de proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales), previsibilidad (la gente sabe a qué atenerse en el futuro), economía (si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y ener-

gía para resolverlos), y respecto (al acierto y sabiduría de los jueces anteriores). Siendo este derecho fundamentalmente pragmático en la explicación de la creación del derecho a partir de decisiones judiciales.

En relación con el funcionamiento del sistema del *stare decisis et non quieta movere* el autor en cita explica que éste “*es más arte que ciencia*”, explicando que existe un tipo de *jurisprudencia persuasiva* que no es vinculante que proviene de los tribunales de otras jurisdicciones o de un nivel igual al que debe decidir el proceso; mientras que la *jurisprudencia imperativa*, que si es vinculante, es la que emana de un tribunal superior al que conoce el caso o a la de éste mismo. En relación a estas señala que hay que distinguir entre el *holding* o *ratio decidendi* (esta última expresión es usual en Inglaterra), que es lo necesariamente sostenido por un tribunal para dirimir el litigio, del *obiter* u *obiter dictum* que es lo no indispensable a ese fin.

Ahora, en relación al radio de cobertura de un precedente, se dice que este se puede ampliar o restringir, haciendo explícita la consideración que los hechos del caso número dos son muy distintas a los del caso número uno; o que la doctrina sentada en el caso número uno es francamente arcaica, por modificación del contexto de la vida; o incluso, quedaría, aplicada al caso número dos, una solución decididamente injusta, siendo otro medio de evasión por parte del tribunal número dos el de “*achicar*” el espacio del *holding* o *ratio decidendi* del caso número uno, ampliando en cambio el de su *dictum*, que no es imperativo, sino persuasivo. Además de señalar que, ocasionalmente un tribunal inferior puede apartarse de la regla sentada por su superior, si prevé que este último cambiará su jurisprudencia anterior, de haber apelación⁴¹.

En cuanto a los materiales jurídicos a los cuales los jueces están atados en el common law, tenemos que estos no son precisamente las afirmaciones explícitas hechas por los otros jueces (ni siguiera por las que ellos mismos pudieran haber hecho acerca de la regla aplicable para la solución del caso), las cuales se consideran simples *obiter dicta*, es decir, afirmaciones que no son necesarias para fundamentar el fallo. Lo que los obliga es la *ratio decidendi* de los fallos anteriores, es decir, el principio general que explica las decisiones adoptadas, que los jueces, una vez que la hayan identificado, están obligados a realizar (a la luz de su propio punto de vista y no constreñidos a

ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, provenientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en pleno y en salas, y de los tribunales colegiados de Circuito, ambos en su ámbito competencial respectivo, en las que además se cumpla con los requisitos votación que la Ley establece. Véase en: CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del poder judicial de la federación*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Número 83. Mayo-Agosto 1995. Páginas 524 y 525.

39 Véase, entre otros, SANTIAGO NINO. Carlos. Introducción al análisis del derecho. Editorial Ariel S.A. Barcelona España. Décima Edición. 2001. Página 152.

40 SANTIAGO NINO. Carlos. Introducción al análisis del derecho. Editorial Ariel S.A. Barcelona España. Décima Edición. 2001. Páginas 292 y 293.

41 FARNSWORTH, E. Allan. Introducción al sistema legal de los Estados Unidos. Traducción de Horacio Abeledo. Buenos Aires, Argentina. 1990. Editorial Zavalía. Página 74 y ss. Citado por SAGUES, Pedro Néstor. La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema en E.E.U.U. y en Argentina. Revista de Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales. Año 4. Revista N° 1. Universidad de Talca. Santiago, Chile. 2006. Página 17 y ss.

aceptar el de sus colegas que hubiesen sido consignados en sentencias anteriores). Es decir, que esta se constituye en la formulación de una regla que sirve para explicar las decisiones que se han adoptado en casos anteriores, análogos por sus hechos al que ahora se decide, aunque ese criterio no sea el mismo que enunciaron los jueces que dieron aquellas soluciones.

Respecto a las normas jurídicas que se proyectan de la creación judicial⁴² contenidas en las decisiones judiciales, independiente de la corporación o autoridad judicial que profiere la sentencia, estas tienen la misma categoría de las normas jurídicas expedidas por el órgano legislativo o parlamento⁴³, al punto que, para algunos como Bulygin “*toda decisión judicial concluye con un fallo que debe necesariamente ser susceptible de justificarse desde una norma general. En este sentido las sentencias judiciales pueden ser descritas como entidades complejas que contienen tanto normas individuales como generales. En relación a las primeras no cabe hablar propiamente de creación, sino de aplicación, mientras que en las segundas si existiría creación*”⁴⁴.

42 LLEWELYN, Karl. *The Bramble Bush*. Segunda edición. 1951. Página 9. Dice éste autor que “Lo que los funcionarios hacen respecto de las disputas es (...) el derecho mismo”. Agrega que “*la dificultad de estructurar cualquier concepto de derecho radica en que incluye demasiadas cosas, y que las cosas que debemos incluir en él son increíblemente distintas entre sí*” Citado en: HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1963. Página 2.

43 Esta corriente de pensamiento es contraria a la sostenida por autores como JOHN AUSTIN (*The providence of jurisprudence Determined and the uses of the study of jurisprudence*. Londres. Weidenfeld and Nicolson. 1971), quien define las normas jurídicas como mandatos generales formuladas por el soberano a sus súbditos. El derecho se manifiesta exclusivamente a través de prescripciones generales, impersonales y abstractas originadas en la voluntad de un soberano, legitimado y por ello dotado de una potestad superior, que puede hacer cumplir tales prescripciones con el apoyo de la fuerza. (...) El elemento que distingue a las normas jurídicas de los demás mandatos, es que los mandatos que son jurídicos tienen su origen en la voluntad de un soberano. El concepto de soberanía es, pues, básico en la teoría de Austin. Su definición de “soberano” es la siguiente: “*Si un hombre determinado es destinatario de un hábito de obediencia de la mayor parte de una sociedad son que él, a su vez, tenga el hábito de obedecer a un superior, ese hombre es soberano en esa sociedad, y la sociedad (incluido el soberano) es una sociedad política e independiente*”. Citado en: SANTIAGO NINO. Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Ariel S.A. Barcelona España. Décima Edición. 2001. Páginas 78 y 79.

44 BULYGIN, E. *Sentencia judicial y creación del derecho*, En: AL-CHOURON C. E, y BULYGIN, E. *Análisis lógico y derecho*. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales. 1991. Páginas 356 y 357. Según Bulygin debe entenderse que la sentencia está formulada no sólo por la parte resolutive (norma individual), sino también por lo considerandos (segmento en el que el juez da las razones que justifican la decisión). La sentencia debe ser reconstruida como un argumento o razonamiento, en el que la resolución ocuparía el lugar de la conclusión y cuyas premisas se encontrarían en los considerandos (aunque no todos los enunciados que allí figuren puedan ser considerados premisas necesarias para inferir la conclusión).

En este orden de ideas, se puede sostener que los jueces en conjunto adoptan normas jurídicas generales, en donde los precedentes surgen a partir de las razones que determinan la adopción de cierta decisión (lo que se llama la *ratio decidendi* del fallo) y que son obligatorias en casos análogos para los tribunales inferiores o de igual jerarquía⁴⁵.

Es por esto que para algunos autores como Huerta Ochoa⁴⁶, las normas interpretadas emitidas por la autoridad con la competencia para determinar su significado adquieren la misma fuerza y rango que la disposición interpretada “*de modo que se puede decir que la jurisprudencia no deriva su obligatoria directamente de las disposiciones que regula su procedimiento de creación, sino que su carácter prescriptivo se infiere también de la naturaleza de las disposición interpretadas*”.

Entonces, a partir de esta tesis, podemos llegar a pensar que si la interpretación que realizan los tribunales constitucionales, en cuanto a los fundamentos que guardan relación directa y estrecha con la parte resolutive de la sentencia, constituirían jurisprudencia obligatoria igual, por ser la Constitución misma, las decisiones que resultan de la interpretación de textos de rango legal, ¿podrían adquirir el mismo rango de ley?⁴⁷.

45 SANTIAGO NINO. Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Ariel S.A. Barcelona España. Décima Edición. 2001. Página 152. De igual forma Santiago Nino señala al respecto que “*en cuanto a los precedentes es obvio que en nuestro sistema (de tipo continental europeo), a diferencia de lo que ocurre en los países del llamado common law (fundamentalmente, Estados Unidos e Inglaterra), en los que se constituyen la fuente del derecho más importante, ellos no tienen decisiva relevancia. En nuestro país los jueces buscan orientación en la jurisprudencia, pero en general no consideran que los precedentes tengan fuerza imperativa para futuras decisiones. Pero por otra parte, la jurisprudencia en nuestro país, a diferencia de los precedentes en el common law, no se constituye con una sola decisión, sino que exige una serie concordante de decisiones (...)*”.

46 HUERTA OCHOA, Carla. *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2008. Páginas 220 y 221.

47 En relación a este punto, autores como PRIETO SANCHÍS señalan al respecto, que: “*La doctrina no es unánime y ciertamente la cuestión no está exenta de dificultades (por ejemplo, la separación entre la ratio decidendi y los obiter dicta no siempre es clara) (...)* “*la cuestión es entonces si la comentada doctrina del Tribunal Constitucional (la ratio decidendi) representa sólo un precedente persuasivo o es algo más, concretamente una norma tan obligatoria como la ley, es decir un precedente obligatoria*”. Véase, en: PRIETO SANCHÍS. Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Editorial Trotta. S.A. Madrid, España. 2005. Página 220. Frente a esto, la conclusión que nosotros estimamos es que, si lo discutido es si el valor de la jurisprudencia emitida para el tribunal constitucional puede estar entre o bien un precedente persuasivo o uno obligatorio, parecería entonces descartado que la jurisprudencia producida por otros tribunales distintos al constitucional, sin la presencia de elementos especiales establecidos en la ley como ocurre en México, que también es un sistema de derecho continental – europeo, tenga un valor de precedente obligatorio o de rango de ley.

En este contexto, en donde la jurisprudencia tiene carácter obligatorio, los tribunales no tienen necesidad de analizar las cualidades jurídicas de la *ratio decidendi* de esta, sino que pueden -y deben- emplearla constatando únicamente la semejanza que exista entre los hechos que le dieron origen y los pertenecientes al caso concreto que actualmente deben resolver⁴⁸.

Esta concepción o dilucidación del tema de que la jurisprudencia se proyecta más allá de una norma individual y concreta, parece abandonar entonces la concepción clásica dada a esta por autores como Kelsen⁴⁹, quien señalaba que la decisión judicial emitida por un juez o tribunal es una *norma individual* que no tiene efectos más allá de resolver el caso concreto.

Ahora, en cuanto a la noción de este *derecho judicial* es importante destacar que en el derecho español autores como Peces-Barba, Fernández y De Asís, se han dado a la tarea de tratar el tema, señalando que existen argumentos que señalan que las mencionadas normas generales que se crean a partir de la decisión judicial no pertenecerían al sistema en la medida en que las normas así creadas carecen de legitimidad y por tanto, el poder judicial no podría ser centro de producción normativa, sin embargo, acuden a un criterio de legitimidad indirecto que se mueve en la esfera de la idea de imparcialidad que deben tener los jueces, para justificar que los órganos legítimos para interpretar y aplicar el derecho, también pueden, en ocasiones, elaborar normas. Por ende, consideran que *en virtud de este manejo de la idea de legitimidad los jueces podrían convertirse en centros de producción normativa, aunque primaria su consideración como aplicadores, y todo ello siempre bajo el prisma del respeto a los valores y derechos que se presentan como contenidos básicos del ordenamiento jurídico*⁵⁰.

48 SÁNCHEZ GIL, Rubén A. La jurisprudencia de inconstitucionalidad y su aplicación. En: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Numero 11. Julio-Diciembre 2004. Páginas 235 y 236.

49 KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del estado. Traducción al español. Eduardo García Maníes. México. 1950. Página 152.

50 En relación a si las normas generales que se derivan de la decisión judicial pertenecen o no al ordenamiento jurídico, estos autores hacen las siguientes reflexiones: "Y en este punto suelen utilizarse dos argumentos para negar tal consideración: el de la aplicación y el de la no incrustación. El primero de ellos tiene que ver con la afirmación de que esas normas se caracterizan en todo caso por ser aplicación de otras normas y que, por otro lado, eso es precisamente lo que le corresponde al poder judicial. Se trata ésta de una observación cuando menos cuestionable, máxime si tenemos en cuenta lo dicho anteriormente en relación con la *ratio decidendi* (...). Mayor atención merece el argumento de la no incrustación (que puede ser denominado también como de la no pertenencia) y que nos conecta con el problema del precedente o, para simplificarlo, con el problema de la existencia de una obligación de observar en el futuro las normas creadas. En efecto, ese argumento viene a decir que aún reconociendo la posibilidad de que los jueces creen normas, éstas no son válidas, ya que una de las notas que caracte-

No obstante el problema de la legitimidad o ilegitimidad de las normas que se proyectan por parte de los jueces al dictar sus sentencias para ser consideradas como normas jurídicas que deban ser observadas y obedecidas de forma obligatoria, más allá del caso dentro del cual fueron dictadas, debe mirarse que el problema tanto en el sistema del *judge-made law*, de derecho hecho por el juez, como en el derecho codificado, se circunscribe a que los jueces realizan cambios sustanciales bajo la apariencia de una labor interpretativa frente a los materiales normativos que estaban obligados a seguir, con el objeto de resolver los conflictos que se presentan dentro de los cambios que se suscitan en la sociedad, esto es, frente a sus nuevas necesidades⁵¹, por lo que, tanto uno como otro sistema ofrecen imperfecciones que hacen ver que éstos no se adaptan con rapidez a los cambios sobrevenidos en la vida de la sociedad⁵².

Lo anterior nos muestra que la ubicación dentro del sistema de fuentes de la jurisprudencia dependerá en últimas de la forma en que esté estructurado el sistema de fuentes en dicho ordenamiento, lo cual se identifica a partir de los criterios de reconocimiento de normas mediante los cuales se habilite la producción o creación de nuevas normas. De modo que esto tendrá sus cimientos en las situaciones e instituciones de la cultura política y jurídica sobre las cuales se haya hecho el desenvolvimiento histórico de ese

rizan la validez es la pertenencia, y ésta supone e implicaría la vinculatoriedad del precepto de que se trata en casos futuros. Así, sólo en estos casos cabría considerar con carácter general al poder judicial como un verdadero centro de producción normativa. PECES BARBA, Gregorio, FERNANDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael. Curso de teoría del derecho. Segunda Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España. 2000. Páginas 219 y 221.

51 En relación a este aspecto, debe recordarse que la jurisprudencia de intereses, propone, en palabras de Philip Heck, dentro de un ámbito progresista de la función de quienes adjudican el derecho, que: "El juez, a semejanza del legislador, debe delimitar intereses y resolver conflictos de intereses. Pero la ponderación que el legislador ha hecho de tales intereses está antes que la propia valoración del juez, y es decisiva para éste. La segunda idea es que nuestras leyes, en relación con la abundancia de problemas de la vida son defectuosas, incompletas y no exentas de contradicciones. El legislador moderno es consciente de esta influencia, y por ello espera del juez una obediencia, no literal, sino conforme con los integrantes en juego. Espera que no limite a subsumir lógicamente el hecho en el mandato de la ley, sino que también complemente los mandatos incompletos y rectifique los defectuosos. Se puede expresar esto así: el juez no debe tan sólo aplicar cada norma en particular, sino que debe emparar el conjunto de los intereses por la ley como dignos de protección (...). Por consiguiente el juez cuando se da una situación de hecho que no coincida con ninguna de las previstas por la ley, debe, ante todo, formarse una idea del conflicto de intereses que se le presenta en el caso controvertido. Tiene que investigar si este mismo conflicto de intereses está ya resuelto por la ley bajo la forma de otras situaciones de derecho. En caso afirmativo ha de trasladar el juicio valorativo de la ley, resolviendo con igual medidas idénticos conflictos de intereses". Citado en: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. 2008. Página 58.

52 Véase, HECK, Philip. El problema de la creación del derecho. Traducción de Manuel Atienza. Editorial Comares, S.L. Granada, España. Páginas 12 a 18.

orden jurídico y no sobre abstracciones provenientes de una teoría transnacional de otros sistemas jurídicos que obedezcan a otras tradiciones⁵³.

1.3. Conclusiones

A manera de aproximación a una conclusión frente a un tema de tanta polémica para los teóricos del derecho, podemos decir que el concepto de fuentes de formales del derecho aludirá, o se podrá definir, según la clase o naturaleza del sistema de derecho en el que nos encontremos, de acuerdo con lo que respecto a este particular disponga el ordenamiento jurídico respectivo. Así, el valor de las decisiones judiciales, dentro del sistema de fuentes, de-

penderá de lo que las disposiciones jurídicas pertinentes señalen al respecto.

De modo que resulta claro, después de auscultar la doctrina especializada que trata el tema, en sistemas jurídicos afines al nuestro, así como propios del derecho anglosajón, que no puede establecerse una teoría que haga una explicación universal del valor del concepto de fuentes del derecho y del valor de la *jurisprudencia* al interior del mismo, aún en los eventos que estos respondan a la misma naturaleza; pues como quedó visto, ello dependerá, en mayor medida, a lo que determinen las disposiciones constitucionales o legales sobre la estructura del sistema de fuentes en el respectivo ordenamiento jurídico.

54 LÓPEZ MEDINA. Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura Jurídica latinoamericana. Editorial Legis. Bogotá. Colombia. Páginas 306 a 326.



Referencias

- AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico". Revista Jurídica Doxa. Número 8. 1990.
- AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José. Introducción al Derecho. Editorial Abeledo Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina. 1994.
- AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre la Constitución del Estado Constitucional. Doxa. Revista Jurídica. N° 24. 2001.
- AGUILÓ REGLA, Josep. Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico). Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 2000.
- BALAGUER CALLEJÓN, Fernando. Fuentes del derecho. Principios del ordenamiento constitucional. Madrid, España. Editorial Tecnos. 1991. Vol. I.
- BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Editorial TEMIS S.A. Tercera Edición. Bogotá, Colombia. 2007.
- BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2000.
- BULYGYN, E. Sentencia judicial y creación del derecho, En: ALCHOURON C. E, y BULYGYN, E. Análisis lógico y derecho. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales. 1991.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del poder judicial de la federación*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Número 83. Mayo – Agosto 1995.
- CARNELUTTI, Francisco. *Teoría General del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
- CUETO RÚA, Julio. Fuentes del derecho. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1971.
- DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1995.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa S. A. México. 1990.
- GÉNY, Francois. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Segunda Edición Editorial Reus. Madrid, España. 1925.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas generales del Derecho*. Editorial de Palma. Buenos Aires, 1944.
- HUERTA OCHOA, Carla. Teoría del derecho. Cuestiones relevantes. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2008.
- JOSSERAND, Louis. *Curso de Derecho Civil Positivo Francés*. Volumen I. Impresiones La Pluma de Oro. Medellín, 1977.
- LEGAZ y LACAMBRA, Luís. Filosofía del derecho. Bosch Editores. Barcelona, España. 1979.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. 2008.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura Jurídica latinoamericana. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. 2005.

MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes. Introducción de E. Tierno Galván. Traducción de M. Blázquez y P. de la Vega. Madrid, España. Editorial Tecnos. 1985.

KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho. (Traducción de Roberto J. Vernengo) UNAN, Ciudad de México, México. 1982.

KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del estado. Traducción al español. Eduardo García Maníes. México. 1950.

HART, H.L.A. El concepto de derecho. Traducción de Genaro Carrió. Editora Nacional. México. 1980.

HECK, Philip. El problema de la creación del derecho. Traducción de Manuel Atienza. Editorial Comares, S.L. Granada, España.

PECES BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael. Curso de teoría del derecho. Segunda Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España. 2000.

PRIETO SANCHÍS. Luís. Apuntes de teoría del derecho. Editorial Trotta. S.A. Madrid, España. 2005.

RECASÉNS SICHES, Luís. Tratado general de filosofía del derecho. Décima cuarta edición. Editorial Porrúa. México, Porrúa. 1999.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario en los Estados Unidos. Introducción Comparada. Segunda Edición. Editorial Legis. 2005.

SAGUES, Pedro Néstor. La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema en E.E.U.U. y en Argentina. Revista de Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales. Año 4. Revista N° 1. Universidad de Talca. Santiago, Chile. 2006.

SÁNCHEZ GIL, Rubén A. La jurisprudencia de inconstitucionalidad y su aplicación. En: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Número 11. Julio – Diciembre 2004.

SANTIAGO NINO. Carlos. Introducción al análisis del derecho. Editorial Ariel S.A. Barcelona España. Décima Edición. 2001.

VON SAVIGNY. Frederich C. Sistema de derecho privado Romano II. (traducción de J. Mesía y Manuel Poley). Madrid, España. 1879.