

340.1  
R 449a  
1977  
F.J.yCS.

EJ. 5

087528

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

---

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

***Aspectos de la Jurisprudencia y Doctrina  
Legal en El Salvador.***

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

**RODOLFO ANTONIO REVELO VAQUERO**

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

**JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

Septiembre 1977





AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.

RECTOR:

DR. CARLOS ALFARO CASTILLO

SECRETARIO GENERAL:

DR. RAYMUNDO ANTONIO RODRIGUEZ BARRERA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

DECANO:

DR. FRANCISCO VEGA GOMEZ h.

SECRETARIO:

DR. EDMUNDO JOSE ADALBERTO AYALA MORENO

TRIBUNALES EXAMINADORES

PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION  
LABORAL.

PRESIDENTE : DR. PABLO MAURICIO ALVERGUE  
PRIMER VOCAL : DR. CARLOS FERRUFINO  
SEGUNDO VOCAL : DR. REYNALDO SANTIAGO QUEZADA

PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS.

PRESIDENTE : DR. HECTOR MAURICIO ARCE GUTIERREZ  
PRIMER VOCAL : DR. ROBERTO OLIVA  
SEGUNDO VOCAL : ROMAN GILBERTO ZUNIGA VELIS

PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES.

PRESIDENTE : MAURO ALFREDO BERNAL SILVA  
PRIMER VOCAL : ATILIO RIGOBERTO QUINTANILLA  
SEGUNDO VOCAL : HECTOR ENRIQUE JIMENEZ

ASESOR DE TESIS:

DR. MAURICIO ALFREDO CLARA

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS.

PRESIDENTE : DR. ROMAN GILBERTO ZUNIGA VELIS

PRIMER VOCAL : DR. CARLOS AMILCAR AMAYA

SEGUNDO VOCAL : DR. JORGE ARMANDO ANGEL CALDERON

DEDICO EL PRESENTE TRABAJO DE TESIS.

Con eterno agradecimiento a:

La Fuerza Armada de El Salvador,

Al Sr. Ex Presidente de la República y Cdte. Gral. de la  
Fuerza Armada Q.D.D.G. Coronel Julio Adalberto Rivera,

A mis Padres, Esposa e hijos,

Y a todos los familiares y amigos, que en una u otra forma  
me ayudaron a lograr el objetivo.

ASPECTOS DE LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA LEGAL  
EN EL SALVADOR.-

I N D I C E.

PROLOGO .....	PAG.	1
I.- Concepto y generalidades sobre las fuentes de Dere-- cho. Las fuentes materiales y formales de derecho...	"	3
II.- clasificación de las fuentes formales .....	"	6
- La Legislación .....	"	6
- La Costumbre Jurídica .....	"	10
+ Los principios Generales de Derecho .....	"	15
- El Buen sentido y Razón Natural .....	"	18
- La Doctrina .....	"	19
- La Jurisprudencia .....	"	20
III.- La Jurisprudencia.....	"	22
- Derecho Romano .....	"	22
- Derecho Comparado .....	"	23
- Derecho salvadoreño .....	"	27
IV.- Análisis de la Jurisprudencia en forma de Doctrina - Legal .....	"	32
- problemática de la Doctrina Legal .....	"	35
- Características de la Doctrina Legal .....	"	46
- Naturaleza de la Doctrina Legal .....	"	50
- Ambito de aplicación de la Doctrina Legal .....	"	51
- Referencias jurisprudenciales .....	"	53
V.- CONCLUSIONES .....	"	60

BIBLIOGRAFIA

Anibal Bascuñan Valdés.....	INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LAS CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.
Eduardo García Maynez .....	INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO.
Hans Kelsen .....	TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO.
Luis Legaz y Lacambra .....	FILOSOFIA DEL DERECHO.

René David ..... LOS GRANDES SISTEMAS JURIDICOS  
CONTEMPORANEOS.

Arturo Alessandri y Manuel Somarriba  
Undurraga ..... DERECHO CIVIL.

Piero Calamandrei ..... LA CASACION CIVIL.

Piero Calamandrei ..... PROCESO Y DEMOCRACIA.

Ugo Rocco ..... TRATADO DE DERECHO PROCESAL  
CIVIL.

Alvaro Pérez Vives ..... RECURSO DE CASACION.

Mauricio Alfredo Clará ..... LA INTEGRACION DEL DERECHO.

CODIGO CIVIL

PROCESO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

LEY DE CASACION.

REVISTA JUDICIAL.

REVISTA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CHILENAS.

## P R O L O G O

El presente estudio obedece a una inquietud; dicha inquietud reside en la observación de la administración de justicia en nuestro país, que como obra humana, bueno es reconocer, adolece de imperfecciones; pero que a través de críticas constructivas y trabajos especializados, todos estamos en la obligación de tratar de fortalecerla para lograr en lo posible las condiciones ideales de justicia. En realidad, considero que una de las cualidades del hombre es la insatisfacción, entendida como móvil que promueve la superación o progreso, que se traduce en la modificación progresiva de los elementos que le rodean y son inherentes a su personalidad: sus convicciones.

La justicia, aparte de concebirse como un valor suprasensible, es algo inherente al hombre; nadie puede censurar la idea que alienta alcanzar la justicia y en esa tarea, mucho puede lograrse con la investigación. En ese sentido, concebí este estudio, partiendo del análisis de las fuentes de derecho, exponiendo, en cierta forma, un breve repaso de sus modalidades, para destacar o centralizar nuestra atención en la jurisprudencia.

En nuestra legislación, la jurisprudencia ha sido relegada a un plano secundario, y sin embargo en los últimos años, es decir, a partir de la constitución política de 1950, la ju--



risprudencia ha sido reconocida por la legislación, confiriéndole una función importante dentro de la administración de Justicia, con la instauración de la Doctrina Legal en la Ley de Casación.

Ese objeto tiende a destacar el análisis que formularé, consciente como estoy, de que, cuanto exponga, va impregnado de aquél idealismo que, en no pocas ocasiones, hace ver al hombre iluso, paradigmas o modelos imposibles de obtener, pero que en resumidas cuentas, históricamente, nos ha hecho avanzar al nivel de la civilización en que nos encontramos.

Ruégo, pues, al lector, tomar en cuenta esta circunstancia en el análisis crítico de mis afirmaciones.-

I.- CONCEPTO Y GENERALIDADES SOBRE LAS FUENTES DE DERECHO, LAS FUENTES MATERIALES Y FORMALES DE DERECHO.

En acepción amplia, la palabra "fuente" significa el origen de una cosa. En ese sentido, el vocablo, al referirse al derecho, significa el "origen" del derecho. El Diccionario de la Real Academia Española, entre otras acepciones del concepto "fuente" indica la siguiente: "principio, fundamento u origen de una cosa"<sup>(1)</sup>. Tal definición sintetiza admirablemente, todas las ideas que pueden tejerse respecto al sentido que se agrega al concepto con el otro de "Fuente de derecho".

El Derecho, representa un fenómeno humano, esencialmente social por su alteridad; y como tal fenómeno, éste, no se genera a través de fórmulas mágicas, ultraterrenas o inasibles al hombre. Si el derecho, es un hecho o acontecimiento social, el hombre participa en su origen ya sea inconsciente o conscientemente, por constituir un elemento de su mismo hacer o vivir.

En ese sentido, el Derecho es parte integral del hombre y, consiguientemente, éste representa su principio, su fundamento y origen.

La ciencia jurídica ha descifrado que el concepto "fuentes de Derecho" puede desdoblarse por lo menos en dos sentidos: a) las fuentes materiales y b) las fuentes formales.<sup>(2)</sup>

(1) Diccionario de la Lengua Española: Madrid 1970, pág.640.

(2) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: Filosofía del Derecho, Segunda Edición, Madrid 1961, pág.488 y s.; BASCUÑAN VALDES, Aníbal: Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales, Colección No. 8, Segunda Edición, Santiago de Chile 1960, - pág. 149 y s.

las fuentes materiales y b) las fuentes formales.<sup>(2)</sup>

Las "fuentes materiales" del derecho representan la materia generatriz del derecho; es decir, los acontecimientos humanos, sociales y naturales de los cuales fluye o se origina el derecho. Al respecto, me atrevo a sostener, que dicha fuente es como antes insinué el hombre mismo, es decir, la vida humana en sociedad, en cualquiera de sus etapas históricas. En tal virtud el hombre y el derecho son dos conceptos inseparables dentro del devenir histórico; el uno supone al otro, sin perder de vista la alteridad, pues cuando me refiero al hombre, parto de la idea de que siempre se encuentra frente a otro hombre.

En ese plano, el derecho tiene como fundamento, causa, principio al hombre en sociedad; y sin temor a equivocarme, considero, que desde cierto punto de vista, la historia del hombre - que no puede ser ajeno al hombre considerado en sociedad -, es al propio tiempo la historia del derecho.

En conclusión, las fuentes materiales del derecho, consisten en aquellos factores o elementos humanos, sociales y naturales que determinan la causa, o el origen del derecho.

---

(2) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: Filosofía del derecho, segunda Edición, Madrid 1961, pág. 488 y s.; BASCUÑAN VALDES, Aníbal: Introducción al estudio de las Ciencias jurídicas y Sociales, Colección No. 8, segunda Edición, Santiago de Chile - 1960, pág. 149 y s.

las fuentes materiales y b) las fuentes formales.<sup>(2)</sup>

Las "fuentes materiales" del Derecho representan la materia generatriz del derecho; es decir, los acontecimientos humanos, sociales y naturales de los cuales fluye o se origina el Derecho. Al respecto, me atrevo a sostener, que dicha fuente es como antes insinué el hombre mismo, es decir, la vida humana en sociedad, en cualquiera de sus etapas históricas; en tal virtud el hombre y el derecho son dos conceptos inseparables dentro del devenir histórico; el uno supone al otro, sin perder de vista la alteridad, pues cuando me refiero al hombre, parto de la idea de que siempre se encuentra frente a otro hombre.

En ese plano, el derecho tiene como fundamento, causa, principio al hombre en sociedad; y sin temor a equivocarme, considero, que desde cierto punto de vista, la historia del hombre - que no puede ser ajeno al hombre considerado en sociedad -, es al propio tiempo la historia del derecho.

En conclusión, las fuentes materiales del derecho, consisten en aquellos factores o elementos humanos, sociales y naturales que determinan la causa, o el origen del derecho.

---

(2) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: Filosofía del derecho, segunda Edición, Madrid 1961, pág. 488 y s.; BASCUÑAN VALDES, Aníbal: Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y Sociales, Colección No. 8, segunda Edición, Santiago de Chile - 1960, pág. 149 y s.

por otro lado, están las "fuentes formales" de Derecho, que, como su nombre indica, son las fuentes o causas que formalizan o le dan forma o formalidad al Derecho. En este sentido, la forma representa la estructura externa del Derecho originado en una fuente material. Dichas fuentes, constituyen ciertos mecanismos conscientes de producción del Derecho, lo cual nos hace suponer que su aparición demuestra un grado avanzado de la civilización.<sup>(3)</sup>

Las fuentes materiales representan la fuente de contenido respecto de las fuentes formales del Derecho; a tal extremo, este planteamiento es convincente que entre sociólogos y juristas se ha aceptado la determinante influencia de ciertos hechos (materia) en la estructuración formal del Derecho<sup>(4)</sup>. En ese sentido es famosa la teoría expuesta por Yellinek denominada de "la fuerza normativa de los hechos", es decir, la fuerza normativa de lo factico, de lo real, o sea, de lo que es o existe. Esa realidad, o sea "el ser", tiende a proyectarse, tratándose del Derecho, hacia una generalidad de posibles acontecimientos y para que tal proyección se convierta a su vez en realidad, surgen las fuentes formales del Derecho.

---

(3) GUIER: Jorge Enrique: Historia del Derecho, primera parte, San José, Costa Rica 1968, pág. 382, expone en relación al estudio del Derecho Romano que en la época del imperio las principales fuentes de Derecho eran: 1.- Las Leyes; 2.- Los Edictos del Magistrado; y 3.- La Costumbre.

De acuerdo a los métodos de formalización del Derecho, las fuentes formales pueden clasificarse así: a) la legislación; b) la costumbre jurídica; c) los principios generales de derecho; d) el buen sentido y razón natural; e) la doctrina; y f) la jurisprudencia.

## II.- CLASIFICACION DE LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO.

Indicamos la clasificación de las fuentes formales de Derecho y al respecto, estimo que dichas fuentes, constituyen una especie de mecanismo o instrumento, por medio de los cuales, "conscientemente" se produce o formaliza el Derecho.

La producción consciente del derecho, en algunos casos se plantea del todo evidente, como sucede por ejemplo con la legislación; en otros casos, dicho factor constituye una especie de problema, como acontece con "los principios generales de Derecho"; sin embargo, en nuestro análisis particular, pretenderé denotar en que reside dicho factor.

### a). La Legislación.

En nuestros días, la legislación, es, sin lugar a dudas, la principal fuente de Derecho. Ella consiste en un complicado sistema o procedimiento productor de Derecho en forma de leyes.

(4) YELLINEK, Georg: Teoría General del Estado, traducción Fernando de Los Ríos, Segunda Edición, México 1958, pág. 277 y s. BODENHEIMER, Edgar: Teoría del Derecho, colección popular, Fondo de cultura Económica, Tercera Edición, México 1964, pág. 242 y s.

Dicho sistema o procedimiento formalizador de leyes, está prede-  
terminado en la Constitución Política, la cual a su vez, indica  
cuál es el ámbito de contenido posible de las leyes, y que por  
eso, se les denomina "leyes secundarias", ya que su validez y  
eficacia deriva de su concordancia con la Ley Primaria o Carta-  
Fundamental. En esa virtud, la legislación es un sistema que  
produce o crea Derecho por medio de la aplicación de la Ley  
Fundamental.(1)

La legislación, es al mismo tiempo una de las primordiales  
funciones del Estado, y dicha función, obviamente, aparece desa-  
rrollada normalmente en uno de los capítulos más destacados de  
la Constitución Política, como atribución especial de un órgano  
también especial, el llamado Poder Legislativo. Dicho organismo  
recibe esa denominación, sin perjuicio de que otros organismos  
de igual jerarquía, también producen Derecho, con la diferencia  
de que tal Derecho carece de la forma de ley.

En lo concerniente al presente tema, interesa destacar dos  
cuestiones: 1.- Cuál es el procedimiento en que se concretiza  
la legislación y que culmina con la producción del Derecho en  
forma de ley; y 2.- Qué características pueden indicarse espe-  
cialmente de la Ley como producto elaborado de la legislación.

---

(1) KELSEN, Hans: Teoría General del Derecho y del Estado, tra-  
ducción de E. García Maynez, segunda Edición, México 1958,  
pág. 155.-

Antes de señalar el procedimiento de formación de la Ley, - en sus etapas relevantes, es preciso aclarar, que para promover dichos procedimientos, el órgano motor debe estar investido de la llamada "iniciativa de ley".

De acuerdo a la Constitución Política vigente, tienen iniciativa de ley, el presidente de la República por medio de sus Ministros; los Diputados de la Asamblea Legislativa y la Corte Suprema de Justicia, Art. 50 C.P.; además los Concejos Municipales, en el caso especial de la elaboración de las tarifas de arbitrios, de acuerdo con el Art. 105, inc. 3o. C.P. Dichos funcionarios y organismos, son los únicos que pueden promover el procedimiento legislativo que se inicia con la presentación del respectivo Proyecto de Ley, el cual es presentado a la Asamblea Legislativa; ésta, posteriormente lo hace del conocimiento de las comisiones que se relacionan con la materia del proyecto y de la comisión de asuntos constitucionales, que se encarga de revisar la armonía del texto de la futura ley con el texto de la Constitución Política, superada esa etapa, el proyecto se hace del conocimiento de los integrantes de la Asamblea Legislativa, quienes, después de discutirlo, toman resolución al votar, si se aprueba o no. Si se aprueba, el proyecto de ley se convierte en Decreto legislativo, el cual, es enviado al Poder Ejecutivo, para que éste, lo sancione, promulgue y publique, todo de conformidad a los Arts. 51, 54, 56, 57, y 60 C.P.-



El derecho, así elaborado, se denomina Ley, la cual ha sido definida como "una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohibe y permite". Dicha definición, contenida en el Art. 10. del Código Civil vigente, copiado literalmente del Código Civil de la República de Chile, ha sido criticada por su estructura puramente formal. Sin embargo, con esa definición, entendemos, ha querido destacarse que la producción de la ley debe regirse de acuerdo a la Constitución, no sólo en su forma sino también en su contenido; condición sin la cual, carecería de validez y eficacia.

por otra parte, la ley, se caracteriza, además de su aspecto o estructura formal, por sus efectos, entre los cuales interesa destacar su carácter general, abstracto, coercible, temporal, y eventualmente modificable.

En efecto, la ley proyecta su mandato normativo, respecto de una generalidad de sujetos y de situaciones factibles; al mismo tiempo, la estructura normativa de su mandato se configura o determina en forma hipotética, con lo cual denota su carácter abstracto; dicho mandato, como se indica, no es un consejo o sugerencia, sino que, verificada la condición hipotética de la norma legal, se desencadena inexorablemente su consecuencia, revestida del "imperium" o coacción, cuando surgen obstáculos que impiden o se oponen al normal desarrollo de la conse---

cuencia jurídica, que normalmente consiste en un deber, una obligación o una carga imperativa, atribuible a una persona, dicho carácter no se limita a la posibilidad de coaccionar al obligado, sino que, en caso de hacerse imposible el cumplimiento del mandato normativo, éste se sustituye con la imposición de una sanción.

Dicho mandato, normalmente es de carácter temporal, es decir, su eficacia en el tiempo no tiene límites sino en casos especialmente indicados, pero, al mismo tiempo, dicha temporalidad no significa que la ley en su contenido material ha de ser eterno; por el contrario, la evolución de la fuente material que justifica su existencia, puede a su vez, determinar, no sólo su reforma, sino también su extinción y sustitución por otras normas.

#### LA COSTUMBRE JURIDICA.

La costumbre consiste, desde cierto punto de vista, en una especie de práctica o uso de determinadas modalidades de la conducta humana. En ese sentido, la costumbre representa una serie de modos o formas de exteriorizar la conducta, y cuando dichas formas adquieren en los hombres que las practican, la conciencia de su obligatoriedad, entonces se convierte de simple uso en costumbre jurídica. De lo dicho inferimos, que por lo menos, hay dos elementos configurativos de la costumbre jurídica: un elemento material, que consiste en el uso reiterado; y un elemen

to espiritual que consiste en la conciencia o apreciación subjetiva de la obligatoriedad.

No cabe la menor duda, de que la costumbre jurídica ha sido antiguamente, la primer fuente de derecho; y no sólo de dicho fenómeno, sino de todo cuanto puede calificarse de social y humano, en el aspecto cultural histórico. Tal hecho será necesariamente reconocido por el hombre, no sólo en el plano teórico, sino también en el de su experiencia. A ese respecto, el Derecho Romano ha sido clasificado en su desarrollo histórico, de parte de los investigadores en varios períodos, dentro de los cuales figura como primero: desde la fundación de Roma a la Ley de las XII Tablas ( 1 a 304 de Roma),<sup>(1)</sup> dentro de la cual la única fuente de derecho está representada por los usos vigentes entre los fundadores de la ciudad y que pasaron, por tradición de las comunidades primitivas a la nueva ciudad, es decir, se trata de las costumbres de los antepasados, denominados "mores majorum"<sup>(2)</sup>.

La costumbre jurídica, como fuente de derecho, tiene sus ventajas y desventajas; por una parte, por su propia naturaleza adquiere una vigencia o vitalidad condicionada a una necesidad indiscutible, que legitima su existencia y asegura su permanencia y eficacia, por decirlo así, en forma espontánea; pero por otra parte, su evolución, progreso y expansión queda en cierto-

(1) PETIT, Eugene: Tratado Elemental de Derecho Romano, México 1961, pág. 27.-

(2) PETIT, Eugene: ob. cit. pág. 35.

modo muy limitada, de allí que, su instrumentalización en ciertos casos llega a perder su funcionalidad normativa. Este hecho quedó evidenciado en el mismo desarrollo del Derecho Romano, cuando petit transcribe el comentario siguiente: "En resumen: el derecho privado no tiene en este período - refiriéndose al período inicial - más que una fuente cierta: la costumbre. La falta de precisión de sus reglas favoreció el arbitrio de los magistrados patricios encargados de la administración de justicia, no solamente en orden del derecho privado, sino también para la represión de crímenes y delitos"<sup>(1)</sup>.

Circunstancias como la expresada, empujan, inexorablemente, a la sustitución de dicha fuente por otra más práctica: la legislación; con todo, aún en sistemas jurídicos como el nuestro, la costumbre no pierde su importancia; lo único que pierde, es su hegemonía; en realidad, la costumbre como fuente de derecho queda, en cierto sentido, sometida al orden legislativo.

para determinar en que casos la costumbre opera como fuente de derecho, paradójicamente tenemos que analizar la estructura legislativa; en efecto, frente a la legislación, la costumbre puede encontrarse en una triple situación: a) costumbre conforme a la ley; b) costumbre fuera de la ley; c) costumbre contra la ley. Es indudable, que dentro de esa situación, sólo consti-

---

(1) PETIT, Eugene; ob. cit. pág. 36.

tuye fuente de derecho, la costumbre fuera de la ley, es decir, la costumbre, que inclusive, no ha sido reconocida ni indirectamente por la ley, pero que, sin embargo, la complementa o integra en un sentido normativo.

La situación antes señalada, denota, con cierta claridad, - la trascendencia e importancia, de la costumbre como fuente jurídica; importancia que no debe calificarse en términos cuantitativos, sino cualitativamente.

Ullámase, pues, Derecho Consuetudinario al conjunto de normas jurídicas que no están fijadas en ningún cuerpo legal y viven, en cambio, como proposiciones ideales dotadas de fuerza obligatoria actual en la conciencia de una sociedad que las acepta como formas de vida, ya por medio de un uso espontáneamente practicado, ya recibido de los órganos encargados de la aplicación del derecho, principalmente de los tribunales (usus fori) (1).

Respecto de los usus fori, mejor que ningún otro medio que en la actividad de los tribunales, advertimos la presencia de la costumbre, ya sea en forma de simple uso, ya sea en forma de verdadera costumbre jurídica. Cualquier abogado de experiencia, habrá comprobado cómo los usos y prácticas procesales de un tribunal, difieren con otros de igual naturaleza y categoría, desde lo elemental, hasta situaciones complejas de procedimientos,

---

(1) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: Ob. cit., pág. 545.

a pesar de que, una e idéntica ley procesal, ampara o respalda la actividad de los mismos jueces. Esa dualidad o pluralidad de usos pone en evidencia que a pesar del esfuerzo legislativo, en comprender la totalidad del procedimiento, dicho esfuerzo ha sido infructuoso, ya que el legislador no puede reglamentar hasta el último detalle procedimental, y a pesar de su silencio, la - costumbre no reconocida por la ley, desempeña un papel integrador de lagunas técnicas.

Piero Calamandri, nos trae a la reflexión la siguiente anédota: "Recuerdo con frecuencia la admonición de un antiguo em--pleado que encontré en el bufete de mi padre cuando, recién recibido, iniciaba mi aprendizaje profesional. Era casi un analfabeto, pero en cincuenta años de práctica había llegado a ser un gran conocedor de todas las pequeñas argucias de los corredores judiciales. Entraba en mi despacho, y viéndome sumergido en montones de libros, sacudía la cabeza en señal de conmiseración y me decía con un suspiro: ¡ pobre señor doctor ! ; No pierda el tiempo estudiando. Créame: lo que cuenta es la práctica ! "

"Lo que cuenta es la práctica; rechazaba entonces con juvenil desprecio las sugerencias de aquel viejo inoportuno, pero - hoy, después de cuarenta años, he llegado a advertir que bajo aquellas modestas palabras se escondía una gran verdad. Hoy debo reconocer que el proceso, tal como está escrito en el Código, - no es sino un molde vacío que asume distintas figuras, al tradu

cirse en la realidad, de acuerdo con las sustancias que se vierten en el interior; y es así cómo de un modelo único pueden surgir procedimientos de los tipos más variados en las diversas - circunscriptciones judiciales del mismo Estado, que aún cuando - todos ellos pretenden ser aplicaciones fieles de la misma ley - procesal, guardan entre sí una semejanza menor que la que tie--nen los hijos de la misma madre<sup>(1)</sup>.

Lo antes expuesto, sirve para denotar aún más la importan--cia de la práctica o de los usos, que por regla general tienden a convertirse en costumbre jurídica; esto no significa, pues, - que los usus fori, desplacen las normas procesales; significa, únicamente, que ante la impotencia del legislador, la costumbre cumple un papel regulador de gran trascendencia, aún en aque---llas situaciones en que aparentemente la ley es un todo comple--to y aún cuando, también, aparentemente, el principio de legalidad del procedimiento es puesto a prueba; apariencia que se desvirtúa en cuanto que, dicho principio es absolutamente valedero sólo respecto de los procedimientos establecidos en el texto de la ley.

#### LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

La designación de los principios generales de derecho, como una categoría adicional de fuente de derecho, es en cierto sen-

---

(1) CALAMANDREI, Piero: "Proceso y Democracia", Breviarios de - Derecho, Buenos Aires 1960, pág. 42 y s.

tido dudosa, por la vaguedad de su determinación, tanto en el ámbito doctrinario o científico, como en el ámbito legal.

Decimos ésto, porque en nuestra investigación, encontramos diversas acepciones del concepto de esta peculiar fuente de Derecho, cuestión que da a entender, la ambigüedad que producen tantos planteamientos. Para muestra, Legaz y Lacambra, cita cinco sentidos o significados del concepto. Esta pluralidad de significaciones, no quiere decir que se trata de enunciaciones falsas, carentes de base científica; por el contrario, cada una parece indicar un trozo de verdad al respecto; con todo, la verdad es una, y en el lenguaje científico, debe exteriorizarse en términos precisos.

Sin perjuicio de apropiarnos de uno de dichos significados, me limitaré a enunciar los sentidos en que se ha aplicado el concepto que tratamos: se ha indicado que los principios generales de Derecho consisten en las máximas reglas de Derecho contenidas en la Constitución política de un país determinado; o que son los principios o normas del Derecho Romano, considerado como el derecho base o fundamental del Derecho Moderno; o bien, se identifican con la Ciencia Jurídica o ciertos aforismos de uso corriente, ya en la doctrina o en la legislación; o consisten en ciertas reglas deducidas de un conjunto de normas predefinidas, como especie de síntesis de significado general correspondientes al derecho de un país determinado o a una rama -



especial de la legislación.

Estimo, que la significación más apropiada al léxico con que se designa esta fuente, es precisamente la última; es decir, que para nosotros, los principios generales se deducen de una legislación determinada, y consiguientemente, dichos principios aparecen claramente manifestados de una manera implícita o explícita, de acuerdo al sentido de justicia impreso en la letra de las normas e instituciones jurídicas. En ese sentido entendemos que en nuestra Ley Civil, en las reglas de interpretación se hace referencia a dicha fuente al mentar "el espíritu general de la legislación"<sup>(1)</sup>.

Se advertirá entonces, que los principios generales del derecho, preferentemente están contenidos en el texto de las leyes; pero las leyes no son todo el derecho; también está la costumbre, las instituciones, que pertenecen al derecho no escrito, cuyas normas también pueden dar base a deducir otras, que aunque no estén expresas, aparecen implícitas en su acontecer consuetudinario.

Desde tal punto de vista, los principios generales de derecho, son Derecho, con la única salvedad, de que su aprehensión y comprensión, exige del jurista y del juez, un esfuerzo intelectual deductivo, basado en la misma ley o en la costumbre ju-

---

(1) Código Civil: Art. 24.-

rídica, para deducir de élla una conclusión aparentemente no establecida en la norma. En ese sentido, validamente puede discutirse su naturaleza de fuente de Derecho, pero en general, la doctrina la acepta, especialmente en aquellos casos en que la legislación guarda silencio respecto a situaciones que suceden en la realidad.

### EL BUEN SENTIDO Y RAZON NATURAL

La legislación salvadoreña en algunas de sus normas, incorpora cuestiones de tal naturaleza, que llegan a rebasar, los linderos de la misma Ciencia Jurídica, para ubicarse en un campo reservado a la especulación filosófica. Una de esas cuestiones es precisamente, el tema que aquí intentamos, modestamente, abordar, ya que dicho tema representa, uno de los más debatidos entre los filósofos, quienes hasta la fecha, ni siquiera se han podido poner de acuerdo en el concepto del Derecho, menos en lo referente al asunto que con el epigrafe de "buen sentido o razón natural" se indica, que no es otro, que el llamado derecho natural, para algunos inclusive inexistente, para otros sólo alcanzable por el esfuerzo de razón.

Para nosotros, el buen sentido o razón natural, representa el punto de vista que de la justicia debe tener el juez, el jurista y el abogado; y, situamos como punto especial de referencia la justicia, porque ésta constituye un valor, y por tanto, su consistencia pertenece a una esfera esencialmente idealista,

que sólo cabe en la inteligencia de dichos sujetos, aprehensible por medio de una intuición estrictamente emocional.

Tal cuestión, como se advierte, implica que en situaciones como la indicada, es el juez y la sentencia la que constituye fuente de derecho. Situación que no debe sorprender, ante el hecho real de que el Derecho, se individualiza por medio de los fallos judiciales, constituyéndose en definitiva, en el Derecho vivo que se extrae de la letra inerte de la ley.

#### LA DOCTRINA.

La doctrina en materia jurídica, consiste en la exposición científica o racional de los diferentes aspectos del Derecho, elaborada por los juristas o expositores del Derecho; en síntesis, la doctrina es la Ciencia del Derecho, y en ella se exponen las diferentes opiniones que los investigadores en esta rama del saber han engrandecido al derecho como elemento racional de convivencia humana.

La doctrina, así concebida constituye un elemento de inapreciable valor para la aplicación del derecho en cualquiera de sus manifestaciones; pero, la Ciencia jurídica no sólo representa un elemento de información para el investigador, ya sea éste legislador, juez o abogado, sino que, además constituye una fuente que orienta la aplicación de las leyes, cuando éstas, aparentemente no regulan determinadas situaciones. En tales cir-

cunstances, la doctrina constituye una fuente supletoria de De recho, más aún en casos como el previsto en la legislación na-- cional, en que expresamente se ordena al juzgador fundar la sen tencia en "doctrinas de los expositores del De recho" a falta de leyes vigentes.(1)

A todo esto hay que reconocer que la doctrina cumple además la función de promover, impulsar y desarrollar las concepciones legales del Derecho; y en este sentido, la ciencia jurídica desempeña un doble papel: por una parte es Derecho Supletorio del Derecho vigente; y por otra se constituye en basamento de inspi ración para evolucionar al De recho vigente:

#### LA JURISPRUDENCIA

El concepto de jurisprudencia, ha sido empleado, por lo menos en tres sentidos o acepciones: 1.- Como sinónimo de Filoso fía del Derecho, que tiene por objeto el estudio de los conceptos universales del Derecho, sus principios fundamentales y el sentido axiológico del mismo; 2.- Como Ciencia del Derecho, es decir, equivale al estudio científico del Derecho, como objeto-especial de investigación en los diferentes aspectos de la realidad; y 3.- como sinónimo de los fallos o decisiones de los - tribunales, en ocasión de los cuales los jueces exponen sus opi niones en relación a las situaciones que concretamente resuelven.

(1) Código de procedimientos civiles: art. 421.

Es en el sentido últimamente indicado que ahora nos interesa analizar y destacar la posibilidad de concebir a la jurisprudencia como fuente creadora de derecho.

De antemano es preferible aclarar, que los fallos judiciales tienen la virtud de crear derecho en forma individual y por tal razón, Kelsen, al concebir la jerarquía de las normas jurídicas, coloca en la cúspide de la misma la sentencia del juez - como típica norma jurídica individualizada. En este sentido la sentencia, podría decirse, crea una norma jurídica individual, - por la aplicación que de la ley general verifica el juez; pero, no es en ese sentido, estrictamente, que nos interesa por ahora, la concepción de la jurisprudencia, como fuente de derecho, sino, en otro sentido, mucho más amplio o comprensivo, que nos conducirá, necesariamente, al análisis de la fuerza normativa - de los "precedentes", respecto de futuras o contemporáneas posibles situaciones semejantes, que también pueden ser sometidas a la consideración de los jueces. En otras palabras, debemos responder a la interrogante: ¿Qué fuerza normativa puede tener la decisión de un asunto por medio del juez, respecto de otros jueces que juzgan situaciones idénticas o semejantes ?

para obtener una visión más o menos aproximada a la solución posible, hemos preferido abordar la cuestión, dentro de nuestras limitaciones cognitivas, en el capítulo siguiente, - ya que, el punto de vista que al respecto se plantee, será de -

vital importancia para la conclusión de este estudio. Por consi-  
guiente, la posible respuesta quedará enmarcada en los temas -  
que siguen.

LA JURISPRUDENCIA. a) DERECHO ROMANO. b) DERECHO  
COMPARADO. c) DERECHO SALVADOREÑO.

a) DERECHO ROMANO. - El Derecho Romano constituye punto de parti-  
da incuestionable para toda investigación y formación jurí-  
dica; la omisión de tal análisis, conduce a una visión atro-  
fiada del fenómeno jurídico, el cual se hace ininteligible -  
al investigador. Sin pretender, más que formarnos una leve -  
perspectiva, realizamos, dentro de nuestros escasos recur-  
sos, algunas indagaciones sobre las fuentes de derecho entre  
los romanos, y de manera especial respecto de la "iuris pru-  
dentia", que como su etimología indica, se descompone en la-  
voz "iuris" que significa derecho, y "prudentia" que signifi-  
ca la virtud de discernir entre el bien y el mal o sea el -  
buen juicio.

En el Derecho Romano, la fuente original de derecho en los  
primeros años de formación consistió en la costumbre, pero -  
las desventajas que la misma fue provocando a ciertos secto-  
res del pueblo romano, forzó a los gobernantes a pasar al de-  
recho escrito, o sea la legislación; sin embargo, ésta fue -  
una solución parcial del problema, y consecuentemente, dió -  
origen a otras fuentes, no menos importantes como el edicto-

de los magistrados que consistía en un pliego de principios normativos elaborados por él, complementarios de la ley y la costumbre, cuya vigencia duraba el período de funciones del Pretor; y en cierta época, especialmente en la decadencia del imperio, se reconoció, por una ley llamada "Ley de Citas", que las opiniones de los grandes jurisconsultos tenían fuerza de ley.

Dentro de dicho esquema, la labor de los jueces, es decir, la jurisprudencia, en la acepción que nos interesa, quedó en marcada dentro del Derecho Consuetudinario; en tal virtud, la costumbre judicial o tribunalicia llegó a constituir, a la par de la costumbre jurídica ordinaria, una de las más ricas fuentes de derecho, pues por regla general, los jueces, eran peritos en la materia.<sup>(1)</sup>

La función de la jurisprudencia en el Derecho Romano, no debe extrañar, dada la practicidad del pueblo romano, que ante la evidencia de la ausencia de leyes, reconocía al buen juicio de los jueces la labor de completar la legislación, en aquella época, aún en proceso de perfeccionamiento.

- b) DERECHO COMPARADO.— En la actualidad, la jurisprudencia en la mayoría de los sistemas jurídicos escritos, ha perdido su fuerza creadora de derecho, en el sentido en que originalmente

---

(1) GUIER, Jorge Enrique: Ob. Cit. Primera parte, pág.382.-

te operó en el Derecho Romano.

No deja de ser, hasta cierto punto paradójico, que en los sistemas de Derecho escrito, por ejemplo el Derecho en Latinoamérica, tan influenciado del Derecho Romano, por medio del Código Napoleón, del cual se inspiró don Andrés Bello, creador del Código Civil tipo de estos países; hicieran de la jurisprudencia abominación, y que, los países ~~anglosajones~~ especialmente Inglaterra y los Estados Unidos de América, hayan construido la mayor parte del Derecho, en base, precisamente, a la jurisprudencia, cuya fuerza es tan potente como la del mismo Derecho escrito, también aceptado en dichos países. Decimos, que es paradójico, aún cuando abundan las razones históricas y sociales que condujeron a tal resultado, como por ejemplo, la desconfianza en los jueces, especialmente a partir de la Revolución Francesa, que no tardó en motivar la reacción de pensadores que integraron la llamada Escuela del Derecho Libre frente a la Escuela de la Exégesis.

Con todo, se impuso la férrea voluntad de Napoleón y de su Código, se dedujo la eliminación de la jurisprudencia como fuente de Derecho, a tal grado se hizo célebre la frase de Bugnet: "Sólo conozco del Código Napoleón".

Es pues, en los sistemas del Common Law, donde los precedentes jurisdiccionales, verdaderamente tienen una función creadora de Derecho respecto de situaciones jurídicas semejantes



que se plantean ante el mismo juez u otros, ya sea en el futuro o contemporaneamente. En ese sentido, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de Norteamérica, existe una especial categoría del Derecho, el derecho jurisprudencial. En tal respecto, Rene David expone: "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"<sup>(1)</sup>.

Las razones por las cuales la regla del precedente experimenta algunas variantes en Norte América, consisten fundamentalmente en la estructura federal de la organización estatal, lo que implica que cada Estado puede tener su Common Law, y por otra parte, cada Estado cuenta con un tribunal Supremo, además de la Corte Suprema de Justicia para todos los Estados. Esta circunstancia, conduce a cierta flexibilidad en la aplicación de los precedentes, sin perjuicio de su función creadora de derecho.

---

(1) DAVID, René: "Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos", pág. 339.

En Centroamérica, he investigado las legislaciones de Guatemala, Costa Rica y Panamá, y a decir verdad, no destacan la función de la jurisprudencia como posible fuente de Derecho; así por ejemplo, el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, en el capítulo de los Recursos al referirse al recurso de Casación, señala entre los motivos de fondo que "ha---brá lugar a la casación de fondo: lo. cuando la sentencia o auto recurrido contenga violación, aplicación indebida o interpretación errónea de las leyes o doctrinas legales aplicables"; y más adelante agrega: "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".(1)

El Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, no considera en tal punto nada semejante, y únicamente en el art. 84 que se refiere al contenido de la sentencia dice que deben - contener: "'c) un análisis de las cuestiones de derecho fijadas por las partes y de las resultantes de los hechos probados dándose las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo, con cita de las leyes y doctrinas que se consideren aplicables"; dicha norma, en su parte fi---

---

(1) Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala. Art.621.

nal, ignoramos cómo ha sido interpretada, sin embargo, nos atrevemos a considerar la prosibilidad de enmarcar en élla, - algo referente a la doctrina de los tribunales como una especie de guía o de orientación.

El Código Judicial de Panamá, en el Libro Segundo, trata - del Procedimiento Civil, y prácticamente desconoce a la jurisprudencia como fuente de derecho con la disposición contenida en el Art. 557 que dice así: "por regla general, la sentencia dictada en juicio no aprovecha ni perjudica sino a - los que fueren parte en él, y a los que de ellos derivan sus derechos, por cualquier título que sea".

Y dice "por regla general" ya que después considera casos - de excepción, y ninguno modifica el criterio prohibitivo de la jurisprudencia en función creadora de derecho.

En síntesis, podemos afirmar, que en el Derecho Centroamericano en el orden procesal, la jurisprudencia, apenas llega a tener una función orientadora, en la aplicación de las leyes tal como acontece en la legislación guatemalteca y en la - nuestra, según veremos.

- c) DERECHO SALVADOREÑO. - Nuestro sistema jurídico, queda empadronado, dentro de la generalidad de los sistemas legislativos; es decir, nuestro sistema es especialmente de Derecho - escrito, con intermitentes fuentes en las otras vertientes -

que se han analizado, como la doctrina, los principios generales de Derecho y el buen sentido y razón natural. Esta intermitencia se debe, a que dichas fuentes tienen carácter estrictamente supletoria de la ley. Con todo, la costumbre jurídica, también representa otra fuente de Derecho, especialmente en materia de relaciones civiles y mercantiles.

Pero, qué ha pasado con la jurisprudencia? Debido a qué - nuestro Código Civil, fue tomado del Código Civil Chileno, con reformas posteriores, que poco o nada modifican los principios fundamentales del mismo, resulta que, la jurisprudencia no constituye fuente de derecho. En efecto, en el Código Civil chileno entre sus primeras disposiciones encontramos una expresa prohibición en el sentido siguiente: Art. 3o. "sólo toca al legislador explicar e interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren". No hay duda, de que aquí resuenan los ecos de las frases de Bugnet, y la onda se extiende aún, dentro de nuestra legislación, a pesar de que tal disposición fue suprimida de su texto, pero no otras, que fueron incorporadas en consonancia con élla, tales como las reglas de interpretación, contenidas en el mismo - capítulo Preliminar; y para ratificar este criterio, entre las disposiciones de la Ley Orgánica del poder judicial, el art. 18 en lo pertinente dice: "Los Tribunales y jueces no podrán dic--

tar reglas o disposiciones de carácter general sobre la aplicación o interpretación de las leyes".

con todo existe una fuerza poderosa que en la naturaleza humana es imposible evitar: me refiero a la "imitación"; y a nadie escapará, que dicho elemento no es absolutamente extraño en las actuaciones tribunalicias, a pesar de la originalidad que cada juez trata de imprimir a su trabajo de juzgar. Acaso no es cierto, que, frente a situaciones extraordinarias que no se dan comunmente, el juez, antes de fallar, empieza por indagar si ha habido o no algún precedente? es decir, acaso no investiga si hay o no jurisprudencia al respecto, no sólo atendiendo a motivaciones de certeza o seguridad en su decisión, sino, a algo más íntimo pero no menos objetivo?. No se trata de una simple imitación, sino de la fuerza normativa del precedente que se investiga como respaldo o asidero de un criterio más justo y exacto sobre la cuestión planteada. por eso resulta, hasta cierto punto absurda, una prohibición, que sólo funge exteriormente, pero que es imposible que domine al espíritu del juzgador en su actividad concreta.

Lo anterior no quiere decir que propugnamos por una invasión de facultades, que desnaturalizaría la función de los jueces; sólo significa que la función del juez debe ser reivindicada reconociéndole en su debida extensión sus facultades creadoras de Derecho. Es quizás con este criterio, que la legislación

procesal haya suavizado las restricciones al juez, aunque no - del todo, al menos, facultándolo para basar su sentencia, en ausencia de ley, en la doctrina, los principios generales de Derecho y en el buen sentido y razón natural. Y, por qué no, tam - bién en algún precedente ? por qué no en la jurisprudencia, que como dijimos también significa el juicio bueno que discierne entre el bien y el mal?(1)

En efecto, el artículo 421 del Código de Procedimientos Ci - viles constituye una norma de gran importancia para descifrar - en este caso el llamado "espíritu de la legislación"; con el antiguo criterio de que el Derecho Procesal era considerado Dere - cho Adjetivo, es decir, sin autonomía del Derecho Material o - sustantivo, era fácil concluir que, en caso de contradicción entre el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, imperaba el primero sobre el segundo; ahora, tal criterio ha sido - superado, y en cantidad suficiente ya que el Derecho Procesal, definitivamente es Derecho público, aún en la rama Procesal Ci - vil, de tal suerte que la norma a que nos referimos, si alguna - duda hubiere al respecto, debe aplicarse aún, frente a posibles valladares contrapuestos por la llamada legislación sustantiva, e interpretando la expresión final de dicha norma, que se refiere al basamento de la sentencia en las "consideraciones de buen sentido y razón natural", el buen sentido, puede comprender, co

---

(1) Código de Procedimientos Civiles: Art. 421.

mo antes dije el buen juicio, o sea, la jurisprudencia. pero - tal conclusión no goza de aceptación legislativa, ya que el silencio en tal punto, es elocuente.

Así como se ha planteado, la situación de la jurisprudencia, es únicamente, desde el punto de vista de la legislación civil y procesal civil; legislación que data del siglo pasado, la cual, poco a poco va contrastando con la legislación de los últimos años, especialmente con respecto de la legislación constitucional, que por su naturaleza, representa la estructura política en los diferentes aspectos de la actividad del Estado. Decimos esto, porque en el año de 1950, la constituyente aprobó la Constitución que en el fondo, es la misma que actualmente rige, con ligeras variantes, y dicha constituyente abolió la tercera instancia e introdujo en el plano de la legislación procesal una nueva institución: la Ley de Casación, que regula el órgano especial de la casación y el Recurso de Casación, que representa el instrumento jurídico procesal en virtud del cual funciona dicho órgano, o sea, la Corte de Casación. Esta institución, desempeña una función extraordinaria: velar por la pureza de la Ley, en la aplicación que hacen los jueces de instancia, tanto en el fondo como en la forma.

Esta Ley de Casación, vino, hasta cierto punto, a romper el silencio en torno a la jurisprudencia, ya que hace de ella un reconocimiento especial, que me ha motivado para iniciar este -

estudio, dadas las cuestiones polémicas que se han suscitado al respecto, y de las cuales se hará mérito en los temas que siguen. En efecto, la Ley de Casación, de acuerdo con sus normas, constituye una Ley de carácter procesal; tan es así, que entre sus disposiciones finales se establece que dicha ley debe formar parte del nuevo Código de Procedimientos Civiles<sup>(1)</sup>, reconociendo el legislador, que se trata hoy por hoy, de una ley especial, en relación con las otras leyes procesales; y dicha ley hace mérito de la jurisprudencia en una forma también especial, según demostraremos en lo que falta de este trabajo, reservándonos para los temas subsiguientes el comentario de los puntos que nos interesa destacar.

#### IV.- ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN FORMA DE DOCTRINA LEGAL

La jurisprudencia en nuestro país, quiera o no aceptarse, ha cumplido en alguna forma la función orientadora, que por su índole o naturaleza, le corresponde. A pesar de los valladares legales, la jurisprudencia constituye un hecho o acontecimiento que no puede pasar desapercibido dentro del sistema jurídico, y quizás, por la fuerza de la realidad, el legislador no pudo evadir su enfrentamiento.

---

(1) Ley de Casación: Art. 46.-



con la Ley de Casación, cuya vigencia data del año 1953, se pretende, por una parte, establecer un instituto fiscalizador de la "legalidad" en las actuaciones de los jueces, tanto al aplicar las leyes sustantivas, como también, al aplicar las leyes procesales. y por otra parte, mediante dicho instituto, trata de uniformarse el procedimiento y contenido de las sentencias en las materias correspondientes. Esta tendencia, responde al principio constitucional de que todos los hombres son iguales ante la ley. En efecto, si el caso A es sentenciado en forma B; significa que siempre que se presente el mismo caso A, debe sentenciarse en forma B, de lo contrario se violaría aquel principio, amen de la inseguridad e incertidumbre que se instauraría en la aplicación de las leyes.

para obtener tal finalidad, se ha establecido el instituto de Casación, y como órgano especial, la Corte de Casación, situado en la cúspide de la organización de los tribunales de justicia, es decir, como organismo de mayor jerarquía; y el recurso de casación, como instrumento extraordinario y especial, del cual puede hacerse uso únicamente en los casos singularmente indicados por la ley, que son aquellos que ameritan un correctivo de la justicia administrada por los jueces, entre los cuales se establece como causal "La violación, interpretación errónea o aplicación indebida de leyes o de doctrinas legales aplicables al caso. Se entiende por doctrina legal - dice la Ley de Casación.

ción - la JURISPRUDENCIA establecida por los Tribunales de Casación, en cinco sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes"<sup>(1)</sup>.

En el presente desarrollo no debe perderse de vista que, por medio del recurso de casación, se cumple con una función fiscalizadora, que hace méritos y juicio respecto de la conducta de los jueces al aplicar las leyes, tanto en el procedimiento como en la decisión; es decir, la casación fiscaliza a los jueces de instancia, razón por la cual el juicio de casación es de estricto derecho. En otras palabras, la casación propende a la defensa del derecho cuando es aplicado por los jueces de instancia. Esta idea, está claramente explicada por Calamandrei al exponer que por medio de la casación se procura la exacta observancia de las leyes, no de parte de los particulares sino de parte de los jueces, quienes al juzgar sobre los hechos ajenos, deben conocer exactamente el alcance y significado de las leyes que están llamados a aplicar<sup>(2)</sup>. En ese sentido, la casación se constituye en una especial garantía de la buena administración de justicia.

con estos antecedentes, pasaré a analizar los puntos específicos, concernientes al tema de la jurisprudencia en la forma -

(1) Ley de Casación: Art. 3 No. 1.-

(2) CALAMANDREI, Piero: "Casación Civil", breviarío, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires 1959, Pág. 14.-

de doctrina legal, reconocida por la Ley de Casación, a fin de a clarar, si el propósito del legislador, fue reivindicar a la ju risprudencia dentro de las fuentes del Derecho en El Salvador, o si, no fue, más que un intento fállido, que no logró modifi-- car el planteamiento trazado desde el siglo pasado por la Revo- lución Francesa, continuado por la Exégesis y Napoleón, y tras- ladado al Derecho Latinoamericano por Andrés Bello, en el Códii- go Civil.

a) Problemática de la Doctrina Legal.

Con la anterior denominación pretendemos referirnos a las - cuestiones que se han planteado sobre la doctrina legal con- ceptualizada por la Ley de Casación, tema en el cual servirá de punto de partida la sugestiva teoría del doctor Leonilo - Montalvo, brillantemente expuesta en su trabajo denominado - "DOS PALABRAS SOBRE LA LEY DE CASACION"<sup>(1)</sup>.-

Entre las cuestiones analizadas por el Doctor Montalvo se - destaca la objeción de inconstitucionalidad de la doctrina - legal, y dada la claridad de su exposición prefiero transcri- bir dicho planteamiento:

Dice así el doctor Montalvo:

""Este estudio se refiere a la casación en lo Civil;

El conocimiento del recurso de casación corresponde, según- nuestra Constitución Política, a la Corte Suprema de Justi--

(1) Trabajo publicado en la Revista del Ministerio de Justi- cia No. 1 del año 1959.

cia. El artículo 89 de dicha constitución dice: "Son atribuciones de la corte suprema de justicia:

la.- Conocer de los juicios de amparo y de los recursos de casación". Dividida la Corte Suprema de Justicia en salas, la Ley Orgánica del poder judicial determina que a la sala de lo Civil, corresponde el conocimiento del recurso de casación en lo Civil. El artículo 49 de dicha ley se expresa así: "Corresponde a la sala de lo civil:

- a) conocer del recurso de casación, y en apelación de las sentencias de la Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro, pronunciadas en los asuntos de que conozca en primera instancia;"

La Ley de Casación, en su ARTICULO PRELIMINAR, expresa tambien que a dicha sala corresponde el conocimiento del recurso de casación en lo Civil. El artículo 2 de la misma ley determina las causas en que dicho recurso debe fundarse, e indica, entre ellas, en primer lugar, bajo la letra a), "la infracción de Ley o de doctrina legal". Respecto de esta causa, el artículo 3 de dicha ley dice así:

"El recurso por infracción de Ley o doctrina legal tendrá lugar:

- lo.- Cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de leyes o de doctrinas legales aplicables al caso.

se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de casación, en cinco sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes".

De que el artículo 2, letra a), y el artículo 3, número 1o. de la Ley de Casación establezcan como fundamento del recurso de casación la infracción, contenida en el fallo impugnado por dicho recurso, de la "doctrina legal" o jurisprudencia de los tribunales de casación, se puede inferir que al instituir dicho recurso se tuvo por fin la uniformidad en la interpretación y en la aplicación de la ley por los funcionarios judiciales. El medio, sin embargo, empleado por la ley, para lograr ese fin, y que consiste en imponer a los funcionarios judiciales, la jurisprudencia de los tribunales de casación, por la sanción de nulidad de los fallos de dichos funcionarios, si no se conforman a ella, hace surgir las siguientes objeciones:

a) Establecer, como lo hacen los dos artículos citados, 2 y 3 de la Ley de Casación, como motivo de casación de un fallo, el que contenga infracción de la "doctrina legal", es estatuir que la "doctrina legal", o sea, la jurisprudencia establecida por los tribunales de casación en cinco sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto

sea sobre materias idénticas en casos semejantes, es obligatoria para todos los funcionarios judiciales, y, por consiguiente para los particulares, bajo pena de nulidad de los fallos de dichos funcionarios que contengan violación, interpretación errónea o aplicación indebida de dicha doctrina legal. Hacer obligatoria de una manera general, para los funcionarios judiciales, y, por consiguiente, para los particulares, esa "doctrina legal" (definida como se ha expresado), bajo sanción de nulidad indicada, es erigir ~~la~~ en ley, ~~esc~~ erigir en ley la jurisprudencia, o sentencias de los Tribunales de Casación, en los puntos de derecho, y es, por consiguiente, atribuir a dichos tribunales, de una manera indirecta, la función legislativa. Ahora bien, es un principio de derecho constitucional que, cuando la Constitución política ha asignado una función a un determinado órgano, ningún otro órgano puede desempeñar esa función, excepto cuando la misma Constitución lo permita expresamente. Nuestra Constitución ha atribuido por el artículo 46, número 12o., a la Asamblea Legislativa, la función legislativa. Los artículos 2, letra a), y 3, número 1o., de la Ley de Casación citados al atribuir indirectamente función legislativa a los Tribunales de Casación, son inconstitucionales, por ser contrarios al artículo 46, número 12o., de nuestra Constitución.

b) Hacer obligatoria, de una manera general, para los funcionarios judiciales, y, por consiguiente, para los particula-

res, la "doctrina legal" (definida como se ha expresado), bajo la sanción de nulidad indicada según se expresa en el párrafo anterior a), es, en cuanto a la interpretación de la ley que élla contiene, atribuir indirectamente a los Tribunales de Casación la función de interpretar la ley de una manera general obligatoria. Nuestra Constitución, así como nuestras anteriores Constituciones ha adoptado el principio que, incorporado en una de las Constituciones de Justiniano, se sintetizó en la máxima jurídica ejus est legem interpretari cujus est condere: corresponde interpretar la ley a quien la hace. Por el artículo 46 número 12º., citado, nuestra Constitución atribuye a la Asamblea Legislativa la función de interpretar las leyes. Los artículos 2, letra a), y 3, número 1º., citados, de la Ley de Casación que atribuyen indirectamente a los Tribunales de Casación la función interpretativa de las leyes de una manera general obligatoria son, pues, inconstitucionales, por ser contrarias al referido artículo 46 de la Constitución.

c) El artículo 4 de nuestra Constitución política establece el principio de la separación de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Como consecuencia de este principio, los funcionarios del Poder Judicial no pueden desempeñar funciones atribuidas por la Constitución a la Asamblea Legislativa. Atribuir, pues, como lo hacen los artículos 2, letra a), y 3, número 1º., citados, de la Ley de Casación, de una manera indirecta a los Tribunales de Casación la función legislativa y la de in-

interpretar las leyes de una manera general obligatoria, según se explica arriba, bajo los párrafos a) y b), es infringir dicho principio, y, por consiguiente, dichos artículos son inconstitucionales, por violación del artículo 4 de la Constitución, citado. No podría, por otra parte, argumentarse que esa atribución indirecta de las funciones legislativa e interpretativa a los Tribunales de Casación, siendo ella hecha por la Ley de Casación, es decir, por un acto de la Asamblea Legislativa, puede considerarse como una delegación de dichas funciones hecha por dicha Asamblea en los referidos Tribunales, porque el mismo artículo 4 de la Constitución establece que las funciones de los tres poderes son indelegables, y porque, aunque dicho artículo no estableciera expresamente dicha indelegabilidad, el mismo principio de la separación de los poderes hace obstáculo a que funciones del Poder Legislativo sean delegadas en órganos del Poder Judicial.

d) Atribuir, como lo hace, el artículo 2, letra a), y el artículo 3, número 1o., de la Ley de Casación, como se explica en los párrafos anteriores a) y b), a la " doctrina legal " ( definida como se ha expresado), como jurisprudencia o sentencias de los Tribunales de Casación, el carácter de ley, y el de interpretación general obligatoria, y atribuir, por consiguiente de una manera indirecta, a dichos Tribunales, la función legislativa y la de interpretar las leyes, es desnaturalizar los actos -



de los órganos del Poder Judicial, y las funciones asignadas a ellos por la Constitución, en su artículo 81. La Constitución no ha dado a los actos de los órganos del Poder Judicial el carácter de instrumentos por medio de los cuales la República de El Salvador legisla, o interpreta las leyes de una manera general obligatoria, ni ha creado dichos órganos para legislar o interpretar las leyes de una manera general obligatoria. según dicho artículo, los ha creado para ejercer la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado ( en las materias que indica ), o sea, para el ejercicio de la función jurisdiccional. En el ejercicio de ésta, los funcionarios judiciales deben limitarse a decidir la controversia sometida a su conocimiento y no pueden pronunciar por vía general o de reglamento. La interpretación y aplicación que hacen de la ley se concretan al hecho controvertido y a las partes en el juicio. Hacer servir de ley a una sentencia judicial es desconocer su naturaleza. El que una ley eleve esa decisión concreta de un funcionario judicial a una regla generalmente obligatoria es dar a esa decisión un fin distinto del que le ha asignado el artículo 81 de la Constitución, citado. Los artículos, pues, 2, letra a), y 3, número lo., de la Ley de Casación son inconstitucionales, por ser contrarios al referido artículo 81<sup>¶</sup>

El Doctor Montalvo, censura y objeta de inconstitucional la Ley de Casación al establecer la doctrina Legal como una espe--

cie de fuente de Derecho. Debemos reconocer que el planteamiento es sugestivo; sin embargo, el quid de la cuestión radica en si efectivamente, la Doctrina Legal es o no es fuente de Derecho. Si a tal cuestión respondemos que sí, es posible que la tesis del Doctor Montalvo esté en lo cierto; pero si respondemos que no, todo el planteamiento sería superfluo, carente de sentido y objeto. Veamos pues, si es o no es fuente de Derecho.

Cuando iniciamos este estudio, dejamos establecido que las fuentes de derecho pueden ser materiales y formales; que la palabra fuente sirve para indicar el principio, fundamento u origen de algo, y que tratándose de las fuentes de derecho, se significa a los fundamentos y orígenes del mismo. También señalamos que las fuentes materiales consisten en las causas reales que motivan u originan al derecho, y que las fuentes formales, representan la formalización del derecho ya sea por la legislación, la costumbre, la jurisprudencia, etc. En ese sentido, en doctrina se da por aceptado, que la jurisprudencia es una especie de fuente formal de derecho, es decir, una de las tantas modalidades por medio de las cuales adquiere forma y fisonomía el Derecho. ¿Tendrá esa virtud la doctrina legal ?.

El Derecho, en cualquiera de las formas en que logra manifestarse se caracteriza por ser de aplicación general, abstracto, coercible, temporal y eventualmente modificable. Veamos si estas características logran incorporarse a la doctrina legal.

por su concepto, la doctrina legal es la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación en cinco sentencias uniformes y no interrumpidas por otra, en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes, - dice el art. 3, número 1.º inc. 2.º de la Ley de Casación. En este concepto se analizan elementos sustanciales y elementos formales de la doctrina legal; lo sustancial o el contenido de la doctrina legal está definida por la identidad o semejanza de las materias que se resuelven por los tribunales de Casación; y el aspecto formal se integra por el número de sentencias no interrumpidas pronunciadas por dichos tribunales.

para el Doctor Montalvo, cuando se dan los elementos antes-indicados, la doctrina legal es obligatoria para todos los funcionarios judiciales y para todos los particulares y, consiguientemente, es erigir en ley la jurisprudencia de la Corte de Casación, y por lo tanto, es dar a dicha jurisprudencia, las características que señalamos para el Derecho.

Tan es así, dice el Doctor Montalvo, que la infracción de la doctrina legal está sancionada con nulidad, y por consiguiente es inconstitucional, por atribuirse la función de legislar a quien no compete más que juzgar y ejecutar lo juzgado.

pero ¿realmente obliga a los jueces y a los particulares la doctrina legal? es decir, ¿tiene la doctrina legal la fuerza o eficacia de la ley ?.

para mejor responder, antepongamos esta interrogante: ¿Puede un juez, dictar su sentencia en contra de la doctrina legal, sin hacerse acreedor de desacato a la ley? .

Antes de responder, veamos que la Ley de Casación al establecer como causal específica del recurso de casación, la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de "leyes o doctrinas legales" aplicables al caso, prácticamente equiparó a la ley con la doctrina legal, es decir, las puso en el mismo plano de importancia. Ahora bien, esa equiparación implica que son lo mismo ? no necesariamente, antes bien, implica que no son lo mismo, ya que distingue la una de la otra al conceptualizarse separadamente y sin embargo, ambas pueden ser infringidas de lo contrario no se establecería el correctivo de la casación claro está, que cuando se infringe la ley por el juez, éste la desconoce, la viola y comete una ilegalidad, pero cuando infringe una doctrina legal, se advierte que no ocurre exactamente lo mismo que en el primer caso, y esto es así, porque la doctrina legal no tiene la fuerza ni la eficacia de la Ley.

En otras palabras, queda evidenciado, que la sentencia que se aparta de la doctrina legal no puede calificarse de "ilegal". No es pues, del todo exacta la afirmación, de que la Ley de Casación erige a la doctrina legal en ley o algo semejante.

Entonces qué es la doctrina legal ?

confieso, que para dar una respuesta a esta cuestión, es preciso tener una visión clara y objetiva del fenómeno jurídico. En la investigación realizada, a parte del planteamiento del Doctro Montalvo, no he encontrado una solución al respecto; sin embargo, a sugerencia del asesor de este trabajo he revisado algunos planteamientos del mismo en torno a la cuestión formulada en su trabajo de tesis, denominada "La Integración del Derecho", en la cual, al analizar la interpretación del derecho sus diferentes elementos y clasificaciones, aborda el tema de la interpretación judicial, y referente al punto de la doctrina legal expone lo siguiente:

"La doctrina legal debe considerarse en nuestra legislación como una especial regla de interpretación judicial y en modo alguno ha de atribuirsele carácter de fuente de derecho".<sup>(1)</sup>

La teoría anterior responde, según el expositor, al criterio de que las reglas de interpretación son reglas del sano juicio, es decir, reglas de la lógica, que no obligan por incorporarse al texto de una ley, sino precisamente por ser reglas lógicas, tales como las contenidas en el capítulo preliminar del código Civil. Dichas reglas seguirán aplicándose por el juez, aún cuando desaparecieran del texto legal, precisamente porque no constituyen ley; en igual sentido, - dice - la doctrina legal se limita a crear una regla de interpretación que jar-

(1) Clará Mauricio Alfredo. "La Integración del Derecho"; tesis doctoral, Septiembre 1970, pág. 81.

más llega a consistir en una ley, sino una simple forma de orientar la interpretación de los demás jueces, a fin de lograr la uniformidad de la jurisprudencia. En tal concepto, es fácil responder, que el juez, al apartarse de la doctrina legal en su sentencia, no comete desacato ante la ley, ya que las reglas de interpretación, entre ellas, la doctrina legal, no constituyen ley. Con este criterio se supera audazmente el problema de la inconstitucionalidad de la Doctrina Legal afirmada por el Doctor Montalvo. En efecto, el ponente agrega a lo transcrito el párrafo siguiente:

" Entendida en esa forma, la doctrina legal responde a su esencial naturaleza y finalidad, que no es otra que la de ser guía para la interpretación y aplicación del derecho".<sup>(1)</sup>

b) Características de la Doctrina Legal.

Del planteamiento que precede podemos extraer algunas consecuencias, entre otras, la caracterización de la Doctrina Legal. En efecto, si la Doctrina Legal no tiene la fuerza o eficacia de las leyes, sin embargo, cumple una función, congruente con el instituto de la casación que le dá vida y armonía dentro del sistema legal imperante. La idea de la casación responde a un principio constitucional: igualdad de los hombres ante la ley; igualdad de las partes en el procedimiento judicial. Dicho principio de igualdad, encuentra una de las formas de cana-

---

(1) Clará, Mauricio Alfredo: Ob. Cit. pág. 81

lización a través del mencionado instituto, órgano y recurso de casación; pero tal binomio, quedaría inconcluso sin una fórmula que oriente hacia el fin que él mismo se propone. La fórmula idónea para obtener tal fin es precisamente la doctrina legal, instituida como criterio de interpretación judicial, válida especialmente para los jueces de instancia, por ser la sentencia que ellos proveen, el objeto de enjuiciamiento en casación, cuando se impugna un vicio o error judicial in procedendo o in iudicando. La Doctrina Legal, al constituirse en regla de interpretación puede ser desatendida por los jueces de instancia, y en tal caso, el recurso de casación sirve como un correctivo, en atención al principio constitucional de que se hace mérito. Como consecuencia, al mismo tiempo logra unificar el criterio de los jueces en la aplicación de las leyes.

En síntesis, podemos caracterizar a la Doctrina Legal como una regla especial de interpretación establecida por la Corte de Casación que cumple con la finalidad de unificar la jurisprudencia. Dicha regla de interpretación, en esencia, no constituye norma jurídica; no constituye ley o Derecho; por lo tanto, no puede ser catalogada como fuente de derecho.

Otra nota relevante de la Doctrina legal es su carácter formal: en efecto, para que la Doctrina Legal adquiriera existencia, es preciso que se provean por la Corte de Casación, cinco sen--

tencias uniformes o idénticas, no interrumpidas por otra en contrario y siempre que lo resuelto se refiera a materias idénticas o semejantes. Este aspecto, de la formalización o establecimiento de la Doctrina Legal es importante, ya que, en tanto no se establezca en esa forma, no es posible impetrar el recurso fundado en el motivo de su infracción.

Ahora bien, establecida la Doctrina Legal, puede modificarse?. Si se puede, siempre que se cumpla el mismo proceso de formalización, o sea, que la Doctrina Legal es modificable hasta que se proveen otras cinco sentencias en las condiciones indicadas por la Ley. De no ser así, se haría imposible el progreso y superación de la Jurisprudencia; al respecto, traemos a cuenta la reflexión que hicieramos al estudiar las fuentes de Derecho entre los Romanos, para quienes, la jurisprudencia constituía una fuente apareada a la costumbre, tan poderosa en aquella época como la legislación. Y si ellos, a quienes justamente se les cataloga como los arquitectos del Derecho, hicieron tal reconocimiento, no nos explicamos cómo entre los sistemas legislativos de esta época, se desconoce la labor de los Tribunales, peritos en la materia, su función creadora de Derecho, ya que al presente, han sido superados los prejuicios que subsiguieron a la Revolución francesa contra los jueces. En ese sentido se justifica que la moderna Doctrina del Derecho, y especialmente del Derecho Procesal, abogue por una ampliación de las facultades -



del Juez, lo cual, inclusive, ha sido aceptado por modernas legislaciones como la suiza que faculta al Juez dictar sentencia en base a los principios que él hubiese podido establecer en caso de ser legislador.

Se trae a cuentas esas consideraciones, por que la Doctrina Legal, en un momento dado, puede llegar realmente a constituirse en fuente de derecho, no precisamente por ser Doctrina Legal en la forma en que está concebida, sino por ser, ante todo JU--RISPRUDENCIA, ya que ésta, de acuerdo con el art. 421 del código de Procedimientos Civiles, a falta de ley, puede basar su fallo en la doctrina de los expositores del Derecho, y a falta de éstos, inspirarse en consideraciones de buen sentido y razón natural. Cuestión que, como se advierte, no está reservada a la corte de Casación, sino, facultada a todos los Tribunales; principio legal, que, como insinuara anteriormente, en cierto sentido ablandó el criterio rígido heredado del código Napoleón, el cual, a penas dejó una ventanilla al Poder Judicial, en el art. 5 del código Civil, al facultar a la corte Suprema de Justicia, señalar al Poder Legislativo, las dificultades que encontrare - en la inteligencia y aplicación de las Leyes, así como los va--cíos y lagunas legales. En conclusión, señalamos entre otras características de la Doctrina Legal, su función integradora del Derecho, y en este caso o excepcional único la posibilidad, de constituirse en verdadera fuente de derecho.

NATURALEZA DE LA DOCTRINA LEGAL.

Después de haber expuesto a grandes rasgos la problemática y características de la Doctrina Legal, detectar su naturaleza, prácticamente se infiere o deduce de todo lo expuesto. Con todo he considerado conveniente insistir en este tipo de apreciaciones para reafirmar conceptos.

En primer término respecto de la naturaleza de la Doctrina Legal, queda descartada su indentificación como fuente de derecho. En tal virtud, se legitima a la Doctrina legal por su naturaleza constitucional; por otra parte, con tales premisas me adhiero a la opinión que afirma que la Doctrina legal es una especie de regla de interpretación judicial, que cumple con la función unificadora de la jurisprudencia de los tribunales de instancia; dicha regla de interpretación carece de obligatoriedad en el sentido que esa característica es reconocida respecto de las normas jurídicas, precisamente, porque la Doctrina Legal no es norma jurídica, sino una especial regla técnica de interpretación. La situación que preve la posibilidad de encausar el recurso de casación por infracción de la Doctrina legal, no implica que la misma adquiera naturaleza de la ley o norma jurídica; el recurso en tal caso se justifica desde el punto de vista legal y doctrinario para garantizar en cierta forma la uniformidad de la jurisprudencia y la igualdad jurídica de los hombres ante la ley.

Considero que algunas de las confusiones en que se ha incurrido respecto de la naturaleza de la Doctrina legal, radican especialmente por su denominación; realmente la combinación terminológica; "Doctrina", por un lado y "legal" por otra, dá la impresión, de que dicha Doctrina es ley; cuando únicamente ha querido distinguirse entre la Doctrina de los expositores del Derecho o Ciencia Jurídica y la Doctrina de los jueces de casación, - JURISPRUDENCIA - no menos científica que la primera, pero que está dotada de cierto carácter oficial; la primera, en cuanto Ciencia tiene un valor absoluto o universal; la segunda en cuanto razón judicial, tiene un valor relativo o estatal. La primera, pertenece o corresponde a la humanidad; la segunda tiene sus limitaciones en el tiempo y en el espacio de un determinado país.

ch) AMBITO DE APLICACION DE LA DOCTRINA LEGAL.

No pretendo en manera alguna formular afirmaciones irredarguibles, ni menos definitivas en campo tan especial como el presente. Sin embargo, creo que este trabajo, quedaría inconcluso de no abordar el presente tema, que tiene por objeto aclarar, cuál es el campo de aplicación de la Doctrina legal. En lo que a esto se refiere considero conveniente hacer la distinción siguiente: atendiendo a su naturaleza, la Doctrina legal tiene por destinatarios a los jueces de instancia; y por otra parte, dentro de esa limitación, la Doctrina legal únicamente es apli-

cable en materia de Derecho Civil.

La primera limitación responde a la naturaleza y finalidad de la Doctrina legal: en efecto, sí consiste en una regla de interpretación judicial, proveída por el máximo tribunal de justicia, indudablemente, su función orientadora tiene que concretizarse en los tribunales inferiores, llamados tribunales de instancia o del litigio. En ese sentido, la Doctrina legal tiene exclusivamente como campo de aplicación la jurisprudencia de dichos tribunales y nada más; no existe por consiguiente Doctrina Legal respecto del Tribunal de Casación, ya que éste es el sujeto activo de la misma, el cual puede confirmarla, reformarla y aún, derogarla, con una nueva y progresiva Doctrina legal. En otras palabras, respecto de la Corte de Casación, sus precedentes sólo adquieren categoría de "jurisprudencia", ya que en el fondo es élla a quien compete guiar a los tribunales inferiores en la interpretación de las leyes, y sería ilógico aceptar que élla misma se impusiera forzosamente la Doctrina legal como regla de interpretación, pues de ser así, no podría modificarla. La Corte de Casación al dictar una sentencia que no se somete a la Doctrina legal por élla formulada, no la infringe. En ese sentido, es inaceptable que ante la Corte de Casación se invoque la Doctrina legal, como fórmula de sujetar sus decisiones a los precedentes por ella establecidos, error en que se ha incurrido más de alguna vez.

La otra limitación a que se refiere la aplicación de la Doctrina legal se refiere a la legislación civil, excluyendo la legislación penal; la razón de esta limitación se justifica en atención al principio de estricta legalidad que impera en materia penal en la tipificación de los delitos y de las penas; - campo en el cual no cabe la menor posibilidad de que el juez haga uso de la analogía ni de la interpretación analógica. Es decir, que dentro de la legislación penal es imposible la aplicación de principios como los contenidos en el Art. 421 del Código de procedimientos Civiles a falta de ley aplicable, ya que - ante dichos principios se alza el principio NULLUM CRIMEN NULLA POENE SINE LEGE. En esa virtud, la posibilidad que apenas indicamos, de que la doctrina legal también puede crear Derecho en los casos de "lagunas" de la ley, es absolutamente imposible en materia penal, y para evitar que dicha posibilidad se filtre es que se excluye en el ámbito del derecho penal.

#### REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

Cuando incluí el presente punto en el temario de esta investigación consideré que encontraría información adecuada en la - Revista Judicial que publica la Corte Suprema de justicia, para desarrollarlo más o menos con cierta amplitud. Lamentablemente, las publicaciones hasta ahora realizadas, no distinguen respecto de la formación de la Doctrina Legal; menos pueden referirse a las variantes o modificaciones que dicha Doctrina puede hacer

ber experimentado a partir del año de vigencia de la Ley de Casación 1953. Son veinticuatro años de Casación, y es por demás que en dicho espacio de tiempo no se haya formalizado más de alguna Doctrina Legal.

De mi parte, confieso, que asumir la tarea de tal investigación, escapa, involuntariamente a mis humildes recursos; en esa virtud, voy a limitar el análisis de este tema, a un punto específico, del cual tengo conocimiento.

La situación que analizaré tiene como punto de partida la doctrina establecida en una sentencia publicada en la Revista Judicial del año 1970, página 527 y que dice así:

" conforme el art. 5 de la Ley de Casación, el recurso debe interponerse dentro del término fatal de cinco días, contados a partir del siguiente al de la notificación del fallo respectivo PERO ESE PLAZO NO CORRE CUANDO EL AGRAVIADO PIDE REVOCATORIA DE LA MISMA, PUES EN TAL CASO SE CUENTA EL PLAZO A PARTIR DE LA NOTIFICACION DE LA RESOLUCION DE CIHA SOLICITUD. Arts. 426 y 437 pr. presentado el recurso fuera de tales plazos, es inadmisibile por extemporáneo ".

En base a ese precedente, la corte de casación resolvió nuevamente y con posterioridad en los términos siguientes:

" De conformidad al Art. 5 de la Ley de Casación el recurso debe interponerse dentro del término fatal de cinco días, con-

tados desde el día siguiente al de la notificación respectiva, sistema que es el mismo que se determina en el Art. 212 pr. donde se señala que así se hará si no es que la Ley expresamente -  
disponga otra cosa".

pero de acuerdo a los Arts. 426 Pr. y 436 pr., este plazo -  
no corre desde el día siguiente al de la notificación respecti-  
va, cuando el agraviado por la interlocutoria impugnada pide re-  
vocatoria de la misma. EN ESTE CASO EL PLAZO SE CUENTA DESDE  
QUE SE NOTIFIQUE LA RESOLUCION QUE SE PRONUNCIE RESOLVIENDO LA  
SOLICITUD DE REVOCATORIA".

para la debida comprensión de dicho análisis, previamente -  
formularemos las premisas fundamentales que subsecuentemente de-  
terminarán la conclusión.

Qué clase o tipo de ley es la Ley de Casación ? La interro-  
gante, admite al menos dos afirmaciones: 1o. La ley de Casación  
es una "Ley Especial"; 2o. La Ley de Casación es una "Ley proce-  
dimental". ¿En qué sentido la referida ley es "Especial" y "pro-  
cedimental"? En primer lugar, es una ley especial, porque sus-  
normas están contenidas en una ley particular, que regula parti-  
cularmente un instituto especial; corte de Casación y Recurso -  
de Casación, con independencia de otras leyes, especialmente, -  
con independencia del código de Procedimientos Civiles. Tal a--  
certo lo confirma el elemento histórico formativo de la Ley y -  
el contenido de sus normas, así como aquellas, que, contenidas-

entre las disposiciones transitorias, dan claramente a entender la especialidad de la Ley, por ejemplo la contenida en el Art. 45 y 46 de la Ley de Casación que dicen así:

" Art. 45: Quedan derogadas las leyes referentes a la Tercera Instancia y al recurso extraordinario de nulidad en lo Civil lo mismo que las que se opongan a la presente."

"Art. 46: Los preceptos de esta ley pasarán a ser capítulos de los nuevos Códigos de Procedimientos Civiles y criminales".

Por eso la Ley de Casación es Ley Especial con respecto al Derecho Procesal común, contenido en el Código de Procedimientos Civiles.

En segundo lugar, la Ley de Casación es ley de carácter procedimental, porque sus normas establecen derechos, facultades y cargas procesales, y determinan la forma de pedir y tramitar lo pedido con la finalidad de obtener una decisión sobre la petición, de parte de un Tribunal que constituye la corte de casación, dicho trámite, tiene los elementos característicos que informan al proceso en general: partes procesales; conflicto jurídico, órgano jurisdiccional; etc. Todo, regulado en forma específica. En este sentido, sin perder su especialidad, la Ley de Casación se vincula, en cierto sentido con el Derecho Procesal común del código de Procedimientos Civiles; éste es respecto de aquella, el género y aquella la especie.



Esta relación es importante porque mediante dicha relación podemos afirmar: que lo previsto en la Ley Especial no puede ser contra dicho por una ley general; y sin embargo, lo no previsto en la ley especial, debe ser cubierto o integrado por la Ley general.

Esa relación coordinadora entre las leyes especiales y generales, está confirmada por la razón y los principios generales de Derecho, inconcluso, por mandato expreso del legislador, tal como se estatuye entre nosotros con los Arts. 4 y 13 del Código Civil. Dicen así dichas normas:

" Art. 4: Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada y demás especiales se aplicarán con preferencia a las de este código".

" Art. 13.- Las disposiciones de una Ley, relativas a negocios particulares prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma Ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición".

En eso estriba la importancia, para nosotros esencial, de catalogar a la Ley de Casación como una Ley de naturaleza especial.

En lo referente a su carácter procesal, conviene traer a cuentas, que las normas de derecho Procesal, son normas de orden público; cuya vigencia y aplicación es inexorable, sin que

el arbitrio de los particulares y funcionarios judiciales pueda válida y eficazmente distorcionarlos. Esta cuestión ha sido, incluso, estatuida en nuestro Código de Procedimientos Civiles, - que a pesar de su antigüedad, se lleva la palma en muchas de sus disposiciones, así por ejemplo, el art. 2 en lo pertinente dice:

"Los procedimientos no pueden del arbitrio de los jueces, - los cuales no pueden dispensarlos,, restringirlos ni ampliarlos sino en los casos que la ley lo determine".

Esta disposición es aplicable a cualquier tipo de norma procesal, ya sea contenida en el mismo Código de Procedimientos Civiles o en otras normas de procedimientos, de tal manera que - también concierne a las normas procesales contenidas en la ley de Casación.

Con estos antecedentes, pasamos de inmediato al análisis de las resoluciones de que se hace mérito; en dichas resoluciones, se reconoce que el Art. 8 de la Ley de Casación establece un - plazo para interponer el recurso de Casación, el cual, según la letra de dicha disposición dice así:

"El recurso debe interponerse dentro del término fatal de cinco días contados desde el día siguiente al de la notificación respectiva, ante el Tribunal que pronunció la sentencia de la cual se recurre."

Esta norma es de estricto procedimiento, e indica, el término para la admisibilidad del recurso; de donde se colige la gran importancia de su aplicación y observancia.

Los precedentes que se analizan, establecen que el plazo indicado por dicha norma, en el caso de interponerse el recurso de casación contra una interlocutoria de la cual se pidió revocatoria, debe computarse a partir del día de la notificación y no a partir del día siguiente de la misma, según indica el art. 8 de la Ley de Casación, y para justificar esa modificación del plazo, se invocan los Arts. 426 y 436 del Código de Procedimientos Civiles, que establecen esa modificación en relación con el art. 212 del mismo Código, que repite el mismo principio del art. 8 de la Ley de Casación y, admite la variante cuando dice: " si no es que la ley expresamente disponga otra cosa ". ¿Cuál Ley? Sin la menor duda, el art. 212 se refiere al mismo Código de Procedimientos Civiles, ya que entre sus normas algunas modifican el día a partir de cuando se computa un término, tal como lo hace los Arts. 426 y 436, pero, para interponer el recurso ordinario de apelación, después de haber agotado el de revocatoria; en ningún momento pudo el legislador referirse a la Ley de Casación que data del año 1953, amén de que, dada su especialidad, si esas normas modifican el art. 8 de la Ley de Casación al establecer otra cosa distinta, de acuerdo con el art. 45 de la misma, en tal respecto están derogadas; además se viola la -

garantía establecida en la constitución política, de que toda decisión jurisdiccional debe estar previamente regulada por las leyes procesales de acuerdo con el art. 169 C.P., y la jurisprudencia que comentamos, al modificar el art. 8 de la Ley de Casación violando el art. 13 del Código Civil como principio general, prácticamente, en tal caso, crea una nueva norma, y lo que es más grave, es una norma perjudicial pues restringe el plazo, restringe el procedimiento, violando también el art. 2 del Código de Procedimientos Civiles.

#### C O N C L U S I O N E S

Después de este recorrido, dada la precaria información que respecto de la Doctrina Legal se posee, creo, en mi modesta opinión, extraer algunas consecuencias o conclusiones que en síntesis pueden representar los lineamientos de los temas explorados conclusiones que se fincarán, especialmente, en el análisis de la Jurisprudencia como Doctrina Legal.

I.- En primer lugar, encontramos que en el contexto de la legislación especialmente, dentro de la rama de legislación civil, la Jurisprudencia como fuente tradicional de derecho, fue absolutamente desechada. Tal cuestión se demuestra y comprueba en el texto del Código Civil de la República de Chile elaborado por Andrés Bello, en cuyo artículo tercero, de las reglas generales, prácticamente se prohíbe la jurisprudencia como fuente de derecho.

II.- La prohibición anterior, en cierto sentido, fue flexibilizada, quizás sin percatarse, con el art. 421 del Código de Procedimientos Civiles, al permitir al Juez, basar la sentencia a falta de leyes vigentes aplicables, en la Doctrina y el buen sentido y razón natural. Sin embargo, esa flexibilidad es en vía de excepción, y más recientemente, la Ley Orgánica del Poder Judicial, reiteró la prohibición original.

III.- Con todo, la Jurisprudencia adquiere un nuevo reconocimiento legal, al concebir la Doctrina Legal como la Jurisprudencia establecida por la Corte de Casación en cinco fallos sucesivos no interrumpidos, siempre que versen sobre materias semejantes o idénticas. Ese reconocimiento legal de la Jurisprudencia del máximo Tribunal de Justicia, no implica un quebrantamiento de la prohibición de que se ha hecho mérito; es sólo el reconocimiento de que la Jurisprudencia, sin ser fuente de derecho, puede funcionar como regla de interpretación judicial respecto de los tribunales inferiores, en los casos que éstos deciden; y tal reconocimiento, es justificado de sobra, por el hecho de que, mediante la doctrina legal se logra uniformar la jurisprudencia, es decir se logra obtener la igual interpretación de las leyes de parte de los jueces, haciendo factible, en este campo, la igualdad de los hombres ante la ley.

IV.- La Doctrina Legal no adquiere categoría de ley en sus efectos ya que en ningún caso engendra normas jurídicas generales, salvo el caso de integrar una laguna o vacío, pero tal tributo no es exclusivo de la Corte de Casación Civil, sino de todos los Tribunales, tal como se demuestra con el enunciado del art. 421 Pr. de donde se colige, que la prohibición no se quebranta, ni afecta la constitucionalidad de la Ley de Casación.

V.- La Doctrina legal, así entendida funge, para y exclusivamente respecto de los Tribunales de Primera y segunda Instancia en lo Civil; esto equivale a decir, que no hay Doctrina Legal respecto del Tribunal de Casación, ya que éste se constituye en guía de la interpretación de las leyes; consecuentemente, cuando dicho Tribunal se aparta de la Doctrina legal en algún fallo no la infringe, únicamente la modifica.

VI.- La Doctrina Legal, sólo funge en materia de aplicación de las leyes civiles, exceptuándose a la legislación penal en atención al principio Nullum crimen Nulla poena sine lege.