



*En fecha reciente, el precedente judicial fue ampliamente discutido en una sesión integrada por diversos abogados de renombre de nuestro país, con los que llevamos a cabo un conversatorio que dio unos frutos interesantes, no sólo por la posibilidad de debatir entre ellos ideas sobre dicha institución jurídica, sino también de intercambiar visiones con el Dr. Diego Eduardo López Medina, distinguido jurista colombiano, quizás el más destacado exponente del tema en América Latina.*

## El precedente judicial en nuestro sistema jurídico

En fecha reciente, el precedente judicial fue ampliamente discutido en una sesión integrada por diversos abogados de renombre de nuestro país, con los que llevamos a cabo un conversatorio que dio unos frutos interesantes, no sólo por la posibilidad de debatir entre ellos ideas sobre dicha institución jurídica, sino también de intercambiar visiones con el Dr. Diego Eduardo López Medina, distinguido jurista colombiano, quizás el más destacado exponente del tema en América Latina. Demostró la importancia de encontrar espacios de diálogo académico en donde se contrasten ideas y, a pesar de las diferentes opiniones, se llegue a consensos.

El presente boletín pretende recoger elementos de dicha discusión para que se puedan apreciar los consensos a los que se llegó en la reunión indicada, pero sobre todo para que la temática siga siendo debatida en el ámbito salvadoreño con argumentos jurídicos.

### I. Introducción

Antes de entrar de lleno a los antecedentes del precedente judicial en ciertos países del mundo, señalaremos algunas diferencias existentes entre los sistemas donde priva el derecho legislado y en los que priva el derecho jurisprudencial:

1. **Canonicidad.** En el derecho legislado las normas son, al menos en su superficie, fácilmente reconocibles. La regla de conducta obligatoria se fija en un lenguaje canónico y preciso que el operador puede aprender verbatim<sup>1</sup>.

---

1. Verbatim (del latín verba o uerba –palabras–, es decir la cita de un texto "palabra a palabra") tiene varios significados. Desde un análisis lingüístico, "verbatim" significa la reproducción exacta de una sentencia, frase, cita u otra secuencia de texto desde una fuente a otra. Las palabras aparecen en el mismo lugar, en el mismo orden, sin paráfrasis, sustitución o abreviación de cualquier tipo, sin realizar siquiera un cambio trivial que pueda alterar el significado.

*En el derecho legislado, la regla busca regular uniformemente un conjunto amplio de casos que caen dentro de su fuerza gravitacional. Por su parte, en el derecho jurisprudencial, la regla nace de un litigio concreto y busca dar resolución a las particularidades de los hechos concretos que se presentan a decisiones del juez.*

Existe una formulación autorizada de la regla de derecho.

Al contrario, en el derecho jurisprudencial existe una ausencia de canonicidad, ya que no existe método aceptado para redactar en una fórmula legal precisa la regla de derecho. Una sentencia judicial puede constituir un precedente obligatorio, pero no existe una fórmula autorizada y única de la regla jurisprudencial allí contenida. La definición de la regla es el primer problema hermenéutico del derecho jurisprudencial, a diferencia del derecho del legislador.

2. Reglas independientes de patrones argumentativos y economía textual. Las reglas legisladas, tal y como lo propuso el positivismo, son órdenes cuya validez no dependen explícitamente de cadenas argumentativas. Por tanto, el derecho legislado posee cierto nivel de economía textual; decide en párrafos cortos directos e interpretativos al tratar de proponer con mayor claridad posible una regla a aplicar.

Por otra parte, en el derecho jurisprudencial hay reglas dependientes de razonamientos y de abundancia textual. La decisión adoptada depende de manera fundamental de cadenas argumentativas que justifican detalladamente la forma de resolver el problema jurídico. La regla de control social depende de argumentos más o menos detallados que muestran la corrección y conveniencia de la decisión. El derecho jurisprudencial, entonces, se caracteriza por su

densidad argumentativa. De aquí se derivan directamente ciertos niveles de abundancia textual, la regla viene insertada, incluso esparcida, en largos argumentos justificatorios donde se busca, no la puntualidad legislativa de una orden, sino la justificabilidad concreta de una decisión judicial (con la que se crea, de paso, una subregla de derecho).

3. En el derecho legislado, la regla busca regular uniformemente un conjunto amplio de casos que caen dentro de su fuerza gravitacional. Por su parte, en el derecho jurisprudencial, la regla nace de un litigio concreto y busca dar resolución a las particularidades de los hechos concretos que se presentan a decisiones del juez. La regla, por tanto, nace y adquiere su sustancia de conjuntos fácticos concretos que le dan significado. Por supuesto, desde la perspectiva de un régimen de precedentes, las decisiones judiciales, una vez que se dictan, obligan al juez las consecuencias abstractas o generales que esa decisión generará para casos futuros similares.

Podríamos resumir la diferencia de ambos sistemas en estos tres puntos anteriores, cada uno con sus propias características y estructuras con respecto a sus fuentes de derecho<sup>2</sup>.

Ahora entraremos a analizar brevemente algunos antecedentes que se

---

2. Diego Eduardo López Medina, “El Derecho de los Jueces”, Segunda Edición, 2007.

Con el  
aparecimiento  
del pensamiento  
liberal  
racionalista, el  
Poder Judicial  
no tenía más  
función que  
aplicar la ley.  
De ahí nació el  
aforismo que el  
juez es la boca  
del legislador.

han dado en ciertos países que los han llevado a desarrollar su sistema jurídico bajo la concepción del derecho legislado o del derecho jurisprudencial.

## II. Algunos antecedentes

### *Caso francés*

Bajo la influencia de la ilustración francesa (Siglo XVIII), se dan una serie de acontecimientos políticos que a fines del Siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX derrocan las viejas monarquías absolutas y se instauran formas de gobierno que tienden a la democracia y la consolidación de un estado de derecho. El caso francés es paradigmático y el más influyente en la formación del derecho moderno. Bajo este nuevo esquema, la ley no proviene del monarca sino del Poder Legislativo (Asamblea Nacional, Parlamento, Congreso o Asamblea Legislativa), pues allí es donde se hace residir la representación del pueblo soberano. Únicamente la ley debía ser expresión del mismo, lo que implicaba también que la administración pública y los jueces debían estar sometidos a las decisiones del soberano.

Con el aparecimiento del pensamiento liberal racionalista, el Poder Judicial no tenía más función que aplicar la ley. De ahí nació el aforismo que el juez es la boca del legislador. La explicación histórica de este aforismo radica en que la magistratura de la época anterior había sido nombrada por la monarquía derrocada por la Revolución Francesa y demás revoluciones de ese período. Bajo esta percepción la ley era comprendida como un instrumento racional que evita la arbitrariedad del

poder público, en tanto éste se ajuste a sus postulados.

Esta concepción influyó en el papel que se le deparaba al juez en la aplicación de la ley. De allí que, la función jurisdiccional consiste en aplicar de la manera más automáticamente posible la ley, sin que hubiera siquiera una labor interpretativa del juez pues ello podría ser considerado un atentado contra la objetividad y racionalidad de la ley. El juez era en efecto un mero instrumento de ésta, se encontraba subordinado al Poder Legislativo. Es decir, que las decisiones judiciales debían tener una coherencia mecánica con la voluntad del legislador.

Bajo la noción de la ley de la ilustración francesa, todo el derecho debería de estar reunido en un “código”, es decir, un cuerpo ordenado, armónico y sistemático de toda la normativa de un país o de sus ramas. Napoleón Bonaparte, a través de sus juristas, consideró que el derecho válido para todo momento debía ser “codificado”, es decir, reunido en unos pocos, depurados textos. Esta concepción se expandió a los rincones de Europa conquistados por Napoleón; y se extendió a América Latina gracias a los decadentes imperios coloniales y la influencia cultural posterior de España, Portugal y Francia.

El Salvador no fue ajeno a esta manera de concebir, crear, sistematizar e interpretar el ordenamiento jurídico. En 1828, se adopta el primer Código Penal del país, que era una copia literal del español. Unos veinte años después, el Dr. y Pbro. Isidro Menéndez, el “Padre de la Legislación Salvadoreña”, se dedicó a co-



*La ideología liberal sostiene que el soberano es el pueblo; por tanto, la ley emitida por éste, debe gozar de respeto absoluto y no puede haber fuentes secundarias del derecho que modifiquen o usurpen el papel del soberano (pueblo).*

piar de manera casi textual los Códigos Procesal Civil y Penal de Chile, Venezuela y España, para su adopción en el país. La culminación del proceso, el Código Civil de 1860, era una copia del de Chile y, como los antes mencionados se originaba en gran medida en la concepción francesa. Es la posición que aún inspira nuestra legislación procesal y prevalece doctrinariamente.

La ideología liberal sostiene que el soberano es el pueblo; por tanto, la ley emitida por éste, debe gozar de respeto absoluto y no puede haber fuentes secundarias del derecho que modifiquen o usurpen el papel del soberano (pueblo). En su puridad, ésta es una ideología política muy importante que prevalece en América Latina durante el Siglo XIX y hasta mediados del Siglo XX.

Bajo esta perspectiva, la jurisprudencia no tiene poder vinculante frente a terceros, y por ende el Código Civil francés le quita todo poder "erga omnes" a las sentencias. En nuestro Código Procesal Civil, esto encuentra expresión en el Art. 438, que establece: "La sentencia dada contra una parte, no perjudica ni aprovecha a un tercero cuyo derecho no provenga de los que siguieron el juicio...".

A pesar que Francia tuvo influencias fuertes cabe señalar que en dicho país se ha diagnosticado desde fines del Siglo XIX, que "el principio de legalidad" tiene algunas deficiencias. Jurisconsultos como George Ripert, Marcel Planiol, René Demogue o como más notorios ejemplos, Francois Géný y Louis Josserand, se esforzaron en señalar que la juris-

prudencia tiene un papel que va más allá de la simple aplicación mecánica de la ley. Josserand, por ejemplo, tiene una clara idea que el código no es completo y que no tiene una disposición concreta para todos los supuestos que pueden surgir en la vida cotidiana. Este grupo de juristas, conocidos como los "juristas inquietos", iniciaron una reevaluación del papel de la jurisprudencia en su relación con el derecho, no sólo para el derecho civil, sino en el derecho administrativo, y concluyen que la jurisprudencia es fuente autónoma del derecho.<sup>3</sup>

La posición teórica más avanzada de esta escuela francesa proviene del trabajo del gran revolucionario del derecho civil francés, François Géný, quien en el año 1899, escribe su libro "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", donde propone cambiar los métodos de interpretación del derecho y empieza a proponer un nuevo método de investigación jurídica, al cual llamaba "libre investigación científica", del que resultaría que todo fallo judicial es un acto libre. Aplicado esto literalmente llevaría a la posición exactamente contraria a la prevalente desde la ilustración, pues el juez se convertiría en el único legislador válido, pero no es tal cosa lo que ha querido decir el autor, sino que, como más adelante se indica, la investigación no puede hacer caso omiso del texto de la ley. El lenguaje empleado por Geny y otros autores franceses que se presta a interpretaciones extremistas (por ejemplo:

3. Carlos Mario Molina Betancur, editor académico. Corte Constitucional 10 años, Balance y Perspectivas. Colombia, Mayo 2003.

**En América Latina llega esta nueva corriente, la producción jurisprudencial de los jueces europeos de finales del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX, pero solo por la vía doctrinaria. Ningún país latinoamericano, con excepción de Puerto Rico y sólo para el caso de los tribunales federales operantes en ese estado libre y asociado de los Estados Unidos, ha adoptado el modelo de precedentes dentro de su sistema jurídico.**

“El juez nunca es un aplicador mecánico de la ley, sino que aún en el caso más simple existe un aporte personal de su intelecto a la resolución del caso”) no debe llevarse al punto de pretender que lo que buscaban era una anarquía en la interpretación del derecho, una marginación del legislador o aún su sustitución por el juzgador.

### **Caso español**

En el sistema judicial español desde la restauración de la democracia a finales de los años setenta, con la creación del Tribunal Constitucional y la redefinición de las competencias del Tribunal Supremo, se reconoce a las decisiones de estos tribunales la capacidad de ser jurídicamente vinculantes para terceros no intervinientes en el litigio. En la práctica, día a día, los tribunales ordinarios españoles citan las decisiones del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional e incluso la de tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de su competencia. El sistema español es, indudablemente, visto como un modelo a seguir por muchos juristas de los países latinoamericanos.

En América Latina llega esta nueva corriente, la producción jurisprudencial de los jueces europeos de finales del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX, pero solo por la vía doctrinaria. Ningún país latinoamericano, con excepción de Puerto Rico y sólo para el caso de los tribunales federales operantes en ese estado libre y asociado de los Estados Unidos, ha adoptado el modelo de precedentes dentro de su sistema jurídico.

### **III. Dos corrientes con respecto al valor del precedente judicial**

Existen dos grandes corrientes con respecto al valor del precedente judicial. Por un lado, se encuentra la corriente formalista, que no concibe que un juez pueda crear derecho (entendido éste como norma de carácter general) sino que se limita a resolver conflictos intersubjetivos, y por otra parte, la corriente antiformalista que sostiene que las decisiones judiciales pueden crear derecho.

La corriente formalista afirma que los problemas jurídicos se resuelven mediante análisis de las leyes que regulan el tema. Es decir, mediante los criterios de jerarquía de las normas, fuentes, vigencia de la ley, y especialidad de la materia. En la tradición romanística (nacionales, latinas y germánicas) prevalece la ley, y en cambio en el sistema angloamericano (common law) tiene primacía el precedente judicial. Pero en ambos sistemas las normas dictadas por el Estado prevalecen sobre todas las demás”.<sup>4</sup>

La corriente antiformalista, en cambio, encuentra en la posición anterior distintas falencias. Sostiene que hay criterios auxiliares como la jurisprudencia que deben ser considerados como fuentes formales, por su contribución a la evolución del derecho.

Para algunos autores el derecho no consiste solo en la aplicación de sus fuentes, pues no todos los casos tienen reglas preexistentes y claras.

4. Marco Gerardo Monroy Cabra “Introducción al Derecho” Temis. 1986

*El problema de la jurisprudencia no es si es o no creadora de derecho, como muchas veces se plantea el problema, sino si los precedentes que constituyen las sentencias que versan sobre situaciones nuevas o que resuelven situaciones que han sido juzgadas otras veces pero con una fórmula distinta, son obligatorias para la resolución de otros casos posteriores.*

En este aspecto, Francois Geny<sup>5</sup> sostiene que la jurisprudencia es una fuente muy importante del derecho, pero que no puede ser considerada al mismo nivel de la legislación.

Este autor señala dos casos excepcionales que hacen a la jurisprudencia creadora de nuevo derecho:

- a. “Es indudable que los precedentes judiciales singularmente cuando forman, en un sentido determinado, una serie constante de decisiones uniformes, constituyendo como un cuerpo, deben disfrutar de una autoridad considerable en el animo del intérprete”<sup>6</sup>, y
- b. Aunque no ocasiona por sí sola cambios en la ley y costumbre, puede ser el primer paso que origine esos cambios. Esto significa que hay que tener en cuenta a la jurisprudencia como fuente formal, porque el derecho preexistente esta lleno de vacíos y ambigüedades que las decisiones judiciales permiten resolver. De esta manera se puede hablar de que, incluso, existe una redistribución del poder de creación de derecho (jueces creando derecho)<sup>7</sup>.

#### **IV. La situación en El Salvador**

En El Salvador se habla de las dos corrientes, de la corriente formalista y de la corriente antiformalista, con

respecto al valor de la jurisprudencia en nuestro medio. En realidad, esta es una presentación excesivamente simplista, de la dicotomía existente con respecto al valor de la jurisprudencia. Es necesario plantearse dos problemas distintos: 1) ¿Cuál es la situación de la jurisprudencia dentro del sistema legal salvadoreño? y, 2) ¿Es esta situación correcta y si no, puede ser modificada?

Antes de pasar a contestarlas debemos señalar que la expresión “crear derecho” con respecto a la jurisprudencia, que aún se usa, especialmente por los antiformalistas, para criticar la posición contraria, es anticuada y engañosa en cuanto a su significado. En estos tiempos, probablemente nadie dirá que la jurisprudencia no es creadora de derecho, aunque sea sólo al caso concreto. El problema de la jurisprudencia no es si es o no creadora de derecho, como muchas veces se plantea el problema, sino si los precedentes que constituyen las sentencias que versan sobre situaciones nuevas o que resuelven situaciones que han sido juzgadas otras veces pero con una fórmula distinta, son obligatorias para la resolución de otros casos posteriores.

Tampoco es legítimo afirmar que la admisión de los precedentes obligatorios es contraria a la aplicación mecánica de la ley por el juzgador. El hecho que existen y existirán siempre vacíos o situaciones no contempladas en la ley que el juzgador debe solucionar cuando se le presentan en un caso sometido a su conocimiento, no es ningún descubrimiento de los recientes teóricos del derecho ni tiene que ver con la aceptación de la obligatoriedad de los pre-

5. Francois Geny, “Metodo de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo” 1925

6. Ibidem

7. Diego Eduardo López Medina, “El Derecho de los Jueces”, Segunda Edición, 2007.

*Todos los antecedentes doctrinarios que informan la legislación salvadoreña y los textos legales vigentes nos llevan a la conclusión de que la jurisprudencia salvadoreña tiene exclusivamente valor de resolución del caso concreto para el que se pronuncia.*

cedentes, sino que siempre ha sido reconocido por todas las legislaciones procesales. El Art. 421 del Código Procesal Civil (Pr. Cv.), que data de 1882, establece que las sentencias: “Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural”. Esta norma, de más de un siglo de vigencia, establece claramente las fuentes de la sentencia son: en primer lugar, la ley, de manera acorde al principio de soberanía popular representada por el órgano emisor de aquélla; en segundo lugar, en caso de que no exista una norma legal aplicable, la doctrina de los expositores, lo que no es un enunciado de la doctrina de “libre investigación científica”, pero recoge un principio de lógica natural al reconocer que no todo puede estar contemplado en la ley y que debe buscarse una solución al litigio, a pesar de todo, y recoge la tradición del derecho romano de remitirse a la autoridad de los expositores (que muchas veces son eminentes analistas de la jurisprudencia) como parámetro para solución de los casos; y finalmente, consideraciones de buen sentido y razón natural, pues tampoco puede esperarse que todos los casos hayan sido contemplados por la doctrina jurídica.

Todos los antecedentes doctrinarios que informan la legislación salvadoreña y los textos legales vigentes nos llevan a la conclusión de que la jurisprudencia salvadoreña tiene exclusivamente valor de resolución del caso concreto para el que se pronuncia. El Art. 438 Pr. Cv., antes citado, recoge la posición concordante con la ideología liberal, prove-

niente de la ilustración francesa, que inspiró la independencia del país, conformó su legislación y ha informado el pensamiento constitucional y legal del país hasta el presente día. En consecuencia, las sentencias emitidas por los jueces salvadoreños no pueden tener efectos sino en el caso que resuelven y no son obligatorias para otros casos similares que se den; éstas nunca tienen efectos “erga omnes”.

La única excepción a esta circunstancia se da, por disposición de la ley primaria, con las sentencias de la Sala de lo Constitucional en resolución de recursos de inconstitucionalidad (Art. 183 Cn.); ni las sentencias que resuelven recursos de amparo o de exhibición personal tienen este efecto. La sentencia en un recurso de inconstitucionalidad, en cambio, puede tener verdaderos efectos derogatorios de la norma que declaran inconstitucional o impedir que cualquier juez o funcionario pueda negarse a cumplir una ley alegando su inconstitucional, cuando ha sido previamente declarado que tal defecto no existe por la Sala (Art. 10 Ley de procedimientos constitucionales).

Podemos concluir que aunque la jurisprudencia es fuente del derecho salvadoreño, salvo en el caso excepcional indicado, no es admisible la obligatoriedad de los precedentes judiciales. Esto es totalmente en concordancia con el principio de soberanía popular residente en la Asamblea Legislativa, recogido aún en la Constitución (y reafirmado por el Art. 310 del Código Penal que tipifica como prevaricato la emisión de resoluciones judiciales injustas por negligencia o “ignorancia” inexcusable) y con el principio

*La jurisprudencia es naturalmente orientadora de la actuación de los jueces. Al hacer una investigación de la doctrina de los expositores para resolver un caso no contemplado en la ley, el funcionario acude a la jurisprudencia preexistente tanto como a los tomos redactados por los doctrinarios.*

de independencia judicial que, dentro de los límites de la correcta interpretación del derecho, les permite la apreciación de la ley conforme su sano criterio, sin sujetar éste a las decisiones de otros funcionarios judiciales.

¿Para qué, entonces, sirven los precedentes judiciales en el derecho salvadoreño? En el Art. 421 Pr. Cv. el legislador ni siquiera incluyó a la jurisprudencia entre los parámetros a emplear para la resolución de conflictos judicializados.

En primer lugar, debemos señalar que el conocimiento de la jurisprudencia es un elemento vital en el sano desarrollo de un estado de derecho. Es un instrumento de medida de la capacidad, conocimientos y aptitud de los funcionarios del Órgano Judicial, la prueba que tenemos de su correcta aplicación de la ley y la seguridad jurídica que esto nos brinda. La jurisprudencia emitida es la base de buena parte de la doctrina jurídica resultante en los distintos países; buena parte de la labor académica de alto valor y utilidad que se da en el ámbito jurídico consiste en el comentario de la jurisprudencia emitida por los tribunales de justicia, ya sea la posición del comentarista adherirse a ella o adversarla. Las “líneas jurisprudenciales”, resultantes de la resolución repetida de casos similares o en que se aplica una disposición legal, aunque fundamentalmente mutables, son claros orientadores de la actuación de los abogados practicantes y, muchas veces, de los funcionarios públicos en su aplicación de la ley a casos concretos.

La jurisprudencia es naturalmente

orientadora de la actuación de los jueces. Al hacer una investigación de la doctrina de los expositores para resolver un caso no contemplado en la ley, el funcionario acude a la jurisprudencia preexistente tanto como a los tomos redactados por los doctrinarios. La opinión de otros jueces refuerza la suya o lo orienta en su propia resolución. Las citas de sentencias emitidas por tribunales superiores con anterioridad al caso que se resuelve son tan o más comunes en las sentencias de primera o segunda instancia que las citas a doctrinarios.

En segundo lugar, el conocimiento de los precedentes es indispensable para lograr la armonización de la jurisprudencia. Un sistema que tenemos legislado entre nosotros es el de la “doctrina legal”, consistente en un número determinado de sentencias sobre el mismo asunto concordantes en su resolución, que sirve para fundamentar el recurso de casación (Arts. 2 letra “a”, 3 N° 1 Ley de casación y otros); esto lleva a poder exigir la resolución de casos conforme a precedentes repetidos existentes. Además, está la función enunciada en la frase de Geny que hemos copiado anteriormente; las interpretaciones repetidas de la ley, manifestada en múltiples sentencias que resuelven casos similares, llegan a revestirse de una autoridad que, salvo raras ocasiones, es seguida por todos los funcionarios judiciales y respetada y alabada por los comentaristas.

Frente a esto se nos puede señalar que la no obligatoriedad de los precedentes conlleva la dispersión de la jurisprudencia. Una queja frecuente en nuestro medio es que un

*Al crearse un precedente obligatorio se inmoviliza la multitud de opiniones que pueden darse sobre el tema de que trata, crea una “verdad jurídica” y un parámetro de resolución que puede no ser el más justo o adecuado.*

mismo caso es resuelto en tantas formas distintas como jueces de la materia hay y se pone en contraste el sistema anglo-sajón en donde la obligatoriedad de los precedentes determina la uniformidad de todas las resoluciones posteriores. La verdad es que la formación de un precedente con carácter obligatorio, en la mayoría de los países que siguen el common-law, requiere de la resolución de un caso por tribunales superiores y la formación de un precedente sobre un asunto determinado puede dilatar siglos; mientras tanto, la disparidad de resoluciones sobre un mismo punto se da igual que en los países que siguen un sistema codificado.

Nos preocupamos tanto en señalar la dispersión que puede darse en la aplicación de la ley, lo que sin duda es un defecto del sistema, que nos olvidamos frecuentemente de las ventajas que representa la no obligatoriedad de los precedentes. Muy pocas veces se señala que el sistema codificado, pese a ser muy rígido con respecto a la ley secundaria, es mucho más flexible que el anglo-sajón con respecto a la jurisprudencia. Las múltiples resoluciones sobre la misma cuestión no deben verse necesariamente como resultante de la ineptitud o malicia de los jueces, como muchas veces se dice, sino que son simplemente los varios intentos de llegar a la solución de un caso. Es muy raro, entonces que la primera sentencia sobre un asunto sea la más adecuada para su resolución; un juez puede actuar de forma maliciosa o ignorante, está claro, pero por lo general no es así, sino que puede equivocarse de buena fe, cambiar de opinión sobre los criterios que usa, llegar a determinar que

tales criterios no son los más adecuados para la consecución de la justicia en los casos que se le presentan, y por tanto, debe tener la oportunidad de revertir el precedente. Al crearse un precedente obligatorio se inmoviliza la multitud de opiniones que pueden darse sobre el tema de que trata, crea una “verdad jurídica” y un parámetro de resolución que puede no ser el más justo o adecuado. La reversión de precedentes, que en el sistema romanista codificado no presenta mayores problemas; en el sistema anglo-sajón resulta muy difícil, requiriendo requisitos legales y complicadas operaciones mentales que nada favorecen la claridad normativa o la seguridad jurídica; por lo general, es necesario acudir a la reforma legislativa para establecer una norma que contradiga un error judicial.

Como hemos dicho antes, hay una segunda posición sobre la utilidad y obligatoriedad de los precedentes en el país, que ha tomado fuerza en los últimos años, y es la que pretende, generalmente entendido como resoluciones de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, que el precedente adquiera carácter vinculante para todos los casos posteriores.

En nuestra opinión, esto requiere una reforma constitucional, pero es algo que raramente se señala. Según las declaraciones de algunos parecería que se necesitaría apenas una reforma legal y aún menos que eso para establecer la obligatoriedad de los precedentes pronunciados por las salas de la Corte, especialmente la Sala de lo Constitucional. Las recientes reformas a la Ley de procedimientos constitucionales, adicionando un Título V a la misma, haciendo

*...es importante reiterar que para que funcione el sistema jurisprudencial, es necesario un aparato efectivo que dé a conocer las sentencias de los tribunales que establecen los precedentes obligatorios y que además establezca la doctrina resultante de dichas sentencias, la ordene y catalogue...*

obligatoria la consulta a dicha Sala de las declaratorias de inaplicabilidad de una disposición legal en casos concretos por razones de constitucionalidad hechas por tribunales inferiores, es una manifestación de esto. Como hemos expresado en boletines anteriores, tal reforma puede ser incompatible con la Constitución.<sup>8</sup>

No es infrecuente que se alegue la obligatoriedad de dichos precedente sin la mediación de reforma legal, especialmente por miembros de la profesión judicial. Algunos miembros de la Sala de lo Constitucional han pretendido, en fechas recientes, que sus sentencias de amparo sean obligatorias para los tribunales inferiores. Esto ha causado serias polémicas, la más notoria con respecto a la obligatoriedad de notificar la sentencia recaída en un juicio al demandado declarado rebelde. Afortunadamente, esta ya no es la opinión del tribunal.

Muchas de las razones que se aluden para pretender la obligatoriedad de los precedentes judiciales en El Salvador, son tomadas de “las tendencias modernas del derecho” o de “los principios generalmente aceptados en el derecho moderno”. Al respecto, debe recordarse que ni las tendencias modernas del derecho, los principios generales del derecho o la constitución española son ley en El Salvador y que en el país existe una tradición jurídica propia.

Por lo general, la admiración por el

sistema de precedentes obligatorios y el reclamo de su adopción en el país, no van acompañadas de una propuesta para hacer viable el sistema. La mayoría de sus proponentes quienes se sienten complacidos con la pretendida uniformidad jurisprudencial que resulta del mismo, muchas veces no toman en cuenta que esta uniformidad no es tan absoluta como se alega ni produce siempre buenos resultados. En este sentido, es importante reiterar que para que funcione el sistema jurisprudencial, es necesario un aparato efectivo que dé a conocer las sentencias de los tribunales que establecen los precedentes obligatorios y que además establezca la doctrina resultante de dichas sentencias, la ordene y catalogue; las naturales dilaciones que transcurren entre la publicación de dichos agregados crean interminables debates y litigios motivados por el momento de la obligatoriedad de la nueva norma creada. Esto es un problema resultante de que la comunicación de una sentencia es un acto que es formalmente realizado a las partes interesadas, que hasta ahora no ha podido ser resuelto en forma definitiva por un sistema jurisprudencial y, desde luego, es una desventaja del sistema anglo-sajón frente a los sistemas estrictamente codificados, en el que el inicio de la vigencia de cualquier norma jurídica puede determinarse con toda claridad. Tal es la razón por la que las sentencias en materia de inconstitucionalidad son publicadas en el Diario Oficial; la adopción de un sistema de precedentes, y su funcionamiento efectivo, obligaría a la publicación de todas las sentencias de las salas de la corte, sino es que la de otros tribunales más, en el mismo periódico, pero además debería ser

8. “Comentarios al Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional” Boletín No. 42 del Departamento de Estudios Legales, FUSADES, Junio 2004.

*Las modas jurídicas en boga prefieren hacer caso omiso de los argumentos que señalan que la creación de derecho con carácter general por los jueces no solo es una apuesta insegura para el sistema, sino que además es una manera totalmente antidemocrática de crear el derecho.*

publicada el resumen sintético de la norma interpretativa contenida en la sentencia. ¿Cómo determinar la exactitud de esa “doctrina” judicial?

También la adopción de un sistema jurisprudencial significaría no sólo traer sus supuestas ventajas sino también sus evidentes problemas, el más notorio de los cuáles, a que ya nos hemos referido, es el error en la sentencia que establece el precedente obligatorio. Como ha sucedido tantas veces en otros países, el sistema obligaría a la reforma constante de leyes con intención de superar la jurisprudencia contraria al espíritu legislativo.

Finalmente, es conveniente reactivar el debate acerca de las propias funciones judiciales. Las modas jurídicas en boga prefieren hacer caso omiso de los argumentos que señalan que la creación de derecho con carácter general por los jueces no solo es una apuesta insegura para el sistema, sino que además es una manera totalmente antidemocrática de crear el derecho. En el derecho jurisprudencial, la voluntad de todo el pueblo que ha acudido a las urnas a elegir a sus representantes, acertadamente o no, es sustituida por la voluntad de uno o unos pocos individuos que casi nunca son electos de manera democrática, por muy buenas razones. Esta es la razón por la que es altamente conveniente la limitación de la creación de normas por la vía jurisprudencial a los casos concretos o cuando más, a unos pocos casos, como la interpretación de la ley constitucional existente.

Los defectos existentes en nuestro sistema jurídico y en el judicial no

son debidos a la ausencia de un sistema jurisprudencial de precedentes obligatorios, sino resultantes de problemas prácticos que deben ser resueltos por otros medios.

## Conclusiones

- 1) Es importante seguir abriendo espacios de diálogo para discutir este tipo de temas, donde actores importantes puedan dar sus opiniones e ir creando una cultura de cambio en aquellas áreas que lo requieran, tomando las mejores prácticas de otros países, acopladas a nuestra realidad.
- 2) La discusión sobre la obligatoriedad del precedente judicial en El Salvador, debe hacerse con base a argumentos jurídicos y de acuerdo a lo establecido en la legislación vigente.
- 3) Es necesario que la sociedad civil de seguimiento más estricto a las dinámicas jurisprudenciales. Que permita analizar los criterios argumentativos expresados en las mismas, permitiendo conocer la calidad de sentencias que emite cada juez sobre la aplicación de la ley al caso concreto.  
  
Es importante que la misma sociedad pueda analizar si la parte argumentativa hace sentido o no, a fin de poder garantizar la certeza jurídica que debe estar presente en todo fallo judicial.
- 4) Para lo anterior, se requiere contar con un sistema judicial trans-

parente, y público, donde se puedan ver las sentencias y estudiarlas a fin de controlar que estas no sean sentencias que respondan a circunstancias ad hoc, cargadas de intereses particulares.

- 5) Se debe contar con una sistematización de las sentencias que permitan a la comunidad jurídica hacer uso de ellas como referentes a otros casos similares a los ya juzgados.
- 6) El conocimiento de los precedentes es indispensable para lograr la armonización de la jurisprudencia, y evitar la dispersión

en los criterios de los jueces que puedan conllevar a una falta de certeza jurídica.

- 7) Es importante dejar claramente establecido que en el ámbito jurídico salvadoreño el precedente judicial no tiene obligatoriedad, lo cual no quiere decir que el precedente judicial carezca de importancia. Como se mencionaba con anterioridad, únicamente tiene fuerza legal (erga omnes) un fallo judicial emitido por la Sala de lo Constitucional en recursos de inconstitucionalidad y de ninguna otra forma, el precedente obliga ni al mismo que lo emitió.



Fundación Salvadoreña  
para el Desarrollo  
Económico y Social

## Departamento de Estudios Legales

### Presidente

Juan Daniel Alemán

### Directora

Claudia Beatriz Umaña

### Analistas

Roberto Vidales Gregg

Javier Castro De León

Raúl Villamariona

Luciana Yarhi

Marjorie de Chávez

Carmina Castro

Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena,  
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador  
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366 .

Sistema de Información Económico y Legal - SIEL -  
correo electrónico: [comercializacion@fusades.org](mailto:comercializacion@fusades.org)

[www.fusades.org.sv](http://www.fusades.org.sv)

[www.instituciones-fusades.org](http://www.instituciones-fusades.org)

