



Documento de trabajo
SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES

**EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL COMO APOYO A LA
ENSEÑANZA JURÍDICA EN EL CONTEXTO DE LA
GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO**

César Augusto Romero Molina

SPCS Documento de trabajo 2013/2
<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autor:

César Augusto Romero Molina

Cesaraugusto.romero@gmail.com

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca

Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Codirectora: Pilar Domínguez Martínez

Codirectora: Silvia Valmaña Ochaita

Secretaria: María Cordente Rodríguez

Secretaria: Nuria Legazpe Moraleja

Avda. de los Alfares, 44

16.071-CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. CD-ROM) 1988-1118 (ed. en línea)

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL COMO APOYO A LA ENSEÑANZA JURÍDICA EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

El contenido del derecho en un momento dado se aproxima mucho a lo que se estima conveniente; pero su forma y método, así como su eficacia, dependen mucho de su pasado.

*Oliver Wendell Holmes, Jr.
The Common Law (1881)*

César Augusto Romero Molina¹

RESUMEN

La importancia que tiene la jurisprudencia en los diferentes fallos judiciales donde genera un cambio social, resolviendo los diferentes problemas desde un ámbito político, jurídico, económico y cultural, teniendo en cuenta los tiempos en que se viven, interviniendo en ello los diferentes roles de los actores sociales (ciudadano – Estado); cumpliendo las órdenes impartidas por los jueces.

De allí la importancia del estudio de las líneas jurisprudenciales o el análisis dinámico del precedente jurisprudencial en el ámbito académico, logrando que los estudiantes conozcan la realidad jurídica a través del análisis de los diferentes fallos emitidos por los diferentes tribunales, en especial los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones.

Palabras clave: poder judicial, decisiones judiciales, cambios sociales, precedente judicial, línea jurisprudencial.

Indicadores JEL: K00.

¹ Cesaraugusto.romero@gmail.com

ABSTRACT

The importance of case law in the various court decisions which generates social change, solving different problems from a political, cultural and academic considering the times in which they live, thereby intervening in the different roles of social actors (city - state), complying with the orders issued by judges.

Hence the importance of studying lines or jurisprudential precedent dynamic analysis in academia, from the academy the student knows the legal reality through the analysis of different rulings by different courts.

Keywords: Judge, judiciary, judicial decisions, changes in society, case law, jurisprudence.

JEL-codes: K00.

Para Xifra (1957), el juez en sus decisiones judiciales tiene unos límites impuestos para lograr su cumplimiento, el primero consistente en la división de los poderes (Ejecutivo – legislativo y judicial), y en el derecho positivo según Maunz y During (1983) el legislador establece unos parámetros legales; donde debe ceñirse sus decisiones.

Esas decisiones que profiere la Corte deben estar acorde a los cambios sociales, involucrando los diferentes roles existente en la sociedad, con el fin de evitar que dicha decisión se desperdicie, Nader (2005) aduce que el juez debe aprovechar ese rol intermedio que posee para incitar a los diferentes cambios sociales, económicos y culturales.

La historia Constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, no ha sido ajena la participación de los jueces en decisiones que han marcado un precedente jurídico, teniendo como base el derecho a la igualdad contenida en la Décimo Cuarta Enmienda, aplicándola a casos concretos de acuerdo a los avances sociales, económicos y culturales de las épocas. En estas decisiones, según Lawrence (1978) el juez realiza una serie de análisis normativos razonables, diferenciando tratos igualitarios de acuerdo a los roles desempeñados en la comunidad, cambios sociales, económicos y culturales acaecidos en ese entonces.

Uno de los importantes fallos que ha tenido relevancia social en los Estados Unidos sin duda alguna lo aduce Klarman (1991 – 1992), la decisión adoptada la sentencia de Brown I de 1954; con respecto de la segregación de las escuelas con la admisión a la educación de personas de raza negra.

Existen otros fallos que han marcado historia y que han sido trascendentales en los cambios jurídicos y sociales en el mundo, tales como el fallo de Armsterdan en 1997, se vio en la necesidad de realizar cambios de orden social y político que en ese entonces se requería en las comunidades Europeas, fortaleciendo las instituciones para propender el respeto y la igualdad de las relaciones humanas y tomar acciones referente toda clase de discriminación que en ese entonces imperaba.

Un pronunciamiento muy importante y que se ha tenido como precedente para dar resoluciones a fallos discriminatorios en diferentes países, lo constituye el caso de Young vs Australia en el año 2003, respecto de los derechos de las parejas del mismo

sexo, dicho caso trata de la negación del reconocimiento de la pensión de sobreviviente a parejas del mismo sexo, después de haber convivido por más de 38 años. Ceballos Ruiz et al (2012) manifiesta que la legislación Australiana en ese entonces solo otorgaba dicha pensión al compañero o compañera de diferente sexo. Dicho fallo tuvo en cuenta los argumentos expuestos por la Corte Interamericana manifestando que los Estados deben establecer medidas en las cuales se eviten realizar tratos discriminatorios e impedir que dichas actuaciones se vuelvan a cometer en el futuro, ya que no existe un fundamento razonable para realizar distinciones entre parejas heterosexuales o del mismo sexo.

El derecho a la igualdad es típicamente contrario a su naturaleza y significación, al momento del nacimiento nos encontramos frente a situaciones desiguales tales como la forma física, color de raza, género, clases sociales, idiomas entre otros factores que hacen diferir a todas las personas. Para Peces Barba (1995) la concepción del derecho a la igualdad debe ser concebida desde un punto de vista normativo, teniendo en cuenta la concepción pragmática del ser humano tales como el derecho a la justicia; es decir, la igualdad de las personas ante la ley, gozando de los mismos derechos constitucionalmente consagrados.

Para Berlin (2000) es importante el fortalecimiento de las instituciones jurídicas que promuevan el respeto a los derechos fundamentales de las personas, concediendo autonomía al juez constitucional para proferir fallos o decisiones que promuevan cambios sociales. Este autor destaca la importancia de establecer ideales liberales y progresistas en donde las instituciones jurídicas establezcan escenarios que se promuevan el bien común.

La argumentación sostenida por Lessing (1993) sostiene que cada uno de estos fallos ha sido a través de un análisis jurídico, teniendo en cuenta la existencia de la Constitución y de la sociedad vigente en el momento de los hechos, así mismo, teniendo en cuenta a los entes encargados (juez) darle vida a la Constitución, fundando las decisiones en tres bases importantes estipuladas por Hesse (2002):

1. Orden objetivo o normado, le pone límite a la arbitrariedad del Estado.
2. Convicción de una Constitución, es decir que su estructura normada se pueda agrupar a los hechos reales y actuales.

3. Que sea de un orden legitimado, que el conglomerado en general lo acate.

Para doctrinantes como Bork cita realizada por Gómez (2008) la injerencia del juez en la creación de nuevo derecho a través del análisis de las normas constitucionales y legales respecto de los fundamentos fácticos de los casos es inconstitucional, pues aplicarlas en los países democráticos y de Estado Social de Derecho generaría ilegitimidad y con ello inseguridad de las normas que regulen en dicho Estado. Esta postura de Bork es sostenida con los argumentos expuestos por Gómez, cuando dice que el modelo político aplicado en los Estados Unidos (Conservadores y liberales) ha sido uno de los más sólidos y dignos de imitar, pues ha conllevado a balancear de alguno modo los poderes generales y los de la Suprema Corte. Al respecto Gómez destaca que: *“El señor Bork es un conservador que abogaba por la corriente del “originalismo”, sea, que la Suprema Corte debe actuar en función del espíritu original de la Constitución. Alegaba que la función de la Corte debe ser la de juzgar, mas no legislar desde los estrados; que los jueces deben actuar bajo las normas del auto control del momento de decidir los casos y que la tarea de las cortes consiste en elaborar unos “principios neutrales”, mas no simplemente hacer pronunciamientos ad hoc o valoraciones subjetivas. Escribió una frase que se ha hecho clásica en la materia y que nos recuerda ideas muy similares de años atrás y que ya se consignaron...”*.

Esta misma postura la sostiene Añon (1994) que han sido utilizada en algunos países democráticos, cuestionando las decisiones tomadas por los jueces fuera del contexto normativo carecen de legitimidad democrática, pues el legislador es el único que ha sido elegido para crear, modificar o derogar las normas, pues al permitirle al juez crear derecho se estaría imponiendo deberes de carácter retroactivo.

Caso contrario sucede con los profesores: Simón (1985), Recaséns, (1980) y Segura (1998) sostienen una postura flexible y contraria a la expuesta por Añon y Bork, pues aducen que el derecho no puede ser abusivo, en negarle al juez ser creador de un derecho, pues en diversas oportunidades las normas no tienen la respuesta a todas las situaciones que se presentan, por tal razón, existe una excepción a la prohibición, siempre y cuando en el análisis fáctico y jurídico que el togado realiza a las normas no encuentre la solución a dicha situación; éste tiene la facultad para que dentro de la

plenitud de la hermenéutica, crear derecho y por lo tanto emitir una decisión dando la respuesta a la situación planteada o solicitada.

En países democráticos como Colombia, Prieto (1987) aduce que el juez goza de autonomía para crear un derecho judicial, siguiendo unos principios y valores establecidos en la Carta Constitucional, siendo estas atribuciones conferidas al juez como legítimas.

La Escuela Positivista destaca la Discrecionalidad Judicial como un criterio fundamental para identificar el derecho, su principal defensor ha sido Hart (1962), manifestando que aquellos casos, en que no se encuentra la solución en las normas o las leyes, Barba aduce que el juez goza de autonomía para interpretarlas y crear nuevo derecho.

Para positivistas como Marmor (2005), dice que el derecho debe aplicarse de “Ipsa Facto”, porque los argumentos que se describen en las decisiones, corresponden a criterios de jueces y abogados, aplicados a situaciones contenidas en un tiempo y situación social, siendo estas convenciones sociales.

Al respecto manifiesta Díez – Picazo (1983), se estaría otorgando un poder judicial absoluto en cabeza del juez, ya que al asignársele la doble competencia, de crear derecho y administrar justicia, éste tiende a tornarse arbitrario o en algunas ocasiones fastidioso, emitiendo una serie de decisiones dispares unas de otras, tales como: sentencias justicieras, esta clase de decisiones desprecia las fuentes formales y principios del derecho establecidos en la Carta Constitucional. Para Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer (2000) existen otras clases de decisiones tales como las sentencias intimistas, es la que se le realiza a los abogados y los jueces comúnmente y finalmente se encuentran las sentencias filosóficas, son aquellas carentes de bagaje jurídico que hace poco atractivas al estudioso del derecho, debido al cansancio del estudio de innumerables libros y normas o la falta de preparación académica del togado.

En países con política social de “Estado Social de Derecho”, como Colombia Wolfgang (2000) y Rodríguez (2003), dicho axioma tiene su base bajo la participación del juez, ya que su papel es importante en la construcción del sistema jurídico descrito en la Carta de 1991.

Esta acepción política adoptada por la Asamblea Constituyente en 1991, tuvo sus inicios en la Constitución de Weimar, en ella se plasmaron por primera vez por escrito los derechos fundamentales, se le concedió la intervención del ciudadano en la administración y manejo de las políticas públicas y financieras del Estado. En la 5ª reunión que se realizó en 1925, se reafirmó el carácter unitario de la soberanía popular del Estado, la leyes solo pueden ser promulgadas por el Parlamento para nuestro caso, el Congreso de la República. Establece la división del poder político el legislativo, ejecutivo y judicial; al respecto manifiesta Villacorta (2006) que estos dos últimos se encuentran subordinados al legislativo.

Grenfieth (2009) aduce que la Constitución de 1991 le concedió legitimidad y el poder al juez constitucional, para que éste sirva de orientador y árbitro en las problemáticas suscitadas en la vida jurídica cotidiana, jugando un papel importante en las políticas públicas del país. Este derecho no puede reducirse a simple aplicación de la norma, sino que el juez goza de la más amplia discrecionalidad para interpretar y aplicar la norma, utilizando método interpretativo tales como el exegético, a través de un control constitucional como desarrollo democrático y jurídico de orden social, donde los ciudadanos participen a través un control constitucional de aquellas normas que desbordan o violan preceptos constitucionales.

Últimamente en los países democráticos para que los jueces y abogados puedan interpretar las normas, se adoptó un método que ha sido muy importante para interpretar, analizar y la resolver los diferentes casos, igualmente ha sido importante en el ámbito académico para los estudiosos del derecho, como lo ha sido el “análisis jurisprudencial”.

Para darle solución a un caso el intérprete jurídico debe confrontar los juicios de valor con las normas actuales positivas que se involucren para darle respuesta a un caso determinado, esta postura es sostenida por el profesor Gordillo (2012) cuando manifiesta que: “... *no se trata simplemente de aplicar dogmáticamente el texto de la norma escrita, sin juicio alguno de valor, sino de enfocar crítica o axiológicamente su valor*”.

Cepeda Espinosa critica el inicio de la Constitución de 1991 en Colombia pues la jurisprudencia en ese entonces se tornó muy generosa y utópica; invadiendo

peligrosamente terrenos del ejecutivo y legislativo. Kelsen (1988) el trabajo realizado por Hart analiza el concepto del derecho, manifiesta que la validez de una Constitución esta sostenida en lo que ella determina como derecho, donde su norma es netamente positivista.

Con ésta concepción liberalista adoptada por el constituyente de 1991 se abordaron temas que en ese entonces fueron controversiales; tal y como lo relatan Labastida et al (2000), ya que el país se encontraba en un periodo de transición de un derecho tradicional a un derecho moderno, inicialmente con ideales tradicionales basados en la moralidad religiosa a un cambio progresista que le permitía a los jueces fundamentar sus decisiones.

Durante este periodo de transición el juez constitucional abordó tres problemas importantes y que han marcado un hito importante en el Derecho Constitucional Colombiano; tales decisiones judiciales corresponden; a la despenalización del aborto, el porte de la dosis personal y últimamente el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Iturralde (2010) cita a Gascón, propone que la jurisprudencia para que sea legítima y no se pierda su razón de ser como fuente creadora de derecho, debe tener en cuenta uno criterios esenciales para diferenciar los actos normativos que pueden constituirse como fuentes de derecho y aquellos que no son.

Cebrián (1994) aduce que cuando un juez realiza una interpretación de una determinada norma o caso en concreto; ésta debe servir como precedente para los demás órganos judiciales están obligados a aplicarla.

CONCLUSIONES

Es importante que el juez al proferir sus decisiones tenga en cuenta los parámetros establecidos en la Constitución, las leyes y el precedente jurisprudencial, de tal forma que sus decisiones no adolezcan de inconstitucionalidad y sirvan de sustento para futuros casos.

Es importante, que desde el Congreso de la República al crear las normas sean lo más claras para que el juez pueda aplicarlas, de tal forma que no desborde sus

competencias, dentro de la autonomía que le confiere la Constitución Política, en el marco del derecho, es decir, acatando la ley y el precedente.

El análisis de la doctrina constitucional o legal surgidas de los pronunciamientos de los máximos tribunales permiten construir líneas jurisprudenciales, casos en los cuales no podemos detenernos en el argumento expuesto por la corporación invocada, sino por el contrario ir más allá, desde la crítica jurídica indicar si se está de acuerdo con el fallo, si la argumentación es errónea o tiene falencias, indicar si es posible utilizar un mejor argumento, o por el contrario, indicar como sería una mejor decisión. Es esta crítica jurídica la que permitirá enriquecer este método en aras de consolidar el proceso de aprendizaje.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AÑÓN, M.J. (1994). *Notas sobre la Discrecionalidad y Legitimación*. DOXA. 15-16.Volumen 2.
- ARCE GÓMEZ, C. (2008). *El abusivo Interpretativo de la Sala Constitucional. Constitución Política de la República de Costa Rica*. Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia. Primera Edición.
- BERLIN (2000). *Cuatro Ensayos sobre la Libertad*. Madrid: Editorial Alianza.
- CEBALLOS RUIZ, P.A., RIOS QUINTERO, J. y MARINO ORDOÑEZ, R. (2012). *El reconocimiento de Derecho a las parejas del mismo sexo: el camino hacia un concepto de familias pluralistas*, Revista Estudios Socio-jurídicos. Volumen 14(2), Bogotá.
- CEPEDA, M. (1992). *Los Derechos Fundamentales en la Constitución*. Bogotá, Editorial Temis.
- DÍEZ – PICAZO, L. (1989). *La justicia y el sistema de fuentes del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel.
- FAJARDO, L.A., SANCHEZ, M. y COTE BENITEZ, M. (2006). *Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Colombia diversa. Bogotá: Editores Tercer Mundo.

- GORDILLO, A. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El Método en Derecho. La Administración Paralela. El Derecho Aplicable al Caso*. Primera Edición. Buenos Aires, Editorial Data Fiscal, Tomo VI. Cap. VI, pp. 2
- GRENFIETH de J.S.C. (2009). *El juez constitucional un actor regulador de las políticas públicas: el caso de la descentralización en Colombia*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.
- HART, H.L.A. (1962). *El positivismo Jurídico y la Separación entre el Derecho y la Moral*. Buenos Aires, Editorial Depalma.
- HART, H.L.A. (1998). *El Concepto de Derecho*. Bogotá, Editorial Abeledo – Perrot.
- HESSE, K. (2002). *Escritos de Derecho Constitucional*. Segunda Edición. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ITURRALDE SESMA, V. (2010). *Sistema Jurídico, validez y razonamiento judicial. Las Decisiones Judiciales como Fuente Material de Derecho*. Ara Editores. Primera Edición, pp. 281.
- KELSEN, H. (1988). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
- KLARMAN, M. (1991 – 1992). *An interpretative history of modera equal protection*. Michigan Law Review, 90.
- LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO, J, CAMOU, A. y LUJAN PONCE, N. (2000). *Transición Democrática y gobernabilidad: México y América Latina*. México, Primera Edición.
- LAWRENCE, H. (1978). *American Constitutional Law*. Primera Edición. Nueva York: Editorial Mineola.
- LESSING, L. (1993). *Sobre la interpretación como traducción. Fidelity in Traslation*. Texas L.R., 71, 6.
- MARMOR, A. (2005). *Interpretation y Legal Theory*. Second edition. Hart Publishing.
- MAUNZ T., DURING G. y HERZOG, R. (1983). *En Kommentar zum Grundgesetz*. Sexta Edición. Muncher. Sección 7 numeral marginal 9.
- NADER, C. (2005). *Apuntes de un Juez*. Editorial Ibañez, Bogotá.

- PECES BARBA (1995). *Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid. España, Editorial Dykinson.
- PECES-BARBA (2000). *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin del siglo*. Madrid, Editorial Fontamara.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1987). *Ideología e interpretación Jurídica*. Madrid, Editorial Tecnos.
- RECASÉNS SICHES, L. (1980). *Nueva filosofía de la Interpretación del Derecho*. Editorial Porrúa.
- RODRÍGUEZ – PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (1997). *Constitución, legalidad y seguridad jurídica. En la Vinculación del Juez a la Ley*. Madrid.
- RODRÍGUEZ, S.E. (2003). *La Justificación de las Decisiones Judiciales: el artículo 102.3 de la Constitución Española*. España, Editorial Universidad Santiago de Compostela.
- SEGURA ORTEGA, M. (1998). *Racionalidad Jurídica*. Madrid, Editorial Tecnos.
- SIMÓN, D. (1985). *La Independencia del Juez*. Traducción Realizada por Carlos Ximénez – Carrillo. Barcelona, Editorial Ariel.
- VILLACORTA MANCEBO, L. (2006). *Principio de Igualdad y Estado Social: apuntes para una relación sistemática*. España, Editorial Universidad de Cantabria.
- VILLAGÓMEZ CEBRIAN, M. (1994). *La Cuestión Prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, Editorial Tecnos.
- WOLFGANG BOCKDENFORDE, E. (2000). *Estudio Sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Editorial Trotta.
- XIFRA HERAS, J. (1957). *Curso de Derecho Constitucional*. Barcelona: Tomo II.