

Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo

Ricardo Mena Guerra

**Valor y función de la
Jurisprudencia en el Derecho
Administrativo**

Especial Referencia al Régimen Jurídico
Salvadoreño



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin autorización del autor. Todos los derechos reservados y debidamente protegidos en el Registro de la Propiedad Intelectual, departamento de Derechos de Autor, al N° 360-2010. La protección de esta obra es también a nivel internacional, en virtud de los Convenios ratificados por El Salvador en materia de Derecho de Autor.

El mérito que se le otorgue a este trabajo
es para Dios Todopoderoso.

Expreso mi especial gratitud
a mis amigos y Directores de Tesis Doctoral,
los profesores, Juan Amenós Álamo,
Sandra Camacho Clavijo y
Ana Yesenia Granillo de Tobar.

UNA PUBLICACIÓN DE:



Esta publicación fue financiada por el Gobierno de los Estados Unidos de América a través de su Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID) en el marco del Programa de USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR. Los textos de esta publicación Son responsabilidad de sus autores y no representan los puntos de vista de USAID, ni del Gobierno de los Estados Unidos de América.

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL, USAID/EL SALVADOR.

Carl Derrick, **Director en Funciones USAID/El Salvador**
William Elderbaum, **Subdirector en Funciones USAID/El Salvador**
Rosamaría Colorado, **Gerente de Programas Laborales Regionales**

Primera Edición

© AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL, USAID/EL SALVADOR
2011

Autor

© Ricardo A. Mena Guerra

Equipo de Edición

Morena I. Serpas Saz de García
Carlos Enrique García Serpas

Edición al cuidado de

César Solanilla Chavarro, **Director del Programa para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR**
Rommel Sandoval, **Subdirector del Programa para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR**

Corrección de Estilo

Morena I. Serpas Saz de García

Impresión

Talleres Gráficos UCA
1,000 ejemplares

Todos los derechos reservados © USAID/Programa de USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR/ El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y República Dominicana.

República de El Salvador, San Salvador, Septiembre de 2011

ISBN: 978-99923-956-1-5

Fragmentos de los textos pueden reproducirse citando la fuente.

La reproducción total o parcial de este libro debe ser autorizada previamente por USAID. Distribución gratuita.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan, necesariamente, los puntos de vista de USAID.

“El contenido de esta obra, incluyendo la presentación, no constituye, necesariamente, la opinión de la Agencia para el Desarrollo de los Estados Unidos de América (USAID)”.

El autor ha autorizado sus derechos al Programa de USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR y a USAID para que se pueda reproducir y distribuir entre los beneficiarios del Programa a título gratuito o al costo de la misma.

PRESENTACIÓN

UNA VINCULACIÓN CON LA JUSTICIA LABORAL

El Programa de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, (USAID) para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR, publica en esta ocasión la Tesis Doctoral, “*Valor y Función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo*”, del autor Ricardo Antonio Mena Guerra, reconocido experto del Derecho Administrativo en El Salvador.

Una de las razones para publicar esta importante obra es la expansión de los principios y reglas del Derecho Administrativo en la función pública, lo que ha provocado el nacimiento y la especialización de un Derecho Laboral de la misma.

Ello ha surgido, no sólo por la ampliación de los servicios que la administración pública ofrece a los ciudadanos, sino también a la realidad que impera en los países de la región en donde el Estado, en cualquiera de sus dimensiones como ente centralizado, descentralizado, gobierno local etc., se ha convertido en el “gran empleador”. Incluso, en algunas regiones rurales de nuestros países el Estado o el Municipio aparecen como los únicos empleadores “formales”.

La construcción del Derecho Laboral de la función pública tiene elementos excepcionales que lo diferencian del Derecho Laboral que rige las relaciones entre el capital privado y el trabajador, pero al que se le aplican los mismos principios y garantías.

El Derecho Administrativo moderno y las carreras administrativas del funcionario público, sin duda, se ven sujetas a las decisiones de los tribunales administrativos y de la jurisdicción contencioso administrativa, o en su caso, por su especialidad, de la jurisdicción laboral o social que tenga competencia material para conocer de las controversias entre los entes estatales, en su carácter de empleador y los empleados o funcionarios públicos sujetos a dichos regímenes.

Es así que ante las nuevas realidades, el Derecho Laboral, en general, y en el caso específico de los regímenes de la función pública, se va construyendo a través de las decisiones judiciales.

Existen diferencias que se pueden identificar entre ambos ordenamientos jurídicos, entre ellas están el acceso público a los regímenes de carrera, los sistemas de baremo para los ascensos u otros movimientos, el régimen disciplinario, el régimen de seguridad social y la garantía de la estabilidad laboral que evita que los empleados y funcionarios públicos de carrera queden a los vaivenes de los cambios políticos o de gobierno y que obliga a la profesionalización de la administración pública. Es decir, la estabilidad laboral es un derecho constitucional protegible en los tribunales competentes. No es un derecho sujeto a plazo, como si fuera un contrato civil.

Estas son las grandes discusiones que la Sala de lo Constitucional, la Sala de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de lo Civil han estado manteniendo en sus decisiones, y que, en algunas ocasiones, no se ha protegido debidamente a los trabajadores del sector público. De allí la importancia de discutir sobre el precedente y las líneas jurisprudenciales, no sólo por las Salas, sino para que los tribunales de la jurisdicción laboral ordinaria, las cámaras de segunda instancia de lo laboral, y los tribunales administrativos de carrera puedan lograr garantizar una protección constitucionalmente configurada a los trabajadores estatales.

Otra de las razones para la divulgación de esta tesis doctoral, es el compromiso del Programa con la transparencia judicial y con el desarrollo de las capacidades de investigación de los operadores jurídicos. Uno de los grandes esfuerzos que se ha liderado ha sido la construcción de líneas jurisprudenciales, como método de análisis para los estudiosos del Derecho y como método de seguimiento de las decisiones judiciales.

Este trabajo, si bien está enfocado al Derecho Administrativo general, ofrece una importante visión sobre el valor de la jurisprudencia administrativa y el precedente administrativo que puede replicarse al Derecho Laboral de la función pública.

El autor destaca no sólo el Derecho salvadoreño, sino que, con atinada maestría, teje las técnicas utilizadas por otros ordenamientos jurídicos como el español, costarricense o argentino, incluso delinea el modelo de *Case Law* estadounidense.

Rommell I. Sandoval

Subdirector

Programa de USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR

CONTENIDO

ABREVIATURAS UTILIZADAS	19
PRÓLOGO POR EL DOCTOR JUAN AMENÓS ÁLAMO	21
PRÓLOGO POR LA DOCTORA SANDRA CAMACHO CLAVIJO	25
CAPÍTULO I	29
La Jurisprudencia en general y en el Derecho Administrativo	29
1. Situación actual de la Justicia Administrativa en El Salvador	30
2. Concepciones y definición de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo	32
2.1. La Jurisprudencia: El término	33
2.2. Concepto de Jurisprudencia: Requisitos	35
3. La Jurisprudencia en el Derecho Administrativo	37
3.1. Concepto de Jurisprudencia en el Derecho Administrativo	37
3.2. El Precedente Administrativo y la Jurisprudencia	38
3.2.1. El Precedente Administrativo	38
3.2.2. El Precedente Administrativo y la doctrina de los actos propios	41
3.2.3. El Precedente Administrativo en el ordenamiento jurídico español	42
3.2.4. El Precedente Administrativo en El Salvador	44
3.2.5. Precedente Administrativo y Jurisprudencia: Diferencias	45
3.3. La singularidad de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo	46
3.4. El Derecho Administrativo: un Derecho Continental construido con matices del <i>Case Law</i>	50
CAPÍTULO II	55
El fundamento del valor de la Jurisprudencia	55
4. FUNDAMENTO DE LA JURISPRUDENCIA	56
4.1 Fuerza vinculante de la Jurisprudencia	56

4.1.1. Una aproximación al valor de la Jurisprudencia en los diferentes sistemas jurídicos.....	56
4.1.2. Una aproximación al sistema jurídico salvadoreño.....	59
4.2. Fundamento de la jurisprudencia en la Constitución	60
4.3. Fundamento de la Jurisprudencia en la Ley: La doctrina legal	63
4.3.1 Origen y concepto de la doctrina legal	64
4.3.2. Concepto de doctrina legal en el ordenamiento salvadoreño: dimensión casacional y extracasacional.....	67
4.3.3. Doctrina Legal de las autoridades administrativas	68
4.3.4. Debate de constitucionalidad de la doctrina legal	69
4.4. El fundamento de la jurisprudencia en la Jurisprudencia.....	72
5. DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA VINCULATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.....	75
5.1. Posturas que niegan la obligatoriedad jurídica de la jurisprudencia administrativa	76
5.2. Argumentos a favor de la obligatoriedad jurídica de la Jurisprudencia Administrativa	79
5.2.1. La jurisprudencia y su fuerza persuasiva.....	79
5.2.2. La jurisprudencia representa un precedente para casos nuevos	80
5.2.3. Fuerza creadora de la Jurisprudencia.....	80
5.2.4. Adaptabilidad de la Jurisprudencia al cambio	81
5.2.5. La Jurisprudencia como medio de solución equitativo	82
5.2.6. La Jurisprudencia resuelve el problema de las lagunas de la ley	83
5.2.7. La calidad de la doctrina jurisprudencial.....	84
5.2.8. La Jurisprudencia: oportunidad de producción de derecho nuevo	84
5.3. Sobre la necesidad de la vinculatoriedad de la Jurisprudencia Administrativa.....	85
CAPÍTULO III.....	89
Sobre los principios que sostienen la Jurisprudencia Administrativa: igualdad y seguridad jurídica	89
6. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL ORDENAMIENTO: IGUALDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA	90
6.1. El rol de la jurisprudencia administrativa frente a la seguridad jurídica.....	90
6.2. La seguridad jurídica y la jurisprudencia	92
6.3. La igualdad y la jurisprudencia	94
6.4. Requisitos para la concurrencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley	98
7. TÉCNICAS JURISPRUDENCIALES QUE GARANTIZAN LA UNIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	100
7.1. El rol del recurso de casación en el contencioso administrativo.....	100
7.2. El amparo y su función de unidad en el ordenamiento administrativo	102
7.3. El efecto del centralismo en el contencioso administrativo	103
7.4. Sentencias representativas del contencioso administrativo.....	103
A) Referente a la potestad sancionatoria	104
B) Sobre la competencia administrativa de entes reguladores	105
C) Sobre las nulidades de pleno derecho.....	105
D) Sobre la reserva de ley y las infracciones administrativas	105
E) Restricción a la medida cautelar de la suspensión del acto administrativo	106
F) La legitimación activa en los derechos e intereses difusos.....	106
7.5. Determinación de los conceptos jurídicos indeterminados en las sentencias	107

8. LA EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA	108
8.1. Diferentes dimensiones de la eficacia de una sentencia.....	108
8.2. Eficacia cronológica de la jurisprudencia: carácter retroactivo y prospectivo del cambio de criterio jurisprudencial.....	109
9. LA PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS.....	111
9.1. La publicidad del Derecho	111
9.2. La publicidad del proceso judicial.....	113
9.3. La publicidad de las sentencias: objetivo y regulación	114
9.3.1. Finalidad de la publicidad de las sentencias	114
9.3.2. La publicidad de las sentencias y la regulación salvadoreña.....	115
CAPÍTULO IV.....	119
Uso del precedente jurisprudencial en El Salvador	119
10. REQUISITOS PARA LA UTILIZACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	120
10.1. Coincidencia de supuestos fácticos	121
10.2. Alteridad de los sujetos.....	122
10.3. Idoneidad del órgano que emite el precedente	122
10.4. Reiteración de los criterios sentados como precedente	124
11. REGLA PARA INTERPRETAR LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DEL PRECEDENTE: RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTUM.....	125
11.1. El valor de la ratio decidendi en el uso del precedente jurisprudencial	127
11.1.1. Sobre las tesis textualista y realista de la construcción de la ratio decidendi.....	128
11.2. El valor de los obiter dicta en el uso del precedente jurisprudencial	129
11.3. El precedente jurisprudencial como elemento de motivación de la sentencia	131
12. PRECEDENTE HORIZONTAL Y VERTICAL.....	134
12.1. Precedente horizontal o autoprecedente	135
12.1.1. Modificación del precedente horizontal	135
12.2. Precedente vertical	136
12.2.1. Modificación en el precedente vertical.....	137
13. EXCEPCIÓN A LA UTILIZACIÓN DEL PRECEDENTE: LOS CASOS ANORMALES.....	139
14. FORMAS DE UTILIZACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	140
14.1. Analogía estricta.....	140
14.2. Analogía permisiva.....	141
14.3. Conceptos referenciales.....	142
14.4. La jurisprudencia como autoridad retórica.....	144
15. LAS MODIFICACIONES A LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES	144
15.1. El criterio jurisprudencial no es una decisión pética.....	145
15.2. Razones de modificación de criterio jurisprudencial	146
15.3. Apócrifas modificaciones a los criterios jurisprudenciales	151

15.4. Presupuesto para que opere un cambio de criterio: Deber de argumentación en los cambios jurisprudenciales.....	154
16. LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SEGÚN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	155
17. LA OPERATIVIDAD DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN EL SALVADOR.....	158
18. MECANISMO DE UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS EN EL SALVADOR. LA SISTEMATIZACIÓN DE LA INAPLICABILIDAD	160
CAPÍTULO V	165
Modelos jurisprudenciales en el Derecho Comparado	165
19. MODELOS DE VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA	166
19.1. Modelo legalista de Civil Law o de Derecho Codificado	166
19.2. Modelo anglosajón o judicialista.....	168
19.2.1. La regla del “stare decisis”	171
A) La aplicación del stare decisis en Gran Bretaña.....	174
B) Características de la doctrina del stare decisis en los Estados Unidos de América.....	176
19.2.2. El principio de distinción o <i>distinguishing</i>	179
19.2.3. Reglas para la modificación de criterios judiciales	181
20. EL ORDEN JURISPRUDENCIAL EN COSTA RICA.....	182
20.1. Género de fuente dentro del ordenamiento costarricense	182
20.2. Fundamento jurídico de la aplicación de la jurisprudencia.....	183
20.2.1. Un acercamiento al modelo de justicia costarricense.....	183
20.2.2. Regulación de la jurisprudencia en el sistema normativo costarricense. Especial referencia al orden jurídico administrativo.....	185
20.2.3. Función de la jurisprudencia en el orden jurídico administrativo costarricense	188
A) Función interpretativa del ordenamiento escrito	188
B) Función de delimitar el campo de aplicación del Derecho escrito.....	189
C) Función de integración del ordenamiento escrito.....	190
20.2.4. El proceso de extensión de la jurisprudencia a terceros en el orden contencioso-administrativo costarricense	191
21. EL ORDEN JURISPRUDENCIAL EN ARGENTINA.....	193
21.1. Caracterización de la jurisprudencia en el orden jurídico administrativo argentino	193
21.2. La jurisprudencia y su efecto extensivo e interpretativo en el orden jurídico administrativo argentino	195
21.2.1. Un acercamiento a la competencia contenciosa administrativa argentina	196
21.2.2. Vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	197
21.2.3. La obligatoriedad de los criterios jurisprudenciales de los Tribunales Provinciales.....	199
21.2.4. La extensión de la jurisprudencia a terceros en el Derecho Público Argentino	200

21.2.5 Los nuevos efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos y actos administrativos con incidencia colectiva	203
A) Efectos de las sentencias en los derechos de incidencia colectiva	204
B) Efectos de las sentencias relacionadas con actos administrativos con efectos generales.....	206
21.3. La creación de instituciones mediante la jurisprudencia en el ordenamiento administrativo argentino	208
CONCLUSIONES	213
ANEXO: JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA LABORAL SALVADOREÑA	221
SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	222
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ..	227
SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	229
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	233
ÍNDICE LEGISLATIVO	259
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL	263
OTROS DOCUMENTOS.....	275

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Ac.	Proceso acumulado
ADC	Anuario de Derecho Civil
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
Ar.	Aranzadi (España)
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional Español
BOE	Boletín Oficial del Estado español
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969
Cn.C.	Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949
CNS	Constitución de la República de El Salvador
CNA	Constitución de la Nación Argentina
C.Pr.C.M	Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles
CSJ	Corte Suprema de Justicia de El Salvador
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina
Ctribs.	Código Tributario Salvadoreño
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948
D.L	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial de El Salvador
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos, San Francisco, 10 de enero de 1948
FESPAD	Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho
LACAP	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública de El Salvador
LJCAS	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Salvadoreña
LJCAE	Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española
L.Jur.Const.	Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica

LL	Revista La Ley
L.Not.	La Notaría (Revista)
LOJ	Ley Orgánica Judicial de El Salvador
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial Español
LPrC.	Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador
LRJPAC	Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común de España
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York del 19 de diciembre de 1966
PJ	Revista del Poder Judicial
RAP	Revista de Administración Pública
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Ref.	Referencia
Rev. Esp. Derecho Const.	Revista Española de Derecho Constitucional
Rev. Estud. Polít.	Revista de Estudios Políticos
Rev. Crít. Derecho Inmobiliario	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
Rev. Derecho Procesal	Revista de Derecho Procesal
RIBC	Revista Instituto Bartolomé de Las Casas
RIDPC	Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RTC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Español
SIGET	Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional Español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
TC	Tribunal Constitucional Español
TRC	Revista Teoría y Realidad Constitucional
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México

PRÓLOGO POR EL DOCTOR JUAN AMENÓS ÁLAMO

El Doctor Ricardo Mena Guerra ha abierto la caja de los truenos. Ha construido la jurisprudencia como fuente del Derecho Administrativo en El Salvador. De esta manera, ha apurado el cáliz del sueño positivista, incluso, sin principios generales del Derecho, el juez podría acudir como última tabla de salvación a los precedentes judiciales. Siempre sería, por tanto, posible y previsible, una solución ajustada a la norma jurídica.

Pero ya *Bentham* avisaba que era insostenible la hipótesis de un ordenamiento jurídico construido sobre las decisiones jurisprudenciales. Por eso, el sistema anglosajón tenía, según él, los pies de barro.

En efecto, ya imagino a los abogados y letrados salvadoreños acudir a mil y un argumentos retóricos –científicos, pseudocientíficos, lógicos, ilógicos- para demostrar al Magistrado ponente la “coincidencia de supuestos fácticos” que tan bien nos ha descrito el Doctor Mena Guerra. Pero él mismo franquea la puerta al lodo argumental, cuando distingue entre identidad absoluta e “identidad relativa”. Identidad relativa –es verdad- “valorada meticulosamente”.

Mas éste es el drama del Derecho: ¿es “puñal” igual a “pistola”?, ¿equivale un “carruaje de caballos” a un “automóvil”?. Desde un punto de vista lógico, jamás habrá identidad. Pero yo sé que hay una legión de juristas dispuestos a rebatirlo y a interpretar un texto de hace cien años como si lo leyéramos hoy (cosa que jamás se atrevería a hacer un filólogo, por cierto).

En este sentido, es muy hábil el recurso del Doctor Mena Guerra al *Doctor Puig Brutau*, uno de los autores españoles más recordados y más reputados internacionalmente, con una interesante presencia doctrinal, en tierras centroamericanas. Decía *Puig Brutau* que la clave radica en que el conflicto de intereses en juego sea el mismo. Pero esto nos mete en una ratonera dialéctica ya que, pese al optimismo de *Ihering*, no es fácil determinar qué es eso de los intereses, salvo que se reconstruyan desde una perspectiva exclusivamente económica. Esto es, su traducción a dinero contable y medible.

Y esto nos lleva a un problema más grave, en el cual no podremos entretenernos. Ya sabemos que, en otras fuentes del Derecho, el legislador decide con criterios políticos. Una

ley o un reglamento esconden en sus tuétanos, en diferente medida, la opción política. Pero al juez le fue negada esta motivación.

Entremos en un juzgado. Las mesas saturadas de expedientes. Los ordenadores ahogados por documentos archivados. Pero las resoluciones se siguen tomando, por personal interino, por circulares recién llegadas, por la ley anterior y no vigente, por tradiciones, por prejuicios, por la ley aplicable, por el buen o mal humor... Se abre un inmenso abanico en el cual no es fácil entrar. El *usus fori* impone su propia ley, especialmente en la jurisprudencia menor, la de los tribunales inferiores, que es la más buscada por los abogados de a pie (no es vinculante, pero sí perfectamente alegable).

Por eso digo que el Doctor Mena Guerra ha dado un paso capital. La jurisprudencia, como fuente del Derecho Administrativo salvadoreño, disfruta por primera vez en su historia, de un cimiento doctrinal sólido, construido con pilares de su patria y con las herrumbres del Derecho Comparado. Pero, como siempre ocurre en este juego inacabable de la investigación, invito al doctorando a seguir penetrando en las sentencias judiciales como auténtica clave de la decisión jurídica (al fin y al cabo, las demás fuentes parecen dormir un sueño apacible hasta que son despertadas por los Magistrados y las autoridades administrativas para resolver el caso concreto).

Y esta invitación es más necesaria porque, poco a poco, la realidad salvadoreña se va acercando a otra historia jurídica y social –anglosajona– mucho más habituada a trabajar con el precedente y con los jueces como auténticos creadores de la norma.

Mi participación en esta tesis como Codirector ha sido mínima. El Doctor Mena Guerra ya había cogido la pluma *iusadministrativista* en ocasiones anteriores y sabía perfectamente a dónde iba. Para hacer más inútil mi actuación, la Doctora Sandra Camacho Clavijo, civilista y, por tanto, como decían los viejos jueces, “si sabes Civil, sabes Derecho”, se encargó de controlar con planificación sistemática cada una de las fases del trabajo. Prácticamente, me limité a decir –eso sí– que era una tesis bien escrita, que se entendía (no es esto tan común como se cree) y que se estaban respetando las exigencias bibliográficas necesarias.

Mi conocimiento del esfuerzo científico de los juristas salvadoreños tiene ya algunos años. Como director de alguna otra tesis o como examinador o como conferenciante, he comprobado día a día el impresionante avance de estos hombres y mujeres que, en condiciones difíciles, están construyendo el Estado de Derecho y, con él, la seguridad jurídica, la libertad y la prosperidad.

Me siento en casa en El Salvador. Alguien pensará que se trata de la típica exageración del prologuista. Pero mis buenos amigos y brillantes profesores, Ramón Morales, Julio Olivo Granadino, José Morales, José Miguel Vásquez López, y tantos otros que me perdonarán por no citarles, saben que hablo en serio.

Y también lo sabrá otra persona capital en esta colaboración, casi permanente entre España y El Salvador. Me refiero a la Doctora Isabel Martínez, catedrática de Derecho

Mercantil y auténtica alma de este proyecto. Persona firme, seria, constante y resistente en su tarea. Asumió críticas, deshizo entuertos y continuó, impulsada por alguna fuerza interatlántica que sólo ella conoce. Sin ella, nada de esto habría ocurrido.

El Doctor Mena Guerra, en fin, tiene la suerte de haberse formado en la Universidad Doctor José Matías Delgado. Recuerdo ahora aquellas mañanas del trópico, cuando el sol no calienta y está el aire claro. Y tengo envidia de los canales electrónicos, que estarán en unos instantes más cerca de las manos que construyen el Derecho, la paz y la justicia en El Salvador.

*Doctor Juan Amenós Álamo
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona*

Terrassa, Barcelona, 29 de diciembre de 2010

PRÓLOGO POR LA DOCTORA
SANDRA CAMACHO CLAVIJO

Antes de iniciar la lectura de esta importante e interesante monografía que tiene en sus manos, el lector me va a permitir que distraiga su atención sobre la figura de su autor. En mi condición de Co-directora del trabajo, estoy en la obligación de presentarles esta obra y a su autor y, más que una obligación, es una satisfacción para mí por la calidad de la obra y de su autor: el Doctor Ricardo Mena Guerra.

Esta obra es el resultado del trabajo de investigación que su autor presentó y defendió de forma brillante como tesis doctoral el 5 de enero de 2010 ante un Tribunal formado por el Doctor Manuel Cienfuegos Mateo de la Universidad Pompeu Fabra, el Doctor Eliseo Sierra Noguero de la Universidad Autónoma de Barcelona, el Doctor Julio Olivo de la Universidad de El Salvador, el Doctor Francisco Javier Pereda Gámez, Magistrado de Audiencia Provincial de Barcelona y el Doctor Miguel Ángel Cardoza, Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador y profesor de la Universidad Doctor José Matías Delgado, y que recibió la calificación de Sobresaliente *cum laude*, por unanimidad.

Conocí al Doctor Ricardo Mena Guerra con ocasión del curso sobre *Teoría General del Contrato* que impartí en el Programa Conjunto del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Barcelona, la Universidad de El Salvador y la Universidad Doctor José Matías Delgado. El Doctor Mena Guerra cursó con excelencia los cursos del Programa de Doctorado, a la vez que trabajaba profesionalmente, y únicamente tenía pendiente la elaboración de la investigación a desarrollar como tesis de doctorado que ahora ha culminado con éxito.

Conviene resaltar que esta no es su primera obra, el estudio que llevó a cabo sobre la “*Génesis del Derecho Administrativo en el Salvador*”, fue publicado en el año 2005.

Me interesa, además, revelar un dato importante, el Doctor Mena Guerra ha compatibilizado la labor de investigación con el trabajo profesional y la dedicación a su familia, lo que se ha de elogiar y valorar. Ha demostrado una disciplina, tesón,

continuidad y paciencia necesarios para culminar este gran trabajo, desde aquí mi sincera felicitación al autor y a su familia por el continuo apoyo que le han brindado.

Ya desde un buen inicio, desde mi primer viaje a ese que considero mi segundo hogar, El Salvador, el Doctor Mena Guerra me manifestó la investigación que se había propuesto sobre el valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo, pero haciendo especial hincapié a su aplicación en el Régimen Jurídico Salvadoreño. Una meta, sin duda, ambiciosa y difícil, dada la amplitud de la materia, que exige no sólo el estudio de la complejidad del orden jurídico administrativo en El Salvador, sino también el análisis de la jurisprudencia administrativa que, en este contexto, tiene la función de reducir las carencias del sistema.

Me complace que el Doctor Ricardo Mena Guerra se haya entretenido en brindarnos un completo estudio del concepto de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo y se haya enfrentado al estudio del valor de la Jurisprudencia en los diferentes sistemas jurídicos, para finalmente reflexionar sobre la necesaria *vinculatoriedad* de la Jurisprudencia que el autor fundamenta en el sometimiento de la actividad judicial a los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica lo que determina un tratamiento uniforme en las resoluciones judiciales.

El Capítulo I de la obra contiene el estudio del concepto de Jurisprudencia, pero también analiza de forma completa la figura del precedente administrativo en el Régimen Jurídico Salvadoreño y lo diferencia de la costumbre, de la doctrina de los actos propios y de la jurisprudencia; figuras que pueden ser confundidas y que el autor, de forma acertada, delimita. Su aplicación debe ser reflexiva ponderando la similitud de las circunstancias bajo comparación, la *juricidad* del precedente invocado y el interés público en juego.

Después, en el Capítulo II, el autor estudia el fundamento del valor de la Jurisprudencia y analiza su papel en los diferentes sistemas jurídicos (*Common Law* y *Civil Law*). Es relevante el análisis del valor de la jurisprudencia en el Sistema Jurídico Salvadoreño y de los fundamentos jurídicos de los que se deriva su obligatoriedad: en la Constitución, en la Ley y en la propia jurisprudencia. El autor finaliza este Capítulo estudiando la *vinculatoriedad* de la jurisprudencia administrativa con un cuidadoso análisis de los argumentos doctrinales, a favor y en contra de dicha vinculatoriedad.

Los principios de igualdad y seguridad jurídica que sostienen la vinculatoriedad de la jurisprudencia administrativa constituyen el núcleo central de la obra. En el Capítulo III se lleva a cabo un exhaustivo estudio de estos principios relacionados con la jurisprudencia administrativa y de las técnicas jurisprudenciales que garantizan la unidad del Derecho Administrativo, el recurso de casación en el contencioso-administrativo, el recurso de amparo y los fallos más representativos del tribunal contencioso-administrativo que sirven de guía a los entes administrativos.

Posteriormente, en el Capítulo IV, el autor nos explica los requisitos para la utilización del precedente jurisprudencial en El Salvador y analiza, acertadamente, las reglas de

interpretación del contenido normativo del precedente administrativo, los argumentos esenciales del debate (*ratio decidendi*) y las exposiciones accesorias que se acompañan (*obiter dictum*). Se analizan las diversas formas de utilización del precedente jurisprudencial que varían en función de diversos factores, entre otros, el papel que juegan las citas internas de jurisprudencia en la justificación de la nueva decisión adoptada, el número total de citas jurisprudenciales y su peso argumentativo frente a otras fuentes del Derecho en la decisión del caso y el grado de tecnicidad que el precedente jurisprudencial debe reflejar.

El trabajo concluye con un elaborado estudio de los modelos jurisprudenciales de Derecho Comparado. Es este el Capítulo V, en el cual se analiza el modelo legalista del *Civil Law*, el modelo anglosajón o judicialista, con una obligada referencia a la regla del “*stare decisis*” y su aplicación en Gran Bretaña y en Estados Unidos. También se analiza el orden jurisprudencial en Costa Rica y en Argentina.

La obra, por el objeto de su estudio, no sólo tiene una importante carga doctrinal y teórica, sino práctica. Además de la completa bibliografía con la que el autor ha trabajado, acompaña a la obra un cuidado índice de la jurisprudencia estudiada. El Doctor Mena Guerra ha realizado un trabajo de referencia y de imprescindible lectura para todos los profesionales e investigadores.

Así, el autor debe estar satisfecho de su obra, de la calidad que le ha conferido a su trabajo, y no sólo en el fondo sino también en la forma, en su exposición clara y sistemática.

Enhorabuena al Doctor Ricardo Mena Guerra por esta obra y mi más profundo agradecimiento a él y a su familia, que considero mía, por hacerme partícipe de este proceso de madurez intelectual del autor que ha sentado los cimientos de una gran amistad.

*Doctora Sandra Camacho Clavijo
Profesora Lectora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona*

CAPÍTULO I

La jurisprudencia en general y en el Derecho Administrativo

SUMARIO

1. Situación actual de la justicia administrativa en El Salvador. 2. Concepciones y definición de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo. 2.1. La jurisprudencia: El término. 2.2. Concepto de jurisprudencia: Requisitos. 3. La jurisprudencia en el Derecho Administrativo. 3.1. Concepto de jurisprudencia en el Derecho Administrativo. 3.2. El precedente administrativo y la jurisprudencia. 3.2.1. El precedente administrativo. 3.2.2. El precedente administrativo y la doctrina de los actos propios. 3.2.3. El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico español. 3.2.4. El precedente administrativo en El Salvador. 3.2.5. Precedente administrativo y jurisprudencia: Diferencias. 3.3. La singularidad de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo. 3.4. El Derecho Administrativo: un Derecho Continental construido con matices del *Case Law*.

1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR

En El Salvador, el sistema de justicia administrativa, de forma accidental más que por una razón reflexiva del ordenamiento, goza de características muy propias, sobre todo en materia de las competencias para impugnar las actuaciones de la Administración Pública.

Así, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de El Salvador dispone que corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), única en su naturaleza, el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública; en consecuencia, se trata de un proceso de única instancia¹.

Por otra parte, de conformidad a los artículos 2 y 5 de la Ley Sobre Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra la Nación, que data de 1910, es competencia de los tribunales comunes el juzgamiento de las actuaciones materiales de la Administración².

De igual forma, el Código Procesal Civil y Mercantil otorga a las Cámaras de Segunda Instancia la competencia para conocer de las demandas contra El Estado³.

En el ámbito de los contratos administrativos, los artículos 161 y 162 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública de El Salvador, señalan que para resolver las diferencias o conflictos que surjan en la ejecución de los contratos, se deberá recurrir previamente al arreglo directo, y de no obtenerse una solución al diferendo, se procederá al arbitraje en Derecho⁴, siguiéndose el procedimiento especial

1 Vid. Art. 2 LJCAS vigente a partir del 1 de enero de 1979, D.L. 81 del 14 de noviembre de 1978, publicado en el D.O. 236, t. 261 del 19 de diciembre de 1978, el cual establece: “Corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública”. Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso, ref. 120-C-1996, el 11/XI/1998. Dice la Sala: “El término actos de la Administración se limita a la categoría de actos administrativos, entre cuyas características se encuentran la unilateralidad”. En igual sentido: Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 50-V-1997, el 22/XII/1998. No compartimos el criterio de la Sala, pues nuestra Constitución de 1983, es posterior a la LJCAS de vigencia en 1979, consecuentemente, la ley debe interpretarse conforme a la CnS. y ésta, al establecer la jurisdicción contenciosa administrativa, no limita su conocimiento sólo a actos unilaterales de la Administración, por tanto, el término de acto de la Administración, debiera ser sinónimo, en El Salvador, de actuación, permitiendo las impugnaciones de todas ellas, a favor del acceso a la justicia.

2 Vid. Ley sobre Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra la Nación, emitida mediante D.L. S/N del 10 de mayo de 1910, publicado en el D.O. 128, t. 68 del 03 de junio de 1910, el cual manifiesta lo siguiente, Art 2: “Toda persona o corporación, sea natural o extranjera, que, de acuerdo con el artículo anterior, pretenda obtener indemnización pecuniaria de la nación, por daños, perjuicios, expropiaciones, despojo o cualquiera otro acto violatorio de un derecho, ejecutado en su persona o bienes, por alguna autoridad o funcionario que obre en carácter de tal, deberá necesariamente intentar su reclamo ante la autoridad competente sujetándose a las prescripciones de la presente ley.” Art. 5: “La autoridad competente para conocer en esta clase de juicios será la Cámara de Segunda Instancia en cuya jurisdicción se practiquen los actos ilícitos que dan origen al reclamo. La sentencia definitiva admitirá apelación ante la Cámara de Tercera Instancia (...).”

3 Vid. Art. 29, Ord. 2ª del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil: “Las Cámaras de Segunda Instancia conocerán de las demandas contra el Estado”. Véanse, en concordancia, los Arts. 39, 64, 190, 590, 591.

4 Es una polémica actual en El Salvador, si este se trata de un arbitraje forzoso por su origen en la ley. A nuestro juicio no lo es, pero se trata de un derecho para la Administración y para el administrado, cuya renuncia sólo puede darse una vez intentado el arreglo directo, pues antes no ha nacido el derecho; por tanto, una renuncia anticipada constituiría una cláusula abusiva que se tendría por no escrita. Además, creemos que esa renuncia debe ser bilateral, es decir aceptada por ambas partes. Sobre el tema de la idoneidad del arbitraje en el contrato administrativo de obras, Véase: GALÁN VIOQUE, R., “El arbitraje de las obras públicas”

estipulado en dicha ley administrativa y, subsidiariamente, en la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje⁵.

Tomando en consideración todo lo anterior, es claro que en El Salvador existe un sistema competencial dividido para juzgar a la Administración, dentro del cual, la legalidad de los actos administrativos es atribución de la Sala de lo Contencioso Administrativo; las actuaciones materiales se ventilan ante los tribunales comunes, y lo referente a los contratos administrativos se dirime ante tribunales arbitrales.

Esto conlleva la implantación de distintos causas procesales en razón de la naturaleza jurídica de la actuación administrativa que se pretende impugnar⁶. A este sistema procesal amorfo, se le suma una Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Salvadoreña (LJCAS) de 1978 extremadamente limitada en cuanto a competencia, medidas cautelares, legitimación activa, etc.

Es destacable que todas las actuaciones de la Administración Pública salvadoreña son objeto del proceso amparo constitucional ante la Sala de lo Constitucional de la CSJ, por lo que esta vía es un mecanismo procesal, por medio del cual, se revisa la constitucionalidad de dichas actuaciones, alternativa procesal con mayor popularidad y tradición en nuestro sistema⁷.

En lo concerniente a los procedimientos en sede administrativa, son destacables dos aspectos; primero, no existe una ley general de procedimientos administrativos común que regule todo el régimen de las Administraciones Públicas, sino que cada entidad tiene, de forma dispersa, su propio procedimiento y regulación; segundo, concurren una serie de entidades administrativas que realizan funciones *cuasi jurisdiccionales*, según las distintas materias, por ejemplo: en el área tributaria, el Tribunal de Apelaciones de Impuestos Internos y de Aduana⁸; en materia de consumo, el Tribunal Sancionador de

en *AAVV Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público*, (coordinador Carmen Carretero Espinosa de los Monteros), Sevilla, Junta de Andalucía, 2003, pp. 291-308.

5 Vid. Art. 161 y 162 *Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública*, emitida mediante D.L. No. 868, del 05 de abril de 2000, publicado en el D.O. 88, t. 347, del 15 de mayo de 2000. Agotado el procedimiento de arreglo directo, si el litigio o controversia persistiese, las partes podrán recurrir al arbitraje; Vid. GIL ECHEVERRY, J., *Curso Práctico de Arbitraje*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1993, pp. 13-14. El autor enumera las ventajas del arbitraje respecto del proceso judicial, de la forma siguiente: 1.- Celeridad; 2.- Economía; 3.- Universalidad; 4.- Eficacia; 5.- Reserva; 6.- Idoneidad; 7.- Equidad; 8.- Inmediación; 9.- Informalidad. En similar sentido: Vid. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. – LEONARDI DE HERBÓN, H., *El Arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 11; Vid. CORREA, ÁNGEL, D., *El Arbitraje en el Derecho Administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 38-42; Vid. ALVARADO ROLDAN, M. – HERNANDEZ RODRÍGUEZ, M. – SALAS CHAVARRIA, E., *El Arbitraje Administrativo*, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 37.

6 La justicia administrativa salvadoreña es un “mutante jurídico”.

7 Vid. Art. 12. *Ley de Procedimientos Constitucionales* emitida mediante D.L. No. 2996 del 14 de enero de 1960, publicado en el D.O. 15, t. 186, del 22 de enero de 1960, el cual establece: “*Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución. La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo que violen aquellos derechos u obstaculicen su ejercicio. Cuando el agraviado fuere el Estado, la Sala de lo Constitucional tendrá obligación de mandar a suspender el acto reclamado.*”

8 Vid. *Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas*, emitida mediante el D.L. No. 135, del 18 de diciembre de 1991, publicado en el D.O. 242, t. 313, del 21 de diciembre de 1991. Art. 1: “*El Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas será el órgano administrativo competente para conocer de los recursos de*

la Defensoría del Consumidor⁹; en materia de competencia, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia¹⁰, entre otros. Debe advertirse que los actos administrativos de estos órganos son sujetos de revisión judicial por medio de los procesos contencioso administrativo o amparo constitucional, ante las Salas correspondientes de la CSJ.

En este sentido, al estar plagado el ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño de deficiencias o lagunas legislativas, resulta predecible que la labor judicial desempeña una función protagónica en la evolución o involución del Derecho Administrativo salvadoreño, a través de la denominada jurisprudencia administrativa¹¹.

2. CONCEPCIONES Y DEFINICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Se asume en El Salvador, por tradición y sin mayor reflexión, la filiación -sin reservas- al sistema romano-germánico en donde las ideas positivistas de interpretación literal han predominado durante generaciones en la comunidad jurídica, aplastando cualquier otro pensamiento *iusfilosófico* en el sistema de las fuentes. Así, en el país, los juristas de la corriente tradicional han negado la obligatoriedad de los precedentes judiciales bajo el ropaje conservador de la soberanía popular, la cual, según dicen, recae sobre la Asamblea Legislativa.

La jurisprudencia, en esta línea, es considerada como una fuente extraordinaria y supletoria de la ley. Se vive la ilusión de contar con un cuerpo coherente y completo de normas escritas en el ordenamiento, usualmente codificadas, que generalmente satisfacen todas las necesidades de justicia. Además, se cree que son pocos los vacíos del legislador y que, sólo en estas situaciones anormales, el juzgador tendrá algún espacio mínimo de movilidad para solventar los problemas ante él planteados, con efectos únicamente para

apelación que interpongan los sujetos pasivos contra las resoluciones definitivas en materia de liquidación de oficio de tributos e imposición de sanciones que emita la Dirección General de Impuestos Internos. Además, tiene competencia para conocer el recurso de apelación de las resoluciones definitivas que emita la Dirección General de Aduanas en materia de liquidación de oficio de tributos, imposición de sanciones, valoración aduanera, clasificación arancelaria y origen de las mercancías”.

9 *Vid. Ley de Protección al Consumidor*, emitida mediante D.L. No. 776 del 31 de agosto de 2005, publicado en el D.O. 166, t. 368, del 08 de septiembre de 2005. Art. 79: “Para el cumplimiento de su potestad sancionadora, la Defensoría contará con un Tribunal Sancionador, en adelante ‘el Tribunal’, que funcionará de manera permanente y estará integrado por tres miembros, uno de los cuales ocupará el cargo de Presidente del mismo y los otros dos miembros ocuparán los cargos de primero y segundo vocal. Habrá igual número de suplentes que serán nombrados de la misma forma que los propietarios”.

10 *Vid. Ley de Competencia* emitida mediante D.L. No. 528, del 22 de diciembre de 2004, publicado en el D.O. 240, t. 365, del 23 de diciembre de 2004. Art. 14: “Son atribuciones y deberes del Consejo:

a) Imponer sanciones conforme a esta Ley; (...) f) Conocer y resolver sobre el recurso de revisión interpuesto contra sus resoluciones de conformidad a esta Ley; g) Resolver los casos de su competencia y aplicar las sanciones correspondientes”.

11 Sobre las deficiencias del sistema de justicia administrativa salvadoreña, véase a los autores españoles: GAMERO CASADO, E., *Derecho Administrativo: La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2001, pp. 22-135. De forma brillante el autor español desnuda la justicia administrativa salvadoreña estableciendo de forma sucinta que la LJCA de 1978 ha sido superada por la CnS de 1983, por tanto, los operadores jurídicos, y en especial la Sala de lo Contencioso Administrativo, deben interpretar la ley de acuerdo con los nuevos postulados constitucionales. Alude, además, al alto grado de inadmisibilidad de demandas, falta de cultura del contencioso administrativo, a la falta de publicidad de las sentencias y la desproporcionada desviación de asuntos administrativos que son llevados innecesariamente ante la Sala de lo Constitucional. Añade que debe reflexionarse sobre el mecanismo de designación de magistrados de dicha Sala. *Vid. AYALA, José María y otros, Manual de Justicia Administrativa*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, pp. 27-74.

el caso concreto, pero jamás más allá. Por tanto, los jueces, de una forma rigurosa y asfixiante, son concebidos como esclavos de la ley.

Sin embargo, las necesidades modernas y las modificaciones vertiginosas en las instituciones del Derecho Administrativo, sobre todo, a partir de la década de los noventa del siglo pasado, han puesto en evidencia la aparente fragilidad de estos dogmas, principalmente en la rama del Derecho aludido, en donde El Salvador no cuenta con una legislación básica, como una Ley General de Procedimientos Administrativos y una Ley Procesal Administrativa, que permita la impugnación de todas las actuaciones de la Administración¹².

Por tanto, los operadores jurídicos nacionales, muy al estilo del Consejo de Estado Francés, e influenciados por principios del sistema anglosajón, han sido creativos en su labor, realizando una construcción de Derecho que merece ser analizada bajo nuevas ópticas no conservadoras.

2.1. La jurisprudencia: El término

La locución jurisprudencia suele ser utilizada por la comunidad jurídica en dos sentidos: uno, como la Ciencia del Derecho en general, tal como era utilizada en el Derecho Romano¹³ y todavía lo es en la actualidad, entre los alemanes y anglosajones¹⁴; y otro, en sentido restringido, que se refiere a una singular fuente del Derecho que designa el conjunto de criterios de interpretación y aplicación de las normas, costumbres y principios generales del Derecho, establecidos por los tribunales de justicia¹⁵.

En un carácter más limitativo, se utiliza para referirse a dichos criterios cuando proceden del órgano jurisprudencial, al que se atribuye la función de revisar la aplicación de las normas jurídicas por parte de los órganos judiciales inferiores y de uniformar, en la medida de lo posible, las líneas y criterios jurisprudenciales,¹⁶ labor atribuida a la Corte Suprema de Justicia.

12 Vid. CUESTAS, Guillermo Humberto, "Breve reseña histórica del establecimiento del Tribunal Contencioso Administrativo", en *Sentencias. Quince años de jurisdicción contencioso administrativa*, 2ª ed. San Salvador, El Salvador, CSJ, 1996, p. I-XI. Antes de la actual IJCAS de 1978, las Constituciones de 1824, 1939 y 1950 habían hecho referencia a la creación del tribunal pero sin concreción positiva. Asimismo, los años de la actual ley, han puesto en evidencia la necesidad de superar las limitaciones que adolece.

13 Vid. De DIEGO, Felipe, *La Jurisprudencia como Fuente de Derecho*, Valladolid, Reus, 1925, p. 40. Como aparece en el Digesto; Vid. PETIT, Eugene, "Derecho Romano", (trad. al castellano por José Fernández González), San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 2002, p. 31; Vid. ARGUELLO, Luis, *Manual de Derecho Romano*, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, p. 9; Vid. GARCÍA MÁYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, 44ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 68; Vid. CIMMA SILVA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 268.

14 Vid. DIEZ- PICAZO, L. - GULLON, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, v. I, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 151. "En un sentido amplio se acuñó dicha expresión en el Derecho Romano y se utiliza todavía, modernamente, entre los alemanes y anglosajones".

15 Vid. PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 243. Es utilizada en el sentido como doctrina que resulta de las decisiones judiciales; Vid. MAGALLÓN IBARRA, J., *Los Sonidos y el Silencio de la jurisprudencia Mexicana*, México, UNAM, 2004, 179.

16 Vid. LLUIS Y NAVAS, J., *Elementos de Teoría General del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1988, p. 70. El autor desarrolla, que en un sentido restringido, jurisprudencia es la doctrina contenida en las resoluciones del Tribunal Supremo (así era contemplada por el Derecho Español de fines del siglo XIX y principios del XX); en un sentido lato, constituye jurisprudencia, la doctrina de los altos tribunales (Constitucional y Supremo), línea que opera desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978; en un sentido amplísimo, todo tribunal sienta jurisprudencia (esta es la versión del sistema anglosajón o del *Common Law*); Vid. PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho*, cit., p. 246.

Existe un criterio jurisprudencial que entiende que el término jurisprudencia, en un sentido técnico-jurídico, se refiere únicamente a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y en la Sala correspondiente a la materia de que se trate¹⁷. Bajo esta noción, no constituyen jurisprudencia los fallos provenientes de tribunales inferiores u otros organismos, aunque se les designe bajo ese término¹⁸.

Para que un pronunciamiento judicial sea considerado jurisprudencia debe existir un criterio constante, es decir, que sea reiterativo, para lo cual es suficiente con dos sentencias en la misma línea, situación que no implica identidad entre una y otra, sino que en ambas se utilice el mismo criterio o fundamento en la sentencia¹⁹.

Sin embargo, perfectamente puede darse el caso de jurisprudencia discordante, esto se debe a un cambio de criterio jurisprudencial o a una oscilación de la misma²⁰.

El cambio de jurisprudencia previsto en los fallos de la Corte Suprema de Justicia se produce cuando surgen nuevos juicios de valor, cambia la realidad social o se determina que la jurisprudencia preliminar estaba equivocada; tal posibilidad de cambio jurisprudencial ha sido reconocida por la Sala de lo Constitucional.²¹

La modificación es factible dado que el Tribunal no queda vinculado para el futuro por su propio criterio, pudiendo cambiarse éste de forma motivada; la jurisprudencia dominante será la última, pero no es óbice -dado que la Corte Suprema de Justicia no queda atada a su propio fallo- que no la siga o vuelva a la antigua.

17 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de habeas corpus, ref. 319-99, el 28/X/1999, expresó que *“La doctrina legal es la Jurisprudencia establecida por los Tribunales de Casación, no constituyendo doctrina legal la Jurisprudencia de cualquier Tribunal”*. En España, la STS de 7 noviembre 1995 (Ar. 8079) expresó que *“el concepto de jurisprudencia, en el orden formal, sólo corresponde a las sentencias del Tribunal Supremo, en tanto manifiestan una doctrina constante sobre determinados puntos litigiosos”*. Y la STS (Sala de lo Civil) de 22 julio 1993 (Ar. 6274) indicó que *“únicamente son susceptibles de crear jurisprudencia las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo”*. De igual forma, la STS (Sala de lo Civil) de 9 marzo 1999 (Ar. 1408), añadió que *“el concepto de jurisprudencia se integra, al menos, por dos sentencias concordantes de este tribunal”*. Finalmente, la STS de 13 octubre 1998 (Ar. 8266), afirmó que *“La jurisprudencia es complemento del ordenamiento jurídico, cuando se trata de la doctrina establecida, de modo reiterado, por este Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las fuentes del ordenamiento jurídico”*.

18 Vid. O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, t. I, 5ª ed., Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 2004, p. 181. Dice el autor que -en España- no es jurisprudencia la de las Audiencias, ni siquiera la del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de su valor vinculante que impone el artículo 5.1 L.O.P.J.

19 Vid. STS de 14 octubre 1996 (Ar. 7543) indica que *“Según lo dispuesto en el Art. 1º.6 del Código Civil, la jurisprudencia comporta una doctrina reiterada, por lo que una sola sentencia carece de la exigencia legal de reiteración”*. Siguiendo la misma línea, la STS de 22 octubre 2001 (Ar. 8386) afirma que *“una sola sentencia no constituye jurisprudencia, ya que el Art. 1.6 del Código Civil exige un elemento de reiteración que, por principio, no se da en una sentencia única”*. En igual sentido: Vid. La STS de 15 julio 1988 (Ar. 5722), STS de 23 junio 1990 (Ar. 4888), STS de 24 enero 1989 (Ar. 121), STS de 5 julio 1989 (Ar. 5399), STS de 3 mayo 1990 (Ar. 4535), STS de 26 noviembre 1996 (Ar. 8170), STS de 18 marzo 1999 (Ar. 3154), STS de 16 octubre 1998 (Ar. 10561).

20 Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, v. I, t. I, 12ª ed., Barcelona, Bosch, 1991, p. 136. Dice el autor que la modificación de la jurisprudencia, seguramente, sólo se produce por causas suficientes, como cuando surgen nuevos puntos de vista que se consideren preferibles o una solución que se venía aplicando se vea equivocada o queda superada o anticuada.

21 Vid. Auto emitido por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo bajo ref. 133-97, el 22/VIII/1997. *“Es obligación de toda jurisprudencia evolucionar hacia mayores niveles de justicia, pues sería jurídicamente absurdo y socialmente pernicioso que los criterios jurídicos se mantuvieran petrificados. La jurisprudencia (...) debe adaptarse a las exigencias que cada época plantea”*; Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 330-2000, el 23/IX/2002. *“Si bien (...) la jurisprudencia debe tener un adecuado seguimiento y apego por parte del respectivo tribunal que la dicta, esto no es óbice para que los criterios jurisdiccionales sean modificados, parcial o incluso totalmente, pues si bien dichos criterios deben ser firmes y sostenidos, no pueden, por ello, revestir un carácter pétreo y de absoluta invariabilidad”*. Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de habeas corpus ref. 14-2002, el 23/X/2002. *“La vinculatoriedad con el precedente no puede ser algo inflexible (...) de ahí precisamente se origina la facultad (...) de modificar sustancialmente y de manera motivada el criterio sostenido en casos idénticos o, si se prefiere, la permisión de no dar un tratamiento igualitario a los mismos”*.

Diferente es el caso de las fluctuaciones jurisprudenciales, en donde la Corte Suprema, en un determinado supuesto, no tiene una posición consolidada, sino por el contrario existen sentencias distintas o incluso contradictorias: en tal caso no hay un criterio jurisprudencial, hay varias soluciones, pero no una jurisprudencia²².

2.2. Concepto de jurisprudencia: Requisitos

La doctrina tradicional²³ ha establecido los requisitos o criterios para que los pronunciamientos judiciales puedan considerarse como jurisprudencia:

1. Forzosamente, la jurisprudencia ha de estar contenida en sentencias de la Corte Suprema de Justicia de cada una de las jurisdicciones propias de las respectivas Salas quedando descartada, en esta línea del concepto y consideración, la identificada como “jurisprudencia menor”, que es la emanada de los tribunales inferiores, como los juzgados de paz y de primera instancia²⁴. Sólo constituyen jurisprudencia las resoluciones de los tribunales de alta jerarquía.
2. Un cierto grado de estabilidad de los criterios o doctrinas. La jurisprudencia debe de resultar de decisiones reiteradas o habituales de la Corte Suprema de Justicia; en definitiva, debe existir más de una sentencia que coincida con una posición semejante, es decir, que las sentencias deben de guardar una línea constante y uniforme.
3. Lo que constituye jurisprudencia es el criterio referente al fundamento sustancial o fundamental del debate (*ratio decidendi*), a lo que el juzgador analizó con profundidad en el meollo del caso, dejando cierta riqueza argumentativa o doctrinaria, no a las meras manifestaciones periféricas o accidentales que no constituyen la base de la sentencia (*obiter dictum*²⁵). De tal suerte que la doctrina es la reiterada y establecida en los considerandos, pero exceptuando aquellos razonamientos que no son determinantes en el fallo, sino accesorios.

22 Vid. O'CALLAGHAN, Xavier, *op. cit.*, pp. 183-184. En palabras de este autor “le permite al Tribunal Supremo no quedarse anquilosado por su propio criterio”.

23 Vid. DÍEZ PICAZO, L., - GULLON, Antonio, *op. cit.*, p. 156. Estos criterios han sido sistematizados bajo el pensamiento de DÍEZ PICAZO. En igual sentido: Vid. O'CALLAGHAN, Xavier, *op. cit.*, p. 184; Vid. ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.* pp. 132 y ss.; Vid. SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil*, t. I, Madrid, Editorial RDP, 1978, pp. 184-185.

24 Vid. LÓPEZ VILAS, R., *La Jurisprudencia y su función complementaria del Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Civitas, 2002, p. 145. Dice el autor que la jurisprudencia ha de estar contenida en sentencias que resuelvan recursos de casación de cada una de las jurisdicciones pronunciadas de las respectivas Salas del Tribunal Supremo (civil, contencioso administrativo, laboral, etc.). Matizamos este requisito en El Salvador, primero, porque nosotros no tenemos actualmente recurso de casación en el contencioso administrativo; segundo, en El Salvador solo existe un tribunal contencioso administrativo en todo El Estado, que es la Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia y, por último, nuestro concepto de doctrina legal va más allá del recurso de casación.

25 Vid. GUTIÉRREZ SIRVENT, C. - VILLANUEVA CLÍN, G., *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Oxford University Press Harla, 1998, p. 69. En el sistema anglosajón se habla que el precedente jurisprudencial consta de dos partes: 1) La *ratio decidendi*, que se entiende como la declaración de la ley, aplicada en la resolución de un problema legal, es la parte esencial de la decisión y donde surge el derecho; y 2) El *obiter dictum*, que se conforma por las opiniones e informes que el juez incluye en la sentencia y que, sin dejar de contribuir, no son determinantes. Vale aclarar, que la vinculatoriedad del precedente, se encuentra en la *ratio decidendi*, parte toral de la decisión y de donde surge el derecho.

4. Ha de existir una similitud en los casos resueltos, o sea, que los asuntos en decisión, impliquen la misma problemática, con la aplicación de igual criterio o doctrina. El caso en debate debe ser análogo al caso del cual se invoca como jurisprudencia.

Desde esta perspectiva se puede definir a la jurisprudencia, en una primera aproximación, como el sistema de consideraciones, argumentaciones, interpretaciones, razonamientos y estimaciones, jurídicas y lógicas, que hace una autoridad judicial superior en una línea similar, en relación con cierto número de casos concretos semejantes que se presentan a su conocimiento para resolver un litigio²⁶.

Sin embargo, parte de la doctrina critica la postura que ubica a la jurisprudencia como una atribución exclusiva de la Corte Suprema de Justicia y su carácter reiterativo para constituirse como tal. Apuntan, desde un análisis lato, que concurren otros tribunales que pronuncian destacada jurisprudencia, por lo que es dable ampliar su concepto²⁷.

Asimismo, se entiende que la reiteración puede robustecer o consolidar el argumento jurídico sentado, pero más bien, el valor de una sentencia que le otorgue la calidad de jurisprudencia, viene dada en la medida que aquella resuelva casos que pueden volver a plantearse. De esta forma, la jurisprudencia fija criterios significativos que pueden ser considerados por los operadores del Derecho en el momento de resolver²⁸.

Con aires más renovados, se deberá mostrar adherencia al concepto más amplio que establece que la jurisprudencia son sentencias con valor normativo especial -no sólo complementario- que deben ser consideradas y respetadas por los operadores jurídicos en el momento de interpretar y aplicar el Derecho²⁹.

26 Vid. BURGOA, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y amparo*, 6ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 258. Para Burgoa, la jurisprudencia se revela como la uniformidad de interpretación y consideración jurídicas en varios casos concretos análogos, que respecto de una cuestión específica de Derecho hace o formula una autoridad judicial para resolverlos. Por ende, puede afirmarse que, en atención a la amplitud de la idea que ha expuesto el autor, cada autoridad judicial, independientemente de su categoría o grado, es susceptible de “sentar jurisprudencia”. Sin embargo, dentro de un terreno estrictamente legal, no a toda autoridad judicial le es dable sentar jurisprudencia, a pesar de la uniformidad interpretativa y considerativa de la que ha hablado. Solamente cuando tal uniformidad se imputa legalmente a cierta categoría de autoridades judiciales, generalmente las supremas en los fueros federal y común, es cuando las interpretaciones y consideraciones jurídicas vertidas, en cierto número de casos concretos semejantes en relación con un punto de derecho determinado, constituyen el contenido de la jurisprudencia. Similar postura: Vid. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. VII-68.

27 Vid. RIVERO ORTEGA, R., “Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en derecho público: Reconsideración de las sentencias como fuente del derecho”, en *RAP*, número 157, 2002, pp. 101 y 114. En esta línea, en España sería jurisprudencia las sentencias del Tribunal Constitucional, las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las del Tribunal Supremo, y, en cuestiones de Derecho Autonómico, las de los Tribunales Superiores de Justicia.

28 Vid. RIVERO ORTEGA, R., *op. cit.*, p. 105. A nuestro juicio la gran aportación de Rivero es su análisis basado en que la determinación de la jurisprudencia viene dada por el valor intrínseco de la misma, de servir como base de otro caso similar. Vid. NIETO, Alejandro, “*Valor Legal y Alcance Real de la Jurisprudencia*”, en *TRC*, 2001, número 8-9, p. 104. En parecido sentido, pero con matices, indica Alejandro Nieto que dentro de la doctrina jurisprudencial destaca una variedad – la doctrina reiterada del Tribunal Supremo-, cuya importancia es enorme, puesto que es a ella, y sólo a ella, a la que el Código Civil ha asignado la trascendental función de complementar el ordenamiento jurídico; lo cual no significa que existan otras variantes (p. ej. la doctrina no reiterada del Tribunal Supremo o la doctrina, reiterada o no, de otros Tribunales) que carezcan de importancia, mas su alcance ha de ser distinto.

29 Vid. RIVERO ORTEGA, R., *op. cit.*, p. 114. El autor distingue entre jurisprudencia, doctrina legal y precedente como términos que suelen confundirse. a) La jurisprudencia es el conjunto de sentencias con valor normativo especial -no sólo complementario- que deben ser tenidas en cuenta y respetadas por los órganos judiciales a la hora de interpretar y aplicar el Derecho; b) Doctrina legal se refiere a la invocación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en reiteración de sentencias, como un motivo de infracción que justifica la interposición del recurso de casación -trátese de una acepción castiza-, entiende el autor que en el

También debe considerarse que cuando se señala que la jurisprudencia complementa el ordenamiento, se quiere indicar que ésta forma parte de lo complementado; es decir, que tal función no consiste únicamente en interpretar, significa pasar a participar, y, por tanto, llenar vacíos normativos. Consecuentemente, la jurisprudencia cumple un papel complementario o subsidiario, que opera cuando no hay norma legislada o escrita. De igual forma, la permanencia de la figura de la doctrina legal funciona en favor del reconocimiento de la jurisprudencia dentro del ordenamiento³⁰.

3. LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Si bien la jurisprudencia, como fuente, conserva elementos que son generales en su construcción, es indudable que su trascendencia material y jurídica es diferente según la rama del Derecho que se analice.

Así, en el caso del Derecho Administrativo, como se verá adelante, su impacto histórico y pragmático ha sido arrollador, teniendo la jurisprudencia administrativa matices importantes que merecen su estudio.

De igual forma es necesario realizar un comentario relacionado a la institución del precedente administrativo, el cual se produce en el seno de la Administración, pero también logra impactar el ordenamiento jurídico. Dichos temas serán desarrollados a continuación.

3.1. Concepto de jurisprudencia en el Derecho Administrativo

El concepto de jurisprudencia tiene, en el sector de la dogmática jurídico-administrativa, superior complicación que en otras ramas de la ciencia jurídica, pues además de abarcar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, suele agregarse la de otros tribunales vinculados con temas de la Administración Pública.

Ha de considerarse pues que, en su contenido típico, los fallos del Tribunal Supremo atinentes a la materia administrativa y además las resoluciones que dirimen las cuestiones de competencia surgidas entre autoridades del orden administrativo y del judicial, dada la verdadera naturaleza de esta función, ha llevado a que buena parte de la doctrina propugne por su atribución a los tribunales de justicia³¹.

resto de las sentencias, de otros Tribunales, no es clara la necesidad de la reiteración; y c) Precedente: Identifica el autor este vocablo, con el resto de sentencias que tienen en la práctica un valor informativo indiscutible, pero no pueden ser consideradas, formalmente, ni jurisprudencia, ni fuente del Derecho: Son resoluciones, judiciales, precedentes, no en el sentido anglosajón del término, sino en el derivado de las exigencias de motivación, cuando de apartarse del propio criterio se trate.

30 Vid. LLUIS Y NAVAS, J., *op. cit.*, pp. 71-72. Para este autor este manejo de la jurisprudencia y el valor que en España tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hace que, con todo y adscribirse al sistema romano-germánico (pues la ley es la fuente principal), se tenga en España un sistema mixto y propio, caracterizado por tener la jurisprudencia la condición de fuente directa, si bien complementaria.

31 Vid. BALLBÉ, Manuel, "Jurisprudencia Administrativa", t. 171, en *RGLJ*, abril, 1942, pp. 422-423. Expresa el autor que el concepto técnico-jurídico, de jurisprudencia en el campo del Derecho Administrativo ha sido objeto de una extensión, cuya validez científica es menester ponderar. Así, la doctrina expresa que el concepto de jurisprudencia tiene, en el sector de la dogmática jurídico-administrativa, mayor complicación que en otras ciencias jurídicas, pues abarca no solo las sentencias del Tribunal Supremo, sino que acoge también, a juicio del autor, los decretos que deciden las cuestiones de competencia entre las autoridades administrativas y las judiciales.

En esta secuencia, en materia de Derecho Administrativo, las líneas y criterios jurisprudenciales, en principio, han de tener su origen en el máximo tribunal competente para conocer de los litigios entre la Administración Pública y los particulares; por citar algunos, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el país³², Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en España³³ y el Consejo de Estado, en Francia; este último el más célebre a nivel mundial³⁴. Pero también ha de considerarse como jurisprudencia administrativa, a este parecer, la de los Tribunales Constitucionales de cada Estado cuando juzguen temas vinculados a la Administración Pública, convirtiendo toda la doctrina jurisprudencial³⁵, de los tribunales referidos, en una herramienta adicional del ordenamiento administrativo escrito.

3.2. El precedente administrativo y la jurisprudencia

3.2.1. El precedente administrativo

Los precedentes o prácticas³⁶ administrativas son las maneras reiterativas de aplicar el Derecho por parte de los organismos de la Administración Pública³⁷.

32 Vid. Art. 1 de la IJCAS, el cual expresa: “*Erígese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución de la Corte Suprema de Justicia. La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo.*” Vid. MARTÍNEZ DE VELASCO, J., *Contestaciones de Derecho Administrativo al Programa de Judicatura*, 3ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2001, p. 52. Indica el autor que la jurisprudencia administrativa está constituida, en principio, por las sentencias del Tribunal Supremo en lo Contencioso Administrativo. En la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, se establece directamente la necesidad de que, para salvaguardar un principio de igualdad, no se den sentencias contradictorias.

33 Vid. Art. 1.1 de la Ley 29/1998 sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa, BOE núm. 167, de 14 julio 1998, que preceptúa que “*Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.*”

34 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Cursos de Derecho Administrativo*, t. I, 9ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 83. Explica García de Enterría que “*(...) El Derecho Administrativo surgió como sistema por la obra jurisprudencial del Consejo de Estado francés, que comenzó arbitrando acciones de protección cada vez más extensas, no previstas en las leyes (en particular, su gran creación del recurso por excés de pouvoir), y que aplicó en cuanto al fondo, incesantes perfeccionamientos, técnicas puramente principales para resolver los problemas de justicia que planteaban los enfrentamientos inevitables entre la Administración y los ciudadanos. El Derecho Administrativo fue, desde el comienzo en Francia, y sigue siendo hoy en su mayor parte en este país, una exposición de los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado.*”

35 Vid. NIETO, Alejandro, *op. cit.*, pp. 101 - 105. Aclara Nieto que se ha generalizado la confusión de hacer equivalente la jurisprudencia con la doctrina jurisprudencial; la primera sería las sentencias que contienen fallos que resuelven conflictos, en cambio la doctrina jurisprudencial es el contenido, el fundamento argumentativo valioso que se extrae de ella; con otras palabras, la jurisprudencia es la materia prima de donde se adquiere la doctrina, por tanto, equipararlas, es confundir el continente con el contenido. Compartimos, en sentido ontológico tal distinción, empero reconocemos que en la práctica forense salvadoreña al utilizarse jurisprudencia, se habla de la doctrina que se extrae de ella y no del pronunciamiento judicial como tal.

36 La mayoría de la doctrina española a la cual nos adherimos, hace sinónimos los términos precedente y práctica administrativa. Al respecto, véase en términos generales: GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, v. I, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 301; ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, 12ª ed., Madrid, Tecnos, p. 135; Vid. GAMERO CASADO, E. – FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 2003., p. 98. Vid. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 73-76. No obstante, Ramón Parada diferencia tales términos indicando que “*La práctica supone la reiteración en la aplicación de un determinado criterio en casos anteriores, mientras que el precedente puede ser simplemente la forma en que se resolvió con anterioridad un único asunto, análogo u otro pendiente de resolución.*” Vid. ORTIZ DÍAZ, J., “El precedente Administrativo”, en *RAP*, núm. 24, septiembre-diciembre 1957, p. 79. También el profesor Ortiz Díaz distingue los precedentes con las prácticas, diciendo que éstas últimas constituyen meras normas usuales de carácter y eficacia puramente interna para la administración. Vid. FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 71. Este autor argentino indica que la práctica administrativa es una labor más material o mecánica de la Administración que se manifiesta adentro de la misma, constituyéndose partes operativas de carácter material que no tienen relación con los derechos de los administrados.

37 Vid. HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la Aplicación de Potestades Administrativas de Gravamen: Remedios Jurídicos”, en *RAP*, No. 137, mayo-agosto, 1995, p. 193, quien señala que “*la llamada doctrina del precedente administrativo consiste en*

Se configura en una técnica de comparación entre uno o varios actos anteriores y otro presente que juega un rol trascendental en el ordenamiento jurídico, como garantía del respeto de una serie de principios generales del Derecho establecidos en la Constitución³⁸.

Es muy usual que dicha figura sea confundida con la costumbre³⁹; sin embargo, su esencia normativa es diferente, por cuanto los precedentes son actuaciones que dependen exclusivamente de la voluntad de la Administración, al contrario de la costumbre, que requiere el concurso de los particulares⁴⁰. Por su parte, esta última, para ser considerada como tal, necesita de la reiteración y de la antigüedad⁴¹, en cambio, en el precedente, basta con un sólo comportamiento⁴².

Ahora bien, es de plantearse la vinculatoriedad u obligatoriedad jurídica de tales prácticas o precedentes administrativos⁴³. A tal efecto, es de mencionar, que de alguna manera, la Administración de forma relativa queda sujeta a su precedente, dado que el apartarse de él, en un caso similar, implicaría una actuación arbitraria y discriminatoria⁴⁴.

Por tanto, el cambio repentino de criterio, en casos similares y sin motivación justificada, conlleva la transgresión al principio de igualdad y trae como consecuencia una verdadera incertidumbre para el administrado frente a las decisiones de la Administración,

que, cuando ante una Administración se produce un caso sustancialmente idéntico a otro anterior, debe resolverlo del mismo modo, salvo que la resolución del caso anterior haya sido ilegal, o salvo que un motivo de interés público justifique un cambio de criterio y en ese caso, la Administración debe explicar ese motivo". En similar sentido: Vid. MONTANER COSCULLUELA, L., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, 10ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 132. El precedente administrativo es la forma reiterada de aplicar una norma por la Administración, no puede considerarse como costumbre. El precedente no obliga por sí mismo a la Administración a actuar de igual modo, más bien debe de actuar conforme a la norma que aplica, de otra forma aún y cuando se fundamente el precedente, su actuación podría ser ilegal. Vid. ÁLVAREZ-GENDÍN, S., *Tratado General de Derecho Administrativo*, t. I, Barcelona, Bosch, 1958, p. 245.

38 Vid. DÍEZ SASTRE, S., *El precedente administrativo. Fundamento y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 25-26. Esta es la obra más reciente y completa que se ha escrito sobre el tema.

39 Vid. CAZORLA PRIETO, L., *Temas de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Madrid, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, 1983, p. 79. Cazorla Prieto manifiesta que "*punto distinto al de la virtualidad normativa de la costumbre, propiamente dicha, es el del precedente administrativo, siendo éste uno de los aspectos clásicos del problema general de la costumbre en su específico reflejo en el Derecho Administrativo*".

40 Vid. GAMERO CASADO, E. - FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op. cit.*, p. 98. Señalan los autores que "*se trata de usos o reglas deducidas del comportamiento de la Administración sin intervención de los administrados, cuya conducta es aquí irrelevante*"; Vid. PARADA, Ramón, *op. cit.*, p. 74.

41 Vid. GARCÍA OVIEDO, C., *Derecho Administrativo*, 7ª ed., Madrid, E.I.S.A. Pizarro, 1959, p. 111. Indica García Oviedo que "*ante todo procede distinguir en el terreno del Derecho Administrativo, entre prácticas y costumbres propiamente dichas, esto es, actos del pueblo. El derecho consuetudinario nace de un uso prolongadamente ejercido como expresión de una convicción jurídica general, de donde sólo puede hablarse de costumbre en el caso en que concurre una convicción jurídica sustentada por la generalidad (...) lo cual no concurre en las prácticas administrativas (...)*". Vid. LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, 11ª ed., Ariel, Barcelona, 1994, p. 61. Para que un uso social sea considerado como obligatorio es necesario que goce de una antigüedad considerable que se haya practicado durante un largo tiempo.

42 Vid. PARADA, Ramón, *op. cit.*, p. 74. No tienen por qué estar avalados por un cierto grado de reiteración, basta con un sólo comportamiento.

43 Vid. SÁNCHEZ AGUILAR, M., *Derecho Administrativo, Sustantivo y Procesal*, Madrid, Editorial Colex, 1999, p. 38. Sánchez expresa que la doctrina se cuestiona si tiene valor normativo el precedente administrativo. En similar sentido: Vid. GARRIDO FALLA, F., *op. cit.*, p. 301.

44 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 72. Los autores establecen que conviene precisar que el precedente administrativo bien puede tener un cierto valor vinculante para la propia Administración, en el sentido en que apartarse de él, en un caso concreto, puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria.

en evidente contradicción al principio de seguridad jurídica, pues el ciudadano nunca sabrá a qué atenerse en cuanto a las actuaciones de sus funcionarios.

Entonces, el fundamento de la utilización del precedente administrativo viene dado por los principios de igualdad⁴⁵ y seguridad jurídica⁴⁶, y no por la mera costumbre⁴⁷.

Esto es un reflejo del mandato constitucional que preceptúa que todas las personas son iguales ante la ley⁴⁸. Para el goce de los derechos civiles (entiéndase fundamentales) no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión⁴⁹.

Existe unanimidad doctrinal en que el fundamento del valor obligatorio del precedente administrativo descansa en el principio de igualdad y en otros principios complementarios como la seguridad jurídica, la buena fe, la interdicción de la arbitrariedad.

En consecuencia, la actuación de la Administración Pública queda vinculada a los principios generales del Derecho aludidos, los cuales tienen un carácter imperativo por estar recogidos expresamente en la Constitución y por tener un carácter informador en el ordenamiento⁵⁰.

45 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 17-1995, el 14/XII/95, expresa en lo atinente que la igualdad: “contempla tanto un mandato en la aplicación de la ley - por parte de las autoridades administrativas y judiciales - como un mandato de igualdad en la formulación de la ley, regla que vincula al legislador (...). [El Segundo] no significa que el legislador tiene que colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas, ni que todas presenten las mismas cualidades o se encuentren en las mismas situaciones fácticas (...). Si es claro que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, aquella ha de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades discernibles, lo que obliga a recurrir a un término de comparación - comúnmente denominado *tertium comparationis* -; y éste no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria de quien elige el criterio de valoración”.

46 Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 172. El autor establece que la asignación de valor de fuente del derecho peculiar de los precedentes administrativos, contribuye a la seguridad jurídica y a la observancia del principio de igualdad ante la ley, evitando la consumación de la arbitrariedad en el ámbito de la Administración Pública.

47 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 72. Acota que sólo es admisible la costumbre *extra legem* y no la *secundum legem*. Vid. SÁNCHEZ AGUILAR, M., *op. cit.*, p. 38. Expone que sólo se admite la costumbre *prater legem*, pues cuando existe una ley que ha de aplicarse, los sujetos se ordenan directamente a ella, sin tener que sujetarse a la versión que de la misma hace uno de esos sujetos, en este caso la Administración.

48 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 82-99, el 19/X/2000, “establece una enumeración de posibles causas de discriminación que indistintamente pudieran establecerse tanto en la formulación como en la aplicación de las leyes; o, dicho de otra forma, contiene, aquellas causas de discriminación bajo las cuales comúnmente se ha manifestado la desigualdad: nacionalidad, raza, sexo y religión. Pero, debe aclararse que dicha enumeración no es taxativa, cerrada, pues pueden existir otras posibles causas de discriminación, cuya determinación - principalmente por la legislación y la jurisprudencia constitucional - debe ser conectada con los parámetros que se derivan del juicio de razonabilidad”.

49 Vid. Art. 3 CnS. Además, el derecho de igualdad también está resguardado por el artículo 14 de la Constitución Española de 31 octubre 1978, BOE de 29 diciembre 1978; que establece que “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

50 Vid. DÍEZ – PICAZO, L., “La Doctrina del Precedente Administrativo”, en *RAP*, Núm. 98, mayo-agosto, 1982, pp. 9, 10 y 22. Díez-Picazo declara que, a vía de excepción, la administración no está obligada a seguir sus precedentes y puede, por tanto, transgredir los principios en relación cuando así lo requiere el interés público. Esto es acorde con lo sostenido por la Constitución Salvadoreña cuando establece que el interés público tiene primacía sobre el interés privado- 246.2 Cns. En sentido similar lo indica la Constitución Española en su artículo 103.1 al establecer que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales; En igual opinión: Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 72; Vid. ORTIZ DÍAZ, J., *op. cit.*, p. 98; Vid. GAMERO CASADO, E. – FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op. cit.*, p. 98.; Vid. SÁNCHEZ AGUILAR, M., *op. cit.*, Vid. MONTANER COSCULLUELA, L., *op. cit.*, p. 132; Vid. CAZORLA PRIETO, L., *op. cit.*, p. 80. Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 172 y 173; Vid. FIORINI, Bartolomé, *op. cit.*, pp. 73-74; Vid. ENTRENA-CUESTA, R., *Curso de...*, *op. cit.*, pp. 135-136; Vid. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 74.

3.2.2. El precedente administrativo y la doctrina de los actos propios

Existe un lindero muy estrecho entre el precedente administrativo y la denominada doctrina de los actos propios, pues ambas tornan su mirada hacia actuaciones pasadas de los órganos de la Administración Pública.

Tan sutil resulta su diferencia que, no en pocas ocasiones, los tribunales contencioso administrativo invocan ambas instituciones en sus sentencias, como si se tratase de supuestos idénticos⁵¹.

Sin embargo, se debe señalar, sin ambages, que existen diferencias entre ambas figuras; así, el precedente administrativo, como se ha establecido, es una actuación pasada de la Administración que, relativamente, supedita sus actuaciones presentes, exigiéndole una resolución similar para casos parecidos, jugando un rol importante en el conjunto del ordenamiento como garantía de diversos principios generales del Derecho⁵².

Por su parte, la doctrina de los actos propios prohíbe ir en contra de actuaciones emanadas por el mismo órgano administrativo, en el cual existe una conexión entre el actor anterior y posterior, y como consecuencia, los sujetos afectados son los mismos.

No obstante que ambas instituciones se fundamentan en los principios generales del Derecho, la primera gran diferencia es que el acto propio se refiere a una misma relación jurídica. En cambio, el precedente administrativo apunta, por definición, a relaciones jurídicas disímiles. En este sentido, quien alega el precedente es un sujeto distinto con respecto al cual dicho precedente se produjo; por el contrario, quien alega los actos propios, se trata de la misma persona que fue sujeta de la actuación administrativa.

Con relación al precedente, el acto predecesor puede no tener relación en absoluto con el posterior. La resolución que integra el acto posterior no modifica en nada los efectos jurídicos del precedente; pueden ser dos actos absolutamente independientes, a diferencia de los casos en que juega la doctrina de los actos propios, en que se precisa la debida conexión entre ellos.

También, se enfatiza que al hablar del precedente administrativo se hace referencia a un acto administrativo propiamente dicho, es decir, a aquella declaración unilateral de voluntad emanada de la Administración. En cambio, al hablar de acto propio, en sentido estricto, la remisión es a conductas, comportamientos deducidos, pero difícilmente a declaraciones de voluntad expresas. Adicionalmente, una diferencia formal resulta en que la doctrina de los actos propios le es aplicable tanto a los órganos de la Administración como a los particulares; en contraste, por naturaleza, el precedente administrativo se refiere únicamente a las Administraciones Públicas⁵³.

51 Vid. ARANA GARCÍA, E., *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo*, Granada, Comares, 2003, p. 42. El autor cita como ejemplo la STS de 20 de septiembre de 1988 (Ar 6722).

52 Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 26. Sin perjuicio que existen casos de apartamiento de los precedentes, estos son situaciones excepcionales, dado que lo habitual, lo no patológico, es el seguimiento de los precedentes.

53 Vid. ARANA GARCÍA, E., *op. cit.*, pp. 45 - 46. El autor que es claro que nos referimos a dos técnicas distintas con un origen común: se afincan en los principios generales del Derecho, y con una finalidad paralela, sirven de parámetro de control

3.2.3. El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico español

En España, la tesis que el precedente administrativo tenga su base en la seguridad jurídica⁵⁴ e igualdad en la aplicación de la ley⁵⁵ encuentra una exigibilidad positiva expresa en su LRJPAC⁵⁶ que indica el deber de motivación de los actos administrativos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

Parece tratarse de una consecuencia lógica, que la Administración, para desviarse de sus criterios, debe fundamentar o motivar⁵⁷ las razones por las cuales modifica el precedente utilizado anteriormente, aún cuando no exista norma expresa que se lo exija.

Al estudiar la jurisprudencia española se pueden construir, desde la órbita del administrado, una serie de requisitos que permitan invocar en el procedimiento administrativo el respeto del precedente administrativo con fundamento en la igualdad; a saber:

1. Una inequívoca relación de identidad entre el caso litigioso y el invocado a título de precedente⁵⁸. Esto obliga a realizar un examen de semejanza entre los supuestos

administrativo, pero resuelven situaciones jurídicas distintas. En el precedente administrativo, el génesis de la vinculación data de situaciones diferentes y anteriores a la que se alega. En cambio, en la doctrina de los actos propios es una especie de sanción que se impone a la administración, o a un particular, para que en un concreto litigio no pueda adoptar una postura contradictoria con la mantenida anteriormente en esa misma relación jurídica.

54 Vid. Art. 9.3 Constitución Española de 31 octubre 1978, BOE 29 diciembre 1978: “*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”.

55 Vid. Art. 14 Constitución Española de 31 octubre 1978, BOE 29 diciembre 1978: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.- Vid. Art. 103.1 Constitución Española de 31 octubre 1978, BOE 29 diciembre 1978: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

56 Vid. Artículo 54.1 c) de la Ley 30/1992, Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 noviembre, BOE núm. 285, de 27 noviembre. “*Art. 54. Motivación. 1. Serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. b) Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje. c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley. e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos. f) Los que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa*”.

57 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 160-R-2001, el 9/III/2006. “*Toda razón de hecho y de Derecho que determine la adopción de una decisión por parte de la Administración, la cual incida negativamente en la esfera jurídica de los administrados, debe ser motivada. Lo cual es un punto trascendental en materia administrativa, ya que es lo que permite ejercer un control de legalidad, a fin de constatar si estas razones están fundadas en Derecho, y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable. Asegurando así la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración y la garantía de que podrá impugnar en su caso tal acto, atacando las bases en que se fundamenta*”. En similar sentido véase la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ emitida en el proceso ref. 75-A-95, el 20/III/1998; sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 8-T-92, el 27/X/1998.

58 Vid. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso- Administrativo) de 7 enero 2003 (Ar. 65387); de 26 febrero 2001 (Ar. 126968); de 21 noviembre 2000 (Ar. 51663); de 8 octubre 2001, (Ar. 14786,14787). Dichas sentencias coinciden en: “*...la admisión del precedente administrativo con fundamento en la igualdad, exige de un lado, una inequívoca relación de identidad entre el caso litigioso y el invocado a título de precedente, (...) además, la invocación del precedente*”.

anteriores que se citan o se invocan y los supuestos actuales que se traen ante la Administración Pública; por tanto, este examen resulta ser fundamental, pues indicará la relación entre los supuestos y su probable solución similar, siguiendo el respeto del principio de igualdad y otros principios generales del Derecho.

2. Debe tratarse de potestades discrecionales, mas no ante el ejercicio de potestades regladas⁵⁹, como el caso de la sancionadora⁶⁰. Este requisito pone en evidencia que los funcionarios de la Administración están sujetos inexorablemente al principio de legalidad, y un precedente administrativo no puede ser instrumento para vulnerar el bloque de juridicidad, en tal caso se reemplazaría el buen uso del precedente, convirtiéndolo en una práctica antijurídica, obviamente revisable por el Órgano Judicial.
3. Que el precedente invocado no sea producto de un acto ilegal⁶¹. El acto administrativo que se pide sea modelo de otros casos, debe ser fruto de una situación de regularidad jurídica, dado que el precedente administrativo no puede ser un vehículo para perpetuar anti-juridicidades de la Administración Pública.
4. Que la aplicación del precedente no implique una vulneración al interés público en el caso concreto en análisis⁶². Se debe establecer que tal figura se adecúa dentro de la potestad discrecional de la Administración, en donde la oportunidad y el mérito son dos elementos esenciales que ésta debe evaluar en cada caso concreto, teniendo como parámetro coincidente el interés público. Bajo esta perspectiva, lo que resulta conveniente para el interés público en un caso, puede no serlo para otro. El respeto incondicional a la igualdad en las relaciones jurídico administrativas puede, en ocasiones, si no se realiza con reflexión y ponderación, ser perjudicial para la sociedad; no porque se menosprecie el derecho del administrado, sino porque debe priorizarse y armonizarse el interés particular con el bien común⁶³.

es oportuna cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales de la Administración, mas no (...) ante el ejercicio de potestades regladas, como es el caso de la sancionadora”.

59 *Ult. l. cit.*

60 *Vid.* HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 196. Indica que no se puede pretender que, porque la Administración haya dejado sin sancionar una infracción grave, tenga que hacer siempre lo mismo, en tales situaciones, los casos anteriores son ilegales y por ello irrelevantes.

61 *Vid.* STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 9 diciembre 1996 (*Ar. 9621*), señala que “*si la Administración dicta en el ejercicio de potestades regladas actos contrarios al ordenamiento jurídico, los mismos no la vinculan para seguir produciendo actos ilegales, ni los administrados pueden invocar a tal fin el artículo 14 de la Constitución, ya que sólo cabe la igualdad dentro de la legalidad*”. *Vid.* ATC 234/1984 de 11 abril 1984 (*Ar. 234*) mediante el cual el TC desestimó una pretensión de amparo fundada en un precedente administrativo ilegal, manifestando que, los precedentes administrativos no vinculan cuando son ilegales, pues “una ilegalidad no justifica una cadena de ilegalidades”.

62 *Vid.* STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 8 mayo 1979 (*Ar. 2387*), la cual manifiesta que “*los precedentes administrativos al margen de la normativa aplicable no vinculan a la Administración al resolver el caso concreto que se le somete, declarando la S. de 4 julio 1969 (Ar. 3961) que el precedente administrativo, que se proyecta cuando la Administración obra dentro de las Facultades discrecionales y que tiene su razón de ser en el principio jurídico de igualdad «no puede argüirse como fundamento de una pretensión, aduciendo la existencia de una dispensa a favor de otro del contenido de una norma jurídica hecha ilegalmente por la Administración», y la S. de 21 noviembre 1969 (Ar. 5059) expresa que en materia reglada, en que la Administración no actúa con discrecionalidad, supuesto en que la igualdad constituye un límite a la potestad administrativa, o salvo razones objetivas que demandan un cambio de criterio*”.

63 *Vid.* ORTIZ DÍAZ, J., *op. cit.*, p. 99-101. Agrega que la fuerza del precedente administrativo está condicionada al mantenimiento del *status quo* político administrativo y por las posibilidades del interés público íntimamente ligado.

3.2.4. El precedente administrativo en El Salvador

En El Salvador no concurre una regulación general sobre el precedente administrativo; sin embargo, el Código Tributario contiene dos figuras polémicas que recogen de forma implícita el precedente administrativo a través de la denominada doctrina legal emanada del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos (Organismo Administrativo), que consiste en la emisión de tres actos administrativos, uniformes y no interrumpidos, sobre materias idénticas en casos semejantes, calificando la ley como fuente supletoria del ordenamiento jurídico tributario -Ctribs⁶⁴-; y la otra sería, los criterios sostenidos por la Administración, entendiendo por tales, aquellas respuestas vertidas por la Administración Tributaria en razón de las consultas hechas por los contribuyentes, las cuales tienen fuerza vinculante para decisiones futuras, siempre y cuando no sean contrarias a norma expresa -Ctribs⁶⁵.

Se destaca que el precedente administrativo sólo es admisible a través del sustento de la igualdad y la seguridad jurídica y no por la mera repetición de actos de la Administración, yerro de la doctrina legal administrativa antes aludida, que descansa en las actuaciones repetitivas, configurando una “especie de inmutabilidad del criterio”⁶⁶ sostenido por la Administración.

Por tanto, por sí misma, la pretendida vinculatoriedad de la doctrina legal administrativa proyectada en el Código Tributario salvadoreño, atenta contra el sistema constitucional⁶⁷, en

64 Vid. Art. 5.3 del *Código Tributario de El Salvador*, emitido mediante D.L. 230 del 14 de diciembre de 2000, publicado en el D.O. número 241, t. 349, del 22 de diciembre de 2000, el que establece lo siguiente: “*Supletoriamente constituirán fuentes del ordenamiento jurídico tributario, la doctrina legal emanada de los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, así como la proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo ambas de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos*”. Art. 5.4: “*Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales antes referidos, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos de la Constitución*”.

65 Vid. Artículo 7.1, *Código Tributario de El Salvador*, de fecha 14 de diciembre de 2000, publicado en el D. O. 241. “*Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en derecho y siempre bajo el contexto de la Constitución*”. Vid. Artículo 26.4 Código Tributario de El Salvador: “*La respuesta que haya sido emitida por escrito por el Director respectivo y se haga del conocimiento del interesado, no tiene carácter de resolución, no es susceptible de impugnación o recurso alguno y tendrá carácter vinculante para la Administración Tributaria, siempre que su contenido no contrarie disposición legal expresa y que la consulta haya sido realizada antes de producirse el hecho generador. La respuesta a la consulta dejará de ser vinculante para la Administración Tributaria cuando hayan sido modificadas las condiciones que la motivaron y la legislación aplicable; asimismo, cuando la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las leyes emanadas de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina legal relacionada con las actuaciones de la Administración Tributaria establezcan criterios legales diferentes a los sostenidos por la Administración, en los términos establecidos en el artículo 5 de este Código*”.

66 Vid. VILLACORTA GAVIDIA, C., *Comentarios en torno a la llamada doctrina legal del Código Tributario emanada del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos como fuente del Ordenamiento Tributario*, en *Cuaderno de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia*, Núm. 1, abril-junio, 2004, p. 112. Dicho autor es actualmente el Presidente del Tribunal de Apelaciones aludido, y manifiesta un comentario importante señalando que “*dado que el legislador no regula en absoluto los efectos que la doctrina legal administrativa produce respecto de todas las entidades (privadas, administrativas, judiciales) vinculadas con el ámbito tributario, por defecto debe forzosamente concluirse que la Sala de lo Contencioso Administrativo no se encuentra en absoluto vinculada por la doctrina legal emanada del tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos*”.

67 Vid. Art. 172 *Constitución de la República de El Salvador*, emitida por la Asamblea Constituyente, mediante D. 38 del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. 234, t. 281 del 16 de diciembre de 1983; el cual indica que: “*La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley. La organización y funcionamiento del Órgano Judicial serán determinados por la ley. Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes. El Órgano Judicial dispondrá anualmente de una asignación no inferior al seis por ciento de los ingresos corrientes del presupuesto del Estado*”.

tanto que equipara los actos de un órgano administrativo con las sentencias del Órgano Judicial, quien constitucionalmente ostenta la función jurisdiccional propiamente dicha, confundiendo así precedente administrativo con jurisprudencia⁶⁸.

Adicionalmente, la jurisprudencia salvadoreña ha establecido que la Administración tiene el deber de motivar todos los actos dictados que se separen del criterio seguido en actuaciones anteriores - “precedentes administrativos” -; asimismo, ha agregado que cuando exista una completa similitud en los sujetos y en las circunstancias objetivas de dos casos concretos, lo más consecuente es que el criterio adoptado en el precedente, sea el mismo en ambas situaciones⁶⁹.

Es preciso agregar, siguiendo la doctrina española antes citada, que el precedente administrativo en El Salvador, debe ser un vehículo unificador de los criterios de la Administración Pública, cuyo sustento descansa en el principio de igualdad y en otros principios generales del Derecho. Sin embargo, su aplicación debe ser reflexiva, ponderando cuidadosamente la similitud de las circunstancias bajo comparación, la juricidad del precedente que se invoca y el interés público en juego.

3.2.5. Precedente administrativo y jurisprudencia: Diferencias

Es útil realizar una labor de diferenciación entre el precedente administrativo y la jurisprudencia administrativa. Así, en atención a un punto de vista formal u orgánico, el precedente está sujeto al ámbito de los actos administrativos emanados de órganos administrativos, y el de la jurisprudencia, a los fallos de los tribunales en materia contenciosa-administrativa⁷⁰.

En este orden de ideas, el precedente administrativo no es realmente jurisprudencia, dado que el mismo se enmarca en la función administrativa, atinente a la revisión de los actos administrativos, y no dentro de un proceso judicial contencioso-administrativo en ejercicio de la función judicial y con el valor ulterior de sentencias con carácter de cosa juzgada⁷¹.

Asimismo, el precedente administrativo de ninguna manera vincula a la autoridad judicial. En cambio, la jurisprudencia administrativa emanada de dicha autoridad, puede

68 *Vid.* Arts. 172 Cns., 4, LOJS, 1 LJCAS.

69 *Vid.* Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 245-2000, el 30/XI/2001. En la misma línea, véase: Sentencias dictadas por la misma Sala en los procesos de amparo ref. 948-2002, el 11/VII/2003; ref. 648-2003, el 24/V/2005; ref. 741-2002, el 11/VII/2003; ref. 946-2002, el 11/VII/2003; ref. 947-2002, el 7/VII/2003; ref. 945-2002, el 7/VIII/2003, y sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, en el proceso ref. 288-A-2003, el 15/XI/2004.

70 *Vid.* ORTIZ DÍAZ, J., *op. cit.*, pp. 80-81. Manifiesta que un criterio formal u orgánico el ámbito del precedente queda circunscrito a la resolución de la administración activa, y el de la jurisprudencia, a los fallos de los tribunales en materia contencioso-administrativa.

71 *Vid.* BALLBÉ, Manuel, *op. cit.*, p. 423. Dice Ballbé que las resoluciones de la Administración activa tienen una naturaleza y esencia jurídica distinta a los fallos de los tribunales que constituyen la jurisprudencia; *Vid.* ORTIZ DÍAZ, J., *op. cit.*, p. 82. Materialmente la función que la Administración realiza en la actividad que crea dicha jurisprudencia (resolución de recursos en vía administrativa), consiste principalmente en la revisión de la actividad administrativa, sin la existencia de un auténtico pleito o litigio, nota característica de la fiscalización jurisdiccional contencioso administrativa.

ser aplicable a las actuaciones de los órganos administrativos e incluso judiciales, en razón del valor normativo complementario o supletorio del ordenamiento que ésta tiene⁷².

Al precedente administrativo no se le otorga una calidad de fuente de derecho, no tiene ese carácter vinculante; la misma Administración puede seguir otro rumbo distinto, si lo considera oportuno, debido a que esas decisiones no tienen un valor normativo⁷³. En cambio, la jurisprudencia, tiene la virtud o la cualidad de complementar o suplir el ordenamiento, siendo calificada en algunos ordenamientos, como fuente directa del Derecho Administrativo. Incluso, como se analizará con detalle más adelante, en el caso salvadoreño la jurisprudencia administrativa, emanada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ, se ha adjudicado un valor obligatorio *erga omnes*⁷⁴.

Es de manifestar que el Órgano Judicial, en su probable carácter revisor, al ser impugnado un precedente administrativo, puede determinar la legalidad del mismo; de hecho, la doctrina y concepción de esta institución jurídica ha sido elaborada fundamentalmente por medio de la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia⁷⁵.

3.3. La singularidad de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo

Todas las ramas jurídicas tienen su referente histórico y su propia evolución, pues el Derecho es en sí una creación social. Se suele afirmar, por ejemplo, que las modernas instituciones del Derecho Civil, son descendientes aparentes del antiguo Derecho Romano y de las corrientes codificadoras herederas de la pandectística alemana y de la uniformidad napoleónica; sin embargo, es el Derecho Medieval el auténtico y verdadero fundamento del Derecho Privado⁷⁶.

En cambio, el Derecho Administrativo tiene su génesis en los albores de la revolución francesa⁷⁷, con la particularidad de que su construcción y evolución ha sido determinada

72 Vid. GARCÍA-TREVIANO FOS, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 3ª ed., Madrid, Editorial RDP, 1974, p. 319. Afirma que “la jurisprudencia va adquiriendo cada vez más importancia. En este sentido, la serie de sentencias encadenadas deben ser respetadas por los jueces inferiores y por la propia Administración. La negación sistemática de ellas daría lugar a responsabilidad”. En la misma línea, Vid. DELGADILLO GUTIÉRREZ, L., *Elementos de Derecho Administrativo*, t. I, 2ª ed., México D.F., Limusa, 2000, p. 78.

73 Al no ser costumbre no es fuente. Vid. COSCULLUELA MONTANER, L., *op. cit.*, p. 142; Vid. GAMERO CASADO, E. - FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op. cit.*, p. 98; Vid. GARRIDO FALLA, F., *op. cit.*, p. 301; Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p.72. No obstante, Díez Sastre hace hincapié que el TS español le ha otorgado algún valor en conexión al principio de igualdad, como un “indicio” que permite detectar injusticias. Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, pp. 228-230.

74 Vid. *Infra* ap. 4.4

75 Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, pp. 226-228. En el caso español su origen más remoto data de jurisprudencia del Tribunal Supremo de inicios del siglo pasado.

76 Vid. CALVO ESPIGA, A., “Sobre el Método en el estudio del Derecho Civil: una aproximación a la historia”, *ADC*, 2005, Vol. 58, N° 4, pp. 1599 y ss. El autor establece que para entender a cabalidad la raíz del Derecho Privado, es necesario referirse al filtro y lento decantamiento de la silenciosa y ardua peregrinación medieval.

77 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 26. “A partir de la revolución francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo”, en el mismo sentido: Vid. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., *Derecho Administrativo Colombiano*, México, Porrúa, 2004, pp. 14 -20; Vid. CALDERÓN, Hugo, *Derecho Administrativo Guatemalteco*, México, Porrúa, 2004, p.33; Vid. DELPIAZZO, Carlos, *Derecho Administrativo Uruguayo*, México, Porrúa, 2005, pp. 3-6. Para otros autores el Derecho Administrativo nace con el Caso Blanco del 8 de febrero de 1873, en donde el Consejo de Estado Francés distingue entre el Derecho Civil y el Derecho Público (Administrativo). Al respecto véase BÉJAR RIVERA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, México, Oxford, 2007, p. 12.

por los fallos emanados del Consejo de Estado Francés⁷⁸. Una serie de temas jurídicos reconocidos son fruto del insigne Consejo, por ejemplo:

- a) La teoría de la imprevisión de los contratos administrativos, como el caso de la Compañía General de Iluminación *de Burdeos*⁷⁹ del 30 de marzo de 1916”. Esta teoría identificada también por “riesgo imprevisible” o “lesión sobreviniente”, hace referencia que ante sucesos extraordinarios, anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, plenamente ajenas a la voluntad de las partes, pero temporales o transitorias, que alteran su ecuación económica financiera en perjuicio del que contrata con la Administración, aquél, puede exigir la ayuda monetaria del Estado para aliviar esa crisis financiera y poder continuar prestando sus obligaciones contractuales con normalidad⁸⁰. La legislación salvadoreña de contratación administrativa recoge tal teoría en diversas disposiciones de la LACAP, siendo la más notoria la que se refiere al ajuste de precios pactados en los contratos, cuando se compruebe que en los mercados han existido modificaciones de precios que afecten los costos sobre las obras, bienes o servicios que se tienen que prestar a favor del Estado⁸¹.

78 Vid. RIVERO, Jean, “Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo Francés Contemporáneo”, en *RAP*, Septiembre-Diciembre, 1951, N° 6, p. 290. Dice Rivero que en la elaboración de las reglas del Derecho Administrativo el papel preponderante no le ha correspondido al legislador, sino al juez, es decir, específicamente al Consejo de Estado. En igual sentido: Vid. DE LAUBADÈRE, André, *Manual de Derecho Administrativo*, (trad. al castellano por Jesús Villamizar Herrera), Temis, Bogotá, 1984, p. 15. Dice Laubadère que lo más sorprendente es la construcción completa de reglas y teorías deducidas únicamente por el juez; se puede decir que casi toda la teoría general del Derecho Administrativo se ha formado así; Vid. BULLRICH, Rodolfo, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, 1942, p. 84. Vid. CIMMA SILVA, E., *op. cit.*, pp. 269-270.

79 Vid. BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 449. En síntesis, la teoría de la imprevisión para la subsistencia del contrato y el cumplimiento de los fines perseguidos con él, establece que ante caso fortuito o fuerza mayor, debe prestarse ayuda financiera al co-contratante, aumentando las tarifas o el precio convenido por la obra o por el suministro, o pagándole una indemnización que le permita solventar el desequilibrio financiero creado por las circunstancias sobrevinientes.

80 Vid. GRANILLO OCAMPO, R., *Distribución de los riesgos en contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 1990, 119-120. Agrega el autor, que el origen del álea económica, que hace aplicable la teoría de la imprevisión, no radica en decisiones o actitudes imputables al Estado que contrató, sino que obedece a una serie de imponderables, que actúan de manera refleja en el contrato, mediante fluctuaciones en el mercado, que se traducen en el incremento del costo de provisión de los bienes o servicios que constituyen la prestación del co-contratante; en igual sentido, Vid. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 501; Vid. EMILI, Eduardo, “El Equilibrio Contractual” dirigido por Ismael Farrando en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 620; Vid. SAYAGUES LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 563; BARRIERE AYALA, J., *Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y su Reglamento, Comentados*, San Salvador, FESPAD, 2006, p. 152.

81 Vid. Arts. 88 de la LACAP: “En los contratos en que el plazo de ejecución exceda de doce meses calendario, procederá el ajuste de los precios pactados, siempre y cuando, se compruebe en los mercados, modificaciones de precios que afecten los costos y sólo por la parte no ejecutada de la obra, bienes o servicios no recibidos. Estos ajustes deberán hacerse del conocimiento público. Igualmente procederá el ajuste de precios, al operarse una variación en el poder adquisitivo de la moneda nacional frente al patrón dólar. La revisión de este rubro se llevará a cabo en la forma prevista en el contrato correspondiente. En el Reglamento de esta Ley se establecerán los diferentes criterios y mecanismos de ajustes de precios, que serán distintos de acuerdo al tipo de contrato”. Dicha teoría se refleja también en los artículos 86 de la LACAP: “Si el retraso del contratista se debiera a causa no imputable al mismo debidamente comprobada, tendrá derecho a solicitar y a que se le conceda una prórroga equivalente al tiempo perdido, y el mero retraso no dará derecho al contratista a reclamar una compensación económica adicional”; y 105 LACAP: “Podrá acordarse mediante resolución razonada la celebración del Contrato Llave en Mano, siempre que se comprueben las ventajas de esta modalidad de contratación, con respecto a las otras estipuladas en esta ley o que se trate de la ejecución de proyectos extraordinariamente complejos; en los que fuere evidente la ventaja de consolidar en un sólo contratista todos los servicios de ingeniería, provisión de equipo y construcción, teniendo en cuenta las ventajas de esta

- b) La desviación de poder, en el caso *Lesbats*,⁸² del 25 de febrero de 1864. La legislación nacional recoge tal figura, al establecer que la acción contenciosa administrativa procede contra actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, incurriendo en desviación de poder; entendiéndose la ley por ésta, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico⁸³.
- c) La teoría de los actos políticos o de gobierno, en el caso *Laffite*⁸⁴, del 1 de mayo de 1822. En sus orígenes se justificó en la doctrina del móvil o del fin, es decir, sería acto político aquel cuya finalidad o móvil es político, por tanto, tales actuaciones quedaban exentas de ser impugnables o justiciables por no ser actos administrativos propiamente dichos⁸⁵. Teoría anacrónica recogida por la LJCAS que establece que no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los actos políticos o de gobierno⁸⁶, y resucitada por una reciente jurisprudencia constitucional, que en sus palabras la ha entendido como “materia ajena” a la jurisdicción contencioso administrativa, o sea, una actuación de la Administración que no se configura como acto administrativo y que, por tanto, no es competencia

modalidad respecto a los costos que puede tener el proyecto de celebrarse la contratación en la forma ordinaria. La determinación del contratista para la celebración del contrato llave en mano, se hará en la misma forma o procedimientos regulados para los demás casos y la respectiva institución contratante deberá incorporar a este contrato, las cláusulas que permitan vigilar y supervisar el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones contractuales. Se prohíbe en esta clase de contratos la introducción de órdenes de cambio y ajuste de precios; así como, el plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo en los casos de fuerza mayor”. Y de forma expresa en el Derecho Privado en el Art. 994. C.com. que dice: “Cuando en relación a un acto de ejecución continua, de prestaciones periódicas o diferidas, la prestación a cargo de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por superveniencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles en el mercado, la parte que debe tales prestaciones tendrá derecho a la resolución del acto en cuanto a lo sucesivo; pero la otra parte también tendrá derecho de oponerse a tal resolución, mediante una propuesta de modificaciones equitativas y proporcionales (...) En caso de inconformidad de las partes, el juez someterá el punto a dictamen pericial”.

82 Vid. WEIL, Prosper y otros, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, (trad. al castellano por L. Torres Calderón y H. Mora Osejo), Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, p. 18. En este famoso fallo, el Consejo de Estado manifestó que “Los prefectos solamente en interés de policía o de servicio, pueden reglamentar la entrada al establecimiento, y la circulación en los patios dependientes de las estaciones de ferrocarril, y no para lograr la ejecución de un contrato entre una compañía de ferrocarril y un empresario de vehículos públicos”, pues ello ya constituiría desviación de poder.

83 Vid. Art. 3 letra a) LJCAS: “También procede la acción contencioso administrativa en los casos siguientes: a) contra actos administrativos dictados en ejercicio de las facultades discrecionales incurriendo en desviación de poder; b) contra la denegación presunta de una petición. Hay denegación presunta cuando la autoridad o funcionario no haga saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días, contados desde la fecha de la presentación de la solicitud; y c) contra actos que se pronunciaren en aplicación de disposiciones de carácter general de la Administración Pública, fundada en que tales disposiciones adolecen de ilegalidad”

84 Vid. CARRO, José Luis, - FERNÁNDEZ VALMAYOR, A., “La Doctrina del Acto Político”, en *RAP*, España, no. 53, mayo-agosto 1967, p. 76. Dicen que la primera decisión del Consejo de Estado Francés en la que aparece el concepto de acto de gobierno es el *Arret Laffite* del 1 de mayo de 1822, el cual rechazó el recurso interpuesto por el banquero *Laffite*, por considerar el tribunal que la reclamación se basaba en un asunto meramente político cuya decisión correspondía exclusivamente al gobierno. Napoleón había concedido a su hermana una renta que luego fue adquirida por el impetrante, pero más tarde el 12 de mayo de 1826 una ley privó a la familia Bonaparte de todos los bienes que había obtenido a título gratuito, incluida la referida renta. Así, el Ministerio de las Finanzas se negó a pagarle al banquero las cuotas de las rentas vencidas con anterioridad a la ley, siendo esta negativa la impugnada por éste ante el Consejo de Estado.

85 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983, p. 57. Agrega el autor que en 1875 el Consejo de Estado Francés abandonó la teoría del móvil y lo sustituye por la teoría de los actos de gobierno, no obstante, el énfasis, del criterio se renuncia a otro criterio que el puramente empírico o casuístico, y se aboca así, al sistema de enumeración o de lista: son actos de gobierno aquellos que la propia jurisprudencia los ha llamado así. Para el autor ésta última postura significa una verdadera confesión que estos actos no tienen justificación material.

86 Vid. Art. 4 letra a) LJCAS: “No corresponderán a la jurisdicción contencioso administrativa: a) los actos políticos o de gobierno”.

del contencioso administrativo salvadoreño⁸⁷. Se afirma que dicha interpretación es errada, dado que cuando la Constitución salvadoreña de 1983, vigente, posterior a la LJCAS de 1978, instauró la jurisdicción contencioso administrativa, no hizo tal diferencia; más bien, el sentido constitucional es que la competencia de éste tribunal fuera dirimir todo conflicto de Derecho Administrativo entre la Administración Pública y los particulares, no importando qué tipo de actuación se discutiera. En consecuencia, tales interpretaciones restrictivas limitan el acceso a la justicia y se vuelven contrarias a la Constitución.

- d) La responsabilidad por el hecho de las leyes, en el caso *La Fleurette*⁸⁸, del 14 de enero de 1938. Por medio de este antecedente se edificó la idea de que el Estado pueda indemnizar por perjuicios causados a particulares, a raíz del dictado de normas jurídicas o legislaciones que les afecten directamente a éstos⁸⁹. No se encuentra en la legislación nacional una norma expresa que haga alusión a este tipo de responsabilidad; sin embargo, la misma cabría dentro de la responsabilidad que plantea la Constitución de El Salvador, al indicar que los funcionarios responden personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales y morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados a los ciudadanos⁹⁰.

Es indudable que los anteriores temas tienen hoy el valor de normas primordiales dentro del Derecho Administrativo; y en la mayoría de países del sistema continental se encuentran recogidas en normas legislativas. Sin embargo, su génesis de creación devino de un órgano jurisdiccional, fenómeno que a veces se pretende minimizar por parte de los juristas seguidores del legalismo.

87 *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 9-2003, el 22/X/2004. Esta sentencia se fundamenta en interpretaciones sobre el tema de anteriores resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, al expresar que, dicha Sala ha señalado -en la interlocutoria 75-S-97 del 16/I/1998- que a partir del art. 4 de la LJCAS, se establece la diferencia entre materias ajenas y materias excluidas, esta situación obedece, señalan, a una delimitación negativa, que comprende tanto materias ajenas como materias excluidas, y cuya diferencia va más allá de la mera semántica. Dicha Sala estableció, referente a las *materias ajenas*, que tales son actuaciones de la Administración Pública que no constituyen actos administrativos y cuyos actos no corresponden a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Estas se refieren a actuaciones de la Administración que no se configuran como actos administrativos, y respecto de los cuales, consecuentemente, no es ese el Tribunal competente para su impugnación.

88 *Vid.* WEIL, Prosper y otros, *op. cit.*, p. 217. En el caso, la Sociedad Anónima de Productos Lácteos “La Florecilla” (*La Fleurette*) fabricaba y distribuía un producto llamado *Gradine* (una crema que no se derivaba sólo de la leche) y el Estado había decidido proteger los productos lácteos mediante la Ley del 29 de junio de 1934, prohibiendo producción alguna que no proviniese exclusivamente de la leche. El Consejo de Estado dirimió la contienda iniciada, condenando al Estado a una indemnización por las consecuencias del expresado acto legislativo. Al respecto dijo que “(...) *nada en el articulado de la misma ley o en las actas preparatorias de la misma, permite pensar que el legislador quiso gravar al interesado con una carga que normalmente no le corresponde; que esta carga creada en interés general debe ser asumida por la colectividad*”.

89 *Vid.* DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, pp.442 y ss. Dice el autor que las leyes constitucionales e inconstitucionales pueden crear un daño en los particulares y que en ambos casos el Estado debe responder por el acto legislativo. Además, los requisitos para que opere tal responsabilidad son: 1º. Ha de mediar un daño, 2º. El daño debe ser ocasionado por ley formal, sea constitucional o no, 3º. Debe haber una relación de causalidad entre el daño sufrido y el acto legislativo.

90 *Vid.* Art. 245 CnS: “*Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución*”.

Por tanto, la singularidad de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo, deviene del carácter judicial formador con el que se reviste este Derecho, el cual, en otras ramas, no es tan trascendental.

Tiene, entonces, la jurisprudencia administrativa, una función de suplir, complementar, aclarar, perfilar e incluso corregir el sentido de las normas escritas⁹¹.

3.4. El Derecho Administrativo: un Derecho Continental construido con matices del *Case Law*

El desarrollo del Derecho Administrativo, en Francia, constituye verdaderamente el paradigma más relevante de la procreación de novedosas reglas forenses establecidas por un organismo jurisdiccional, bajo la doble influencia de la costumbre y de la jurisprudencia.

En un principio, no había en Francia ni jurisdicción administrativa, ni Derecho Administrativo; pero la costumbre creó la primera y la jurisprudencia el segundo⁹². Hasta el punto que éste es considerado como un Derecho eminentemente pretoriano, es decir, de creación y origen judicial⁹³.

Así, el Consejo de Estado se convirtió en la Corte Suprema en materia administrativa, aunque no existía en el ordenamiento una disposición que estableciera la obligatoriedad genérica de su jurisprudencia. No obstante, si el Consejo de Estado se hubiese conformado con la tesis de que el juez no puede establecer normas, sino en los casos en que esté habilitado de forma expresa para ello por la ley, no habría en Francia Derecho Administrativo⁹⁴ y menos en El Salvador.

De manera que las normas más importantes en Derecho Administrativo han sido enunciadas por el juez⁹⁵, por ello es considerado, en gran medida, como un Derecho no legislativo, y su valor depende de lo resuelto por el Consejo de Estado Francés. La inaplicabilidad genérica del Derecho Civil a la visión *ius publicista* del Derecho Administrativo, ha conducido a que sea el juez quien lo confeccione paulatinamente. Así ha ocurrido

91 Vid. DELGADO BARRIO, J., “Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE: El control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho”, en *AAVV, Estudios Sobre la Constitución Española, t. III*, Madrid, Civitas, 1991, p. 2313.

92 Vid. THEIS, J.H., “Aspectos de la Jurisprudencia actual del Consejo de Estado Francés” en *RAP*, enero-abril, 1956, N° 19, p. 303. Dice el autor que es motivo de asombro cuán insignificante es la base legislativa sobre la cual descansa la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. En parecido sentido: Vid. RECASENS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 3ª ed., Porrúa, México, 1980, p. 232; Vid. RIVERO, Jean, *op. cit.*, pp. 289-293.

93 Vid. PARADA, Ramón, *op. cit.*, pp. 82-83. En Francia, a su vez, la posición del Consejo de Estado - auxiliar y asesor del gobierno y al propio tiempo instancia superior de la Justicia administrativa - originó, como se ha dicho, que sus decisiones fueran alumbrando un conjunto de normas generales sobre los actos, los contratos, las responsabilidades de los funcionarios etc., que tienen hoy el valor de reglas jurídicas fundamentales dentro del Derecho Administrativo. En iguales términos Vid. SANTOFIMIO GAMBOA, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 443; Vid. MAURIN, André, *Derecho Administrativo Francés*, (trad. al castellano por Julio Bustillos), Porrúa, México, 2004, p. 36.

94 Vid. RECASENS SICHES, L., *op. cit.*, p. 232. Antes de 1872, un dictamen emitido por el Consejo de Estado en materia contenciosa, valía solamente por virtud del refrendo del jefe de Estado. Pero el jefe de Estado en la práctica jamás rehusaba estampar su contra-signatura al pie de las opiniones emitidas por aquel órgano. Si el Consejo de Estado se hubiese atendido a la idea de que el juez no puede establecer normas sino en los casos en que esté autorizado para ello por la ley, no habría en Francia Derecho Administrativo.

95 Vid. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, (trad. al castellano por J. Rincón Jurado), 6ª ed., España, Aguilar, 1980, p. 46. El Derecho Administrativo es en buena medida no legislativo. En ciertos casos, el legislador enuncia principios tan generales que su contenido en realidad lo determina el Juez. En igual sentido: Vid. SAYAGUES LASO, E., *op. cit.*, p. 153.

principalmente en Francia; pero también, aunque con posterioridad, en España, en donde la jurisprudencia ha tenido una influencia profunda en las leyes administrativas⁹⁶.

En este sentido, uno de los primeros problemas con los que se enfrentó esta disciplina fue el de delimitar o concebir la esencia cierta de una de sus instituciones primarias: el acto administrativo. En ese momento existía una confusión respecto a la naturaleza jurídica del mismo que lo equiparaba con las sentencia judicial⁹⁷; dicho error fue propiciado, en gran medida, por la figura del *Ministro-Juez*⁹⁸. Sin embargo, esta equiparación resultaba errónea, por cuanto, el acto administrativo no puede constituir una sentencia que pone fin al proceso, ya que éste mismo es quien probablemente proyecta el inicio del litigio. En este punto, el Consejo de Estado jugó un papel relevante al superar jurisprudencialmente la idea del Ministro-Juez, y propugnar la separación entre Administración y Jurisdicción⁹⁹.

Asimismo, fue a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés que el Derecho Administrativo tomó el rumbo del liberalismo, olvidándose de defender las prerrogativas del Estado, convirtiéndose en el guardián de la legalidad, que obligaba rigurosamente a la Administración al respeto de la ley y edificando, paralelamente, reglas complementarias sobre la responsabilidad de las actuaciones del poder público¹⁰⁰.

Dicha entidad pionera dedujo, por medio de sus resoluciones creativas e innovadoras, los principios, técnicas y conceptos que han servido para construir todo un sistema de Derecho Administrativo que exportó Francia a muchos países europeos y a la mayoría de Estados hispanoamericanos¹⁰¹. Y es que la jurisprudencia administrativa ha demostrado ser, por excelencia, y desde su origen, flexible, matizada, evolutiva, y que se adapta constantemente a las exigencias cambiantes de la vida administrativa¹⁰². Desconocer la naturaleza de

96 Vid. ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho...*, cit., p. 138. Ello se explica por los orígenes históricos de este sector del ordenamiento jurídico. El Derecho Administrativo, en efecto, nace recientemente, y nace en Francia debido al establecimiento de una dualidad de jurisdicciones. Los Tribunales tuvieron por ello que afanarse en la búsqueda de sus rasgos esenciales, y al filo de sus resoluciones y de los comentarios que de ellas elaboraron los autores se fue edificando la sistemática de esta rama del Derecho. Así ha ocurrido sobre todo en Francia; pero también, aunque con más retraso en España; Vid. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 305. “*El Derecho Administrativo es obra del Consejo de Estado, el cual elaboró numerosas doctrinas trascendentales después perfeccionadas por la ley*”.

97 Vid. ALLI ARANGUREN, J., *Derecho Administrativo y Globalización*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 43. Explica que por mucho tiempo se asimilaban las decisiones administrativas a las sentencias.

98 Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 49. *La necesidad de asegurar el cumplimiento de la ley, incluso, por las autoridades y órganos administrativos, en garantía de los derechos (sobre todo patrimoniales) de los ciudadanos y de la preciada seguridad jurídica, obligaron a establecer algún remedio jurídico a favor de los particulares para evitar abusos e ilegalidades. En un principio, ese remedio consistió en un recurso jerárquico que el ciudadano perjudicado podía formular ante el supervisor del funcionario que había adoptado la decisión que consideraba ilegal, recursos que en última instancia resolvía el Ministro (el Ministro - Juez, según la expresión de la época) o el Gobierno. Pero después se evolucionó a un órgano especializado e independiente, el Consejo de Estado.*

99 Vid. ALLI ARANGUREN, J., *op. cit.*, p. 43. Se suprimió la confusión entre Administración y Jurisdicción.

100 Vid. DE LAUBADÈRE, André, *op. cit.*, pp. 8-9. La fórmula francesa ha orientado el sentido liberal de protección de los derechos de los ciudadanos.

101 Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.*, p. 50. “*No sólo en Francia sino con proyección en muchos otros países europeos o herederos de ésta cultura jurídica, entre ellos, algunos de Iberoamérica.*”; Vid. GUECHÁ MEDINA, C., *Derecho Procesal Administrativo*, Bogotá, Colección Investigando, 2004, p. 47: “*Al dar origen al Consejo de Estado está creando una institución que con el transcurso del tiempo es el principal gestor de la independencia y evolución del contencioso administrativo, (...) Y por otro lado las decisiones de esas instituciones que se van a convertir en baluartes de la independencia y desarrollo de la jurisdicción materia de estudio; no olvidemos que el derecho procesal administrativo es de eminente creación jurisprudencial.*”

102 Vid. DE LAUBADÈRE, André, *op. cit.*, p. 17. Es un instrumento flexible para la creación del Derecho.

esta jurisprudencia es ignorar las raíces mismas que han traído al estado actual de desarrollo científico del Derecho Administrativo.

En este orden, la doctrina francesa ha llegado al grado de aseverar que si se abrogasen todas las leyes administrativas dispersas, lo esencial del Derecho Administrativo subsistiría, ya que el origen de éste derecho es de creación jurisprudencial y puede lograr sobrevivir sin un código formal¹⁰³.

No debe perderse de vista, que antes que fuesen comunes las críticas al positivismo clásico del Derecho Civil codificado, con la subsiguiente desconfianza al método exegético, ya se había iniciado una actitud anti-formalista en el campo del Derecho Administrativo. Muy probablemente la corriente anti-exegética fue muy influida por la labor liberal del Consejo de Estado Francés, quien edificó el Derecho sobre la base de sus decisiones jurisdiccionales al estilo del sistema anglosajón¹⁰⁴.

Históricamente, el Derecho Administrativo sostiene su esencia en la creación y puesta en marcha de una autoridad especial que cuenta con un conjunto autónomo de principios, normas y reglas propias creadas bajo su propia potestad, quien además conoce y resuelve las controversias suscitadas entre la Administración Pública y los Administrados¹⁰⁵. Paralelamente, esta autoridad especial se convierte en el guardián de la legalidad de los actos de la Administración, en donde el principio configurado por el respeto a la ley escrita juega un rol importante.

No se puede desconocer que el Derecho Administrativo está encarcelado en el régimen de *Civil Law* o romano-germánico, en donde la premisa primordial es la preexistencia de una norma escrita con carácter general elaborada por el órgano constitucional especialmente facultado bajo un proceso de formación normativa. Sin embargo, el Derecho Administrativo no es obra aislada del legislador, pues su fundamento también radica en las edificaciones y constantes reconstrucciones jurisprudenciales hechas por los tribunales administrativos¹⁰⁶.

103 Vid. VEDEL, Georges, *op. cit.*, p. 47. Dice el autor francés: “Si se abrogasen de un plumazo el código civil, dejaría de existir el derecho civil. Ya que las soluciones jurisprudenciales se verían privadas de su fundamento. Si se abrogasen de un plumazo todas las leyes administrativas, con excepción del principio de separación de las autoridades administrativa y judicial, sobreviviría lo esencial del Derecho Administrativo, ya que la jurisprudencia ha elaborado, sin referencia a textos específicos, las normas fundamentales del Derecho Administrativo.” Vid. COLIN, Ambrosio – CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, (trad. de la 2ª ed. Francesa por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia), t. 1º, 4ª ed., Madrid, Reus, 1975, p. 64. En una perspectiva del Derecho Civil francés dice Colin y Capitant que pasado un siglo del Código Napoleónico, la jurisprudencia francesa se ha desenvuelto un poco al azar, sin embargo, en un gran número de puntos ha llegado a construir sistemas suficientemente lógicos y justos que con frecuencia suplen a la ley o llegan a corregirla.

104 Vid. GARRIDO FALLA, F., “La Administración y el Método Jurídico”, en *RAP*, mayo - agosto, 1961, pp. 52-53. Dice Garrido, además, que el Derecho Administrativo francés es en gran medida obra del Consejo Estado. A diferencia del Derecho Civil obra del Código Napoleónico, en el área del Derecho Administrativo no existía un Código ni tampoco grandes leyes generales, por lo que su estructura se edificó sobre resoluciones de un ente jurisdiccional. Irónicamente en Europa continental se construyó un Derecho al estilo del sistema anglosajón. Pero más adelante aclara que el Derecho Administrativo español no es, en cambio, obra de la jurisprudencia, en donde, lamentable o no, constitucionalmente el juez de lo contencioso-administrativo está sometido inexorablemente a la ley.

105 Vid. PANTOJA BAUZÁ, R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp.14-21. La concepción francesa de un Derecho dictado por la autoridad y formalizado por escrito, vino a revivir la tradición originada por Justiniano en la época del Derecho Romano. Con la codificación se buscaba liberar al Derecho de cualquier “contaminante” proveniente de otras ramas de las Ciencias, como la ética, la economía, la sociología, entre otras. En igual sentido: Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 88.

106 Vid. SAYAGUES LASO, E., *op. cit.*, p. 153. La jurisprudencia en el Derecho administrativo juega un rol diferente que en otras ramas del Derecho; su importancia es de gran preponderancia y su trascendencia no puede subestimarse pues numerosos

Siguiendo la línea del Derecho escrito, el Derecho Administrativo moderno está constituido, en un principio, por un cuerpo de normas positivas y vigentes que rigen a la Administración Pública. No obstante, sobre estas normas escritas posteriormente se elaboran jurisprudencialmente principios y doctrinas que reconstruyen y hacen evolucionar al Derecho Administrativo.

En este sentido, el Derecho anglosajón del *Case Law*, tiene determinados puntos de coincidencia con el Derecho Administrativo. Es ineludible que en ambos el rol formador del precedente jurisprudencial es una pieza fundamental de su construcción jurídica¹⁰⁷. Esta situación nos conlleva a un reconocimiento del valor jurídico de la jurisprudencia en el sistema continental, constituyéndose el Derecho Administrativo, en una especie de puente entre ambos sistemas, dado que logra disipar, en gran medida, los prejuicios heredados con relación al sistema del *Case Law*¹⁰⁸.

Por tanto, el Derecho Administrativo representa el resultado de dos sistemas jurídicos que, en este caso, se complementan. Por una parte, esta rama del Derecho goza de la sistematización de un grupo de normas formales especiales que regulan a la Administración, derivadas de la tradición romanista; por otro, constituye un notable esfuerzo de adaptación a los requerimientos de cambio en una sociedad evolutiva, permitiendo a la jurisprudencia tener un papel preponderante en su elaboración¹⁰⁹.

Es innegable que el rol de la jurisprudencia, de complementar o suplir los vacíos del ordenamiento jurídico escrito, se ve profundamente acentuado en el Derecho Administrativo¹¹⁰, debido a su inferior codificación con respecto al Derecho Privado¹¹¹. Esta situación se vislumbra con mayor intensidad en El Salvador, dada la carencia de una ley general de procedimientos administrativos, una enorme dispersión de normas administrativas y unas leyes administrativas demasiado escuetas.

conceptos que se constituyen como pilares del éste, han sido creados por medio de ella. En igual sentido: *Vid.* VEDEL, Georges, *op. cit.*, p.146; *Vid.* GARCÍA DE ENTERRIA, E. – FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p.67.

107 *Vid.* BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho* (Trad. al castellano por Vicente Herrero), Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 305. Este desarrollo presenta muchas semejanzas con el *Common Law*. En ambos sistemas jurídicos las normas rígidas y formales fueron gradualmente mitigadas mediante un sistema de jurisprudencia de equidad.

108 *Vid.* PANTOJA BAUZÁ, R., *op. cit.*, pp.20-21. La idea anterior no resulta del todo contradictoria, debido a que ambos sistemas han tenido que generar diversas técnicas de adaptación, con el fin de suavizar la rigidez que impedía su total aceptación.

109 *Vid.* FERRERES COMELLA, V. - XIOL RIOS, J., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2009, p. 49. En los países del *Civil Law* nunca se logró realizar plenamente el ideal codificador, por lo que determinadas materias tuvieron que ser reguladas por la vía jurisprudencial, sobre la base de los principios generales del Derecho. Se suele citar, como ejemplo paradigmático de este fenómeno, la construcción del Derecho Administrativo francés.

110 *Vid.* CAZORLA PRIETO, L., *op. cit.*, p. 81. Pregonara que el papel integrador de la jurisprudencia tiene gran importancia en el campo jurídico administrativo, debido a la menor codificación que en esta área del Derecho se produce.

111 *Vid.* GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, C. Bermejo Impresor, 1952, pp. 150-151. El autor comenta, el valor de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo, puede ser, como lo es en Francia, más importante que en el Derecho Civil o Mercantil, precisamente por las condiciones en las que se desenvuelve el Derecho Administrativo, más imperfectas que las de las otras ramas del Derecho (...). Pero, igualmente, cuando se llega a adquirir la reputación alcanzada por el Consejo de Estado Francés, nada extraño es que se tenga a la jurisprudencia como un elemento importantísimo en la evolución del Derecho Administrativo; En similar sentido: *Vid.* MORALES AGUILAR DE FERNÁNDEZ, M., “Fuentes del Derecho Administrativo”, dirigido por Manuel Ballbé y Marta Franch, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo. Una perspectiva desde los Ordenamientos Jurídicos de Guatemala y España*, Catalunya, Universidad Rafael Landívar y otros, 2002, p. 81; *Vid.* BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1955, p. 103.

CAPÍTULO II

El fundamento del valor de la jurisprudencia

SUMARIO

4. Fundamento del valor de la jurisprudencia. 4.1. Fuerza vinculante de la jurisprudencia. 4.1.1. Una aproximación al valor de la jurisprudencia en los diferentes sistemas jurídicos. 4.1.2. Una aproximación al sistema jurídico salvadoreño. 4.2. Fundamento de la jurisprudencia en la Constitución. 4.3. Fundamento de la jurisprudencia en la ley: La doctrina legal. 4.3.1. Origen y concepto de la doctrina legal. 4.3.2. Concepto de doctrina legal en el ordenamiento salvadoreño. 4.3.3. Doctrina legal de las autoridades administrativas. 4.3.4. Debate de constitucionalidad de la doctrina legal. 4.4. El fundamento de la jurisprudencia en la Jurisprudencia. 5. Debate doctrinal sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia administrativa. 5.1. Posturas que niegan la obligatoriedad jurídica de la jurisprudencia administrativa. 5.2. Argumentos a favor de la obligatoriedad jurídica de la jurisprudencia administrativa. 5.2.1. La jurisprudencia y su fuerza persuasiva. 5.2.2. La jurisprudencia representa un precedente en casos nuevos. 5.2.3. Fuerza creadora de la jurisprudencia. 5.2.4. Adaptabilidad de la jurisprudencia al cambio. 5.2.5 La jurisprudencia como medio de solución equitativo. 5.2.6. La jurisprudencia resuelve el problema de las lagunas de la ley. 5.2.7. La calidad de la doctrina jurisprudencial. 5.2.8. La jurisprudencia: oportunidad de producción de derecho nuevo. 5.3. Sobre la necesidad de la vinculatoriedad de la jurisprudencia administrativa.

4. FUNDAMENTO DE LA JURISPRUDENCIA

La regulación de las fuentes del ordenamiento en El Salvador no se encuentra sistematizada como en otros Estados, por tanto, su ordenación es parte de una labor de integración de diversas normas que pasan por la Constitución hasta normas procesales y de carácter administrativo. Y más complejo resulta deducir el fundamento y valor de la jurisprudencia, donde adicionalmente al orden normativo escrito, se deben considerar las construcciones pretorianas de la Sala de lo Constitucional de la CSJ sobre la regulación de la jurisprudencia.

4.1 Fuerza vinculante de la jurisprudencia

Es indudable que la fuente denominada jurisprudencia es todavía, en los ordenamientos de la familia romano-germánica, un misterio acerca de su impacto y rol dentro del ordenamiento. Su admisión y fuerza vinculante no se percibe con naturalidad, sino se pone en tela de duda, y aún más, se le deslegitima como verdadera fuente o se le degrada a un simple instrumento de aplicación de otras fuentes reales.

Es por ello que esta ya perenne discusión merece un breve cotejo desde las ópticas de nuestro *Civil Law* en relación al *Common Law*, a fin de que, con realismo pragmático, se pueda dilucidar si es todavía sostenible la carencia de la fuerza vinculante de la jurisprudencia en sistemas como el salvadoreño.

4.1.1. Una aproximación al valor de la jurisprudencia en los diferentes sistemas jurídicos

Al apreciar el sistema de fuentes en la familia del *Common Law*, resulta todavía legítimo sostener que el *Case Law*, es decir, lo que se identifica como jurisprudencia en el sentido de las decisiones judiciales, tiene mayor antigüedad y predominio sobre la ley. Su autoridad deriva de la regla de la obligatoriedad del precedente judicial que se difunde del caso concreto a otros futuros, bajo la figura que en inglés se conoce como *stare decisis*, que hace alusión a que los tribunales deben respetar o adherirse a las decisiones judiciales anteriores, en el cual se considera como regla general que los precedentes de los tribunales superiores son vinculantes para ellos mismos y para los inferiores, y que son estos últimos, al invocar los fallos anteriores, los que les confieren la calidad de precedentes judiciales¹¹².

112 Vid. MORINEAU, Marta, *Una Introducción al Common Law*, México, UNAM, 2004, pp. 23-29. Los orígenes del sistema anglosajón se remontan al Derecho Inglés, siendo la conjunción antigua del *Common Law* y el *equity*. Actualmente, casi un tercio de la población mundial pertenece a esta familia: Inglaterra, Gales, Escocia, Irlanda del Norte, Canadá, Australia, Estados Unidos de América, India, Nueva Zelanda y grandes sectores de África y el Sureste Asiático. En igual sentido: Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, N., “Common Law: Especial referencia a los *restatement of the law* en los Estados Unidos de América” en AAVV, *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. II, Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho Comparado. Temas Diversos*, México, UNAM, 2006, pp. 384-385; Vid. NAZARRE AZNAR, S., “Seis temas de Common Law”, en *L. Not.*, Febrero 2003, N° 2, p. 46; Vid. GLENN, Patrick, “El Common Law en Canadá”, en *RDP*, 1996, N° 20, pp. 4 y ss.; Vid. DE VERGOTTINI, Giuseppe, “*Derecho Constitucional*

En cambio, en la familia del *Civil Law*, la jurisprudencia por tradición siempre ha sido considerada una fuente de segundo orden o subsidiaria, supletoria o complementaria de la fuente principal que es la ley; se supone que todo lo que es llevado a los tribunales debe tener una solución legal¹¹³.

Es innegable que en la actualidad persiste una delgada frontera de separación que se centra en el distinto método utilizado en la valoración de la jurisprudencia por las familias anglosajonas y romano-germánicas. En la primera, las normas son producto de la labor de los jueces –*judge made law*– como un derecho extraído de los casos –*Case Law*–; y en la segunda, la labor judicial queda sometida al imperio de la ley, de donde derivan las normas, relegándose el rol de la jurisprudencia a un plano “oficialmente” inferior¹¹⁴.

Por otro lado, se percibe que el juez del *Civil Law*, en ciertos aspectos, goza de mayor libertad de creatividad que el juzgador del *Common Law*, dado que aquél es producto de una conjunción de las tendencias del *iusnaturalismo* y el enciclopedismo. Esto deriva en una concepción distinta de la legislación que se pueda tener en ambos sistemas. Así, en el sistema anglosajón, la labor legislativa debe ser dinámica y estar presta a cubrir cualquier eventualidad inmediata, utilizándose con mucha frecuencia la promulgación de leyes como forma de remedio de la dirección social, aunque siempre con las reglas propias de su derecho. En cambio, en el *Civil Law*, la legislación tiende a perpetuarse o anquilosarse, sobre todo, en el Derecho Privado –y en El Salvador con una impresionante ausencia en materia de Derecho Administrativo y Procesal Administrativo– que da lugar a que, en cada momento, tome mayor importancia el Derecho creado por los jueces o la jurisprudencia, lo que permite mantener la quimera de la perpetuación de la legislación bajo nuevas interpretaciones.

Por tanto, es un error creer que sólo el juez anglosajón crea Derecho¹¹⁵, pues ahora en los sistemas basados en el Derecho escrito, el uso de los precedentes jurisprudenciales se ha vuelto un recurso habitual por los jueces y litigantes, en la interpretación del Derecho y justificación de las resoluciones¹¹⁶.

Comparado” (trad. Claudia Herrera), México, UNAM, *Segretariato Europeo per le pubblicazioni scientifiche*, 2004, pp. 83-86; Vid. ROJAS AMANDI, V., *Las fuentes del Derecho en el Sistema Jurídico Angloamericano*, México, Porrúa, 2005, pp. 29-34.

113 Vid. BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, 12ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 97.

114 Vid. DE BUEN, Demófilo, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, 2ª ed., México, Porrúa, 1977, pp. 291-292. El autor refiere que en la concepción inglesa, trasladada también a Norteamérica, el Derecho Normativo aparece como un derecho obra de los jueces, en el lenguaje popular ha caricaturizado el proceso con un refrán: “*cuando un doctor comete un error, lo entierra; cuando un juez comete un error, se convierte en ley de la tierra*” – “*When a doctor makes a mistake he buries it; when a judge makes a mistake, it becomes the law of the land*”. En cambio, en la concepción continental, la misión de los jueces es formular en un caso concreto, unas reglas antes ordenadas en términos generales.

115 Vid. PUIG BRUTAU, J., *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2006, p. 184. Sobre estos aspectos manifiesta el autor que: “*La mentalidad anglosajona considera que una creación legislativa puede ser alterada, a cada sesión, para subsanar los defectos que la práctica haya puesto de relieve. Es decir, el legislador ha de estar dispuesto a intervenir con la frecuencia que permitan las sesiones del órgano legislativo, tan pronto la ley se manifieste como instrumento deficiente para la función práctica ha que ha sido destinada. En derecho (...) continental, en cambio, las disposiciones relativas a derecho privado nacen todavía con algún reflejo de aquella aureola de cosa definitiva y permanente (...) Pero resulta una paradoja que a mayor inercia legislativa, mayor necesidad que el Derecho se adapte a las nuevas circunstancias sociales a través de la jurisprudencia*”.

116 Vid. MORAL SORIANO, L., *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 15. Para la autora esto coadyuva a la desaparición de nítidas fronteras entre el sistema continental y en el sistema basado en el precedente.

De manera que ante las falencias de la norma escrita –ausencias, oscuridades, impresiones– el juez tiene la obligación imperativa de resolver¹¹⁷. Es así que, en la legislación salvadoreña, ante la falta de leyes vigentes, las sentencias serán fundadas en la doctrina de los expositores del Derecho y, en falta de una y otra, en consideraciones de buen sentido y razón natural¹¹⁸, prohibiendo la absolución de la instancia¹¹⁹. Ello alude a que el ordenamiento proscribía la posibilidad que puedan existir fallos inhibitorios, so pretexto de lagunas legislativas.

De forma permanente, el juzgador evidencia la creatividad y el ingenio de sus propios criterios para suplir las lagunas legislativas o para elegir, dentro de las posibles interpretaciones de las normas, la más adecuada.

Ocurre, entonces, que el operador jurídico cumple una verdadera labor de construcción del Derecho en cada caso que juzga, subsanando las deficiencias de la ley. Pero de esta creación individual brota una producción con carácter general, lo cual resulta del llamado principio de generalidad del Derecho. Este se traduce no sólo en la generalidad de la ley, sino en su interpretación y aplicación por los jueces, así como en la forma en que se suple su falta.

En consecuencia, tal principio sería conculcado si casos iguales fueren resueltos, en cada ocasión, de forma arbitraria, disímil o con interpretaciones distintas¹²⁰.

Garantizar la generalidad del Derecho, la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, se ha logrado a través de atribuirle al precedente un valor vinculante, como una especie de control constitucional de tales principios¹²¹; es decir, que cuando la Corte Suprema de Justicia resuelve interpretando y aplicando una norma jurídica y luego se presenta un caso análogo y se solicita una interpretación en igual sentido de la norma, se dice que se invoca la figura del precedente jurisprudencial¹²².

117 Vid. LÓPEZ GUERRA, L., “La fuerza Vinculante de la Jurisprudencia”, en *AJA*, Núm. 442, junio, 2000, p. 1. El autor aduciendo a la legislación española que indica que “(...) en cualquier caso, y aún en supuestos de ausencia de norma escrita, de oscuridad o de imprecisión de ésta, el juez tiene obligación de fallar: *“los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”*”, precisa el Código Civil en su art. 1.6; y más tajante (y posiblemente con mejor estilo) era la fórmula anteriormente vigente: *“el juez que rebusase fallar so pretexto de ausencia u oscuridad de las leyes, incurrirá en responsabilidad (...)”*

118 Vid. Art. 421. Pr.C. Establece: *“Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. 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.”*

119 Vid. Art. 420. Pr.c. Dice: *“En lo civil no hay absolución de la instancia.”*

120 Vid. LÓPEZ GUERRA, L., *op. cit.*, pp. 1-2. Explica que el principio de universalidad requiere que los criterios que inspiren la necesaria creación judicial del Derecho, en el caso concreto, se universalicen, de manera que, siguiendo el imperativo categórico kantiano, la regla de conducta en el caso se convierta en regla universal para los casos similares, consiguiendo de esta forma una real seguridad jurídica en la aplicación uniforme del Derecho.

121 Vid. REQUEJO PAGES, J., “Juricidad, Precedente y Jurisprudencia”, en *Rev. Esp. Derecho Const.*, Número 29, Mayo-Agosto, 1990, p. 231. Indica el autor que sólo cabe pensar en el Tribunal Constitucional como la única sede habilitada para llevar a cabo el control sobre el ámbito jurisdiccional de creación normativa. Y ello, fundamentalmente, porque dicho control se encuentra a partir de la atribución al precedente de un valor vinculante que deriva de su entendimiento como parámetro que evidencia la realización del principio de igualdad en las resoluciones judiciales, lo que convierte a un control de estas características, en una cuestión de constitucionalidad.

122 Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La norma Jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 28. Si entendemos por precedente la manera en que un Tribunal ha interpretado y aplicado una determinada norma jurídica a un caso concreto previo y que su fuerza vinculante es la que sujeta al Juez al interpretar y aplicar esa norma jurídica, del mismo modo en que lo hizo a un

4.1.2. Una aproximación al sistema jurídico salvadoreño

En El Salvador, el valor y la función de la jurisprudencia no se encuentra regulada de forma general y expresa; sin embargo, a partir de las normas procesales, se identifican algunos indicios de su rol y fundamento.

Así, en el país, las normas adjetivas han recogido la figura de la doctrina legal, como adelante se profundizará, como aquella jurisprudencia con carácter reiterativo emanada de la CSJ, en sus distintas Salas, otorgándole a ésta un valor obligatorio para los tribunales inferiores¹²³.

Además, el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, con aplicación supletoria en el orden jurídico administrativo, de forma ostensible señala lo que antes quedaba implícito: que la doctrina legal o jurisprudencia reiterativa es un instrumento al que el juez deberá acudir para llenar vacíos legales¹²⁴. De lo anterior se deduce que, en estas circunstancias, la jurisprudencia es una fuente supletoria del orden jurídico escrito.

En esta línea, la Sala de lo Constitucional de la CSJ, al aplicar una serie de principios constitucionales, se ha encargado de establecer el papel supletorio de la jurisprudencia ante las inconsistencias legislativas, dejando claro, además, su obligatoriedad jurídica y consecuentemente su valor de fuente.

En palabras de la Sala de lo Constitucional *“Ante la omisión o mora legislativa (...) son los Jueces, en tanto Jueces no de la Ley sino de la Constitución, como los instituye el Art. 185 Cns. quienes deben llevar a cabo tal armonía; y especialmente esta Sala, cuya Jurisprudencia, en base a la doctrina del precedente o principio del “stare decisis” y al principio de igualdad, es vinculante para todos los operadores del derecho”*¹²⁵.

También la Sala de lo Constitucional ha completado lo anterior, afirmando que *“un órgano jurisdiccional no puede, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su alejamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada; y por otro lado, la seguridad jurídica que debe entenderse en el caso particular, como la certeza de que la autoridad jurisdiccional que se ocupe de un primer litigio, solucione de manera idéntica en un posterior litigio en el que se den idénticos supuestos del primero”*¹²⁶.

caso posterior igual o análogo, parece claro que no sólo el sistema anglosajón, sino cualquier sistema jurídico que haya desterrado la arbitrariedad judicial, la inseguridad jurídica y la aplicación discriminada de la ley, es un sistema de precedente.

123 Vid. Infra apartado 4.3

124 Vid. Art. 19. C. Pr.C.M.: En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este Código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del Derecho; y a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso. Art. 20. C. Pr.C.M.: En defecto de disposición específica, en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este Código se aplicarán supletoriamente.

125 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso bajo de habeas corpus ref. 1-B-95, el 13/II/1996.

126 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ, en el proceso de amparo ref. 38-S-93, el 14/I/1997.

Destacada la función supletoria del orden escrito de la jurisprudencia¹²⁷, y el valor vinculante de ésta en el sistema salvadoreño, con las particularidades del caso, es necesario ahora descifrar y profundizar sobre los fundamentos jurídicos desde los cuales se puede derivar su obligatoriedad en este modelo normativista o legalista centroamericano¹²⁸.

4.2. Fundamento de la jurisprudencia en la Constitución

La Constitución salvadoreña es categórica al referirse que la independencia judicial está encadenada inexorablemente a la Constitución y a la ley¹²⁹; en esta sintonía, la Sala de lo Constitucional ha distinguido que tal independencia debe ser entendida como ausencia de subordinación de los jueces a otro poder jurídico o social que no sea la ley (el Derecho)¹³⁰. En este orden, la independencia adquiere ciertas manifestaciones frente al mismo Órgano Judicial, frente a los otros órganos estatales, frente a los poderes sociales y frente a las propias partes procesales; ello de acuerdo a lo consagrado en la Constitución, por cuanto que la ley debe asegurar a los jueces protección para que ejerzan funciones con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conocen¹³¹.

Acertado es añadir que cuando la Constitución señala que los funcionarios judiciales son independientes y están sometidos a la Constitución y a las “leyes”, debe interpretarse el término “ley”, no en su sentido formal como acto emanado de la Asamblea Legislativa, sino como la vinculación del juez al sistema de fuentes de Derecho; es decir, primeramente vinculado a la Constitución y luego a todo el ordenamiento existente, incluyendo la jurisprudencia¹³².

127 Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *La Jurisprudencia Como Fuente de Derecho*, San José, Juricentro, 1982, pp. 134 y ss. Aunque, por el contrario, este autor costarricense, distingue entre, el sistema de obligatoriedad instituida (anglosajón) y sistema de jurisprudencia constante (legalista), indicando que este último se basa en la conveniencia de la uniformidad de las sentencias, en el cual la jurisprudencia formalmente no es vinculante, aunque *de facto* algunos jueces la puedan considerar así, postura que no compartimos, por cuanto creemos que la vinculatoriedad de la jurisprudencia puede encontrar respaldo, directo o indirecto, en el ordenamiento.

128 Vid. ITURRALDE, Victoria, “Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law: El caso español”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII, 1995, p. 406. Manifiesta que si los jueces crean o no Derecho con eficacia *erga omnes* es una cuestión que depende del ordenamiento jurídico de cada país, concretamente el alcance que cada ordenamiento atribuye a determinadas decisiones judiciales; Vid. BLASCO GASCÓ, F., *op. cit.*, pp. 28-29. Establece el autor que en el sistema anglosajón la fuerza vinculante del precedente tiene su origen en sí mismo –*binder o persuasive*– en cambio, en el sistema legalista, su obligatoriedad deriva directa o indirectamente de las normas jurídicas legales. En consecuencia, el problema del valor de la jurisprudencia no debe determinarse en sentido abstracto sino para un ordenamiento jurídico determinado, en un “*hinc et nunc*” –*aquí y ahora*–, siendo pues un problema de derecho positivo.

129 Vid. Art. 172.3 CnS: “Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”.

130 Vid. Sentencia de emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 5-99, el 20/VII/1999.

131 Vid. Art. 186. 5 CnS: “La ley deberá asegurar a los jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conocen; y los medios que les garanticen una remuneración justa y un nivel de vida adecuado a la responsabilidad de sus cargos”.

132 Vid. FERRERES COMELLA, V. - XIOL RIOS, J., *El carácter...*, *cit.*, p. 59. Dice FERRERES, que no parece haber inconveniente en entender que en la expresión “ley” puede llegar a abarcar la jurisprudencia. Por ejemplo, en España no ha existido mayor resistencia a admitir el carácter vinculante del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas. Vid. BERNAL PULIDO, C., “La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia en el Orden Jurídico Colombiano” en *Precedente*, Anuario

Esta interpretación, no formalista, ha sido reiterada por la Sala de lo Constitucional al sostener que los tribunales jurisdiccionales deben actuar de conformidad a todo el ordenamiento jurídico, en atención al principio de unidad del ordenamiento¹³³.

El sometimiento de Magistrados y Jueces a la Constitución, en el ordenamiento salvadoreño, se hace más palpable, por cuanto la norma primaria, de manera directa, recoge la figura de la inaplicabilidad o desaplicación¹³⁴, institución propia del sistema difuso del control de constitucionalidad, el cual permite que todos los juzgadores del Estado, puedan revisar permanentemente, al momento de juzgar, si una norma se adecua a la Constitución, pudiendo desecharla si ésta contradice la ley primaria, en virtud del principio de jerarquía normativa¹³⁵.

Al ser los administradores de justicia nacionales jueces de la constitución, el compromiso con la aplicación directa de sus normas se vuelve cristalino y en armonía con el mismo cuerpo normativo primario, su comportamiento debe ser en respeto de los principios de igualdad¹³⁶ y seguridad jurídica¹³⁷, los cuales forman parte expresa de su contenido. Tal como lo ha afirmado la Sala de lo Constitucional al comentar la aplicación jurisdiccional de tales principios, *“un órgano jurisdiccional no puede, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada. En los supuestos de decisiones desiguales, debidas a órganos plurales, corresponde a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales establecer la necesaria uniformidad en aplicación de la ley”*¹³⁸; lo cual es una derivación que los funcionarios judiciales están sometidos primariamente a la Constitución, como lo establece la Carta Magna¹³⁹. Esto incluye, según lo interpretado por la Corte Suprema de Justicia, que no solo la Sala de Constitucional es un tribunal de la Constitución, sino todos los jueces¹⁴⁰.

Jurídico, Calí, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad ICESI, 2003, pp. 20-21. Afirma el autor colombiano que el concepto, imperio de la ley, se refiere a todo el ordenamiento jurídico.

133 Vid. Sentencias pronunciadas por la Sala lo Constitucional de la CSJ en los procesos de amparo ref. 255-98 el 24/V/1999 y ref. 171-97, el 27/IV/1999.

134 Vid. BERTRAND GALINDO, F. - TINETTI, José Albino y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, t. I, San Salvador, El Salvador, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1992, pp. 518-524. En virtud de la inaplicabilidad todos los jueces realizan el control de la legitimidad constitucional de la ley.

135 Vid. Art. 185. CnS.: *“Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contraria a los preceptos constitucionales.”*

136 Vid. Art. 3 Cns.: *“Todas las personas son iguales ante la ley.”*

137 Vid. Arts. 1 Cns.: *“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”; y 2 CnS.: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la reservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.”*

138 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 317-97, el 26/VIII/1998.

139 Vid. Art. 172.3 CnS.: *“Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes.”*

140 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 32-C-96, el 10/XI/1998. Sobre el sometimiento de los jueces a la Constitución: *“(…) Los jueces, y en general, todos los llamados a aplicar el derecho han de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma. En consecuencia, lo que se pretende es lograr que todos los tribunales, no sólo la Sala de lo Constitucional, apliquen la Constitución, independientemente si están tramitando un proceso, una diligencia o un procedimiento (...).”*

Por lo anterior, los siguientes fundamentos constitucionales de la jurisprudencia en el sistema salvadoreño se pueden ordenar así:

1. Un primer fundamento implícito de la jurisprudencia en la Constitución, descansa en que los jueces son funcionarios que están legitimados para defender directamente a la misma y, como consecuencia, siempre con fundamento constitucional, sus fallos deben ser acordes a la igualdad y a la seguridad jurídica, lo cual sólo es viable a través del respeto del precedente jurisprudencial, como lo ha entendido de forma reiterativa la Sala de lo Constitucional¹⁴¹ y lo ha retomado la Sala de lo Civil¹⁴² de la Corte Suprema de Justicia.
2. Simultáneamente, a la base implícita aludida, la Constitución establece, además de forma manifiesta, que le corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano¹⁴³. Esto quiere decir, de conformidad a lo expuesto por la Sala de lo Constitucional, que los efectos generales y la vinculación de los órganos estatales y entes públicos a la jurisprudencia de dicha Sala, se extienden, tanto al fallo como a la motivación estricta o *ratio decidendi* de la sentencia, y ello por una razón: si la función que caracteriza a esta Sala es la de ser intérprete máximo de la Constitución, y si en toda sentencia de un proceso de inconstitucionalidad el tribunal efectúa una interpretación de la Ley Suprema, no cabe duda que esa interpretación tiene eficacia frente a todos, por proceder del superior órgano jurisdiccional facultado para hacerlo. Igualmente, por su ubicación en el sistema de justicia, sus criterios jurisprudenciales en procesos de amparo y *habeas corpus* se hacen obligatorios para todas las autoridades judiciales y administrativas.
3. Es evidente que las sentencias de inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional no sólo tienen el valor de cosa juzgada¹⁴⁴, sino que obligan a todos los poderes públicos con efectos generales o *erga omnes*¹⁴⁵. En virtud de ello, como lo manda la Ley de Procedimientos Constitucionales, han de ser publicadas en el Diario Oficial¹⁴⁶ para hacer operativo el principio de generalidad o publicidad.

141 Vid. Sentencias pronunciadas por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en los procesos de inconstitucionalidad ref. 41-2000 Ac. 2-2001/3-2001/4-2001 del 13/XI/2001, ref. 12-99/2-2000 del 10/VI/2001 y ref. 10-2005 del 15/III/2006. “Corresponde a la jurisprudencia establecer la necesaria uniformidad en aplicación de la ley, en pro de la seguridad jurídica”.

142 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la CSJ en el proceso ref. 1649-2003, el 31/VII/2003.

143 Vid. Art. 183 CnS: “La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”.

144 Vid. GARCÍA PELAYO, M., “El ‘Status’ del Tribunal Constitucional”, en *Rev. Esp. Derecho Const.*, v. I, enero-abril 1981, p. 32. Establece que sus sentencias además de juzgar vinculan a los poderes públicos genéricamente.

145 Vid. MOLINA MÉNDEZ, J., “El Precedente Constitucional salvadoreño y su proyección hacia la jurisdicción ordinaria”, en *Ventana Jurídica*, número 4, año II, v.2, julio-diciembre, 2004, p. 7. Es decir, que obliga a la administración, funcionarios judiciales y particulares a tomar en cuenta su decisión, sea estimatoria o no.

146 Vid. Art. 11 L.Pr.Cn Decreto Legislativo N° 2996, de fecha 14/01/1960, publicada en el Diario Oficial número 15, t. 186, el 01/22/1960: “La sentencia definitiva se publicará en el Diario Oficial dentro de los quince días subsiguientes al de su pronunciamiento, para lo cual remitirá copia de la referida sentencia al director de dicho periódico, y si este funcionario no cumpliera, la Corte ordenará que se publique en uno de los diarios de mayor circulación de la capital de la República, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya incurrido.”

En conclusión, dado que todas las sentencias de la Sala de lo Constitucional deben ser motivadas, la interpretación que éstas incorporan tiene lugar, tanto si se estima la inconstitucionalidad de la ley impugnada como si se desestima, lo que quiere decir que el valor de la interpretación, igual que el del fallo, es el mismo en las sentencias estimatorias y en las desestimatorias¹⁴⁷; por tanto, definida la resolución, ésta vinculará a todos los poderes públicos sin excepción¹⁴⁸.

Esto trae como consecuencia que la Sala de lo Constitucional, además de realizar una función jurisdiccional propiamente dicha, pasa sutilmente a realizar una labor legislativa con un *superpoder* abrogatorio de vida o de muerte sobre la ley, con una fuerza general y abstracta de naturaleza normativa con efectos negativos en sus sentencias al anular la misma,¹⁴⁹ o con efectos positivos, precisando o modificando el alcance de una determinada disposición, como es el caso de las sentencias llamadas interpretativas y manipulativas. Las primeras, implican que una norma sólo debe ser anulada en el caso extremo que no se encuentre ninguna interpretación conforme a la Constitución, determinando en su sentencia el tribunal cuál es la interpretación correcta o cuáles deben rechazarse. Por su parte, las sentencias manipulativas, y en particular las identificadas como aditivas, van más allá, ya que agregan una adición al texto del articulado¹⁵⁰.

Ciertamente, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, en procesos de inconstitucionalidad, es obligatoria de forma general, tanto en su *decisum* –fallo– como en su *ratio decidendi* –fundamentación– sea estimatoria o no; y su obligatoriedad no descansa en el mero precedente, sino que obliga directamente porque existe una disposición constitucional expresa que respalda tal vinculatoriedad¹⁵¹, sin dejar de lado el efecto general de las interpretaciones constitucionales que realice en materia de amparo y *habeas corpus*, cuyo respaldo jurídico es implícito y viene dado por su rol de ser el máximo intérprete de la Constitución.

4.3. Fundamento de la jurisprudencia en la ley: La doctrina legal

El régimen romano-germánico ha tenido que reconocer las limitaciones de la ley en sentido formal, pues en muchas ocasiones las situaciones en litigio no están legisladas

147 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 41-2000/2-2001/3-2001/4-2001 el 13/XI/2001.

148 Vid. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 961. Señala que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y sus decisiones vinculan a todos.

149 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Posición Jurídica del Tribunal Constitucional en el Sistema Español: Posibilidades y Perspectivas”, en *Rev. Esp. Derecho Const.*, número 1, enero-abril 1981, p. 44. Establece que el Tribunal Constitucional no es, propiamente dicho, un órgano jurisdiccional, puesto que no aplica normas previas o hechos concretos, sino limita su función a declarar si una ley es o no compatible con la Constitución; y al eliminar las no compatibles se convierte en un órgano legislativo.

150 Vid. GASCON ABELLAN, M., “La Justicia Constitucional: Entre Legislación y Jurisdicción”, en *Rev. Esp. Derecho Const.*, número 41, año 14, mayo- agosto, 1994, pp. 70-71. Aclara, además, que se denota una actuación cuasi legislativa. La autora parece retomar la idea de Jellinek, que indicaba que la facultad de los jueces de interpretar la constitucionalidad de las leyes, equivale a ejercer una actividad legislativa. Vid. JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Cap. XVIII, México, Oxford University Press, 1999, p. 365.

151 Vid. GASCON ABELLAN, M., *op. cit.*, p. 74. Enfatiza la autora que opera directamente sobre el ordenamiento jurídico y no a título de precedente jurisprudencial.

o escapan al literalismo. Por lo tanto, la misma ley ideó una figura de interpretación judicial identificada como doctrina legal o jurisprudencia constante, la cual fue importada de la legislación española a los países latinoamericanos, institución jurídica que a continuación se tratará con especial referencia hacia el sistema jurídico salvadoreño.

4.3.1 Origen y concepto de la doctrina legal

Pocos términos jurídicos resultan ser tan ambiguos como el de doctrina legal. Al margen de un concepto moderno y de Derecho Positivo, se mencionará, inicialmente, que su origen se remonta a la legislación española en el Real Decreto del 4 de noviembre de 1838, por medio del cual se organizaba en ese país el recurso extraordinario de nulidad atribuido al Tribunal Supremo Español. En el contexto de esa normativa, se entendía por la figura aludida, una significación sustantiva que atendía a las reglas o principios de la razón, de la naturaleza y de la prudencia¹⁵².

Sin embargo, la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1855, realizó una mutación en el significado, al referirse al mismo como “doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales” y “doctrina admitida como jurisprudencia por los tribunales”.

Esto significó, en adelante, un giro en el concepto aludido, pues para que la doctrina legal fuera motivo del recurso de casación, debía ser recogida previamente en diversas sentencias¹⁵³.

El sentido original del recurso de casación, herencia de la Revolución Francesa, fue constituirse en instrumento de defensa de la ley, como acto del Parlamento. Esto significaba que dicho recurso debía motivarse forzosamente en el quebrantamiento de la ley; empero, el recurso de casación español, consolidado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 nunca fue un recurso de casación puro, ya que paralelamente a la transgresión de la ley, admitió como fundamento del recurso, la infracción de doctrina legal, locución imprecisa que llevó en ocasiones a su identificación con doctrina de la jurisprudencia¹⁵⁴.

152 Vid. COCA PAYERAS, M., *La Doctrina Legal*, Barcelona, Bosch, 1980, pp. 1, 2, 6 y 8. Dice el autor que el precedente más remoto de concebir a la doctrina legal como reglas de la naturaleza, las encontramos en la Ley III, Título XXVI, Partida III de las Siete Partidas del Rey Don Alonso “El nono”, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López, Salamanca, en 1555.

153 Vid. COCA PAYERAS, M., *op. cit.*, pp. 41-45. En síntesis, la Ley Enjuiciamiento Civil de 1855 aludida utiliza indistintamente las palabras “doctrina legal”, “doctrina”, “doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales” y “doctrina admitida como jurisprudencia por los Tribunales”.

154 Vid. DIEZ- PICAZO, L. – GULLON, Antonio, *op. cit.*, pp. 159-160. Esta expresión confusa, es probable que por lo menos, en un origen, se refería a doctrina directamente emanada de la ley, aunque después se confundió con la jurisprudencia. Vid. MOLINS GARCIA-ATANCE, J., “Los Recursos de Casación en interés de la ley, en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *LL*, 2005, N° 6345, pp. 943- 951. Actualmente, el recurso de casación en España ha sido modificado mediante la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que establece en su artículo 477.3 que “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.

Y esta es la acepción, probablemente equívoca desde su génesis, importada desde España, de la voz doctrina legal, incorporada a la vigente Ley de Casación salvadoreña de 1953¹⁵⁵, la cual establece que el recurso de casación debe fundarse en infracción a la ley o a la doctrina legal¹⁵⁶, preceptuando que “*se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes*”¹⁵⁷, siendo el tribunal competente para conocer del recurso de casación en materia civil, mercantil y laboral, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁵⁸.

También, la Ley de Procedimientos Mercantiles aclara que en los juicios sumarios mercantiles es procedente el recurso de casación por infracción a la doctrina legal¹⁵⁹.

Igualmente, el reciente Código de Procedimiento Civiles y Mercantiles, prácticamente calcó la institución, estableciendo que procede el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal. Así, se entiende que existe infracción a ésta cuando se ha violado la jurisprudencia establecida por el tribunal de casación, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal¹⁶⁰.

Sin embargo, la nueva legislación recoge un principio de interpretación importante, indicando que las normas sobre el recurso de casación deberán aplicarse en la forma que más favorezca la uniformidad de la jurisprudencia como medio para asegurar la igualdad ante la ley, así como la seguridad y la certidumbre¹⁶¹.

Por su parte, el Código de Trabajo entiende por doctrina legal, en materia laboral, 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 semejantes¹⁶².

155 Vid. Decreto Legislativo N° 1135, de fecha 31/08/53, publicado en el Diario Oficial número 161, t. 160, el 04/09/1953.

156 Vid. Art. 2 Ley de Casación: “*Deberá fundarse el recurso en alguna de las causas siguientes: a) Infracción de Ley o de doctrina legal; y b) Quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio*”.

157 Vid. Art. 3 ordinal 1° Ley de Casación: “*El recurso por infracción de ley o doctrina legal tendrá lugar por los motivos siguientes: 1°. Cuando el fallo contenga violación de ley o de doctrina legal. La ley a que aquí se hace referencia puede ser aún la procesal, cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate. Hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra. Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejante*”.

158 Vid. Artículo Preliminar Ley de Casación: “*Corresponde a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia conocer en los recursos de casación civil, mercantil y laboral y a la Sala de lo Penal en los recursos de casación penal. Cuando la Cámara de Segunda Instancia conozca en primera instancia, y una de las Salas de la Corte falle en segunda, del recurso de casación conocerá la Corte en pleno, con exclusión, desde luego, de los Magistrados que integraban la Sala cuando la sentencia de segunda instancia fue pronunciada*”.

159 Vid. Art. 120 de la Ley de Procedimientos Mercantiles: “*En todo lo que no estuviere previsto expresamente en esta ley y en el Código de Comercio, se aplicarán las normas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles y en la Ley de Casación; pero en los juicios sumarios en materia mercantil no tendrá lugar la restricción establecida en el inciso segundo del Art. 5 de la ley últimamente mencionada, y por consiguiente, procederá también el recurso por infracción de ley o de doctrina legal. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, en materia mercantil no tendrá lugar el recurso de casación contra las sentencias pronunciadas en los juicios en que se ventile una cantidad que no exceda de cinco mil colones, o una acción de valor indeterminado relativa a un bien u obligación cuyo valor sea igual o inferior a dicha suma*”.

160 Vid. Art. 522. C.Pr.C.M.

161 Vid. Art. 524 C.Pr.C.M.

162 Vid. Art. 588 ordinal 1° inciso 2° del Código de Trabajo: “*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 lo expresado, es claro que el ordenamiento salvadoreño había comprendido desde siempre que la doctrina legal era la jurisprudencia reiterativa emanada del Tribunal de Casación. No obstante, esta situación dio una nueva transformación en el vocablo a partir de la vigencia del Código Tributario el uno de enero de 2001, en el que se dispone que “*supletoriamente constituirán fuentes del ordenamiento jurídico tributario, la doctrina legal emanada de los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, así como la proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo ambas de la Corte Suprema de Justicia...Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales antes referidos, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes.*”¹⁶³

Esta aparente distorsión de la doctrina legal debe ser interpretada conforme al ordenamiento constitucional y a los principios de igualdad y seguridad jurídica que se han mencionado con anterioridad, en cuanto a la claridad que debe tenerse, según el derecho positivo, que el término doctrina legal en su esfera judicial se refiere ahora a la jurisprudencia reiterativa de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, vinculantes en las materias correspondientes, en la forma en que la ley lo determine.

Para complicar más la situación, una reforma de 1989 incluyó en la Ley Orgánica Judicial la expresión “doctrina jurisprudencial” al instaurar que el Máximo Tribunal deberá tener una unidad de informática para la recopilación de leyes, reglamentos, y doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y Cámaras de Segunda Instancia¹⁶⁴.

Esto pone de relieve la discusión, ya bien conocida en España, sobre la diferencia de la doctrina legal y la doctrina jurisprudencial, la que ha dado lugar a una serie de opiniones y ponencias que han conformado un conjunto de posturas versátiles, teóricamente entendibles pero a veces alejadas de las diferenciaciones prácticas¹⁶⁵.

Una primera postura, desvincula la doctrina legal de la doctrina jurisprudencial, al establecer que aquélla es la que tiene valor normativo distinto del sentido estricto y literal de la ley, pero que se trata de derivaciones de la misma ley; comprende, por tanto, interpretaciones declarativas, explicativas, supletorias, diferenciales, renovadoras o con uso de la analogía y que, al mismo tiempo, incluye los principios generales del Derecho, las consideraciones de buen sentido y razón natural¹⁶⁶. Con esta tesis, la doctrina legal, motivo de casación, es una derivación o interpretación de la ley, aunque se recoja en una sentencia judicial.

Asimismo, se ha señalado que cuando se imputa a la doctrina legal un valor normativo, que no viene directa y llanamente de la ley, se pone de manifiesto que, para que la doctrina legal se perfeccione como tal, es necesario una labor de interpretación; por

163 Vid. Art. 5 del Código Tributario.

164 Vid. Art. 160-CH de la Ley Orgánica Judicial, D.L. N° 123 del 6 de junio de 1984, publicado en el D.O. N° 115, t. 283 del 20 de junio de 1984.

165 Vid. LÓPEZ VILAS, R., *op. cit.*, p. 73 Establece que se trata de un verdadero mosaico de afirmaciones que tratan de distinguir ambas.

166 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil*, t. I., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 96. Establece De Castro que “las doctrinas legales” tienen valor normativo –*ratio decidendi*– que se distinguen del escrito de la ley pero que son emanaciones de la misma ley, es decir, su sentido normativo directo o indirecto.

tanto, el valor normativo de la doctrina legal no es creado, sino tan solo fijado por la jurisprudencia, quedando de manifiesto la vinculación de la doctrina legal con el ordenamiento jurídico, y, tras ese enlace, se evidencia palpablemente la supeditación de la interpretación jurisprudencial a la ley¹⁶⁷.

Ahora bien, se ha dicho también que la diferencia entre doctrina legal y jurisprudencia se determina en que: a) Existe posibilidad de una doctrina legal no reconocida por la jurisprudencia; y b) Existe la posibilidad de formar jurisprudencia por infracción a la ley y no de doctrina¹⁶⁸.

También algún expositor del Derecho ha sostenido que la jurisprudencia es una categoría jurídica estática, lo cual se verifica en el valor de cosa juzgada de las sentencias judiciales que la conforman, una categoría jurídica que revela estáticamente el punto de aplicación de una fuerza jurídica, mientras la doctrina legal es el desarrollo dinámico de esa fuerza¹⁶⁹.

Sin embargo, en la práctica salvadoreña, la postura más aceptada es la que considera que la jurisprudencia es un concepto sinónimo al de doctrina legal, estableciendo, al efecto, que la jurisprudencia que constituye doctrina legal es la que sirve de fundamento al fallo¹⁷⁰.

Es que, además, cuando las leyes administrativas se refieren a doctrina legal lo hacen como una fuente supletoria o subsidiaria de Derecho, como lo hace por ejemplo la Ley Orgánica de Aviación Civil¹⁷¹.

4.3.2. Concepto de doctrina legal en el ordenamiento salvadoreño: dimensión casacional y extracasacional

En el sistema salvadoreño, tradicionalmente se entendía por doctrina legal “la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes”. Esta definición deriva de la Ley de Casación de 1953, e incluso era retomada por la jurisprudencia¹⁷². Sin embargo, como ya se apuntó recientemente, el Código Tributario amplió su espectro a las sentencias de Amparo y de lo Contencioso Administrativo emitidas por la Corte Suprema.

167 Vid. LALAGUNA, Enrique., *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, Aranzadi, 1969, pp. 54-55. Agrega Lalaguna que la noción de doctrina legal queda así en esa zona imprecisa de concurrencias entre la función legislativa y la función judicial. No siendo esta figura pura arquitectura de la ley escrita, ni tampoco pura creación jurisprudencial, por tanto su nacimiento depende tanto de la ley como de la de jurisprudencia.

168 Vid. LALAGUNA, Enrique., *op. cit.*, p. 53. Según el autor, la Ley de Enjuiciamiento Civil deja abierta, en teoría, la posibilidad que el Tribunal Supremo admita un recurso de casación fundado en la infracción de principios que merecen el concepto de doctrina legal, aunque como tal no hayan sido reconocidas antes en otras sentencias.

169 Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., “Notas sobre el valor de la jurisprudencia (en el título preliminar del Código Civil)”, en *Rev. Crít. Derecho Inmobiliario*, N° 509, julio, 1975, p. 830. Fuerza de intensidad que dependerá si se considera normativo o no normativo.

170 Vid. LÓPEZ VILAS, R., *op. cit.*, p. 79. Con un rango o consideración que se asemeja a las genuinas fuentes del Derecho.

171 Vid. Art. 5 de la Ley Orgánica de Aviación Civil que dice en lo pertinente: “(...) los casos no previstos deberán resolverse de conformidad con los principios del derecho común y a falta de éstos por los usos y costumbres de la actividad de la aviación civil y por la doctrina legal (...)”

172 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de habeas corpus ref. 319-99, el 28/X/1999, en la cual se expresa: “Es importante señalar que, puesto que según la Ley de Casación, la doctrina legal es la Jurisprudencia establecida por los Tribunales de Casación, no constituye doctrina legal la Jurisprudencia de cualquier Tribunal”.

Por tanto, en El Salvador, la doctrina legal se puede definir como la jurisprudencia reiterativa¹⁷³ o constante con valor normativo supletorio del ordenamiento jurídico emanada de la Corte Suprema de Justicia.

La literatura jurídica ya se había anticipado a este fenómeno, refiriéndose a la “doctrina legal extracasacional”, indicando que los términos jurisprudencia o doctrina legal no deben necesariamente vincularse a un recurso de casación. La pretendida afinidad se desliga, en primer lugar, por las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que carecen de tal mecanismo de impugnación. En segundo lugar, existen resoluciones de tribunales que no tienen acceso al recurso de casación¹⁷⁴.

4.3.3. Doctrina legal de las autoridades administrativas

Para algunos autores es admisible que los órganos administrativos creen doctrina legal a través de las resoluciones que dictan en los procedimientos administrativos; ésta se considera de valor, pero sólo dentro del ámbito de funciones de la Administración que las dicta, no pudiendo obligar ante un juez donde se juzgue su aplicación¹⁷⁵. En este sentido, el término sería sinónimo de precedente administrativo¹⁷⁶.

Tal semejanza, a este parecer, es un error en virtud que el concepto doctrina legal implica un vocablo judicial que deviene de un proceso y que deriva de sentencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia, que en lo sucesivo, serán vinculantes para los tribunales inferiores, y, en cierto modo persuasivo para la misma Corte que la dicta, en cuanto se refiere a criterios que han de seguirse en la interpretación de determinados preceptos¹⁷⁷.

En cambio, lo que derive de un organismo administrado será apropiado identificarlo como precedente administrativo, es decir, relativamente vinculante para sí mismo, pero no como doctrina legal, término que reiteramos es connaturalmente judicial¹⁷⁸.

173 Vid. RIVERO ORTEGA, R., “Igualdad, Unidad y Seguridad en la Interpretación del Derecho Administrativo”, en *RAP*, Mayo-Agosto, 1998, No 146, p. 96. Jurisprudencia reiterada del supremo es doctrina legal.

174 Vid. SAÍNZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F., “La Jurisprudencia desde la práctica forense”, en AA.VV., *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, No. 34-2001, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 179-180. Añade el autor, que parece evidente que en la práctica forense, con independencia de las denominaciones las sentencias de segunda instancia, constituyen si no doctrina legal, si jurisprudencia, y, naturalmente tienen una eficacia amplia para el tribunal que la dictó e incluso respecto de otros.

175 Vid. FIORINI, Bartolomé, *op. cit.*, p. 66. La doctrina legal de la Administración no obliga a la justicia, aunque esta pueda valorarla.

176 Supra Apartado 3.2.

177 Vid. DE COSSÍO, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Madrid, Alianza Editorial, 1977, p. 63. Manifiesta De Cossío que cuando se trata de las sentencias por el Tribunal Supremo, además de dar solución a un caso concreto, establecen doctrina legal que en lo sucesivo habrán de ser vinculantes.

178 Vid. VILLACORTA GAVIDIA, C., *op. cit.*, p.112. Es inconstitucional someter al tribunal contencioso administrativo al dictado de la Administración.

4.3.4. Debate de constitucionalidad de la doctrina legal

A finales de la década de los cincuenta del siglo XX, en El Salvador, se dio la discusión sobre la inconstitucionalidad de la doctrina legal, indicándose en esa época¹⁷⁹ que hacer obligatorio a los funcionarios judiciales las sentencias dictadas a raíz de la doctrina legal bajo la sanción de nulidad de los fallos que la contradigan, es erigir en ley la jurisprudencia de los tribunales y es, por ende, atribuir a dichos tribunales de una manera indirecta la función legislativa; agregando que es un principio de Derecho Constitucional que, cuando la Constitución ha asignado una función a determinado órgano, ningún otro órgano puede desempeñar esa función, excepto cuando la misma Constitución lo permita expresamente. Como resultado, los artículos que establecen la obligatoriedad general de la doctrina legal en la Ley de Casación¹⁸⁰ (ahora en CPrCM) serían inconstitucionales por ser contrarios a la disposición constitucional que establece que le corresponde a la Asamblea Legislativa decretar, reformar y derogar las leyes secundarias¹⁸¹.

Para estos pensadores tal figura, al mismo tiempo, viola el principio de separación de poderes y desnaturaliza los actos del Poder Judicial, quien constitucionalmente debe

179 Vid. MONTALVO, Leonilo, “Dos Palabras sobre la Ley de Casación”, en *Revista del Ministerio de Justicia*, octubre 1959, pp. 17-18. Dice el Dr. Montalvo, mayor detractor de la figura en nuestro medio, que hacer obligatoria de una manera general, para los funcionarios judiciales, y, por, consiguiente, para los particulares la doctrina legal bajo sanción de nulidad, es erigirla en ley, es decir, transformar la jurisprudencia en ley, y por consiguiente atribuir a los Tribunales de justicia de una manera indirecta una función legislativa. La Constitución salvadoreña ha adoptado el principio, que se sintetiza en la máxima: “*ejus est legem interpretari cuius est condere*”, por tanto los artículos 2 letra a) y 3 número 1º de la Ley de Casación que atribuyen indirectamente a los tribunales de Casación la función interpretativa de las leyes de una manera general obligatoria a juicio del autor son contrarios a la Constitución. Además, a su criterio se viola la separación de poderes, función de los cuales no se puede delegar, reafirmando la inconstitucionalidad de la figura. Vid. GIRÓN, José, “Consideraciones al Recurso de Casación en materia civil”, en *Revista del Ministerio de Justicia*, octubre 1959, pp. 76 y 77. Dice el jurista salvadoreño Girón, que la tesis de Montalvo ha sido un tema apasionante pero que, considera que la doctrina legal puede encontrar su justificación jurídica a partir de la exposición de motivos de la ley de casación de la siguiente forma: “*Mucho se ha debatido en los proyectos e informes que se han tenido a la vista sobre la conveniencia de aceptar como causa o fundamento del recurso, la aplicación de doctrinas legales aplicables al caso justiciable, sosteniendo algunos que aceptan la procedencia del recurso de casación por violación de la doctrina legal, implica una oposición al principio fundamental de nuestro Código Político, que establece que únicamente a la Asamblea Legislativa corresponde la interpretación auténtica de la ley, confundiendo así dos conceptos de naturaleza diferente: El primero, connota el resultado de la función judicial al resolver de manera uniforme casos concretos semejantes sobre materias idénticas, cuando las leyes son oscuras y dan origen a interpretaciones varias o contradictorias, o cuando existen vacíos en la ley, y el juzgador tiene que pronunciar sentencia sin encontrar una norma expresa en que el caso pueda subsumirse, debiendo entonces acudir a los principios generales del derecho, a la costumbre o al espíritu que informa la legislación; el segundo, o sea la interpretación auténtica es función específica del legislador, explicando o aclarando el sentido de la ley. La doctrina legal establecida por los tribunales de casación al sentenciar, es de carácter estrictamente jurisdiccional, obliga a los jueces inferiores y puede ser modificada por los de casación; la interpretación auténtica es el resultado de la función legislativa. Ahora bien, en el caso de oposición entre la doctrina legal –obra del juzgador– y la interpretación auténtica– obra del legislador– prevalecerá esta sobre aquélla, en razón de su mayor jerarquía. Al admitir la doctrina legal como fundamento del recurso de casación no solamente se acepta la doctrina general al respecto como lo hacen todas las legislaciones que han regulado esta materia, sino que también se desarrolla el criterio del legislador constituyente de mil novecientos cincuenta, que al establecer el recurso como una atribución de la Corte Suprema de Justicia en el numeral primero del artículo 89 C.P.*”, expresó su pensamiento en el sentido de que la casación “*permitirá uniformar la jurisprudencia de los Tribunales inferiores después de cierto número de sentencias uniformes de la Corte con la consiguiente seguridad de los derechos y litigios*”, según se expresa en la página 121 de los “*Documentos Históricos de la Constitución Política Salvadoreña de mil novecientos cincuenta*”.

180 Vid. Arts. 2 letra a) Ley de Casación: “*Deberá fundarse el recurso en alguna de las causas siguientes: a) Infracción de Ley o de doctrina legal*”; y 3 ord. 1º de la Ley de Casación: “*Cuando el fallo contenga violación de ley o de doctrina legal. La ley a que aquí se hace referencia puede ser aún la procesal, cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate. Hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra. Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes*”.

181 Vid. Art. 131 ord. 5º CnS. Disposición equivalente al Art. 46, ordinal 12º de la Constitución Política salvadoreña de 1950.

juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y no legislar o interpretar las leyes de manera general y obligatoria, la cual es una facultad atribuida a la Asamblea legislativa¹⁸².

En esa misma línea, se ha advertido, que las formas de la ley son un elemento necesario de la misma y que no es posible que el legislador dé un permiso en blanco a un organismo cualquiera, aunque sea judicial, con su alta autoridad intelectual y moral, para que expida verdaderas leyes, sin las garantías que fluyen del procedimiento parlamentario instituido en la Constitución, por lo que el régimen de la ley primaria no autoriza un sistema de fallos con carácter generalmente obligatorio y con eficacia fuera del caso decidido¹⁸³.

Por el contrario, una postura que niega la tesis de inconstitucionalidad es la que da un giro al enfoque señalado, expresando que la doctrina legal debe considerarse en la legislación salvadoreña como una especial regla de interpretación judicial y, en modo alguno, ha de atribuírsele carácter de fuente del Derecho¹⁸⁴.

Incluso, se sostiene que la doctrina legal se limita a crear una regla de interpretación, que jamás llega a consistir en una ley, sino en 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 hábilmente el problema esgrimido de la inconstitucionalidad de la doctrina legal.

No se comparten las tesis referidas, ya que se considera que un estudio “rigorista” y de “legalismo” a ultranza, de las fuentes del derecho, desde las cuales parten dichas posturas, es hoy en día insuficiente, puesto que la ley, en sentido formal, resulta ser ínfima para los problemas sociales complejos que se presentan ante un juez, por lo que su decisión necesita ser alimentada por otras fuentes distintas como son los precedentes emanados de la doctrina legal. Es que, si bien es cierto que la ley es Derecho, no todo el Derecho es ley, de otra manera confundiríamos la *lex* con el *ius*.

La Constitución de ninguna manera le prohíbe al Órgano Judicial crear Derecho, muy por el contrario parece privilegiarlo frente a los demás órganos, dándole facultades extraordinarias de control de constitucionalidad de las otras fuentes, como son la inconstitucionalidad¹⁸⁵ e inaplicabilidad¹⁸⁶ de las normas.

182 Vid. Art. 86 inc. Primero CnS: “El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas”; y 121 CnS: “La Asamblea Legislativa es un cuerpo colegiado compuesto por Diputados, elegidos en la forma prescrita por esta Constitución, y a ella compete fundamentalmente la atribución de legislar”.

183 Vid. CLARÁ RECINOS, M., *Ensayos y Batallas Jurídicas*, San Salvador, El Salvador, Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, 2006, p. 101.

184 Vid. COCA PAYERAS, M., *op. cit.*, p. 19. La doctrina no era fuente del ordenamiento sino un criterio a seguir por el juez al interpretar y aplicar las fuentes del ordenamiento, cuya infracción acarrea anular o casar la sentencia; Vid. De COSSÍO, Alfonso, *op. cit.*, p. 54.

185 Vid. Art. 183 CnS: “La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”.

186 Vid. Art. 185 CnS: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales”.

Sólo el juez es el encargado de definirnos: (i) qué doctrina es la aplicable para el caso en disputa, (ii) en concreto, cuáles son las consideraciones de buen sentido y razón natural ajustables al debate; (iii) qué principios explícitos e implícitos se extraen de las normas; (iv) qué doctrina legal o jurisprudencia constante tiene la capacidad de llenar un vacío de ley, en el caso concreto, y cuando en un sistema estos cuatro puntos adquieren homogeneidad, su vinculatoriedad se exige, amén de la igualdad y la seguridad, proyectándose en una fuente para resolver casos futuros similares.

Se debe agregar que, las opiniones vertidas sobre la inconstitucionalidad de la doctrina legal no dieron lugar a ninguna acción de inconstitucionalidad, sino sólo al debate doctrinario. Asimismo, la juricidad de dicha figura es aceptada con normalidad por la comunidad jurídica.

Empero, la labor del jurista siempre parte de algo definido previamente como puede ser la ley, la costumbre, la analogía, los principios, el buen sentido y razón natural, etc., construyendo sobre ellos deducciones y derivaciones¹⁸⁷ ante las nuevas exigencias sociales.

En cuanto a que la doctrina legal no es ley sino una forma de interpretarla, esto es una idea ingeniosa, pero inexacta, que enfrenta varias deficiencias. En primer lugar, las fórmulas de interpretar la ley frecuentemente derivan de ella misma¹⁸⁸ y no por eso se les niega a dichas normas el carácter que tienen. En segundo lugar, la doctrina legal no es una simple recomendación o sugerencia, sino es obligatoria de forma general, y no precisamente por ser ley, sino, por constituir derecho; ya en un plano más local se trae a cuenta que la vinculatoriedad deviene formalmente del legislador mismo¹⁸⁹ y

187 Vid. IGLESIAS, Juan, *Las Fuentes del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 1989, p. 54. El autor expresa que el jurista labora sobre lo que en el Derecho existe ya definido, siendo ello germen de deducciones y derivaciones; Vid. DE COSSÍO, Alfonso, *op. cit.*, p. 54.

188 Vid. Arts. 19 – 24 Código Civil Salvadoreño.

189 Vid. Art. 3 de la Ley de Casación: “*El recurso por infracción de ley o doctrina legal tendrá lugar por los motivos siguientes: 1º. Cuando el fallo contenga violación de ley o de doctrina legal. La ley a que aquí se hace referencia puede ser aún la procesal, cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate. Hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra. Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes; 2º. Cuando el fallo se base en una interpretación errónea de ley o de doctrina legal, y aun siendo ley procesal, cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate; 3º. Cuando, no obstante haber el juzgador seleccionado e interpretado debidamente la norma aplicable, y calificado y apreciado correctamente los hechos; la conclusión contenida en el fallo no sea la que razonablemente corresponda; 4º. Si el fallo fuere incongruente con las pretensiones deducidas por los litigantes, otorgue más de lo pedido o no haga declaración respecto de algún extremo; 5º. Por contener el fallo disposiciones contradictorias; 6º. Por ser el fallo contrario a la cosa juzgada sustancial, o en él se resolviera algún asunto ya terminado en primera instancia; por deserción o desistimiento, siempre que dichas excepciones se hubieren alegado oportunamente; 7º. Cuando hubiere abuso, exceso o defecto de jurisdicción por razón de la materia; 8º. Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho; o error de hecho, si éste resultare de documentos auténticos, públicos o privados reconocidos, o de la confesión cuando haya sido apreciada sin relación con otras pruebas”;* Art. 5 del Ctribs.: “*Constituyen fuentes del ordenamiento tributario: a) Las disposiciones constitucionales; b) Las leyes, los tratados y las convenciones internacionales que tengan fuerza de ley; c) Los reglamentos de aplicación que dicte el órgano ejecutivo; y, d) La Jurisprudencia sobre procesos de constitucionalidad de las leyes tributarias. Supletoriamente constituirán fuentes del ordenamiento jurídico tributario, la doctrina legal emanada de los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, así como la proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo ambas de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos. Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales antes referidos, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes.*”, y Art. 5 de la Ley Orgánica de Aviación Civil: “*El régimen administrativo de la presente ley, sus reglamentos, regulaciones y tratados internacionales vigentes sobre la materia en la República de El Salvador, será ejercido por la AAC, la cual velará por el efectivo cumplimiento de estos instrumentos; y, los casos no previstos deberán resolverse de conformidad con los principios del derecho común, y a falta de éstos por los usos y costumbres de la actividad de la aviación civil y por la doctrina legal. Para esos efectos, la AAC estará dirigida por una instancia colegiada y en lo administrativo estará a cargo de un Director Ejecutivo, quien*

materialmente del respeto a los principios de igualdad y seguridad jurídica, de los que se desprende que ante supuestos iguales, la decisión del tribunal debe ser igual, siempre que ambos supuestos sean análogos, en condiciones que hagan necesario el tratamiento igualitario de los mismos¹⁹⁰. Lo que para la literatura jurídica contemporánea implica para el juzgador una vinculatoriedad forzosa y no una mera orientación¹⁹¹.

Habiendo dejado claro que la utilización o respeto de la doctrina legal por los operadores del Derecho es absolutamente imperativa, y no simplemente orientativa, su fundamento parece, entonces, acercarse más a los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica y certidumbre jurídica.

4.4. El fundamento de la jurisprudencia en la Jurisprudencia

La doctrina nacional ha reconocido que el proceso de amparo constitucional tiene dos ámbitos o dimensiones: el subjetivo, que resguarda los presuntos derechos vulnerados, es decir, a través de la justicia inmediata que se realiza en el proceso judicial de tutela constitucional; y la vertiente objetiva, que va más allá del litigio planteado realizando una interpretación constitucional, que orienta a toda la generalidad y especialmente a los operadores del derecho, judiciales y administrativos, donde las interpretaciones realizadas en el debate trascienden como pautas de regulación o comportamiento en cuanto al deber ser constitucional¹⁹². En la primera se cumple en el gran mandato de administrar pronta y cumplida justicia y de tutelar los derechos constitucionales que pudieran ser transgredidos por las distintas autoridades en los ciudadanos, función primordial que tiene basamento expreso en la Constitución y la ley. En cuanto al otro ámbito, es una función derivada de la primera, pero que parte de la condición especial que tiene la Sala de lo Constitucional al tener monopolizado el conocimiento del proceso de amparo, siendo el superior y último intérprete de los derechos fundamentales, de lo que desenlaza que los efectos de las interpretaciones de sus sentencias trasciendan y sirvan de lazarillo a los demás tribunales y autoridades.

responderá ante dicha instancia por todos sus actos. El Director Ejecutivo, para el cumplimiento de sus funciones contará con gerencias de área, en lo administrativo y en lo técnico, de línea y de apoyo. La descripción funcional de éstas Gerencias de Área deberá establecerse en los manuales correspondientes”.

190 *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de hábeas corpus ref. 420-2000, el 25/VI/2001. En idéntico sentido, la misma Sala se ha pronunciado en sentencias dictadas en los procesos de amparo ref. 105-2000 el 28/II/2000 y de hábeas corpus ref. 246-2000 el 30/X/2001.

191 *Vid.* MOLINA MÉNDEZ, J., *El Principio Stare Decisis en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 2. Dice que el principio del precedente implica una mera guía de decisiones anteriores, en cambio, el principio de *stare decisis* añade que los jueces estén efectivamente vinculados. Pero aclaramos nosotros que la idea original de la doctrina legal no era en el sentido del *stare decisis* anglosajón, el cual se refiere a igualdad fáctica, se trataba más bien de orientar a los jueces inferiores a respetar conceptos abstractos establecidos por el tribunal de casación.

192 *Vid.* MONTECINO GIRALT, M., *El amparo en El Salvador*, San Salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005, p.56. El autor dice que es evidente que los efectos de la decisión adoptada en un amparo no se restringen únicamente al ámbito subjetivo, es decir, a procurar las categorías jurídicas protegibles, sino que el ámbito trasciende a lo objetivo. En igual sentido: *Vid.* GARCÍA-PELAYO, M., *op. cit.* p. 33; *Vid.* PÉREZ TREMPES, P., *El Recurso de Amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 29-32. Aclara que estas dos dimensiones no son contrapuestas. *Vid.* FERNANDEZ FARRERES, G., *El Recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 30.

Se concibe que la dimensión objetiva de la jurisprudencia de amparo se constituya en un principio del ordenamiento jurídico, destinado a que las interpretaciones que se realicen sobre los derechos fundamentales tengan un valor normativo con efectos *erga omnes*.

Esto implica un planteamiento de vanguardia, arrojando de forma sutil que la Sala de lo Constitucional estará cumpliendo con una función regulatoria indirecta que vinculará de forma muy especial a las autoridades del Estado¹⁹³.

Ni la Constitución salvadoreña, ni la Ley de Procedimientos Constitucionales regulan la fuerza objetiva de la jurisprudencia de amparo; por tanto, no es raro que muchos en la comunidad jurídica nacional sostengan en la línea tradicional que la misma sólo tiene valor entre las partes intervinientes en el litigio concreto que se dirime. Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha colegido que debido a la posición de la Sala de lo Constitucional en el ordenamiento, ésta desarrolla una función colectiva de defensa objetiva de la Constitución¹⁹⁴. Obviamente, al encontrarse dicha Sala en la cúspide del Órgano Judicial, no está sujeta más que a sí misma; esta posición privilegiada sumada al rol de defensa de la constitución, le permiten sin lugar a dudas ejercer una función regulatoria indirecta a través de su jurisprudencia.

La Sala de lo Constitucional ha indicado también, en una reciente sentencia, que los criterios contenidos en las providencias jurisdiccionales son auténticas normas jurídicas concretadas jurisprudencialmente, la cuales son fuente del Derecho y, por ello, poseen fuerza vinculante¹⁹⁵.

En esta línea, se puede establecer que la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha dictado fallos que se pueden calificar de “autofundamentos” del valor de su jurisprudencia, la cual se ordena así:

- a) Las interpretaciones de la Sala de lo Constitucional tienen un valor normativo y vinculante para todos los operadores del Derecho¹⁹⁶, aun cuando se trate de valoraciones realizadas en procesos de amparo y habeas corpus. No se puede perder de vista que independientemente de la clase de proceso judicial que se ventile ante la Sala de lo Constitucional, siempre su función simultánea será la de interpretar la Constitución de una forma fehaciente.

193 Vid. LÓPEZ PIETSCH, P., “Objetivizar el Recurso de amparo: Las recomendaciones de la comisión Benda y El Debate Español”, en *Rev. Esp. Derecho Const.*, N° 53, Mayo-Agosto 1998, p. 142. Establece que la vertiente objetiva es un principio o un valor que hace referencia a la preocupación por el grado de determinación y vigencia efectiva de la norma que reconoce el derecho. En similar sentido: Vid. GOZÁÑI, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional*. Amparo, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 476.

194 Vid. PÉREZ TREMPES, P., *op. cit.*, p. 72. *El mecanismo de defensa e interpretación objetiva de la Constitución*. Vid. MONTECINO GIRALT, M., *op. cit.*, p. 57. La jurisprudencia ha destacado la función de la defensa objetiva de la Constitución.

195 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 408-2010, el 27/X/2010.

196 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ, en el proceso de amparo ref. 787-99, el 11/VII/2000. “En lo sucesivo los operadores jurídicos tendrán que tomar necesariamente en consideración la integración hecha, resolviendo los casos conforme a la jurisprudencia emanada de este Tribunal”. Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en revisión de proceso de exhibición personal, ref. 1-B-95, el 3/II/1996. “Y ante la omisión o mora legislativa que armonice las instituciones del proceso penal, son los Jueces, en tanto Jueces no de la Ley sino de la Constitución como los instituye el Art. 185 Cn. son quienes deben llevar a cabo tal armonía; y especialmente a esta Sala, cuya Jurisprudencia, en base a la Doctrina del precedente o principio del “*stare decisis*” y al principio de igualdad, es vinculante para todos los operadores del derecho.”

- b) Dicha Sala es el máximo intérprete de la Constitución,¹⁹⁷ la cual tiene la última palabra sobre el sentido correcto de la norma fundamental; consecuentemente, sus criterios ligan a todas las autoridades judiciales y administrativas.
- c) Si una autoridad, judicial o administrativa, realiza una interpretación diferente de la norma constitucional a la hecha por la Sala de lo Constitucional en una fecha ulterior al análisis del máximo intérprete, la referida autoridad viola la Constitución y por ende es sujeto de responsabilidad¹⁹⁸. En ese mismo sentido, si la Sala declara que una norma es conforme a la Constitución, ninguna autoridad puede negarse acatarla¹⁹⁹.
- d) La Sala de lo Constitucional tiene facultad para establecer los parámetros de la labor jurisprudencial de otros tribunales como la Sala de lo Contencioso Administrativo. Así, ha exhortado a ésta a que debe evitar hacer interpretaciones restrictivas de su respectiva ley, y más bien buscar la manera de llenar los vacíos legales que eventualmente se puedan suscitar, a través de una concreción jurisprudencial, encaminada a determinar el contenido de cada concepto jurídico indeterminado o abierto utilizado en la ley²⁰⁰.

En lo que se refiere a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ésta recientemente ha expresado que reconoce el valor de la jurisprudencia como fuente, estableciendo que la misma se fundamenta en el principio de *stare decisis*, el cual surge como consecuencia de un precedente sentado por los jueces en las decisiones judiciales. Sin embargo, debe diferenciarse del principio del precedente, pues éste consiste en el uso generalizado de las decisiones anteriores, como guía a la hora de adoptar otras decisiones. Por su parte, el principio *stare decisis* añade que los jueces se hallen efectivamente vinculados -y no sólo orientados-, por los principios derivados de ciertos precedentes; es decir, regla de aplicación para el Derecho.

En este orden, dicha Sala recoge también el concepto de autoprecedente, el cual es la decisión judicial originada por el mismo Tribunal, que lo obliga a someterse a sus propias decisiones. Sin embargo, a pesar que el principio de *stare decisis* tiende a la consistencia y uniformidad de las decisiones, esto no implica que el mismo tribunal sea inflexible en sus propios fallos, pues tal conducta llevaría a la petrificación de la jurisprudencia. De manera que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable²⁰¹.

197 Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 311-2001/491-2001, el 14/IX/2004. En el mismo sentido, Vid. Sentencias dictadas por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en los procesos de inconstitucionalidad ref. 9-2003, el 22/X/2004; ref. 9-97, el 15/II/2002. Vid. Sentencias pronunciadas por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en los procesos de amparo ref. 194-99, el 9/V/2000; ref. 177-98 el 4/I/2000; ref. 89-99 el 20/XII/1999.

198 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 366-99, el 11/XII/1999.

199 Vid. Arts. 77-F y 77-G L.Pr.C. El incumplimiento de la sentencia de la Sala de lo Constitucional por parte del Juez, constituye delito de desobediencia

200 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 384-97, el 9/II/1999.

201 Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso bajo ref. 98-T-2004, el 31/V/2008.

Asimismo, en la práctica administrativa, no es raro que los entes de la Administración fundamenten sus actos administrativos citando jurisprudencia de dicha Sala, considerándola hasta en algunos casos de obligatorio cumplimiento²⁰².

Otra razón pragmática es que la autoridad administrativa prefiere plegarse al criterio jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo, porque al final es ésta la guardiana de la legalidad de sus actuaciones y la que probablemente juzgará la actuación del funcionario y su derivada responsabilidad²⁰³.

Sin tener a menos estas manifestaciones judiciales precedentes, lo más adecuado para la certeza de la ciudadanía es que se estructure por la vía legislativa una disposición que clarifique la institución de las fuentes jurídicas en El Salvador, indicando el valor y rol que deberá desempeñar la jurisprudencia; ésta, por las particularidades de nuestro sistema, tendría un uso supletorio frente a la norma escrita, adquiriendo dichos precedentes jurisprudenciales el mismo valor jerárquico que la norma interpretada.

5. DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA VINCULATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Resulta evidente que el cuestionamiento sobre el valor obligatorio de la jurisprudencia será un debate con sentido jurídico y sociológico en los sistemas legalistas o normativistas²⁰⁴, dado que en el sistema anglosajón negar su vinculatoriedad sería una herejía equivalente a negarle valor en el sistema nacional a la ley, que es algo tan natural que está incrustado en la mente colectiva²⁰⁵.

También es de subrayar que la determinación de la naturaleza cognoscitiva de la jurisprudencia es la que da inicio a la diferencia entre el positivismo jurídico y sus adversarios. Para el primero, consiste en una actividad estrictamente declarativa o reproductiva de un Derecho preexistente, es decir, en el conocimiento puramente pasivo y contemplativo de un objeto dado previamente; para los otros, consistiría en una actividad que es, además, creativa o productiva de un Derecho nuevo, o sea, en el conocimiento activo que el mismo sujeto que conoce contribuye a producir²⁰⁶.

202 Vid. Resolución emitida por la Dirección General de Impuestos Internos; División Jurídica, Departamento de Tasaciones, a las nueve horas quince minutos del día doce de junio de dos mil seis, ref. 12302-RVI-106H-2006. "(...) *Se ha sentado jurisprudencia... lo cual es vinculante, con carácter obligatorio y de manera absoluta, generándose de manera automática irreversible la adhesión y adopción del criterio emanado de la Sala (...) en la actuación de la Administración para otros casos subsiguientes.*"

203 Vid. RIVERO, Jean, *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 2002, p. 153. El Juez Administrativo es el guardián de la legalidad administrativa.

204 XIOL RÍOS, J., *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*, Madrid, Fundación Beneficencia *et peritia iuris*, 2005, p. 53. La eterna discusión de si la jurisprudencia es fuente del Derecho sólo tiene sentido en un sistema normativista.

205 SANTAMARÍA PASTOR, J., *Principios de Derecho Administrativo*, v. I, 4ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 166. Manifiesta Santamaría que frente a la tradición del Derecho Anglosajón, que confiere eficacia obligatoria a la jurisprudencia, ya que es la base de su sistema; en el Derecho Continental Europeo se ha conducido por otros caminos distintos, en donde el dogma de la soberanía nacional que recaía sobre la Asamblea Legislativa y su manifestación exclusiva a través de la ley, han sido aplastantes, anulando la figura del precedente judicial.

206 Vid. BOBBIO, Norberto, *El Positivismo Jurídico* (trad. al castellano por Rafael de Asís), Madrid, Debate, 1998, p. 215. Dice Bobbio que estas dos concepciones diferentes de la jurisprudencia pueden ser conectadas con dos posiciones filosóficas: la

Ahora bien, el valor de la jurisprudencia administrativa tiene un ingrediente adicional que hace más determinante este cuestionamiento, el cual es que su principal destinatario es la Administración Pública; en consecuencia, en este apartado desarrollaremos algunas posturas que niegan la vinculatoriedad a la jurisprudencia administrativa, como también otras posiciones que la admiten como parte de las fuentes del ordenamiento administrativo.

5.1. Posturas que niegan la obligatoriedad jurídica de la jurisprudencia administrativa

Algunos han sostenido que la jurisprudencia administrativa no puede ser fuente de Derecho ni para la Administración ni para los particulares, en virtud de que la misión del Órgano Judicial no es crear el Derecho, función exclusiva y propia de la Asamblea Legislativa, sino aplicarlo. Los Tribunales afirman que no legislan, sino que resuelven según lo legislado previamente, siendo sus sentencias aplicaciones concretas del Derecho Objetivo²⁰⁷.

Este sector de la doctrina, muy tradicional, indica que la producción de reglas jurídicas no se encuentra dentro de la esfera de competencia de los tribunales de justicia, en virtud de que existe un principio constitucional de división de poderes que prohíbe tal posibilidad. De ahí que las decisiones de los jueces tengan efectos concretos y singulares que se concretizan en la aplicación del Derecho. Pretender otorgarle un valor general o abstracto a los pronunciamientos judiciales implicaría la competencia del Órgano Legislativo²⁰⁸.

Para otros, la jurisprudencia no tiene valor por sí misma, sino como un instrumento o un medio para declarar los principios generales del Derecho. Por tanto, la jurisprudencia no puede incluirse dentro de las fuentes directas del Derecho Administrativo, pues su valor consiste en recoger simplemente a otra fuente²⁰⁹.

El juez no edifica un Derecho nuevo, sino recoge sobre una base ya existente de principios jurídicos universales.

concepción iuspositivista de la jurisprudencia es deudora de una gnoseología de tipo realista y la posición antipositivista que depende de una gnoseología de tipo idealista.

207 Vid. GARCÍA OVIEDO, C., *op. cit.*, p. 118. Agrega el autor que aún la jurisprudencia constante no es en verdad producto de la conciencia jurídica del pueblo, aunque sea una manera de vivir el Derecho, mas sí lo es de una élite social que, por su prestigio doctrinal y moral, la hace llegar a las masas y penetrar en la conciencia del Estado, influyendo grandemente en los rumbos futuros del legislador; En igual sentido: Vid. MONTALVO, Leonilo, *op. cit.*, p. 17; Vid DÍEZ PICAZO, L., - GULLON, Antonio, *op. cit.*, p. 153; Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, p. 95.

208 Vid. DE DIEGO, Felipe, *op. cit.*, pp. 128-131. Felipe Clemente De Diego aclara que negarle el valor de fuente formal a la jurisprudencia de ninguna manera desmerita el rol del juzgador, de ser un intermediario que pueda y sepa adaptar la ley a las situaciones y circunstancias tan particulares para las que la aplica. Amplía también, que cierto es que existe una gran autoridad de los criterios judiciales repetitivos, pero esta autoridad es moral. Similar matización Vid. LUMIA, Giuseppe, *Principios de Teoría e ideología del Derecho* (trad. al castellano por Alfonso Ruiz Miguel), Madrid, Debate, 1989, p. 65.

209 Vid. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho...*, *cit.*, p. 310. Dice Garrido que a la jurisprudencia se le suele involucrar con los principios generales del Derecho ya que a través de ella se declaran. Sin que termine de quedar clara la cuestión de si la vigencia de los principios se debe a que han sido reconocidos por el juez, o, si, por el contrario, el juez los ha aplicado precisamente en razón de su vigencia. En igual sentido: ZAVALA EGAS, J., *Introducción al Derecho Administrativo*, Guayaquil, Edino, 2003, p. 244; Vid. SÁNCHEZ AGUILAR, M., *op. cit.*, pp. 40-41.

En esta línea, se ha expresado que cuando el juzgador se encuentra con una laguna de la norma escrita, no es que realice una tarea creadora de Derecho Positivo, sino un quehacer sumamente más modesto: lo que el juez hace es buscar los principios generales del Derecho aplicables al debate.

Son dichos principios los que constituyen fuente, como parte del ordenamiento, pero su imperio como tal no deriva de la autoridad del juzgador. El juez es un mero servidor de los principios, no un creador, verifica la preexistencia de éstos, pero no los crea. Verdaderamente, el carácter lato, propio de estos le permite cierto grado de margen en la interpretación, pero no por ello se estima menos atado por el hecho de su preexistencia²¹⁰.

Asimismo, se ha señalado que ni siquiera puede aducirse que la jurisprudencia sea fuente para solventar lagunas que dejen las verdaderas fuentes del Derecho, ya que el ordenamiento jurídico carece de vacíos, dado que los que existen en la ley y la costumbre se resuelven con la aplicación inmediata y total de los principios generales del Derecho.

En consecuencia, la aparente función de la jurisprudencia de cubrir vacíos es un espejismo, porque se presentan dos situaciones identificables: a) O se trata de una aplicación de los principios generales al caso concreto, en que la jurisprudencia únicamente se limita a aplicarlos; b) O estamos ante una simple regulación de la ley o la costumbre; en tal caso, la laguna era aparente, y sólo hacía falta que el juzgador fijara o determinara la norma aplicable²¹¹.

En la misma línea, se ha expuesto que la jurisprudencia no puede ser norma porque carece de la generalidad, objetividad e impersonalidad, dado que la sentencia es para efectos concretos, personales o particulares. Se indica, además, que no es cierto que la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia constituya fuente, ni aún subsidiaria, porque si se profundiza en estos casos, se puede observar que la labor de las sentencias es aplicar una costumbre o un principio; en consecuencia, no podemos afirmar que la jurisprudencia sea fuente de Derecho, sino un simple vehículo donde se transporta la fuente del Derecho. Es evidente que para esta posición, la jurisprudencia, por sí misma, no tiene un carácter normativo²¹².

También se ha matizado bajo la tradición *kelseniana*²¹³ que la jurisprudencia es una norma individualizada para el caso en concreto que el juez dirime, pero jamás puede

210 Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El Método en el Derecho Administrativo”, en *RAP*, enero-abril 1957, No. 22, pp. 60-61. Agrega González Pérez, que la jurisprudencia no crea Derecho, el juez se limita a constatar la existencia de los principios generales del derecho en un caso en concreto. Pero la obligatoriedad de los principios no penden del arbitrio del juez, pues ya preexisten desde antes. Sin embargo, la jurisprudencia puede llegar a ser, en muchos casos, un mecanismo que nos permita comprobar la existencia de los principios y sistematizarlos.

211 Vid. ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.*, p. 141. Agrega que a su juicio en España la jurisprudencia no es fuente ni convendría que fuese, ya que de serlo el T.S. tendría poder legislativo lo cual es inaceptable.

212 Vid. ALVAREZ-GENDÍN, S., *Tratado General de Derecho Administrativo*, t. I, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 240-241. Lo verdaderamente normativo es la costumbre y los principios generales del Derecho, los cuales pueden ser aplicados aun en contra de criterios jurisprudenciales, por muy reiterados que estos sean.

213 Vid. KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, San Salvador, El Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 2004, p.79. Dice Kelsen que la función judicial no tiene un carácter meramente declarativo. La sentencia judicial es una norma jurídica individual, la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta.

tener la virtud, que en otro debate semejante, pueda obligar al juez a sentenciar de igual forma, ya que esto es propio de una norma general²¹⁴.

Se ha dicho que existe una divergencia esencial entre producir Derecho e interpretarlo, pero no por ello la interpretación es una labor pasiva y mecánica. Surgen, de parte del operador del Derecho, argumentos creadores: de igual forma que una misma melodía es cantada con diferente estilo, según su intérprete, unos buenos, otros regulares, y la mayoría desafinados; la misma norma interpretada por diferentes juzgadores y en tiempos disímiles, dan lugar a soluciones muy divergentes y hasta contradictorias, porque el Derecho no es una ciencia exacta, sino que tiene un gran matiz de creatividad artística, y por ello, sujeto a variadas versiones²¹⁵.

La mera repetición de una postura judicial no significa necesariamente que la jurisprudencia sea una fuente del Derecho. Muy por el contrario, los juzgadores no crean Derecho. No obstante, acontece que la reiteración de casos o precedentes, sobre todo de la Corte Suprema, provoca que se siente jurisprudencia, o sea, que la doctrina legal pueda motivar la pretensión de un litigante. Por tanto, aunque la jurisprudencia pueda fundamentar con éxito una demanda o un recurso, no significa por ello que sea una auténtica fuente de Derecho²¹⁶.

Se dice que la jurisprudencia administrativa, en un sentido propio, no es fuente de Derecho, al menos de manera directa, como se considera a la ley. Tiene, entonces, un papel complementario del ordenamiento, atribuyéndole a la Corte Suprema de Justicia la función exclusiva de establecer jurisprudencia mediante la interpretación y aplicación de las fuentes directas, y únicamente surge ello cuando esto acontece de forma reiterada²¹⁷.

214 Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Barcelona, Bosh, 1979, p. 559. Agrega el autor que la relación entre norma general y norma individual es la de género a especie, relación puramente lógica, la norma individual implica por otra parte la determinación de cuál especie es precisamente la que ha de elegirse, pues ese margen de libertad lo deja siempre la norma general, ese acto de elección no es ya una operación lógica, sino un acto creador. En este orden, el juez crea normas jurídicas individuales pero no generales; En igual sentido: Vid. MARTÍNEZ ROLDÁN, L.,- FERNÁNDEZ SUÁREZ, J., *Curso de Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 170; Vid. CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 93; Vid. DIEZ- PICAZO, L. – GULLON, Antonio, *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 152.

215 Vid. DE COSSÍO, Alfonso, op. cit., p. 64. El autor profundiza diciendo que la norma jurídica, no obstante ser obligatoria en toda su plenitud, no aparece en escena en un cuadro rígido, sino como una regla flexible, fecunda y dinámica, y la labor del juez es justamente la que tiene por fin el descubrir todas estas posibilidades guardadas en la norma, consiguiendo su adaptación a los problemas planteados por la realidad, único medio de alcanzar en cada caso una solución justa, en la que han de influir elementos morales, consideraciones económicas, y finalidades sociales. Sin embargo, advierte, que confundir la función del legislador con las del intérprete sería un error lleno de peligros. “*Como sería una muestra de la debilidad de la ciencia del Derecho, un signo de su decadencia, el aceptar la doctrina legal como un dogma no susceptible de discusión*”.

216 Vid. GARCÍA-TREVIANO FOS, J., op. cit., p. 319. Dice que la repetición de resoluciones por parte del Tribunal Supremo en España, hace que se pueda fundamentar con éxito una acción pero no por ello la jurisprudencia es verdadera fuente del Derecho.

217 Vid. SANTOS BRIZ, J., op. cit., p. 182. En igual sentido: COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I., 17ª ed., Pamplona, Thomson-Civitas, 2006, p. 142. Considera el autor que en el Derecho Administrativo, en términos generales, la jurisprudencia no tiene un valor diferente que en otras ramas, valor que esencialmente en España es un complemento del ordenamiento cuando de modo reiterado lo establece el Tribunal Supremo en su doctrina al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

5.2. Argumentos a favor de la obligatoriedad jurídica de la jurisprudencia administrativa

El sector de la doctrina que se perfila por considerar que la jurisprudencia sí es fuente de Derecho en toda su plenitud, y tiene total obligatoriedad jurídica dentro del ordenamiento, en muchas ocasiones se ha inclinado por una técnica contra argumentativa de analizar las tesis negativas, desvirtuando cada una de sus posiciones, para deducir conclusiones positivas con respecto al valor de la jurisprudencia²¹⁸.

Utilizando esta técnica adversativa se han hecho los siguientes comentarios y críticas:

5.2.1. La jurisprudencia y su fuerza persuasiva

Frente a la opinión que la función judicial no tiene la capacidad de generar normas en sentido general, es decir, legislar o normar conductas de forma abstracta²¹⁹., se observa que los tribunales de ninguna manera pretenden crear normas generales, esa función dentro del organigrama del Estado le corresponde claramente a otro órgano. Sin embargo, no puede negarse el valor y fuerza persuasiva que se desata de las soluciones judiciales paradigmáticas o emblemáticas, aunque sea de un sólo caso. Es poco probable que, en todos los casos, el juez sólo aplique las normas preexistentes con anterioridad al debate, ya que es inverosímil que la ley haya cubierto todas las circunstancias que puedan presentarse. Es evidente que existen lagunas que deben ser cubiertas con la creatividad judicial²²⁰.

218 Sobre las posiciones a favor de la vinculatoriedad de la jurisprudencia en términos generales: Vid. PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho*, cit., pp. 255-270; Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 482 y ss; Vid. PARADA, Ramón, op. cit., pp. 83-84.; Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Madrid, Ariel, 2003, pp. 353-355; Vid. APARISI MIRALLES, A., “Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° IX, 1992, pp. 249- 265; Vid. PECES MORATE, J., “Valor de la Jurisprudencia”, en *AA.VV., La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 56; Vid. COSCULLUELA MONTANER, L., op. cit., p. 142; Vid. XIOL RIOS, J., *El Precedente Judicial y otros Estudios sobre el Proceso Administrativo. Técnicas de evitación del proceso contencioso administrativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 217-218; Vid. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho* (trad. al castellano por E. Roza Acuña), Madrid, Debate, 1998, p. 244; Vid. CLAVERO ARÉVALO, M., “La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las lagunas del Ordenamiento Administrativo”, en *RAP*, enero-abril 1986, 1952, p. 52; Vid. GARCÍA CUADRADO, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho Constitucional Español”, en *RGD*, mayo 1990, N° 548, p. 3177; Vid. VILAR BADIA, R., “La Sentencia Judicial, Proceso Creador del Derecho”, en *Rev. Derecho Procesal*, 1977, núms. 2-3. p. 688; Vid. RUBIO LLORENTE, F., “El Procedimiento Legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del derecho”, en *Rev. Esp. Derecho Const.*, enero-abril 1986, N° 16, p. 110; Vid. GASCON ABELLAN, M., op. cit., pp. 70-71; Vid. D’ORS, Álvaro, “Principios para una teoría realista del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. I, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1953, pp. 313 y ss; Vid. NIETO, Alejandro, “El Positivismo Jurídico y la Constitución de 1978”, en *Rev. Esp. Derecho Const.*, mayo-agosto, 1989, N° 26, pp. 25 y ss; Vid. MONTORO BALLESTEROS, A., “Ideologías y Fuentes del Derecho”, en *Rev. Estud. Polít.*, julio-agosto, 1984, N° 40, p. 82; Vid. OGAYAR Y AYLON, T., *Creación Judicial del Derecho*, Madrid, Real Academia de jurisprudencia y legislación, 1975, pp. 21 y ss; Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, en *RAP*, N° 40, enero-abril, 1963, pp. 189-22; Vid. MARIENHOF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, cit. p. 304; Vid. CUETO RÚA, J., “La Jurisprudencia como Fuente del Derecho”, en *Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología*, 1961, Anuario, II, p. 78.

219 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., op. cit., p. 95. Señala que los jueces no pueden emitir disposiciones generales. En parecido sentido: Vid. GARCÍA OVIEDO, C., op. cit., p. 118; Vid. DÍEZ PICAZO, L. - GULLON, Antonio, *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 153; Vid. ALBALADEJO, Manuel, op. cit., p. 138.

220 Vid. PECES MORATE, J., op. cit., p. 56. “Las lagunas legales exigen una auténtica labor de creación de nuevo Derecho y no sólo de interpretación del existente, de manera que no se trata de problemas de interpretación sino de integración del ordenamiento jurídico con la creación de nuevas normas de origen jurisprudencial”. En la misma línea, Vid. PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho...*, cit., p. 256. No puede negarse el valor y la fuerza ejemplar de una sentencia, aunque sea de un sólo caso; Vid. DELGADO BARRIO, J., op. cit., p. 2313.

Negar el carácter persuasivo que tiene especialmente la jurisprudencia administrativa, es en estos tiempos, insostenible, pues, inclusive, su nivel de influencia sobrepasa las esferas del Órgano Judicial, sirviendo los fallos de guías de legalidad para la Administración Pública, pues muchas de sus resoluciones son fundamentadas en precedentes jurisprudenciales como un blindaje de juricidad.

5.2.2. La jurisprudencia representa un precedente para casos nuevos

De manera similar se reprocha que las sentencias se dicten singulares para casos aislados, cuyos efectos son individuales y concretos; en consecuencia, adolecen de una normatividad genérica²²¹. Esto se advierte manifestando que, a pesar de que una sentencia se presenta para un caso específico, su solución supone una medida apropiada y justa para volver a utilizarse de presentarse un debate similar²²².

En este sentido, no existe ningún valladar para que la sentencia cumpla un doble rol; *prima facie*, dirima un conflicto con efectos de cosa juzgada para los litigantes; pero adicionalmente, sirva de modelo o referente para solucionar otros casos con características similares, sobre todo, cuando el fallo judicial cuenta con interpretaciones o deducciones innovadoras, abonando al mismo tiempo a la unidad del ordenamiento.

La legislación salvadoreña, como es connatural, recoge los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica y certidumbre jurídica, siendo el instrumento idóneo para vivificar tales principios la uniformidad de los precedentes jurisprudenciales. La misma figura de la doctrina legal o jurisprudencia constante representa la gran aspiración del ordenamiento salvadoreño por la unidad del sistema²²³.

5.2.3. Fuerza creadora de la jurisprudencia

Se dice que no puede ser fuente, propiamente dicha, dado que no dicta una reglamentación general y obligatoria. Muy por el contrario, la Corte Suprema de Justicia es capaz de modificar sus propios precedentes a su libre albedrío, no encontrándose casada con sus sentencias anteriores²²⁴. A lo cual se responde que la veracidad de lo que se

221 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., "La Jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código Civil", en *ADC*, t. XXVIII, fasc. II, abril-junio 1975, pp. 440-441. Indica De La Oliva, que la creación jurídica de los órganos jurisdiccionales es una obra única, pues únicos e irrepetibles son los casos, de manera que si se llama jurisprudencia a un conjunto de sentencias, es evidente que estas no pueden ser fuente de Derecho, por ser creaciones jurídicas irrepetibles. En similar sentido, Vid. DIEZ-PICAZO, L., - GULLON, Antonio, *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 152.

222 Vid. PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho...*, op. cit., p. 256. Dice el autor que, en primer lugar, hay que aclarar que no solo las normas generales y vinculantes forman parte del ordenamiento, lo cual es un error liminar del planteamiento. No obstante, las sentencias a pesar que son decisiones individuales y concretas, no sólo resuelven el caso en litigio, sino un caso típico, susceptible de plantearse de nuevo. Por tanto, lo justo y lo jurídico se compenetran en la medida en que las sentencias representan la misma protección para todos los que se hallen en una situación equiparable.

223 Vid. Art. 524 C.Pr.M.

224 Vid. BLASCO GASCÓ, F., op. cit., pp. 65-66. "No se trata de que el juez deba seguir necesariamente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de igual forma que a la ley, sino que el juez tiene la libertad de apartarse motivadamente del precedente. De este modo, la eficacia vinculante y persuasiva no se entiende como un vínculo indisoluble e inalterable con un antecedente judicial sino como una facultad de separarse de la doctrina jurisprudencial por razones relevantes y de manera expresa y motivada". En similar opinión: Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., *La interpretación según el título preliminar del Código Civil*, Madrid, Real Academia de jurisprudencia y legislación, 1996, pp. 17-18.

afirma, depende de que se haya dado por supuesto que dentro del concepto de Derecho sólo cabe aquello que tiene un génesis imperativo desde su nacimiento. No obstante, la *ratio decidendi* o los motivos de una resolución judicial equitativa y ecuaníme pueden tener más fuerza creadora que el autoritarismo abstracto de una norma legal cuyos fundamentos se hayan perdido en el olvido²²⁵.

En la singularidad de cada litigio, el juzgador tiene la obligación de justificar o defender su decisión con un conglomerado de argumentos de distinto tipo: principios del Derecho, aforismos jurídicos, doctrina legal, evidencias, experiencias, normativa, doctrina de expositores del Derecho²²⁶.

Pues todo este esfuerzo de ideas, evidentemente tiene un carácter creativo, inclusive, reconocido por nuestro ordenamiento²²⁷.

En este orden, aunque una sentencia no se construya originalmente para legislar, es inevitable que la doctrina jurisprudencial que se desprende de ella tenga un impacto en el ordenamiento, de manera especial en las situaciones identificadas como “casos difíciles”. Igualmente, el hecho que la Corte Suprema no esté atada a sus propios precedentes, en nada desmerita el valor y función de su jurisprudencia, dado que esto lo único que significa es que los criterios judiciales no pueden ser pétreos, pero tampoco arbitrarios e inconstantes.

5.2.4. Adaptabilidad de la jurisprudencia al cambio

Se ha reprochado que la jurisprudencia no puede ser fuente de Derecho por su carácter volátil, al estar sometida a diferentes vaivenes de cambio según factores heterogéneos, lo cual provocaría una enorme inseguridad jurídica si le otorga el valor de fuente²²⁸.

Verdaderamente, ésta no es una razón que desmerite a una fuente del Derecho como tal, ya que la ciencia jurídica está sujeta a cambio para responder a las modificaciones de los distintos tiempos y lugares; de esa forma, las leyes y las costumbres son sujetas a variación y de ninguna manera se niega que sean fuente forense inmediata²²⁹. Además,

225 Vid. PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho...*, op. cit., p. 257; Vid. SORIANO RODRIGUEZ, S., “De la justificación judicial en la jurisdicción”, en *Revista Justicia de paz*, mayo-agosto 2002, v. II, pp. 49-50.

226 Vid. GARCÍA AMADO, J., *Interpretación y Argumentación Jurídica*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, p. 40. La tópica sería aquella disciplina que proporciona al jurista los tópicos o argumentos que el jurista puede echar mano en un litigio.

227 Vid. Art. 19. C.Pr.C.M.

228 Vid. Díez-PICAZO, L., “Reflexiones Sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (La Jurisprudencia en broma y en Serio)”, en *RDPR*, enero-diciembre, 1964, tomo XLVIII, p. 929. El jurista Díez-Picazo es claro en manifestar que al paso que va cambiando el entorno político, económico, sociológico o cultural, va cambiando también lentamente la jurisprudencia. Sería de un extraordinario interés estudiar de manera rigurosa estos cambios de orientación de la jurisprudencia de un país, que obedecen al cambio de la infraestructura política y social. En similar sentido: Vid. CASTRO Y BRAVO, F., “El Recurso en interés de la ley y el valor de la jurisprudencia”, en *ADC*, julio-septiembre 1970, t. XXIII, pp. 620-621.

229 Vid. MONTORO BALLESTEROS, A., op. cit., p. 82. “*El auge y predominio de la legislación como fuente del Derecho no ha supuesto, como reiteradamente ha puesto de relieve la moderna metodología, la desaparición de la elaboración judicial del Derecho, con la consiguiente reducción de la función jurisdiccional a la mera aplicación mecánica de las leyes. La jurisprudencia no sólo ha interpretado y adaptado las leyes a las cambiantes necesidades sociales sino que ha integrado y desenvuelto el ordenamiento jurídico en un complejo proceso al que no es ajena una auténtica función creadora del derecho*”. En el mismo sentido, Vid. COSCULLUELA MONTANER, L., op. cit., p. 142. “*La jurisprudencia puede evolucionar, pues de lo contrario supondría su «petrificación» y las normas deben aplicarse atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*”.

hay que completar que la obligatoriedad de la jurisprudencia supone la implantación de un sistema de precedentes, de modo bastante cercano al utilizado en el *Common Law*, en donde la igualdad y la seguridad jurídica deben ser los derroteros de las decisiones judiciales²³⁰.

En todo caso, las modificaciones jurisprudenciales no son arbitrarias ni están otorgadas al capricho del juez, pues los cambios de los criterios jurisprudenciales deben ser justificados. Por tanto, es perfectamente viable que el Órgano Judicial altere su criterio, pero lo trascendental es que ese cambio debe estar suficientemente motivado, pues la evolución de la realidad social y la justicia así lo exigen²³¹.

De lo que se trata, entonces, es de encontrar un equilibrio entre la transformación del derecho y la seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

5.2.5. La jurisprudencia como medio de solución equitativo

Se ha dicho que si una sentencia emitida puede servir como base para otro caso, se está ampliando indebidamente el valor de cosa juzgada, el cual sólo puede plantearse como excepción en otro proceso cuando entre el caso resuelto y en el que se invoca concurre identidad de sujetos, causa y objeto²³².

Ante esto se responde que existe una verdadera confusión en la discusión, ya que los efectos de la cosa juzgada nada tienen que ver con la valía paradigmática de una doctrina jurisprudencial valiosa que pueda utilizarse en otro caso similar. La excepción de cosa juzgada impide conocer de forma liminar un caso ya juzgado, en cambio, el análisis de la jurisprudencia supone la aplicación de una doctrina judicial que fue aplicada en un caso similar anterior, con el fin de llegar a una solución equitativa y justa para los administrados²³³.

Esta diferenciación queda absolutamente clara, por ejemplo, en la doble dimensión que se le reconoce a nuestro proceso de amparo ante la Sala de lo Constitucional de

230 Vid. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 488. Aclara además Muñoz que la vinculación de los tribunales por la jurisprudencia tampoco resulta oponible la independencia de aquéllos, que proclama el artículo 117.1 CE. Este argumento resultaría verdaderamente insólito en los países de *Common Law*, habituados a tener tribunales esencialmente independientes sin que a nadie se le haya ocurrido sostener que la independencia excluye el acatamiento del precedente. Pero, desde nuestra perspectiva histórica más estrictamente positivista, si la jurisprudencia se integra en el ordenamiento, forma parte del Derecho que los jueces han de aplicar. La independencia opera dentro de ese complejo ordinamental, no por fuera de sus bordes.

231 Vid. XIOL RIOS, J., *El Principio de Igualdad en la Constitución Española*, v. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 273. La vinculación de un tribunal a sus anteriores decisiones no puede producir el efecto de invariabilidad o inmutabilidad.

232 Vid. NUNES DE ALMEIDA, L., “El Tribunal Constitucional y el Contenido, Vinculatoriedad y Efecto de sus decisiones”, en *Rev. Estud. Polít.*, abril-septiembre, 1988, N° 60, p. 882. Indica que la vinculatoriedad de la sentencia está restringida al proceso en que haya sido emitida. Fuera de ello, no tiene efecto de cosa juzgada *inter partes*; y mucho menos vincula al Tribunal en cuanto a las decisiones que haya de emitir en el futuro sobre cuestiones idénticas, en sede de control concreto o en sede de control abstracto.

233 Vid. XIOL RIOS, J., *El precedente...*, *cit.*, pp. 217-218. El autor señala, en cuanto al alcance subjetivo de la cosa juzgada de las sentencias estimatorias, como límite infranqueable en el caso de la negativa de la Administración a aplicar el precedente, que, aunque exista cierta controversia doctrinal en la materia, puede afirmarse que las sentencias de anulación dictadas en el proceso administrativo producen efectos de cosa juzgada entre las partes y respecto de las personas afectadas por el acto o la disposición anulados, lo cual impone naturalmente que, so pena de nulidad, deben ser llamados al proceso quienes pudieren resultar afectados. No se plantea aquí problema alguno, pues la extensión de la cosa juzgada, que se identifica con los efectos derogatorios o anulatorios de la disposición o acto administrativo permite sin dificultad alguna aplicar los efectos de la sentencia a los administrados que se hallen en idéntica situación, ya en litispendencia, ya sin haber iniciado un proceso. En similar sentido: Vid. VEDEL, Georges, *op. cit.*, p. 237.

la CSJ, pues mediante la dimensión subjetiva se juzga el caso concreto y se tutelan los derechos fundamentales de las partes en litigio, teniendo su decisión un valor de cosa juzgada para ellas.

Pero mediante la dimensión objetiva, las motivaciones que realice dicha Sala, en razón de ser el máximo intérprete de la Constitución, servirán de modelo o derrotero para todas las autoridades del Estado²³⁴.

5.2.6. La jurisprudencia resuelve el problema de las lagunas de la ley

Sobre el hecho que la jurisprudencia no es creativa, sino lo único que hace es recoger los principios generales del Derecho que nacen del mismo ordenamiento positivo²³⁵, se ha expresado que es innegable que existen casos no resueltos por el sistema normativo, encontrándose con lagunas²³⁶, las cuales son resueltas con la creatividad judicial²³⁷ que no sólo recoge principios, sino que los deduce y, en muchas ocasiones, los elabora, aduciendo que son implícitos²³⁸.

En el ordenamiento salvadoreño se ha admitido tal situación cuando el C.Pr.C.M. establece que ante el caso de vacío legal, el juez deberá acudir a la analogía, a la normativa constitucional, a los principios, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del derecho, y a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural²³⁹.

234 Vid. PÉREZ TREMPES, P., *op. cit.*, p. 29; Vid. MONTECINO GIRALT, M., *op. cit.*, p.56; Vid. GARCÍA-PELAYO, M., *op. cit.*, p. 33; Vid. FERNANDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, p. 30. Dimensiones reconocidas por nuestro máximo tribunal.

235 Vid. RUIZ VADILLO, E., "Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil", en *ADC*, 1977, t. XXX, p. 107. Indica que, mediante la labor del Tribunal Supremo de la búsqueda de la norma aplicable, o de la que sea mediante la analogía, la costumbre, o de los principios generales del Derecho, se complementa el ordenamiento jurídico, pero que, al no crear normas que no se encuentran en éste, la jurisprudencia no es fuente de Derecho, aunque si da fijeza a las que formalmente están ya en el ordenamiento y exterioriza a las que a él pertenecían en forma potencial o atípica. En el mismo sentido: Vid. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, (trad. al castellano por Marta Gustavino), Barcelona, Ariel, 1997, pp. 147-149. El autor sostiene que "los jueces han de aplicar el derecho promulgado por otras instituciones, no deben hacer leyes nuevas", y que "los jueces no son ni deben ser legisladores", añadiendo además que aún "si el caso que se trata es (...) difícil, en el que no hay una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido, entonces podría parecer que la decisión adecuada podría generarse ya sea en la directriz política o en el principio". Vid. GARCIA MAYNEZ, E., *Lógica del Raciocinio Jurídico*, México D.F., Fontamara, 2002, p. 39.

236 Vid. BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 244. "El método más importante de hetero-integración, entendida como el recurso a otras fuentes distintas de la legislativa, en caso de laguna de ley es el recurso al poder creativo del juez, esto es, al denominado derecho judicial. Como es sabido, los sistemas jurídicos anglosajones recurren a esta forma de integración más ampliamente que los sistemas jurídicos continentales donde no se reconoce, por lo menos oficialmente, el poder creativo del juez, salvo en los casos expresamente indicados en los que se atribuye al juez la posibilidad de fallar en equidad". En igual sentido, Vid. CLAVERO ARÉVALO, M., *op. cit.*, p. 52. El problema de las lagunas de la ley es resuelto con la obligación de fallar que, en todo caso, tienen los jueces y tribunales competentes.

237 Vid. GARCÍA CUADRADO, A., *op. cit.*, p. 3177. Afirma el autor que es claro el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es una de las fuentes del Derecho Constitucional español, pues al aplicar dicho Tribunal la Constitución como elemento fundamental del ordenamiento jurídico, debe no sólo interpretarla, sino también completar las posibles lagunas que ni la legislación ordinaria ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han podido cubrir.

238 Vid. VILAR BADIA, R., *op. cit.*, p. 688. Vilar sostiene que "en los supuestos en que haya de hacerse uso de los principios generales, para aplicarlos a una situación conflictiva dada, corresponde al juez la difícil pero indeclinable labor de investigación y concreción de cuál o cuáles son los adecuados para resolver en justicia el problema a sentenciar, por la elemental razón de que por su propia naturaleza no se avienen a catalogaciones convencionales y, por tal motivo, el legislador no suele explicitarlos formalmente. Ha de ser, pues, el órgano judicial el que por imperativo de la propia naturaleza de las cosas ha de hallarlos, descubrirlos y (...) tal actividad es de naturaleza creativa".

239 Vid. Art. 19 C.Pr.C.M.

No es novedoso que la perfección de la ley es una quimera, pues resulta ser una fuente que no alcanza a cubrir toda la extensión de la realidad.

Sin embargo, el vacío o laguna no viene dada por la mera literalidad, sino por el criterio de justicia en su aplicabilidad. Existiría entonces una laguna cuando la aplicación mecánica de la ley lleve a un resultado que sea absurdo, inadecuado o claramente injusto. En estos casos, la laguna tendrá que colmarse con las demás herramientas otorgadas al funcionario judicial, desde la analogía hasta las razones de buen sentido²⁴⁰.

5.2.7. La calidad de la doctrina jurisprudencial

Un sector de la doctrina antigua suponía que la jurisprudencia quedaba incluida dentro de la costumbre como una de sus manifestaciones jurisdiccionales²⁴¹. Sin embargo, esta tesis ha sido controvertida de forma incontestable al hacer notar la disímil naturaleza de la costumbre, la cual descansa en la repetición de actos, en tanto que la doctrina jurisprudencial proviene de una conexión entre los hechos y la norma sometida a interpretación. Tal similitud es errada, ya que una sola decisión judicial puede cambiar el Derecho del caso, lo cual es inadmisibles en la costumbre²⁴².

El carácter especial y privilegiado de la jurisprudencia no deviene únicamente de la mera repetición de decisiones, sino de otros elementos importantes, como pueden ser: el sujeto emisor, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia; la excelencia de la articulación de la *ratio decidendi* del precedente jurisprudencial; su actitud de ser modelo para otros casos similares, entre otros factores que establecen su calidad. Por tanto, esa cualidad esencial de la jurisprudencia, de ser elaborada por juristas es foránea a la simple costumbre, tratándose de instituciones con alguna conexión, pero con diferencias sustanciales como las aludidas.

5.2.8. La jurisprudencia: oportunidad de producción de derecho nuevo

Se ha sostenido que la división de poderes recogida constitucionalmente impide que el Órgano Judicial pueda crear leyes²⁴³. El hecho que los jueces no dicten leyes formales no significa que su labor de resolver el caso concreto se traduzca en el meollo

240 Vid. GARCÍA AMADO, J., *op. cit.*, pp. 2-6. Explicando las ideas de Ernest Fuchs, sobre las lagunas y la lógica. (Estamos conscientes que esta interpretación es polémica). Vid. LALAGUNA, Enrique, *op. cit.*, pp. 191-193. El sentido creador de la interpretación jurisprudencial se manifiesta con mayor nitidez antes los problemas de aplicación derivados de la imperfección de la ley.

241 Vid. COLIN, Ambrosio – CAPITANT, H., *op. cit.*, pp. 62-63. Señalan Colin y Capitant que las decisiones que se suceden en litigios idénticos o análogos tienden totalmente a modelarse unas en otras. Llega el momento en que la jurisprudencia se fija en determinada cuestión. A partir de este instante es como una disposición nueva de un derecho consuetudinario y práctico que brota a la vida.

242 Vid. CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, (trad. al castellano por Manuel M^º. Zorrilla Ruiz), t. I, v. I, Barcelona, Bosch, 1960, p. 138. Manifiesta el autor que el requisito de la repetición constituye un elemento conceptual que generalmente se presenta en la jurisprudencia y permite de alguna manera realizar algún parentesco con la costumbre. Sin embargo, a veces no se presenta, puesto que la jurisprudencia se apoya en algunas ocasiones, en una sola sentencia que parece decisiva y determinante, en tales casos la cantidad se suple con la calidad.

243 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, p. 95. Sostener que sea fuente chocaría con los preceptos constitucionales organizadores del Estado, según la división de poderes los jueces aplican la ley, pero estos no pueden crear disposiciones o reglas de carácter general.

del Derecho; por lo que la producción judicial es pura normativa jurídica particular y puede extrapolarse a otros casos similares. Por otra parte, el juez, cuando juzga, tiene la enorme oportunidad de producir Derecho nuevo cuando no existe nada reglamentado sobre el debate que debe, inexorablemente, resolver²⁴⁴. Asimismo, la separación de funciones dentro del Estado no puede ser entendida, ni ha sido la intención del constitucionalismo, como la asignación monopolística de la actividad de dictar normas a la Asamblea Legislativa. Perfectamente la función judicial puede incluir un rol normativo. La experiencia de los sistemas del *Common Law*, donde una columna vertebral de su ordenamiento también es la división de poderes, es una evidencia de esta afirmación²⁴⁵.

Resulta evidente que los problemas y necesidades sociales para los que se elaboran algunas normas legislativas, no resultan ser plenamente exactas a los problemas que se presenta a los tiempos posteriores de su aplicación; por tanto, corresponde al Órgano Judicial vivificar dicha norma adaptándola y reinterpreándola²⁴⁶. Y quizás, bajo ilusión de que se trata de la misma ley, se extrapolan instituciones nuevas de carácter judicial: el Derecho Administrativo es el fiel reflejo de ello.

5.3. Sobre la necesidad de la vinculatoriedad de la jurisprudencia administrativa

Ya se ha señalado que cuando el juez salvadoreño se encuentra sometido a la Constitución y a la ley, ello implica su vinculación a todo el ordenamiento jurídico, en el entendido que el término ley debe ser interpretado de forma amplia como toda norma de carácter jurídica, incluida la jurisprudencial. Además, que cumplir la Constitución es asegurar de parte de los juzgadores sus principios, como la igualdad en la aplicación de la justicia, lo que involucra una justificación del precedente jurisprudencial²⁴⁷.

La trascendencia actual de la jurisprudencia debe llevar a una redefinición del Derecho de raíz continental; y no puede ser otro modo si se piensa que apunta a una traslación del epicentro del mundo jurídico desde la ley formal a las resoluciones judiciales o, si se quiere, desde el legislador al juez²⁴⁸.

244 Vid. RUBIO LLORENTE, F, *op. cit.*, p. 110. Rubio señala que las decisiones judiciales (jurisprudencia en la terminología española) *complementan* el ordenamiento jurídico “con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” según lo dispuesto en el artículo 1.1 del Código Civil Español, y aunque esta fórmula no atribuye la calidad de fuente de Derecho a la jurisprudencia, parece indudable que tal calidad no puede serle negada, sobre todo porque, entre los motivos de casación figura la “*infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia.*” En sentido similar: Vid. PARADA, Ramón, *op. cit.*, pp. 82-83; Vid. OGAYAR Y AYLON, T., *op. cit.*, p. 31.

245 Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 486-487. Adiciona Muñoz, que uno de los efectos de la constitucionalización de la legalidad es justamente la posibilidad de que los jueces valoren la ley antes de aplicarla, y que, además, tengan en cuenta los valores y principios que la Constitución proclama o en los que se inspira. Asimismo, el sometimiento del juez a la ley debe ser entendido como sujeción al Derecho. Así como dentro del ordenamiento actúan principios generales que deben tenerse en cuenta en la tarea aplicativa; la función jurisdiccional precisa crear soluciones que, cuando se reiteran, se transforman en normas.

246 Vid. PUIG BRUTAU, J., *La Jurisprudencia como...*, *cit.*, p. 180. En cada caso está implícita la existencia de una decisión justa que no deriva directamente del ordenamiento escrito. Vid. DELGADO BARRIO, J., *op. cit.*, pp. 2313-2315.

247 Vid. Supra Apartado 4.2

248 Vid. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 16. Aceptar la inestabilidad y trascendencia del arbitrio judicial se circunscribe en un nuevo paradigma, en una nueva concepción global del Derecho; es una traslación del

Claro que esta idea debe matizarse, en el entendido que la nueva concepción global del Derecho no significa que se sacrificará la ley para que la jurisprudencia prevalezca a toda costa, sino de mantener una real distinción entre la labor de legislación y jurisdicción; y es que debe reconocerse que material y formalmente, el Órgano Judicial posee también un poder normativo²⁴⁹.

En este sentido, se pueden ordenar algunos argumentos que llevan a la necesidad actual de la fuerza vinculante de la jurisprudencia²⁵⁰:

1. Se persigue la coherencia, si se ha decidido un litigio de una forma determinada, resulta apegado a derecho, de acuerdo a la coherencia que siga un similar patrón, salvo justificaciones motivadas.
2. El sometimiento al principio de la igualdad y universalidad hace que la regla general sea que el sistema de justicia debe garantizar las mismas soluciones, a las personas implicadas en casos idénticos o similares.
3. La garantía de la estabilidad del sistema jurídico requiere la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas concernientes a la aplicación del Derecho, y a su vez, reclama la uniformidad de dicha aplicación. Éste es, además, un presupuesto de la seguridad jurídica; de manera que una vez que el juez superior fija un rumbo en determinada dirección, existe la tendencia de seguirlo por los demás juzgadores cada vez que se presenta un debate similar. Esta directriz debe verse en razón del valor “orden”, que es consustancial al Estado de Derecho²⁵¹.
4. Se reduce el ámbito de discrecionalidad de los jueces de menor jerarquía y de los órganos de la Administración Pública, abonando con ello a la seguridad jurídica de los ciudadanos. La jurisprudencia constituye un modelo de inspiración para otros jueces, para las autoridades administrativas, para los legisladores y para los integrantes del grupo social, llevándolos a actuar de una manera semejante en el futuro. Este

epicentro del mundo desde las normas generales a las resoluciones judiciales o bien del legislador al juez; *Vid.* NIETO, Alejandro, “La Administración de Justicia y El Poder Judicial”, en *RAP*, Septiembre-Diciembre, 2007, N° 174, p. 44. El Poder Judicial es la clave de la bóveda del Estado de Derecho.

249 *Vid.* PECES MORATE, J., *op. cit.*, pp. 56-57. Se ha dicho que la distinción formal entre legislación y jurisdicción, es puramente contingente por limitarse a la descripción empírica de algunas normas de Derecho Público positivo, vigente en algunos ordenamientos (occidentales modernos). La prohibición a los jueces a legislar – reducción de su competencia a la formulación de preceptos singulares y concretos, prohibición de dictar sentencias que no se funden en normas legales preexistentes, prohibición de crear nuevas normas y su incompetencia para ejercer el control de legitimidad constitucional de las leyes - es meramente aparente, porque la jurisdicción lleva a cabo esos cometidos. Por otra parte, las reglas en que se concreta la prohibición de interferencia en la función jurisdiccional por parte del legislador tampoco se respetan, pues existe una producción de leyes singulares de contenido individual.

250 *Vid.* BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, p. 19. Después de sistematizar dichos argumentos, enfatiza el autor que mientras más atado esté el juez inferior a la jurisprudencia del juez superior, mayor redundancia en el beneficio de la coherencia del sistema.

251 *Vid.* CUETO RÚA, J., *op. cit.*, p. 80. En esta tendencia debe verse la jurisprudencia como una expresión de los valores orden y estabilidad – vinculados-. En el Juez gravita la inclinación a consolidar el orden de cosas establecido, y evitar los motivos de conflicto, desajuste, o desorientación. El propio juez es una expresión de ese orden y desde esa aventajada posición influye para articularlo y perfeccionarlo. Sabe que por el solo hecho de adoptar el mismo criterio de sus colegas en casos anteriores similares contribuye a afianzar el orden que, respecto del tipo de conflicto en consideración, comenzó a establecerse con la primera decisión jurisprudencial en la materia.

hecho jurídico social es ostensible, ya sea en forma patente, consciente, ya de un modo encubierto, involuntario. Es indudable que el precedente que un juez, sobre todo de alta jerarquía, produce al decidir en forma definitiva un debate, conlleva la atención de la comunidad jurídica y logra adhesiones²⁵².

252 *Vid.* CUETO RÚA, J., *op. cit.*, p. 78. Agrega el jurista argentino, que en la sociedad moderna, el carácter paradigmático de la decisión de un juez se ve desfigurado no sólo por el juego de ideologías de contenido contradictorio, y por el ocultamiento de la naturaleza ejemplar de la decisión, sino también porque la organización jerárquica de los órganos encargados de administrar justicia, no otorga a los diversos integrantes del sistema el mismo grado de influencia. Pero el hecho es que una vez que los más altos órganos jurisdiccionales de la comunidad dirimen un conflicto de una cierta manera, abren un rumbo por el que se encauza la acción de los demás. El criterio seguido por el Tribunal superior, es adoptado comúnmente en subsiguientes decisiones por órganos inferiores.

CAPÍTULO III

Sobre los principios que sostienen la jurisprudencia administrativa: igualdad y seguridad jurídica

SUMARIO

6. Principios básicos del ordenamiento: igualdad y seguridad jurídica. 6.1. El rol de la jurisprudencia administrativa frente a la seguridad jurídica. 6.2. La seguridad jurídica y la jurisprudencia. 6.3. La igualdad y la jurisprudencia. 6.4. Requisitos para concurrencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley. 7. Técnicas jurisprudenciales que garantizan la unidad del Derecho Administrativo. 7.1. El rol del recurso de casación en el contencioso administrativo. 7.2. El amparo y su función de unidad en el ordenamiento administrativo. 7.3. El efecto de centralismo en el contencioso administrativo. 7.4. Sentencias representativas del contencioso administrativo: A) Referente a la potestad sancionatoria; B) Sobre la competencia administrativa de los entes reguladores; C) Sobre las nulidades de pleno derecho; D) Sobre la reserva de ley y las infracciones administrativas; E) Restricción a la medida cautelar de la suspensión del acto administrativo; F) La legitimación activa en los derechos e intereses difusos. 7.5. Determinación de los conceptos jurídicos indeterminados en las sentencias. 8. La eficacia de la jurisprudencia. 8.1. Diferentes dimensiones de la eficacia de una sentencia. 8.2. La eficacia cronológica de la jurisprudencia: carácter retroactivo y prospectivo del cambio de criterio jurisprudencial. 9. La publicidad de las sentencias. 9.1. La publicidad del Derecho. 9.2. La publicidad del proceso judicial. 9.3. La publicidad de las sentencias: objetivo y regulación. 9.3.1. Finalidad de la publicidad de las sentencias. 9.3.2. La publicidad de las sentencias y la regulación salvadoreña.

6. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL ORDENAMIENTO: IGUALDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

Entre los pilares fundamentales de los Estados democráticos de Derecho existen dos principios entrelazados que forman parte de la normativa constitucional, Se hace referencia, específicamente, a la igualdad y a la seguridad jurídica²⁵³.

Estos dos principios impactan sobre todo el ordenamiento jurídico y la aplicación del mismo, teniendo una enorme influencia en el uso del precedente administrativo propiamente dicho y en la jurisprudencia administrativa. El análisis de dichos principios y su justificación, para sostener y modificar los criterios jurisprudenciales, son de inevitable tratamiento.

6.1. El rol de la jurisprudencia administrativa frente a la seguridad jurídica

Desde mediados del siglo pasado existieron cuestionamientos sobre los desequilibrios en los Estados democráticos debido a la tiranía parlamentaria y la hipertrofia legislativa²⁵⁴. Por ello, se sostuvo con tino, que era necesario crear un mecanismo de contrapeso que garantizara que los valores y principios esenciales de la convivencia social, y superiores a la ley secundaria, se respetarían en el marco de un orden constitucional. Ese instrumento de armonía y autoridad sólo podía ser ejercido por aquel que detenta el poder judicial²⁵⁵.

A la problemática referida habrá que añadirle que de la diversidad y heterogeneidad de las normas propias del Derecho Administrativo resulta un laberinto normativo enredado y nada fácil de dilucidar.

El Estado moderno, además, se enfrenta a exigencias inherentes de la sociedad actual, en la cual la ciencia y la tecnología tienen una preponderancia trascendental que ha

253 En términos generales, sobre el principio de igualdad: *Vid.* ZOCO ZABALA, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias*, Barcelona, Bosh, 2003, p. 19. Dice Cristina Zoco que el mandato de la igualdad ante la ley constituye una exigencia común en los Estados democráticos; *Vid.* LÓPEZ RODÓ, L., “El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *RAP*, Enero-Diciembre 1983, N° 100-102, p. 331. Dice el autor que el principio más invocado por Tribunal Constitucional Español es el principio de igualdad; *Vid.* XIOL RÍOS, J., *El principio de Igualdad...*, *cit.*, pp. 249- 286. *Vid.* TINETTI, José - SORIANO, Héctor - RODRIGUEZ MELENDEZ, R., *Igualdad Jurídica*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, p. 5 y ss; *Vid.* CARMONA CUENCA, E., “El Principio de Igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *RAP*, Abril-Junio 1994, N° 84, p. 265 y ss.; *Vid.* ENTRENA CUESTA, R., “El principio de igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho Administrativo”, en *RAP*, Enero-Abril, 1962, N° 37, pp. 63-64. Asimismo, sobre la trascendencia de la seguridad jurídica véase en términos generales: *Vid.* PAREJO ALFONSO, L., - DROMI, Roberto, *Seguridad Pública y Derecho administrativo*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina - Marcial Pons, 2001, pp. 200 y ss.; *Vid.* PÉREZ LUÑO, A., *La Seguridad Jurídica*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1994, pp. 23 y ss; *Vid.* HERNÁNDEZ MEZA, N., “El valor de las sentencias de revisión de fallos de tutela proferidas por la Corte Constitucional para casos futuros”, en *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, Colombia, No. 20, 2003, pp. 347-351; *Vid.* AZÚA REYES, S., *Los Principios generales del Derecho*, México, Porrúa, 2007, pp. 150-157

254 *Vid.* PÉREZ LUÑO, A., *op. cit.*, pp. 62-64. Una de las amenazas contra la certeza del Derecho es la pérdida de claridad y sencillez de la ley, sobre todo la hipertrofia legislativa o la inflación normativa.

255 *Vid.* BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, (trad. al castellano por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Madrid, Civitas, 1985, pp. 23 y ss. Existe actualmente un quebrantamiento de la idea de la omnipotencia del legislador. Es un retorno a la idea de que el Derecho es antes que la ley, y que el poder judicial tiene una labor de control de aquellos valores y principios superiores que sostienen la Constitución.

influido en las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo hacia la tecnificación de las normas, lo que aflora en su amplitud y complejidad.

Este estado actual de cosas trae como consecuencia que en muchos procesos sea difícil la integración y aplicación de las normas a los litigios concretos, y aún peor, el desconocimiento de la existencia de la regulación correspondiente²⁵⁶.

En esta misma línea, no es menos cierto que el sistema de fuentes ha dejado de lado la uniformidad, la estabilidad y la sobriedad como características del mismo. La particularidad actual es hacia un Derecho inestable, inconstante y efímero, construido por una infinidad de leyes y una jurisprudencia voluble y disgregada.

El Derecho Administrativo vive de manera intensa lo que ha sido descrito con preocupación como el desbordamiento de las fuentes del Derecho²⁵⁷ mediante la elaboración desmesurada y descoordinada de normas, con una publicidad deficiente, en el caso de El Salvador, y con el agravante de dificultades interpretativas que presentan un ordenamiento intrincado y cambiante. La legislación es cada vez más ambigua, contradictoria e inespecífica, sin que las legislaturas otorguen una respuesta oportuna a tal desenfreno jurídico²⁵⁸.

La confusión reinante en el ordenamiento jurídico administrativo afecta tanto al operador del Derecho como al ciudadano. Es difícil darle pronta y cumplida justicia a un creciente número de casos de invariables temas y de normativas confusas y complejas; de esa manera, el margen de error del juez contencioso administrativo se amplifica y la insatisfacción del administrado acumula el descrédito en el ordenamiento y en el sistema de justicia.

En ese sombrío escenario, son los jueces los llamados a crear claridad, estabilidad y dotar de seguridad a este denso y contradictorio sistema de Derecho. La argumentación jurídica y la interpretación, núcleo de la jurisprudencia, deberían ser instrumentos para esclarecer el ordenamiento y no para aumentar el grado de confusión a través de sentencias contradictorias; mucho más cuando lo que se tutela son los derechos de los administrados frente al leviatán de la Administración Pública. El ciudadano que acude a la jurisdicción contencioso-administrativa no debería llevarse la impresión de que la *incerteza* reina sobre la justicia²⁵⁹, y que el tribunal un día tiene un criterio y el siguiente otro distinto.

256 *Vid.* PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, pp. 227-228. Agrega Luciano Parejo Alfonso que la única respuesta plausible y efectiva, hoy por hoy y como demuestra, de otro lado, la experiencia práctica, los términos del manejo y la aplicación efectivos del ordenamiento positivo, es la revalorización de los principios generales del derecho y desde la perspectiva de la depuración del ordenamiento debe valorarse singularmente en el Derecho Administrativo la jurisprudencia.

257 *Vid.* RIVERO ORTEGA, R., *Igualdad, Unidad y Seguridad...*, *cit.*, pp. 86-88. Dice Ricardo Rivero que hoy se ha perdido el norte de la seguridad jurídica que movilizó a los juristas de los siglos XVIII y XIX; se erige ahora un Derecho mudable y efímero.

258 *Vid.* PENDAS GARCIA, B., "Procedimiento Legislativo y calidad de las leyes" en *Rev. Esp. Derecho Const.*, Núm. 28, 1990, pp. 81-82. Benigno Pendas comenta que no existe voluntad política de mejorar la legislación, pues las normas ambiguas, contradictorias e inespecíficas constituyen un mejor escenario para la discrecionalidad y la arbitrariedad.

259 *Vid.* RIVERO ORTEGA, R., *Igualdad, Unidad y Seguridad...*, *cit.*, pp. 88-89. El papel de los jueces es difícil de representar cuando enfrentan a un ordenamiento profuso, confuso y contingente; una misión imposible si tenemos en cuenta el número de asuntos que tienen que resolver y los medios materiales y personales a su disposición. La consecuencia inmediata del creciente número y creciente complejidad de los asuntos es la mayor probabilidad de equivocarse, pues la obligación de dictar sentencia en los plazos razonables, teniendo en cuenta la irracional situación de retraso judicial, fuerza a los jueces a trabajar precipitadamente en el análisis de materias complejas. Resulta en la mayoría de casos realizar estudios exhaustivos de jurisprudencia y doctrina sobre cada asunto.

6.2. La seguridad jurídica y la jurisprudencia

La Constitución de la República establece que los magistrados y jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional son independientes y están sujetos a la Constitución y a la ley²⁶⁰. Concíbase, a la sazón, que se encuentran comprometidos primordialmente con uno de los fines del Estado salvadoreño: la seguridad jurídica²⁶¹.

De manera que el Órgano Judicial como entidad estatal debe respetar la seguridad jurídica de los ciudadanos. Esto implica que para que sus actuaciones sean válidas a la luz del Derecho, deben de sujetarse a una serie de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas. Dicha categoría jurídica constitucional entraña al mismo Estado de Derecho, pues se integra con la imprescindible concurrencia del orden jurídico y la función gubernativa real, misma que debe cumplir y hacer cumplir la Constitución y todo el ordenamiento. Imperativo que es inherente al principio de juricidad, según el cual, todo acto del poder público del Estado debe someterse al ordenamiento indefectiblemente²⁶².

En esa línea, la seguridad jurídica implica la previsibilidad y la certeza del imperio del Derecho, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como el Derecho lo declara²⁶³.

El derecho a la seguridad previsto en la Constitución²⁶⁴ es un requisito infaltable del Estado de Derecho. Una sociedad que le apuesta a regirse por normas jurídicas de forma democrática sólo puede perdurar si los individuos que la componen están sabedores de la previsibilidad de las conductas de los demás y que cualquier desvío de la previsión pueda ser coactivamente reparado. Un verdadero Estado de Derecho, entonces, es aquél en el que los ciudadanos pueden calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro, es decir, como se comportarán los conciudadanos y cómo lo hará principalmente el Estado, sobre todo como garante de la eficacia del Derecho. La publicidad de las normas²⁶⁵ y el principio de legalidad²⁶⁶ son dimensiones de la seguridad que posibilitan el conocimien-

260 Art. 173. 3 CnS.

261 Art.1 CnS: *“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”*.

262 Vid. BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 34ª ed., México, Porrúa, 2002, pp. 504-505. La seguridad jurídica *in genere*, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas en la Constitución, se manifiesta como la substancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales de los gobernados oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos. Esta obligación estatal y autoritaria es de índole activa en la generalidad de casos, tratándose de las diferentes garantías de seguridad jurídica, o sea que el Estado y sus autoridades deben de desempeñar, para cumplir dicha obligación, actos positivos, consistentes en realizar todos aquellos hechos que impliquen el cumplimiento de todos los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas para que la afectación que genere sea jurídicamente válida.

263 Vid. BERTRAND GALINDO, F. - TINETTI, José Albino, *op. cit.*, p. 849. Dicen los autores que, en este sentido, la Comisión Redactora de Constitución de 1983 estableció como concepto inmaterial la seguridad jurídica.

264 Art. 2 CnS: *“Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”*.

265 Art. 140 CnS: *“Ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación. Para que una ley de carácter permanente sea obligatoria deberán transcurrir, por lo menos, ocho días después de su publicación. Este plazo podrá ampliarse, pero no restringirse”*.

266 Art. 15 CnS: *“Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”*.

to previo del Derecho. Igualmente, el principio de irretroactividad de las leyes,²⁶⁷ permite confiar en la continuidad del ordenamiento jurídico²⁶⁸.

La codificación escrita de las normas pareciera una solución tradicional a la orientación de la seguridad en el Derecho y en la aplicación de éste²⁶⁹, teniendo como finalidad el simplificarlo y hacerlo comprensible²⁷⁰.

Pero algunos ya han advertido sobre la falacia que la Codificación escrita resulte ser la panacea que nos conduzca por los derroteros de la seguridad jurídica, lo cual es un mito que se devela cuando se lee el Código y se descubren sus imperfecciones y lagunas. De ahí la necesidad que sea el juez, sujeto capacitado y legitimado, quien lleve a una verdadera estabilidad, con interpretaciones atinadas de la ley a los casos concretos, pues al final, quienes garantizan realmente la seguridad jurídica de los ciudadanos, son los Tribunales²⁷¹. De tal suerte que la interpretación judicial de la ley es siempre un juicio sobre la misma, incumbiéndole al juez optar exclusivamente por aquellos significados válidos, es decir, aquellos que sean compatibles o coherentes con la Constitución²⁷².

267 Art. 21 CnS: “Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente”.

268 Vid. BACIGALUPO, Enrique, “Jurisprudencia y Seguridad Jurídica” en AAVV., *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 132. En el caso español la garantía de la seguridad jurídica es reconocido en el Art. 9.3 CE, reuniendo asistemáticamente: la publicidad de las normas, el principio de legalidad, la prohibición de retroactividad de las normas y la interdicción de la arbitrariedad – éste último derecho no reconocido de forma expresa en la CnS-. Explicitamente dice el Art. 9.3 CE. “La constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

269 Vid. IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, (trad. por Luis de Rojo Ajuria), Bosch, Barcelona, 1992, pp. 19 y 37. El mundo de los Códigos, es el mundo de la seguridad, que se traduce en una ordenada secuencia de artículos y valores del liberalismo del siglo XIX.

270 Por medio de la claridad, la publicidad, la accesibilidad, la modernidad y la simplicidad, que en definitiva no son más que las formas de racionalización de las reglas del Derecho.

271 Vid. ROCA TRÍAS, E., “La codificación o el mito del derecho estático frente al dinamismo de la jurisprudencia” en AAVV, *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2006, pp. 41-44. Explica que la finalidad del Iluminismo ingenuo era lograr que todos entendieran la ley, mientras que en realidad ha ocurrido lo contrario de lo que se pretendía, es decir, la dependencia de la legislación al intérprete. En igual sentido: Vid. HART, Herbert, *El Concepto de Derecho* (trad. al castellano por Genaro R. Carrió) 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 176 y 190. El Derecho es lo que los tribunales dicen que es. También indica el autor que no todo lo que un tribunal resuelve está cubierto por una regla legislativa, la verdad puede ser que cuando los tribunales resuelven cuestiones previamente no contempladas relativas a las reglas más fundamentales de la Constitución, ellos obtienen que se acepte su autoridad para decidir las después que las cuestiones han surgido y la decisión ha sido dictada; Vid. PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 228. Hoy existe un declive por el espíritu Codificador y el legalismo positivista que tuvo su esplendor a finales del siglo XIX. Aunque existe en Europa más de algún país como Alemania en el que han comenzado a oírse voces que reclaman la Codificación en el Derecho Administrativo.

272 Vid. FERRAJOLI, Luigi, “Jurisdicción y Democracia”, en *Revista Justicia de Paz*, Enero-Abril 2000, N° 5, pp. 4-5. Dice el autor que después de la Segunda Guerra Mundial existe un cambio de concepción del juez con respecto a su vínculo con la ley, ello no solo porque existen los tribunales constitucionales encargados del control de constitucionalidad, sino también debido a que los jueces ordinarios son los que tienen encomendada la activación de tal control constitucional. En efecto, la sujeción a la Constitución transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, también frente al legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes y demás actos del poder político que puedan violar aquellos derechos. Esta sujeción no es ya, como el viejo paradigma paleopositivista, a la letra de la ley cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley solo en tanto que válida, es decir, coherente con la Constitución. Y este modelo implica que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de ésta ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, que se remite a la valoración del juez.

De esa manera, se vislumbra un diálogo entre legislación y jurisprudencia: por una parte se garantiza la imparcialidad del juez por medio de su sometimiento a la ley, y por otra, el verdadero sentido de la ley sólo se logra mediante la interpretación de la misma por el operador del Derecho. En esta interacción, la razón se constituye en el vaso comunicante entre el legislador y el intérprete de la ley. Por tanto, del complemento entre ambas, debe surgir la garantía de la seguridad jurídica, pues la aplicación misma del Derecho debe resultar previsible y calculable²⁷³. Esta exigencia de estabilidad y continuidad de los fallos judiciales, exigen la vinculación de los tribunales a sus precedentes -vinculación horizontal-, mientras que la unidad del orden jurídico requiere la vinculación de los tribunales a una instancia interpretativa unificada -vinculación vertical-²⁷⁴.

Sin embargo, esta vinculación al precedente jurisprudencial no es absoluta, automática y mucho menos pétrea. La evolución de la sociedad requiere cierto grado de flexibilidad dada la evolución económica, cultural, ideológica, ética, etc. En consecuencia, la seguridad jurídica no implica que no exista evolución jurisprudencial²⁷⁵; pero claro, ésta requiere una mínima estabilidad de los fallos judiciales, y cuando existan cambios por diversos factores se explique satisfactoriamente la razón de la modificación.

6.3. La igualdad y la jurisprudencia

La Constitución salvadoreña prescribe que todas las personas son iguales ante la ley²⁷⁶, expresión carente de un significado preciso como muchas disposiciones constitucionales²⁷⁷. Se trata de una especie de norma incompleta que, para rendir verdaderos efectos, queda supeditada a la existencia de una ley, sin la cual no es posible su operatividad, encontrándose en un estado de quiescencia o de potencialidad²⁷⁸. De manera que para poder emplear la igualdad constitucional, es necesaria la existencia de una ley ulterior que desarrolle

273 Vid. BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 133. Nuestro sistema se basa en una diferenciación entre legislación y jurisprudencia, que reconoce su tradición en Aristóteles, y que parte del carácter general de las normas dictadas por el legislador, cuyos efectos respecto de amigos y enemigos, próximos y lejanos son difícilmente calculables. La concreción de tales normas generales, por lo tanto, se debe llevar a cabo vinculando los jueces a la ley, para impedirles beneficiar a los amigos y perjudicar a los enemigos.

274 Vid. ROJAS AMANDI, V., *op. cit.*, p. 32; Vid. BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 134; Vid. HERNÁNDEZ MEZA, N., *op. cit.*, p. 349. La Corte Constitucional el más alto tribunal, a través del principio de seguridad sienta las bases de una doctrina jurisprudencial para los jueces inferiores.

275 Vid. BLASCO GASCÓ, F., *op. cit.*, p. 86-87. La vinculación del precedente deviene sobre todo del respeto del principio de seguridad jurídica y de la idea de la uniformidad del sistema legal y jurisprudencial. No obstante, el precedente en nada obsta a la evolución jurisprudencial y al cambio de criterio en la jurisprudencia como vía o instrumento en que se produce aquella evolución.

276 Vid. Art. 3 CnS. Adicionalmente, nuestra Constitución contiene otras normas vinculadas directamente a la igualdad pero a supuestos más concretos: el Art. 32 inc. 2º CnS. se refiere a la igualdad de los cónyuges; el Art. 36 CnS., en relación a la igualdad de los hijos, sean dentro o fuera del matrimonio; el Art. 38 ord. 1º CnS., que establece la igualdad de remuneración frente a la igualdad de trabajo; el Art. 58 CnS., que indica la no discriminación en el acceso a la educación por parte de los establecimientos educativos.

277 Vid. TINETTI, José y otros, *op. cit.*, pp. 6, 10 y ss. Los autores distinguen entre: 1. Igualdad ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley. 2. Igualdad de trato formal, igualdad de trato como equiparación, igualdad de trato como diferenciación. 3. Igualdad como generalización. 4. Igualdad como valor y como principio. 5. Igualdad como derecho.

278 Vid. NIETO, Alejandro, "Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional", en *RAP*, Enero-Diciembre 1983, Núms. 100- 102. pp. 390-393. Indica el autor sobre el inacabado constitucional, cuyos preceptos actúan como perchas en las que hay que encajar luego el contenido material propiamente dicho, y que les viene de afuera: en muchas ocasiones la Constitución viene de abajo para arriba, si quiere que sus normas signifiquen algo dependerá de leyes administrativas. No obstante, esto no desvaloriza su naturaleza de norma jurídica.

tal derecho, o que un juez evalúe los márgenes de esa igualdad en la ley en un proceso jurisdiccional determinado.

Ya algún autor ha indicado que el dilema de la igualdad no consiste en explicar que las situaciones son distintas, sino en que el legislador, por eso, les trata desigualmente²⁷⁹. Eso lleva a que el meollo del asunto es la preexistencia de una ley que garantice la igualdad en términos razonables, y que al hacer las diferencias, estas sean sustentables.

La igualdad se ha manejado en términos frecuentes como un derecho subjetivo que se hace valer sobre cualquier relación jurídica; y otro, como un principio que forja o influye la elaboración de las normas, su aplicación e interpretación²⁸⁰.

Esta segunda versión es la que tiene relevancia a efecto de nuestro estudio, pues es la que incide en la aplicación de la ley en las sentencias judiciales.

Sobre la estructura de la igualdad, la Sala de lo Constitucional ha expresado que lo importante al llevar a cabo cualquier juicio de equiparación, es establecer el criterio de relevancia, a tenor del cual se van a considerar los datos como esenciales o irrelevantes, para predicar la igualdad entre situaciones o personas distintas. Y es que se trata de no equiparar arbitrariamente aquellas situaciones o personas entre las que se den diferencias relevantes o, por el contrario, de no establecer desigualdades entre aquellas cuyas divergencias deban considerarse irrelevantes. Por otra parte, y aunque parezca paradójico, la igualdad puede traducirse en la exigencia de diferenciación; es decir, en el trato diferenciado de circunstancias o situaciones aparentemente semejantes, pero que requieren una regulación jurídica distinta. Esta exigencia de diferenciación entraña no considerar la igualdad en sentido estático, sino dinámico²⁸¹.

La igualdad ante la ley contenida en la Constitución se divide en: igualdad en la ley, lo que constituye un límite para el Órgano Legislativo, e igualdad en la aplicación de la ley, que es una limitante para los operadores del Derecho²⁸².

Es claro que la igualdad vincula al legislador y al juez. A este último porque es el que tiene la obligación de resolver los casos concretos y aplicar las normas jurídicas a las situaciones en debate de forma motivada²⁸³.

279 Vid. GARCIA, Enrique, “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, en *RAP*, Enero-Diciembre 1983, Núms. 100-102, p. 25. Así por ejemplo una ley que establezca que tienen el mismo derecho a lo que sea, quienes tienen lunares y quienes no los tengan, no es inconstitucional porque la desigualdad del supuesto de hecho no sea razonable. Sólo habrá problema de constitucionalidad en función de que el legislador trate desigualmente a esos supuestos de hecho que ha configurado como desiguales.

280 Vid. ZOCO ZAVALA, C., *op. cit.*, p. 49. La autora retoma la división clásica aludida.; Vid. TINETTI, José y otros, *op. cit.*, pp. 16-17. La igualdad es un derecho que puede ser invocado ante cualquier autoridad, administrativa o jurisdiccional. Sin embargo, su carácter es relacional y no autónomo, esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre un determinado campo material: no se violenta la igualdad en abstracto, sino en relación con algún objeto o bien constitucional concreto. Por otra parte, el principio de igualdad viene a ser un criterio de desarrollo de los derechos fundamentales, el de modularlos y constituir una condición básica para su ejercicio; Vid. ATIENZA, Manuel - RUIZ, Juan, “Sobre Principios y Reglas”, en *DOXA*, 1999, N° 10, p. 109; Vid. CARMONA CUENCA, E., *op. cit.*, pp. 266-271.

281 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 28-2002, el 8/IV/2003.

282 Vid. OLLERO, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p.23.

283 Vid. CARMONA CUENCA, E., *op. cit.*, pp. 270-271. La autora señala que el principio de igualdad opera en dos planos: de una parte, como igualdad en la ley o igualdad frente al legislador, impidiendo que éste pueda configurar los supuestos de hecho de la

Sin embargo, hacer diferenciaciones no está prohibido, pero tales distinciones nacidas del legislador o el juez deben ser razonables y razonadas. Así cuando se trata del operador del Derecho, la desigualdad no se origina por la simple modificación de criterio respecto a un caso similar anteriormente juzgado, sino en el desvío, no motivado, del sentido de las resoluciones. Es decir, que si el Órgano Judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin explicar sus razones, o lo hace de forma insuficiente o inadecuada, se causa una conculcación al principio de igualdad²⁸⁴.

Con la misma idea, la jurisprudencia constitucional salvadoreña ha establecido que los alcances del principio de igualdad contemplan, tanto un mandato en la aplicación de la ley –por parte de las autoridades administrativas y judiciales–, como un mandato de igualdad en la formulación de la ley, regla que vincula al legislador y no significa que tiene que colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas, ni que todas presenten las mismas cualidades o se encuentren en las mismas situaciones fácticas.

Sí es claro que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, aquella ha de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades discernibles, lo que obliga a recurrir a un término de comparación –comúnmente denominado *tertium comparationis*–; y éste no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien elige el criterio de valoración²⁸⁵.

Ha agregado también la jurisprudencia que la igualdad tiene dos perspectivas constitucionales: (a) la igualdad ante la ley; y (b) la igualdad en la aplicación de la ley. Conforme a la primera, frente a supuestos de hecho iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y subjetiva. Según la segunda, cuya aplicación se hace principalmente en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar a los análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad²⁸⁶.

norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista, legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación. Y otro plano, como igualdad en la aplicación de la ley, obligando a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma. Vale agregar que estos criterios son resumidos por el Tribunal Constitucional Español en la STC núm. 144/1988 de 12 del julio 1988 (RTC 1988/144); *Vid.* ZOCO ZAVALA, C., *op. cit.*, p. 57. Cristina Zoco, además de hacer una similar distinción, agrega que para el caso del legislador, éste debe respetar el principio de igualdad, dado que las diferencias establecidas en la ley deben ser razonadas y estar justificadas; en síntesis debe fundamentar cuáles son las razones de las diferencias que contiene la ley; *Vid.* PÉREZ ROYO, J., *op. cit.* p. 315.

284 *Vid.* JAÉN VALLEJO, M., “El principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. RJG*, Marzo-Abril, 1987, N° 2, p. 13. Aclara el autor que la verdadera transgresión a la Constitución no es la aplicación desigual de la ley para supuestos iguales, la cual es permisible, si responde a un cambio de criterio justificado, sino el apartamiento arbitrario y desmotivado del sentido de sus decisiones anteriores en casos sustancialmente iguales; En igual sentido: *Vid.* OLLERO, Andrés, *op. cit.*, pp. 17-23.

285 *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad, ref. 17-1995, el 14/XII/1995; sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 681-2001, el 20/XI/2003. Dicho mandato vincula tanto al legislador como al operador jurídico encargado de aplicarla.

286 *Vid.* Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad, ref. 317-97, el 26/VIII/1998.

Los jueces y magistrados están constreñidos a aplicar el Derecho sin hacer acepción de personas; debe entenderse que aplicar la ley significa interpretarla en los términos en que está definida, sin discriminaciones en razón de raza, sexo o religión u otros similares. Y cuando por algún motivo atendible exista diferencia de trato, el aplicador del Derecho tiene que fundamentar la diferencia²⁸⁷.

En un principio los jueces deben otorgar un tratamiento idéntico a los sujetos que se encuentran en las mismas circunstancias que han sido juzgadas anteriormente. Sin embargo, ello no significa que el criterio judicial quede congelado y no puede transmutar en el tiempo o ser modificado; es necesario que la mutabilidad de resoluciones sea fundamentada suficientemente, a fin de que los ciudadanos sepan cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado al operador jurídico a variar su decisión actual con respecto al antecedente. Consecuentemente, el principio de igualdad en la jurisprudencia se salvaguarda, ya sea resolviendo en idénticos términos al precedente o motivando la decisión del cambio y fundamentando las diferencias.

En cuanto a los aplicadores del Derecho y su conexión con el principio de igualdad, tienen una relevancia importante los supuestos: a) de igualdad en la ilegalidad y b) la desigualdad en las actividades discrecionales²⁸⁸.

En el primer caso en que el operador jurídico no aplicó la ley o la aplicó de una forma ilegal, el Tribunal Constitucional español ha resuelto atinadamente que no cabe pedir la igualación en el ejercicio de la ilegalidad²⁸⁹. Pero ello debe matizarse, porque si bien no puede pedirse la igualdad frente a una aplicación errónea del Derecho, es decir, la repetición de la misma equivocación; lo que perfectamente sí podría solicitarse es la anulación de actos ilegales a favor de otros, a fin de restablecer la igualdad vulnerada mediante el favoritismo antijurídico inducido²⁹⁰.

Con respecto al otro supuesto, existen algunas potestades discrecionales que otorgan ciertas libertades de aplicación al operador jurídico, que podrían provocar, por ejemplo, el ejercicio de una acción punitiva (por un delito penal o infracción administrativa) contra alguna persona y contra otras no. Obviamente, no puede mantenerse que el principio de la igualdad es vulnerado, por no aplicarle la ley a un grupo o una persona

287 *Vid.* CARMONA CUENCA, E., *op. cit.*, pp. 62-63. Resulta relevante expresar que nuestra jurisprudencia ha hecho hincapié que la igualdad no es un derecho absoluto y lo que resulta prohibido son las diferencias arbitrarias, *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad, ref. 17-95, el 14/XII/1995. También la jurisprudencia nacional ha manifestado que los criterios de discriminación del Art. 3 CnS no son taxativos los cuales deben ser analizadas bajo los parámetros de razonabilidad. *Vid.* Resolución de sobreseimiento emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo, ref. 82-99 del 19/X/2000.

288 *Vid.* GARCÍA, Enrique, *op. cit.*, p. 25. Retomamos tales supuestos de dicho autor.

289 *Vid.* SSTC núm. 37 /1982 de 16 junio 1982 (RTC 1982/37) y núm. 43/1982 de 6 julio 1982. (RTC1982/43).

290 *Vid.* DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 262. En estos casos el principio de igualdad cede al principio de legalidad; *Vid.* GARCÍA, Enrique, *op. cit.*, p. 26. Seguramente ningún Tribunal puede hacer perenne su actuación ilegal so pretexto de que así actuó anteriormente y debe garantizar el principio de igualdad, ello sería un absurdo; *Vid.* DÍEZ- PICAZO, L., *La doctrina del...*, *cit.*, pp. 25-26.

determinada; es que la igualdad no depende de la efectividad en el cumplimiento de la ley²⁹¹. Evidentemente, el hecho que una persona, por las razones que sean, no es sancionada conforme a la ley, ello no significa que la igualdad se rompe porque otros sí han sido sancionados en debida forma.

En síntesis, de estos aspectos puede expresarse que el principio de igualdad sólo es sustentable en contextos de regularidad jurídica, de tal manera que para poder exigirle al juez el respeto del mismo, es necesario que la situación bajo comparación sea jurídicamente viable, ya que sería un absurdo que la igualdad llevara a normalizar y uniformar situaciones antijurídicas.

6.4. Requisitos para la concurrencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley

Para poder hacer valer el principio de igualdad en la aplicación de la ley, el tratamiento por el juez no puede ser automático, sino tiene que evaluar caso por caso, bajo el recaudo de ciertos requisitos que informan la interpretación correcta de dicha esfera constitucional²⁹²; así:

1. Preliminarmente debe señalarse que quien pretenda hacer valer su reclamo por la igualdad en la aplicación de la ley tiene que aportar al juzgador el marco de referencia o de comparación. Sería imposible confrontar la desigualdad o igualdad de un debate si no se tiene el parangón para relacionarlo. Ese elemento viene dado por una providencia o resolución del órgano a quien se le imputa

291 Vid. GARCÍA, Enrique, *op. cit.*, p. 29. Es conocido que no todos los delinquentes, autores del mismo tipo de delito, son juzgados y condenados, pero eso no da derecho a quien lo sea justamente a invocar a su favor el principio de igualdad, que con tan errónea interpretación sólo sería respetado cuando todos aquellos delinquentes fuesen condenados o todos ellos gozasen de impunidad. Vid. AZÚA REYES, S., *op. cit.*, pp. 149-150.

292 Además de los requisitos que se exponen, con algún respaldo jurisprudencial nacional, encontramos que el Tribunal Constitucional español ha sido más sistemático en el tema exigiendo: a) La identidad del Órgano Judicial – es decir que el mismo tribunal haya fallado en dos sentencias sustancialmente iguales-; b) Identidad de supuestos de hecho; c) La aportación de un término de comparación jurisprudencial cierto y reiterado; y d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio. En cuanto al primer requisito, véase: SSTC: núm. 52/1982 de 22 julio 1982 (RTC 1982/52); núm. 63/1984 de 21 mayo 1984 (RTC 1984/63); núm. 64/1984 de 21 mayo 1984 (RTC 1984/64); núm. 127/1984 de 26 diciembre 1984 (RTC 1984/127); núm. 177/1985 de 18 diciembre 1985 (RTC 1985/177); núm. 183/1985 de 20 diciembre 1985 (RTC 1985/183); núm. 104/1996 de 11 junio 1996 (RTC 1996/104); núm. 102/2000 de 10 abril 2000 (RTC 2000/102); núm. 4/2001 de 15 enero 2001 (RTC 2001/4). Respecto al segundo requisito, Vid. SSTC: núm. 176/2000 de 26 junio 2000 (RTC 2000/176); núm. 37/2001 de 12 febrero 2001 (RTC 2001/37). En lo que se refiere al tercer requisito, Véanse SSTC: núm. 132/1997 de 15 julio 1997 (RTC 1997/132); núm. 152/1994 de 30 mayo 1994 (RTC 1994/152). Con relación al cuarto, Vid. SSTC: núm. 132/2005 de 23 mayo 2005 (RTC 2005/132). Recientemente, la jurisprudencia española ha ordenado todos los requisitos citados en el fundamento jurídico de sus sentencias. Véase SSTC: núm. 29/2005 de 14 febrero 2005 (RTC 2005/29); núm. 146/2005 de 6 junio 2005 (RTC 2005/146); núm. 27/2006 de 30 enero 2006 (RTC 2006/27); núm. 58/2006 de 27 febrero 2006 (RTC 2006/58); núm. 2001/2007 de 24 septiembre 2007 (RTC 2007/2001). En resumen, dicho Tribunal ha expresado que para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley se requieren, en primer lugar, la acreditación de un término de comparación, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la sentencia impugnada y las precedentes decisiones del mismo Órgano Judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan resuelto de forma contradictoria; en segundo lugar, la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, la «referencia a otros», lo que excluye la comparación consigo mismo; en tercer lugar, la identidad de Órgano Judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección, al considerarse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la Ley y, finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició.

haber dirimido un asunto idéntico al que se suscita. En suma, el término de comparación reside en aportar un precedente²⁹³.

2. La Corte Suprema de Justicia se ha manifestado en cuanto a que el principio de igualdad en la aplicación de la ley es un concepto relacional que, dentro de sus elementos, requiere la concurrencia de un término válido de comparación, que ponga de manifiesto la identidad sustancial de los supuestos o situaciones determinadas²⁹⁴.
3. Debe existir identidad sustancial en los supuestos de hecho. Esto significa que, los casos en comparación deben ser básicamente idénticos. Esto lleva a que, en casos semejantes de forma arbitraria el juez le da soluciones disímiles a sus resoluciones, con interpretaciones distintas en la aplicación de la ley²⁹⁵. No se hace referencia aquí a la evolución jurisprudencial o al cambio de criterio justificado por el mismo dinamismo del Derecho, sino a resoluciones irracionalmente diferentes cuando no exista justificación forense atendible. Existen casos en que los tribunales no muestran solidez sobre el criterio a seguir, sino oscilan o regresan a tesis presuntamente superadas en términos de tiempo relativamente cercanos; en tales supuestos existe transgresión a la igualdad y a la seguridad jurídica.
4. Esta exigencia ha sido reconocida de forma implícita por la Sala de lo Constitucional cuando ha expresado que, tomando como base el principio de *stare decisis*, articulado a los principios de seguridad e igualdad, es viable su aplicación siempre que se constate con certeza, y de forma clara, la existencia de supuestos fácticos, objetiva y causalmente idénticos; asegurando además la Sala, que frente a la proposición de una controversia análoga en sus elementos objetivo y causal, a otra ya decidida con anterioridad, ésta se encuentra obligada en consecuencia a observar y respetar los conceptos y principios establecidos por ella misma en su jurisprudencia²⁹⁶.
5. El recurrente debe establecer la irracionalidad del abandono de un precedente anterior o la arbitrariedad del cambio de criterio judicial o administrativo, según el caso. De manera que, si dicho cambio está mínimamente fundamentado, las posibilidades de éxito del impugnante serán pocas. Claro está que este requisito

293 Vid. SUAY RINCÓN, J., “La igualdad en la aplicación de la ley. La doctrina del Tribunal Constitucional”, en *PJ*, Diciembre, 1986, N° 4, pp. 95-106. El término de comparación varía en función del órgano a quien se imputa la infracción del principio de igualdad. Si se trata de una cuestión de igualdad en la ley, el término de comparación habrá de venir constituido por una norma. Si se trata de una cuestión de igualdad en la aplicación de la ley, habrá de diferenciarse según que la infracción se impute a un órgano de la Administración o del Poder Judicial. Pero en ambos casos, será una resolución de éstos.

294 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso, ref. 102-E-003 el 19/1/2006.

295 Vid. ZOCO ZAVALA, C., *op. cit.*, p. 88. Igualdad o identidad, igualdad sustancial, identidad sustancial, semejanza sustancial, similitud, similitud sustancial, analogía, analogía sustancial.

296 Vid. Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo, ref. 89-2001, el 26/III/2001. Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad, ref. 1-92, el 19/VII/96.

se reduce cuando la resolución judicial que se aparta de los precedentes, no manifiesta la razón que ha impulsado el cambio; en tal caso, se hace innecesaria la prueba de la arbitrariedad de la resolución impugnada²⁹⁷.

7. TÉCNICAS JURISPRUDENCIALES QUE GARANTIZAN LA UNIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Se ha señalado que la justificación constitucional del respeto del precedente jurisprudencial descansa sobre la base de dos grandes principios, la igualdad y la seguridad jurídica; y como desenlace de los mismos, el ordenamiento y la doctrina proponen una serie de mecanismos que abonan a la unidad del sistema²⁹⁸-concretamente del ordenamiento jurídico administrativo²⁹⁹-, por lo que cuando existe un quebrantamiento en el mismo, el juzgador debe de disponer de todo su arsenal metodológico para combatir tales contradicciones y restablecer la unidad³⁰⁰.

7.1. El rol del recurso de casación en el contencioso administrativo

Desde la óptica del precedente, el recurso de casación no sólo funciona como garantía de la buena marcha del sistema de justicia para reparar los errores judiciales, sino como un método de la igualdad de tratamiento de todos ante los tribunales, siendo un mecanismo procesal que uniforma la legalidad y la interpretación de la ley³⁰¹.

297 *Vid.* SUAY RINCÓN, J., *op. cit.*, pp. 95-106. No obstante, el Tribunal Constitucional Español viene reconociendo y legitimando la posibilidad de que el abandono de los precedentes se efectúen a través de motivaciones implícitas (STC 63/1984, de 21 de mayo). Puede haber casos en que la propia lógica interna de la resolución o de datos externos a ella, como podría ser la innovación de la jurisprudencia del órgano jurisdiccional superior del mismo orden en el que esté inserto el juzgador del caso, objetivamente perceptible es consciente y que de él queda excluida tanto la arbitrariedad como la inadvertencia. Bien entendido que como lo naturalmente exigible es la motivación expresa, la tácita sólo podrá admitirse cuando se dé respeto a ella ese alto grado de certeza antes evocado.

298 *Vid.* CANARIS, Claus, *El Sistema en la Jurisprudencia*, (Trad. al castellano por Juan García Amado), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 131 y 175. Expresa el jurista alemán que las notas del concepto general de sistema son orden y unidad. Tienen su correspondencia jurídica en las ideas de coherencia valorativa y unidad interna del ordenamiento. Estas no sólo son presupuestos ineludibles del Derecho que quiere verse como ciencia, y premisas evidentes de los habituales métodos de interpretación jurídica, sino ante todo consecuencia del principio de igualdad.

299 *Vid.* PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 229. La doctrina jurídico-administrativa siempre ha afirmado una condición superior y sistémica del ordenamiento jurídico.

300 *Vid.* CANARIS, Claus, *op. cit.*, p. 131.

301 *Vid.* XIOL RÍOS, J., *El precedente judicial...*, *cit.*, pp. 48 y ss. El Tribunal de Casación potencia la doctrina del precedente. La relación dialéctica que la técnica del precedente abre entre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, consigo mismas, y entre éstas y la de los órganos inferiores, constriñe a prescindir de la consideración de la labor de la Corte como una labor de imposición autoritaria de unos criterios unificados, adoptados, al fin y al cabo, en un lugar geográfico determinado alejado, las más veces, del soporte social del caso planteado, por más que se trate de la capital del Estado. La jurisprudencia de casación aparece, entonces, más bien, como una labor jurídica de mediación entre tesis opuestas, como una función de búsqueda de la unidad mediante una síntesis de la diversidad jurídica derivada de la existencia de muy distintos operadores jurídicos. Ésta jurisprudencia se concibe de esta manera como conectada con la realidad social no a través de las valoraciones subjetivas de los miembros de la Corte Suprema, sino a través de un proceso dialéctico en el que se integran todos los órganos judiciales del país y quienes ante ellos han contribuido a la formación de sus criterios; *Vid.* MOLTÓ DARNER J., “La doctrina legal: Nuevo Planteamiento en el ámbito administrativo”, en *RJC*, año XCIX, No. 1, 2000, pp. 205-206;

Se ha planteado que en el recurso de casación del contencioso-administrativo existe una hegemonía de la función uniformadora sobre la nomofiláctica³⁰², como consecuencia que el tribunal de casación se encuentra en el pináculo del sistema de justicia. Sin embargo, existe una frontera sumamente estrecha entre ambas funciones que suelen no distinguirse con perfección, dado que a través del recurso de casación se resguardan fundamentalmente los principios de igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica, lo que significa que con este medio impugnatorio se pretende obtener una interpretación homogénea del Derecho en todo el territorio nacional, o siendo lo mismo, la uniformidad de la jurisprudencia a través de la defensa de la interpretación unitaria y coherente del Derecho Administrativo³⁰³. Con este objetivo se encuentra diseñado el recurso de casación, ya sea en su versión ordinaria de protección a la ley, o la llamada casación para la unificación de la doctrina, en la que la Corte Suprema de Justicia tiene el rol de fijar doctrina legal en aquellos casos donde concurre una identidad de circunstancias, en relación a los elementos fácticos y jurídicos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, todo con el fin de superar las contradicciones en el sistema³⁰⁴.

En suma, el verdadero propósito, o finalidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina jurisprudencial, es el de preservar el principio de igualdad y unidad del ordenamiento³⁰⁵.

302 Vid. GUZMÁN FLUJA, V., *El Recurso de Casación Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 39 y ss. La función nomofiláctica puede ser comprendida, en forma lata, como aquella función de defensa o conservación de la ley. Uno de los primeros autores que acuñó el término de nomofiláctica o nomofilaxis fue Piero Calamandrei en su obra *la Cassazione Civile*, Turín, 1920; para un estudio más profuso del tema véase la obra citada de Vicente Guzmán Fluja.

303 Vid. IGLESIAS CANLE, I., *Los Recursos Contencioso-Administrativos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 100 – 102. Se puede sostener que la uniformidad de la jurisprudencia es un resultado inmediato de la función nomofiláctica del recurso, debido que su esquema instrumental teleológico principal es la finalidad que la doctrina jurisprudencial sea uniforme. Cuando existen varios tribunales u órganos se vuelve necesario un mecanismo casacional que vele por la uniformidad de la interpretación jurisprudencial. En igual sentido: Vid. MARTI MARTI J., “El Recurso de Casación por interés casacional” en *LL*, 2002, N° 5484, pp. 1 y ss. Vid. FRESNEDA PLAZA, F., “Juicio Crítico del Sistema de Recurso”, en AA.VV. *Diagnosis de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Perspectivas de Futuros*, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, No. IX-2005, Madrid, 2005, pp. 282-291.

304 Vid. GÓMEZ-FERRER, RINCÓN, R., “Recurso de Casación y Unidad del ordenamiento Jurídico” en *RAP*, No 174, septiembre-diciembre 2007, p. 613; Vid. IGLESIAS CANLE, I., *op. cit.*, pp. 102, 309, 316 y 318. En España una de las novedades que en su momento significó la Ley 10/92 fue la casación para la unificación de la doctrina dentro del sistema de recursos contencioso administrativos, el cual carecía de antecedentes en el contencioso francés y español; la LJCAE de 1998 mantiene esta figura. El motivo que permite fundamentar el recurso requiere que cuando con respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación –identidad subjetiva- y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos –identidad objetiva- (Art. 96 LJCAE). Se ha expresado que la fórmula de la identidad objetiva requiere: 1. Los hechos declarados, probados en la sentencia recurrida y en la que sirve de comparación han de ser sustancialmente iguales, aunque pueden haber diferencias en aspectos no esenciales, por ejemplo no se exige que el acto administrativo sea el mismo. 2 Identidad jurídica, debe tratarse de la misma norma la que debió aplicarse en los dos procesos. 3 Las peticiones han de ser también sustancialmente iguales en el doble sentido, refiriéndose a un mismo bien y a una misma clase de tutela judicial.

305 Vid. GUTIÉRRES DELGADO, J. y otros, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativo de 1998*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 797. Por tanto este recurso encuentra su fundamento en la propia Constitución, por garantizar los principios constitucionales de igualdad y seguridad; Vid. SÁNCHEZ BLANCO, A., “La unidad de doctrina en la jurisprudencia Contencioso-Administrativa”, en *RAP*, enero- diciembre 1983, N° 100-102, pp. 1555- 1590; Vid. GÓMEZ ABELLEIRA, F., “La Jurisprudencia como fuente, el Recurso de Casación para unificación de doctrina y la primacía del Derecho Comunitario (A propósito de una STS de 17 de diciembre 1997)”, en *Anuario de facultad de Derecho de Universidad de Coruña*, 1998, N° 2, p. 680. La finalidad del recurso de casación es su carácter predecible.

7.2. El amparo y su función de unidad en el ordenamiento administrativo

La tutela de las esferas jurídicas constitucionales, por medio del amparo, es un mecanismo procesal que nace de la Constitución³⁰⁶ misma y desarrollado por la Ley de Procedimientos Constitucionales,³⁰⁷ por medio del cual las personas tienen el derecho de reclamar contra aquellas acciones u omisiones de las autoridades que impliquen transgresiones contra disposiciones constitucionales. En El Salvador el único tribunal que puede conocer en materia de amparo es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El perímetro de protección del amparo ha sido delimitado por la Sala de lo Constitucional, al establecer que éste consiste en categorías subjetivas protegidas por el ordenamiento jurídico que no se limitan a derechos subjetivos. Procede, entonces, el amparo contra cualquier acto de autoridad que viole las distintas categorías subjetivas protegidas por la Constitución³⁰⁸.

Esto implica que esta Sala de lo Constitucional, en materia de amparo, se convierte en el vigilante de la constitucionalidad de los jueces, magistrados y autoridades administrativas, todos los cuales se encuentran vinculados a la primera fuente del ordenamiento salvadoreño, la Constitución, por lo que toda interpretación a las normas inferiores deberá ser conforme a ésta. Caso contrario, la tutela extraordinaria del amparo debe restablecer el orden vulnerado y ofrecer la interpretación correcta bajo una dimensión objetiva que oriente a todas las autoridades³⁰⁹.

En esta órbita, el amparo tiene una doble proyección en la unidad del ordenamiento administrativo: primero como un garante del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley de la Sala de lo Contencioso administrativo y la Administración Pública, y, segundo, como el guía y unificador de la jurisprudencia constitucional en esta materia con trascendencia para el Derecho Administrativo³¹⁰

306 Vid. Art. 247.1 CnS: “*Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución*”.

307 Vid. Art. 12 LPrCn.: “*Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución. La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo que violen aquellos derechos u obstaculicen su ejercicio. Cuando el agraviado fuere el Estado, la Sala de lo Constitucional tendrá obligación de mandar a suspender el acto reclamado. La acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos*”.

308 Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 4-N-93, el 24/XI/1995. En similar sentido, véase la resolución de improcedencia emitida por dicha Sala en el proceso de amparo ref. 32-A-95, el 29/1/1996.

309 Vid. CARRASCO DURÁN, M., “El Concepto Constitucional de Recurso de Amparo: Examen de posibilidades para una reforma de la Regulación y la Práctica del Recurso de Amparo”, en *Rev. Esp. Derecho Const.*, 2001, N° 63, p. 120-126. La eficacia objetiva del amparo consiste en ser un instrumento orientador de los restantes órganos del Estado; Vid. GARRIDO FALLA, F., “Los cambios de jurisprudencia del Tribunal Constitucional: el carácter subsidiario del recurso de amparo y el artículo 240 LOPJ”, en *REDA*, 1998, N° 97, pp. 5- 14; Vid. CASCAJO CASTRO, J., “Los derechos invocables en el recurso de amparo”, en AA VV, (dirigido por Miguel Ángel García Herrera), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Salamanca, Universidad del País Vasco, 1996, pp. 54 -63; Vid. ARAGÓN REYES, M., “Competencias del Tribunal Constitucional”, en AA. VV., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XII, Madrid, Edersa, 2006, pp. 210- 222. En España el amparo en sentido genérico tiene una doble vía, el amparo judicial ante los tribunales ordinarios y el amparo constitucional ante Tribunal Constitucional, el cual tiene una dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

310 Vid. SÁNCHEZ BLANCO, A., *op. cit.*, p. 1589. Las sentencias del contencioso-administrativo pueden ser objeto de amparo constitucional bajo el punto de transgresión a la igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva, lo que se justifica entre

7.3. El efecto del centralismo en el contencioso administrativo

El esquema salvadoreño, en el contencioso administrativo, representa un verdadero centralismo jurisdiccional, en cuanto a que el ordenamiento ha destinado esta competencia a una sola Sala de la Corte Suprema de Justicia, no existiendo otros tribunales de inferiores instancias que conozcan de tales debates³¹¹. Así, tampoco existen recursos propiamente dichos contra las sentencias definitivas, y el único mecanismo de impugnación de las mismas sería a través de un proceso de amparo si existieran violaciones a derechos constitucionales por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo³¹².

Tal concentración de competencia genera situaciones negativas y positivas dentro del sistema; quizá, por lo menos de manera teórica, debe señalarse que al existir un solo tribunal en el país que conozca de todos los litigios de legalidad de los actos administrativos, se genera mayor certidumbre y unidad en las directrices jurisprudenciales, evitando los riesgos de contradicciones de distintas sentencias emanadas de tribunales diferentes en casos similares.

Derivadamente, a favor de la seguridad jurídica y la igualdad, la Administración y los particulares no tienen que buscar en un espectro difuso de tribunales cuál es la forma más acertada de interpretación de las normas administrativas, sino simplemente escudriñar los precedentes de esta única Sala, quien es la que tiene la primera y la última palabra en materia de justicia administrativa³¹³.

7.4. Sentencias representativas del contencioso administrativo

En El Salvador no existe una ley general de procedimientos administrativos, y, por otra parte, su norma procesal reinante es, a estas alturas, rudimentaria. Ello genera que en esta parte del Derecho Público, el tribunal contencioso ha hecho camino al andar produciendo desde su existencia, pero sobre todo, a partir de la década de los noventa del siglo pasado, una serie de sentencias que han servido de derroteros en el Derecho Administrativo salvadoreño, paliando sobresalientemente deficiencias del sistema y aborando a su coherencia y unidad³¹⁴.

otras en la esperanza de un órgano judicial lineal siguiendo la doctrina del precedente; *Vid.* PÉREZ TREMP, P., *op. cit.*, p. 29. Dimensión objetiva del amparo.

311 *Vid.* Art. 1 LJCAS: “*Erígese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución de la CSJ. La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo*”.

312 Art. 12 inc. 2º L Pr C: “*La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo que violen aquellos derechos u obstaculicen su ejercicio*”.

313 *Vid.* GAMERO CASADO, E., *Derecho Administrativo: La Jurisdicción...*, *cit.*, pp. 135-140. El autor español realiza críticas atinadas al proceso contencioso salvadoreño. En nuestra opinión adicionamos que evidentemente el esquema presenta más errores que virtudes, pues el centralismo, entre otras cosas provoca el difícil acceso de muchos ciudadanos del interior del país y poca proporción de demandas en relación a la población.

314 *Vid.* MOLTÓ DARNER J., *op. cit.*, p. 206. El reto de los administrativistas en el presente y para el futuro inmediato es claro: el estudio y conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. (de la Sala de lo Contencioso de la CSJ).

De manera que los entes administrativos, por lo general, se muestran anuentes a seguir los parámetros de comportamiento que el tribunal contencioso administrativo establece en sus fallos más representativos, por el temor a ser demandados ante la Sala; esto en virtud que, en los ámbitos de legalidad, es la máxima y última autoridad. De igual forma los litigantes están mostrando un creciente interés por los precedentes en las acciones que promueven.

Este fenómeno tiene un arraigo puramente práctico, insertándose en la vivencia judicial y su comprensión sólo puede visualizarse por medio del estudio de los casos y su impacto en la Administración Pública. Por ello, se ha tratado de recopilar los casos más relevantes:

A) Referente a la potestad sancionatoria

Sentencia en la cual, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ³¹⁵, determinó que la potestad sancionatoria concedida a la Administración no se limita a lo expuesto taxativamente por el Art. 14 CnS., que únicamente se refiere a las multas y arrestos, indicando que dicha disposición, al regular y atribuir a la autoridad administrativa la potestad de sancionar mediante arresto o multa las contravenciones, de ninguna manera tiene carácter excluyente o restrictivo, como para sostener que una autoridad en el ejercicio de la función administrativa que naturalmente le compete, no puede ser facultada legalmente para imponer otra especie de sanciones ante las contravenciones correspondientes.

Es de reiterar que lo especial de este fallo, respaldado por una sentencia constitucional de amparo³¹⁶ en la misma línea, radica en el hecho que en ambas cambiaron el precedente sentado por la Sala de lo Constitucional³¹⁷, en virtud del cual se había determinado que el Artículo 14 de la Carta Magna, que habilita a la Administración a sancionar con arresto y multa, tenía un carácter taxativo y, en consecuencia, no podía hacerse una ampliación por vía legal.

Lo trascendental de esta sentencia es que rompió con el tabú que la Administración salvadoreña sólo podía imponer dos tipos de sanciones: multa y arresto, ampliando la facultad sancionatoria a los límites que establezca la ley formal.

315 *Vid.* Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso bajo ref. 149-M-99, el 19/ XII/2000.

316 *Vid.* Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 330-2000, el 23/IX/2002.

317 *Vid.* Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad, ref. 3-92, acum. 6-92, el 17/XII/1992.

B) Sobre la competencia administrativa de entes reguladores

Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ³¹⁸ que determinó que la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confiere el ordenamiento constitucional, los tratados, leyes o reglamentos, agregando en lo referente a la competencia de los entes reguladores³¹⁹, que la potestad de autorizar conlleva la posibilidad de incidir o modificar lo autorizado.

A este parecer, dos cosas son sumamente subrayables en esta sentencia: primero, aclara que la potestad de autorización de los entes reguladores conlleva la posibilidad de modificar el acto sujeto a autorizar; y, en segundo lugar, lo que es más de vanguardia, amplía los tópicos de la competencia administrativa y el bloque del principio de legalidad con la figura de las atribuciones razonablemente implícitas.

C) Sobre las nulidades de pleno derecho

Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo³²⁰, por medio de la cual se estableció como supuestos para la configuración de nulidad de pleno derecho en un acto administrativo, que no se encuentren taxativamente determinadas en la ley: 1) Que el acto transgreda la normativa secundaria –de carácter administrativo–, por haberse emitido en exceso, o fuera de las potestades normativas; 2) Que esta vulneración trascienda a la violación del ordenamiento constitucional; 3) Que esta transgresión sea concreta en la esfera jurídica del sujeto que alega la nulidad.

Esta última sentencia será una de las más debatidas de la década por los juristas de El Salvador, ya que establece la posibilidad que, en los casos de vacíos normativos, el juzgador contencioso-administrativo realice labores cuasi legislativas, estableciendo casos y supuestos de nulidad, lo cual, en un pensamiento tradicional, reflejado en el voto disidente de la sentencia por el magistrado René Fortín Magaña, viola el principio de taxatividad, en virtud del cual, las nulidades deben estar expresamente determinadas en la ley.

D) Sobre la reserva de ley y las infracciones administrativas

Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo³²¹, donde se debatía la legalidad de la aplicación de las multas en base al Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial. En dicho litigio la Sala determinó que, *“la reserva de ley no está constituida sobre un único objeto, sino que se mueve en diferentes ámbitos formando un conjunto heterogéneo, alcanzando aspectos relacionados con el patrimonio (tributos,*

318 Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 28-U-2001, del 9/XII/2002.

319 Refiriéndose concretamente el caso a SIGET.

320 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 87-V-2002, el 20/VI/2005.

321 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 66-H-1999, el 27/X/2002.

expropiación forzosa), con la libertad (principio de legalidad de los delitos y las penas), con el derecho de defensa (establecimiento de recursos)”, asimismo, añade que “el establecimiento de las conductas constitutivas de infracción y las correlativas sanciones, conforme al principio de legalidad y a la reserva de ley, no puede fundamentarse meramente en una norma de carácter reglamentario, sin la cobertura de una ley formal –ya que- constituye materia de reserva de ley. En el Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial se crean conductas constitutivas de infracción y la consecuente sanción, sin la existencia de remisión normativa alguna, el Reglamento invade zonas reservadas y excede los límites de la Ley”.

E) Restricción a la medida cautelar de la suspensión del acto administrativo

Desde su fundación en 1979, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, había realizado una interpretación literal de la LJCAS, en cuanto que la medida cautelar de la suspensión del acto impugnado era la regla general, otorgándose, inclusive, de oficio. Sin embargo, de forma repentina, a mediados del 2006, la Sala modificó hacia el otro extremo su criterio, estableciendo que dicha medida cautelar no era automática, debiendo cumplirse con requisitos evaluados en cada caso, a saber: que el acto produzca efectos positivos, que exista daño irreparable o de difícil reparación, y que la suspensión no produzca un evidente perjuicio al interés social³²².

Este precedente jurisprudencial ha producido una denegación sistemática de la medida cautelar, sobre todo en materia de multas y otras sanciones administrativas, fenómeno que ha desmotivado a los litigantes, pues ante una Administración arbitraria, la suspensión era un instrumento que hacía operativo el acceso a la justicia. Por tanto, este criterio jurisprudencial y su aplicación tan a favor de la Administración, ciertamente ha hecho involucionar el Derecho Administrativo salvadoreño.

F) La legitimación activa en los derechos e intereses difusos

La LJCAS establece como requisito de la pretensión que el demandante ostente un derecho o interés legítimo y directo. En este sentido, en el proceso con referencia 301-2006, la Asociación Herencia Natural y la Federación Unidad Ecológica Salvadoreña impugnaban ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, un acto dictado por el Ministro de Medio Ambiente, en el que se otorgaba un permiso ambiental a un campo de golf. La Sala, mediante resolución del 9 de febrero de 2007³²³, refiriéndose a la legitimación activa, realizó una reinterpretación de la ley estableciendo que resulta

³²² Como ejemplo de esta línea jurisprudencial: *Vid.* Resolución dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 50-2006, el 28/IX/2006. En igual sentido: *Vid.* Resolución dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, en el proceso ref. 474-2007, el 19/VI/2008; *Vid.* Resolución dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, en el proceso ref. 376-2007, el 24/I/2008: “*El otorgamiento de la suspensión no es automático*”.

³²³ *Vid.* Resolución dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 301-2006, el 9/II/2007. Consecuentemente la Sala admitió la demanda por considerar evidente que las asociaciones ambientalistas creadas para fines de protección, conservación y mejoramiento de la naturaleza del mundo animal, como las actoras, ostentan un interés legítimo

conveniente interpretar de forma amplia o extensiva la concepción de “interés legítimo y directo”, establecido por legislador más allá de una perspectiva individual; por lo que debe entenderse como parte de su esencia una vertiente colectiva que tutele también los que se encuentran identificados como derechos o intereses difusos, los cuales pueden ser ejercidos por los afectados directos, como por las asociaciones que ostentan un mayor reconocimiento social en la protección de ciertos intereses o situaciones.

Como conclusión se debe mencionar que las autoridades administrativas se ven formalmente subordinadas al bloque de legalidad, es decir, a todas las normas constitucionales, legislativas y reglamentarias aplicables; pero además, sus actuaciones son fiscalizadas y también, de alguna manera reguladas, por los parámetros creativos establecidos por la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Ello es y será siempre así, porque el Derecho Administrativo es un derecho tan dinámico que sólo puede ser alcanzado por el juzgador a través de su sano juicio, aplicado en las circunstancias y necesidades contemporáneas de los administrados; y es que es este el modelo lúcido del Consejo de Estado Francés³²⁴.

7.5. Determinación de los conceptos jurídicos indeterminados en las sentencias

Los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los iniciales delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e incuestionable, verbigracia, la mayoría de edad se produce a los dieciocho años. En contraste, en el concepto jurídico indeterminado la ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados, como buena fe, buen padre de familia, justo precio, etc.³²⁵.

Estos términos utilizados por el legislador únicamente pueden llenarse de contenido adecuado y certero conforme a la aplicación del operador jurídico en los casos concretos; si bien en nuestro caso es la Administración la que preliminarmente los utiliza, sólo mediante la revisión del contencioso administrativo adquieren la interpretación última y correcta. Es decir, que los conceptos jurídicos indeterminados obtienen el resultado de interpretación estable y segura en una sentencia judicial, en donde el juez proyecta la seguridad jurídica necesaria, estableciendo en muchos casos parámetros de demarcaciones de dichos conceptos al momento de una aplicación concreta. Por el contrario, una

razonable y suficiente, en su vertiente colectiva, para velar por el ejercicio de la legalidad de una potestad administrativa como la del Ministro del Medio Ambiente.

324 Vid. RIVERO, Jean, *Los Principios Generales del Derecho...*, cit., p. 298. Por encima de la regla escrita el Consejo de Estado ha tenido la sabiduría de erigir el cuerpo de las reglas fundamentales que dominan la civilización francesa. Vid. CUESTAS, Guillermo Humberto, *op. cit.*, p. X. El tribunal contencioso administrativo salvadoreño ha suplido el ordenamiento escrito mediante las interpretaciones de sus normas.

325 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 451. La ley utiliza estos conceptos porque las realidades no admiten otro tipo de determinación más precisa. Sin embargo, al estar refiriéndose a supuestos concretos no admiten más que una solución: o se da o no se da el concepto, o hay buena fe o no la hay. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa, en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición.

interpretación inadecuada del juzgador en la aplicación de ellos, produce injusticias y una grave inseguridad jurídica en los administrados. Entonces, la correcta utilización de los conceptos jurídicos indeterminados abona a la unidad y a la seguridad del ordenamiento administrativo. Por decirlo de alguna forma, estas frases abstractas y anchas en su conceptualización, sólo encuentran un significado delimitado en su utilización en los casos concretos, significado que se vuelve definitivo cuando es evaluado por el contencioso administrativo, estableciendo la legalidad o ilegalidad de la actuación, calificando la correcta dimensión del concepto jurídico indeterminado.

La práctica forense en El Salvador ha demostrado el especial apartado que el juzgador le otorga a los conceptos jurídicos indeterminados, pudiéndose mencionar a modo de ejemplo algunos de éstos conceptos evaluados por el contencioso administrativo, tales como: semejanza, buena marcha de la institución, afectación directa por el conflicto, otras actividades semejantes, causa justificada, caso fortuito y fuerza mayor, injusticia manifiesta³²⁶.

Debe mencionarse que tales precedentes judiciales han servido de modelos para futuros actos administrativos que tratan similares situaciones ante la Administración.

8. LA EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA

8.1. Diferentes dimensiones de la eficacia de una sentencia

Una arista en la aplicación de la jurisprudencia desde la óptica de la seguridad y la igualdad, es lo concerniente a la eficacia de las sentencias, las cuales obedecen a una triplicidad de circunstancias; primero, la eficacia hacia el caso en concreto que se juzga; segundo, la relacionada a los casos ya resueltos y, por último, a los litigios que se resolverán en el futuro. En este sentido, una resolución judicial puede expandir una eficacia delimitadora, una vinculante y normativa, y una eficacia temporal o cronológica³²⁷.

326 Sobre la determinación de dichos conceptos jurídicos indeterminados Véase: Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 111-L-2005, el 7/XI/2005; la Sala expuso que el término idéntico delimita de una manera precisa e inequívoca el área de la realidad a que hace referencia. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 99-P-2000, el 19/XII/2001. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 29-H-1995, el 17/I/1997; por tratarse, de un concepto jurídico indeterminado, para que la entidad administrativa pudiese determinar con certeza si la afectación directa había operado, era preciso que el peticionario aportara toda la prueba necesaria para establecer tal afectación. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 161-R-2001, el 3/I/2005; en cuanto al concepto jurídico indeterminado de “otras actividades” se debe ponderar que en materia tributaria no se aplica la analogía, y que además debe interpretarse congruentemente cada disposición con el texto completo de la ley. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, en el proceso ref. 177-P-2004, el 29/V/2006; el término “causa justificada” es un concepto jurídico indeterminado, porque los límites del referido vocablo no se encuentran precisados en la normativa respectiva. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 177-S-2003, el 29/VIII/2005; merece especial atención los términos caso fortuito y fuerza mayor, que son conceptos jurídicos indeterminados, lo que implica que debe valorarse en cada caso si la persona que alega dicha causa probó la legalidad de sus acciones u omisiones, con los elementos probatorios idóneos. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 271-M-2002, el 23/XII/2004; puede considerarse “injusticia manifiesta”, toda aquella actuación de la Administración que violente los derechos estipulados dentro de la Ley de Servicio Civil, de un funcionario o empleado comprendido dentro de la misma, como en los casos de destitución arbitraria o cualquier otra afectación a su persona, como la retención ilegal de su salario.

327 Vid. BLASCO GASCÓ, F., “Funciones y Eficacia de la Norma Jurisprudencial”, en AA.VV. *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2001, Consejo General del Poder Judicial, pp. 187-192. Sea en el mundo anglosajón o continental late siempre esta triple tensión en el orden de la eficacia de las resoluciones judiciales.

La eficacia delimitadora o conformadora o creadora de Derecho, se constituye con el efecto directo que tiene la sentencia de constituir una norma jurídica para el caso en debate, provocando la certidumbre que trae la resolución al dirimir el conflicto de forma obligatoria³²⁸.

La eficacia vinculante o normativa se manifiesta en un doble plano. Inicialmente, en el grado de vinculación de un tribunal frente a sus propias decisiones anteriores, es decir, el respeto al auto-precedente; y por otra parte, el grado de respeto de las decisiones de los órganos superiores, sobre todo de la Corte Suprema de Justicia³²⁹.

Posteriormente, la eficacia temporal o cronológica plantea la problemática de si los efectos de la jurisprudencia deben tener efecto retroactivo, con la limitante de la cosa juzgada; o sólo los efectos prospectivos de la misma, o sea, únicamente con efectos para el futuro³³⁰.

8.2. Eficacia cronológica de la jurisprudencia: carácter retroactivo y prospectivo del cambio de criterio jurisprudencial

¿El cambio de criterio jurisprudencial tiene efectos retroactivos o solamente hacia futuro o prospectivos?. La interrogante es compleja y tiene muchas variantes. A diferencia del legislador, el juzgador no cuenta con facultad para fijar los efectos temporales de la norma a través de disposiciones transitorias. Así, en el sistema del *Common Law*, el precedente actúa como una norma y el *overruling* -cambio de criterio- innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible plantear el problema de la retroactividad de la decisión judicial y su remedio a partir del “*prospective overruling*”, que decide el caso conforme al precedente anterior, pero anuncia que el cambio va a producirse en el futuro³³¹.

En los sistemas normativistas como el salvadoreño, se parte del respeto a la *res iudicata*, según el cual, el cambio de criterio no puede afectar situaciones jurídicas que gozan de protección de la cosa juzgada; el volver sobre asuntos ya juzgados, so pretexto de un cambio de criterio sobreviniente, sería claramente atentatorio a la seguridad jurídica.

328 Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, TEMIS, 1985, pp. 405-412. Desarrolla esta eficacia, en su dimensión directa e indirecta.

329 Vid. FERRERES COMELLA, V., - XIOL RIOS, J., *El Carácter...*, cit., pp. 43-46. Dice FERRERES, que la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia descansa en la seguridad jurídica, igualdad e imparcialidad.

330 Vid. XIOL RIOS, J., *El precedente vincu...*, cit., pp. 92-94. La concepción de la jurisprudencia como norma intenta explicar el cambio jurisprudencial mediante el principio de irretroactividad de la norma y la propuesta de que las sentencias definan su irretroactividad y declare su efecto prospectivo.

331 Vid. DESDENTADO BONETE, A., “Problemas de la jurisprudencia en el orden social: vinculación, cambio, conflictos jurisprudenciales y relaciones con la ley”, en AA.VV., *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 425. Tal solución sería inviable en nuestro sistema puesto que el juez debe administrar justicia conforme a la interpretación correcta de la ley y no postergar la solución para casos futuros.

De acuerdo con un autor español que se ha ocupado mucho sobre el tema, los supuestos que se pueden plantear son los siguientes³³²:

- a) Situaciones jurídicas nacidas con anterioridad al cambio de criterio (*overruling*) y resueltas, con sentencia firme, de acuerdo con el criterio anterior. En este caso, la fuerza de cosa juzgada que goza la sentencia que pone fin al proceso impide, con base en un posterior cambio de criterio jurisprudencial, se pueda volver a plantear la cuestión. Debe de indicarse que no es dable que el perjudicado por el caso resuelto con el criterio antiguo, quiera volver atrás alegando el respeto de la igualdad, ya que el precedente de comparación que se alegaría es ulterior y no anterior, como lo requiere un mínimo resguardo a la seguridad. Por tanto, en el supuesto señalado la cosa juzgada se constituye un candado sin llave, que no permite la eficacia retroactiva del cambio de criterio jurisprudencial.
- b) Situaciones jurídicas surgidas con anterioridad al cambio, pero cuyo litigio se resuelve precisamente con base en el cambio de criterio jurisprudencial, es decir, con el nuevo criterio. Se refiere al hecho que en el debate en discusión es donde se modifica la doctrina jurisprudencial anterior, dando paso a un diferente razonamiento que se aplica concretamente para esa disputa, presentándose una eficacia retroactiva al menos mínima y admitida por los parámetros de la seguridad (esto es lo que los anglosajones conocen como *regular retroaction*).
- c) Situaciones jurídicas nacidas con anterioridad al cambio de criterio, pero cuyo conflicto se resuelve con posterioridad al cambio. La regla general para dicho supuesto, sería que el debate se resuelva de acuerdo con el nuevo criterio jurisprudencial. Sin embargo, esta retroactividad tiene algunas excepciones: 1. Cuando el cambio de criterio introduzca un obstáculo o un requisito procesal o sustantivo, no exigido, por la doctrina jurisprudencial antigua en el momento de presentar la demanda o de producirse la situación jurídica material, debe entonces aplicarse la doctrina anterior, por cuanto la modificación del criterio no puede afectar al solicitante ya que éste desconocía el requisito para accionar la jurisdicción edificada por el nuevo criterio. Una formula diferente vulneraría el acceso a la justicia. 2. Tampoco podría aplicarse el nuevo criterio cuando la modificación a la jurisprudencia implique una situación objetivamente menos beneficiosa para el sujeto que, de acuerdo al anterior criterio, contaba con un derecho o facultad que ahora la modificación jurisprudencial invalida sin mediar cambio legislativo, dado que el sujeto se fió de la doctrina que ahora ha cambiado.
- d) Situaciones jurídicas surgidas con posterioridad al cambio. Aquí, sin duda alguna, la cuestión jurídica se debe resolver de acuerdo con el nuevo criterio jurisprudencial.

332 Vid. BLASCO GASCÓ, F, "Funciones y Eficacia de la Norma...", *cit.*, pp. 218- 234. El autor, basándose en las SSTC 119/1998, de 20 de junio; 174/1989, de 30 de octubre y 314/1994, de 28 de noviembre, concluye que el cambio de criterio jurisprudencial tiene como límite de eficacia de las situaciones jurídicas que gozan de la fuerza de cosa juzgada material.

- e) Situaciones jurídicas nacidas con anterioridad al cambio y resueltas mediante sentencia firme antes del cambio jurisprudencial, pero que subsisten, como las relaciones jurídicas de tracto sucesivo, como el arrendamiento de cosa. En este caso, se dice que la eficacia temporal del cambio de criterio sólo tiene como límite las prestaciones agotadas o extinguidas y la cosa juzgada. Pero ésta no se puede extender por razones de justicia a las prestaciones y situaciones que ean debidas o nazcan después del cambio de criterio.

En todo caso, se debe insistir que la regla en el aspecto de la eficacia temporal, es que el cambio de criterio debe respetar siempre los casos ya juzgados que gocen de estado de firmeza, es decir, la cosa juzgada material, no afectando entonces la *res iudicata*³³³.

9. LA PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS

9.1. La publicidad del Derecho

Un verdadero Derecho tiene como requisito consustancial ser público, tanto en su formación como en su emisión. La divulgación en su estructuración se vuelve una garantía de transparencia y de la existencia de un filtro ciudadano y de diversos grupos de interés, en donde resalta la comunidad jurídica³³⁴.

En su emisión, el Derecho en general, y especialmente las leyes, deben ser promulgadas como una exigencia previa de su obligatoriedad *erga omnes*³³⁵; sería un verdadero absurdo el exigir el estricto cumplimiento de normas jurídicas si estas no son conocidas previamente. En el campo del Derecho, la exigencia de la publicidad es un requisito de validez y eficacia de las normas jurídicas; lo contrario resulta en una degeneración de leyes secretas que imponen a los ciudadanos cargas no conocidas de antemano, lo que divorciaría de una verdadera seguridad jurídica³³⁶.

Sin embargo, esta premisa que ahora resulta ser obvia, no siempre ha sido cumplida en la historia de los Estados, de manera que en los sistemas autoritarios de democracia formal, el secretismo u ocultismo de la normativa han formado parte de la cotidianidad. Pero con la construcción del Estado democrático de Derecho, la publicidad de las leyes se ha instaurado como una característica infaltable de su consolidación, al grado de

333 Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La Norma juris...*, cit., pp. 106-114. Es de agregar que la intangibilidad de la cosa juzgada no debe confundirse con la regla del *stare decisis*: la cosa juzgada opera para el caso en disputa, vincula sólo a las partes y produce efectos una vez firme la sentencia; en cambio, el principio de *stare decisis* es una regla de derecho, vincula con efectos *erga omnes*, y produce efectos inmediatos.

334 Vid. FERNANDO PABLO, M. - RIVERO ORTEGA, R., *La Publicidad de las Sentencias en el Orden Contencioso Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 31- 32. Dicen los autores que la publicidad del Derecho será una de las aspiraciones del movimiento codificador, pretencioso de un Derecho claro, accesible a la ciudadanía, a la opinión pública en definitiva. Se concibe entonces al principio de publicidad como una noción indisoluble del Estado de Derecho.

335 Sin embargo, hoy en día ya es discutible la presunción *juris et de jure* que ha constituido una larga tiranía a través de la ley. Es una verdadera falacia el aforismo que a nadie le es permitido ignorar la ley y que todo el mundo conoce las leyes por el sólo hecho que son publicadas. Véase: COSTA, Joaquín, *La Ignorancia del Derecho*, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004, pp. 13-33.

336 Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Instituciones de Derecho Administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007. pp. 196-197. Las llamadas leyes secretas resultan ser una auténtica perversión.

considerarse como un elemento intrínseco de las normas forenses³³⁷ y como un instrumento de la seguridad jurídica.

Las formas de divulgación de las normas han tenido una relación relativa con el crecimiento de la tecnología de los medios de comunicación, empezando por los antiguos “verederos” o “pregoneros” que difundían el contenido de los decretos legislativos, hasta la consolidación de los diarios o periódicos oficiales y las recopilaciones legislativas, siendo que en los últimos ciento cincuenta años, el papel ha sido el medio de publicidad prevalente³³⁸.

Ahora habría que pensar si es posible dar paso a la utilización de documentos electrónicos³³⁹ y a la informática³⁴⁰ para tal fin. Es que la avalancha de legislación y jurisprudencia es tan abrumadora, que sólo pueden ser conocidas eficazmente por medio del empleo de la tecnología informática. Únicamente así el profesional del Derecho tendrá la oportunidad de asimilar y aprovechar meridianamente el incesante flujo de datos jurídicos³⁴¹.

En El Salvador, la Constitución manifiesta que ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación³⁴² y publicación³⁴³, de manera que para que una ley sea obligatoria, deben transcurrir por lo menos ocho días después de su publicación en el Diario Oficial³⁴⁴. El Código Civil también establece el requisito de publicación para todas las normas de la República, como reglamentos, decretos y demás disposiciones de carácter general³⁴⁵. En la misma línea, el Código Municipal tiene la similar exigencia de publicación para las ordenanzas locales³⁴⁶.

En conclusión, es una exigencia constitucional y legal que todas las normas jurídicas nacionales y locales deben ser publicadas como un requisito de existencia y eficacia, lo cual

337 Vid. FERNANDO PABLO, M. - RIVERO ORTEGA, R., *op. cit.*, pp. 35-38. La documentación legislativa oficial tiene su origen en los modernos sistemas de Derecho Codificado.

338 Vid. FERNANDO PABLO, M. - RIVERO ORTEGA, R., *op. cit.*, p. 34. No obstante, en España hubo resistencia a la eliminación de los verederos que había perdido toda funcionabilidad al extenderse el servicio de correo.

339 Véase en términos generales sobre el documento electrónico: FERNÁNDEZ DELPECH, H., *Internet: Su problemática jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 251 y ss.

340 Vid. GÓMORA COLÍN, J., *Jurisprudencia en México*, México, Porrúa, 2006, pp. 89-93. El autor hace una síntesis de la relación de la jurisprudencia y de la herramienta de la informática. Asimismo, nos dice que en los abogados ha causado impacto el inicio de sitios especializados en Internet; en nuestro medio esto ha sido explorado por instituciones estatales como la Corte Suprema de Justicia.

341 Vid. PÉREZ LUÑO, A., *op. cit.*, p. 65. Agrega el autor que la informática jurídica es la disciplina que aborda la proyección de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación al Derecho, representa la respuesta inevitable para tratar de resolver aquellos problemas jurídicos para los que los métodos tradicionales han perdido capacidad operativa.

342 La doctrina nacional ha entendido que la promulgación no es más que la orden de divulgación al hacer publicar la ley; en nuestro medio, la orden de publicación constituye pues la promulgación y, en su contenido, encierra: 1. La orden que se publique la ley; 2. La orden de que se ejecute o cumpla con el sentido general; y 3. La autenticidad del texto, en el sentido de que el texto cuya publicación se ordena es el que aprobó el Legislativo y sancionó el Ejecutivo. Vid. BERTRAND GALINDO, F. - TINETTI, José Albino y otros, *op. cit.*, pp. 61-62.

343 La publicación es entendida, en nuestro ordenamiento, como un acto material que no tiene que ver con la ley, sino con su obligatoriedad y que se verifica cuando la ley se inserta en el Diario Oficial correspondiente; Vid. BERTRAND GALINDO, F. - TINETTI, José Albino, *op. cit.*, p. 62.

344 Vid. Arts. 135, 136 y 140 CnS.

345 Vid. Arts. 6 y 7 CC.

346 Art. 32 del Código Municipal: “Las ordenanzas son normas de aplicación general dentro del municipio sobre asuntos de interés local. Entrarán en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial”.

abona a la aspiración de la consolidación nacional de un verdadero Estado de Derecho que salvaguarde la seguridad jurídica. Empero, el principio de publicidad no es exclusivo de las leyes, sino se expande a todas las fuentes del Derecho con sus particularidades propias.

9.2. La publicidad del proceso judicial

La Constitución no contempla una disposición genérica y explícita que disponga que todos los procesos judiciales deban ser públicos; únicamente se refiere al juicio público como una de las garantías del imputado en el proceso penal³⁴⁷, lo cual es reiterado por los tratados internacionales suscritos por El Salvador³⁴⁸. Este derecho es reconocido como una de las reivindicaciones de los ilustrados del siglo XVIII, frente al ocultismo o secretismo reinante en la justicia del enjuiciamiento inquisitivo, calificada de arbitraria y discriminatoria, propia de un sistema de opresión³⁴⁹.

Refiriéndose al rol de vigilancia de la publicidad, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha revelado que uno de los medios constitucionales de gran trascendencia que tiene la sociedad para controlar el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional, es la publicidad de las actuaciones de los jueces. De manera que, por medio de la publicidad, se consigue la vigilancia y resguardo de los derechos fundamentales y se obliga a hacer transparentes las decisiones judiciales³⁵⁰.

En el ordenamiento nacional, la publicidad del proceso penal constituye la generalidad, admitiéndose la reserva del proceso sólo a vía de excepción. Con ello se trata de evitar una justicia secreta que pueda escapar a un control social, ya que sería una contradicción que en un Estado de Derecho se ocultase al pueblo, titular de la soberanía, la actividad desarrollada por uno de los órganos fundamentales del Estado, como es el Órgano Judicial. La publicidad es una garantía trascendental de la justicia; ha de administrarse de tal forma que los ciudadanos y los medios de comunicación puedan presenciar las providencias judiciales, logrando una dimensión de control, de vigilancia y de supervisión, de lo que estaría desprovisto si se realizare en forma privada³⁵¹.

No obstante, el tenor constitucional aludido, se considera que la universalidad del principio de publicidad de la justicia, en toda clase de proceso judicial, puede desprenderse del debido proceso y de la seguridad jurídica, como una garantía del control ciudadano o de la opinión pública sobre la labor que desempeña el Órgano Judicial, que coadyuva además, a la obligación de motivar las resoluciones jurisdiccionales.

347 Vid. Art. 12 CnS.

348 Vid. Arts. 2 y 4 P.I.D.C.P, 8 y 25 C.A.D.H., 7 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, 10 D.U.D.H., XVIII y XXVI D.A.D.D.H.

349 Vid. PEDRAZ PENALVA, E., y otros, *Comentarios al Código Procesal Penal*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, p. 85. Agregan los autores que los revolucionarios franceses acogieron el principio de publicidad en los decretos 8-9 de 1789 y de 16-29 de septiembre de 1791 como un remedio frente a la parcialidad y corrupción judicial.

350 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la CSJ, en el recurso de casación bajo ref. 12-CAS-2006, el 27-VI-2007.

351 Vid. MARCO COS, J., “El juicio plenario”, en AAVV, *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, San Salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia – Agencia Española de Cooperación Internacional, 2000, p. 872.

La nueva legislación salvadoreña procesal civil y mercantil corrobora lo expresado con carácter supletorio para todo el ordenamiento, incluyendo el administrativo, al indicar de forma novedosa que las audiencias de todos los procesos serán públicas, salvo que el juez de forma motivada disponga lo contrario por razones de seguridad nacional, de moral o de orden público, o de protección de privacidad de alguna de las partes³⁵².

Como corolario, es fundamental expresar que el conocimiento general de las providencias judiciales es sinónimo de transparencia de las actuaciones de los jueces, redundando en un cristalino acceso a la justicia, en donde las autoridades judiciales, para demostrar su probidad, abren las puertas del tribunal a la opinión pública.

9.3. La publicidad de las sentencias: objetivo y regulación

9.3.1. Finalidad de la publicidad de las sentencias

Existe una estrecha relación entre la publicidad del Derecho, la publicidad de las actuaciones judiciales y la divulgación o publicidad de las sentencias. Ya sea que se considere que la jurisprudencia forma parte del Derecho³⁵³ o que simplemente lo complementa, se hace necesario su divulgación y conocimiento por la población y la comunidad jurídica³⁵⁴.

La divulgación de las sentencias y de los votos disidentes tiene por lo menos dos finalidades en un Estado democrático de Derecho. Por un lado, se logra un control ciudadano sobre la labor judicial, el cual es ejercido mayoritariamente por la comunidad jurídica, quien comenta las resoluciones para enaltecer sus aciertos o criticar sus yerros, con lo que se crea condiciones para resolver el dilema de quien custodia al custodio³⁵⁵.

Por otra parte, el conocimiento de las sentencias es un medio para fomentar la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación del Derecho. Al publicarse los precedentes jurisprudenciales, las partes que controvierten pueden citar los casos anteriores como referencias a seguir; de igual forma, a los tribunales se les facilita su labor jurisdiccional, al conocer sentencias emanadas de órganos superiores que les sirvan de referencias jurisprudenciales, y por tanto, como motivación de su resolución³⁵⁶.

En el caso de la Administración Pública, los medios de publicidad le permiten acceder al conocimiento de los precedentes judiciales, incluyendo los criterios de interpretación

352 Vid. Art. 9 C. Pr.C.M. También se establece que las partes, sus apoderados, representantes, los abogados y cualquiera persona que alegue algún interés jurídicamente protegido, tendrán acceso al expediente judicial.

353 Vid. PUIG BRUTAU, J., *La Jurisprudencia como...*, cit., p. 215. “Si generalizar es omitir y legislar es generalizar, juzgar es volver añadir parte de lo omitido”.

354 Vid. FERRERES COMELLA, V., “El papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado”, en AAVV *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Boch, 2006, p. 76. El resultado del carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales en el sistema anglosajón deviene en gran medida por el establecimiento de un sistema eficiente de publicación de sentencias (los *law reports*).

355 Vid. FERNANDO PABLO, M. - RIVERO ORTEGA, R., *op. cit.*, p. 56. Resolviendo así el enigma *quid custodit custodiem*.

356 Vid. FERNANDO PABLO, M. - RIVERO ORTEGA, R., *op. cit.*, p. 57. Cada caso, es un tipo; cada asunto responde, muchas veces, a una larga serie de problemas idénticos planteados o que se plantearán por otras personas.

de los tribunales Constitucional y Contencioso Administrativo, lo que le autoriza a plegarse a los mismos, a fin de evitar desgastes en litigios judiciales extensos, utilizando además dicho precedente como fundamento de su actuación administrativa.

9.3.2. La publicidad de las sentencias y la regulación salvadoreña

En el nuevo orden constitucional, el primer germen normativo de los medios de publicidad de las sentencias se encuentra en la Ley Orgánica Judicial de 1984³⁵⁷; ella establece la existencia de una Sección de Publicaciones que depende de la Corte Suprema de Justicia, la que deberá editar semestralmente una “Revista Judicial”, dentro de la cual se publicarán las sentencias de los Tribunales y Jueces que resuelvan cuestiones de importancia jurídica, a juicio del Director de la Revista³⁵⁸.

Es destacable que la publicación ordenada no es para todas las sentencias de la CSJ, sino únicamente para aquellas que el Director de la Revista Judicial considere importantes, lo cual no es suficiente para una completa oportunidad del conocimiento de las sentencias por parte de los operadores jurídicos y de los usuarios del sistema de justicia. Además, señalar que sólo se publicarán las sentencias trascendentales a criterio del funcionario aludido, es una atribución que no deja de resultar cargada de excesiva discrecionalidad, situación propensa a una injustificada censura.

Otro avance hacia la publicidad se vislumbra en la reforma a la Ley Orgánica Judicial que se realizó a través del Decreto Legislativo N° 317, del 31 de agosto de 1989, publicado en el Diario Oficial N° 195, tomo 305, del 23 de octubre de 1989; el cual, en uno de sus artículos, establece que habrá dentro de la CSJ, una Sección de Informática y de Recopilación de Leyes, Reglamentos y Doctrina Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y Cámaras de Segunda Instancia, que dependerá de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia³⁵⁹.

En dicha reforma sobresalen algunos aspectos implícitos, entre ellos, su apertura a la compilación de las sentencias de una forma más amplia hacia todas las sentencias de las Salas que conforman la CSJ y se incluye las sentencias de los Tribunales de Segunda Instancia. Se adopta también un sistema moderno de recopilación de sentencias a través de medios electrónicos.

Esta reforma resulta insuficiente como un sustento de carácter positivo del principio de publicidad de las sentencias, por cuanto el mandato de la norma parece referirse únicamente a la compilación y no a la publicación. Además, su espectro de divulgación está más

357 La publicación de las sentencias no es un aspecto innovador de la LOJ, vigente, ya la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1898 (primera en su especie), D.L. del primero de abril de 1898, publicado en el D.O. 7, 9 y 10 de dicho año, se refería a la existencia de una Revista Judicial para tales fines, Arts. 30 N° 25, 135 y 136. Igualmente se repite en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1939, D.L. N° 63 del 15 de mayo de 1939, en sus Arts. 30 ord. 27°, 134, 135 y 136. También en la subsiguiente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1953, D.L. N° 1136 del 2 de Septiembre de 1953, es regulada en los Arts. 119, 120 y 121. Dicha Ley fue derogada por la actual LOJ.

358 *Vid.* Arts. 117 al 121 LOJ.

359 *Vid.* Art. 160-Ch LOJ.

dirigido a los funcionarios judiciales y del Ministerio Público, dejando de lado a los abogados en ejercicio, los catedráticos, estudiantes de Derecho y a la colectividad en general.

Ante la insuficiente regulación de la LOJ, vigente, sobre el tema de la publicidad de las sentencias, y dada la necesidad imperante del conocimiento de las mismas por la comunidad jurídica, la Corte Suprema de Justicia, el 27 de noviembre de 1997, emitió el acuerdo N° 724, cuyo contenido representa un paso trascendental para El Salvador para tales efectos, creándose una entidad administrativa denominada Centro de Jurisprudencia, como parte de la Secretaria General de la CSJ, otorgándole las funciones siguientes: a) Realizar la recopilación, clasificación y registro de las resoluciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia, las Salas de la misma y por los demás Tribunales del Órgano Judicial, mediante su debida ubicación según la clase de proceso, el tipo de resolución y el tema fundamental objeto de la misma, así como temas secundarios y demás opciones de búsqueda que permitan su fácil localización; b) Atender las consultas de los funcionarios judiciales como usuarios prioritarios y de fiscales, defensores públicos, abogados, estudiantes de Derecho y público en general, suministrando la información pertinente, en forma impresa y por medios informáticos, a fin de que su cobertura sea a nivel nacional; c) Editar, en colaboración con la Sección de Publicaciones, revistas sobre jurisprudencia, de acuerdo a los nuevos parámetros establecidos para la sistematización de la jurisprudencia; d) Uniformar el lenguaje técnico jurídico de la sistematización de la jurisprudencia, mediante el uso de un diccionario electrónico, así como controlar la ampliación, supresión e inclusión de nuevos términos; e) Llevar un control de pronunciamientos relevantes y cambios jurisprudenciales, para ser resaltados mediante informes solicitados por las autoridades judiciales; y f) Intercambiar información con otros órganos judiciales e instituciones nacionales y extranjeras, a fin de proveer el Órgano Judicial de información jurisprudencial actualizada.

Un nuevo avance en la materia vino dado por el acuerdo N° 50-Bis, del ocho de febrero de 2001 de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual dicho órgano se adhiere a la Red Iberoamericana de Documentación Judicial (IBERIUS), y aprueba la creación de una página web que funciona a través de internet con diversos niveles de acceso.

Asimismo, el acuerdo N° 51-Bis del 8 de febrero de 2001 de la Corte Suprema de Justicia, convierte al Centro de Jurisprudencia creado por el acuerdo N° 724 referido, en el Centro de Documentación Judicial, como una unidad especializada de la Secretaria General de la CSJ, encargada de sistematizar, gestionar y procesar la información jurídica procedente de fuentes diversas y ubicadas en distintos países que, integrando en estructuras con vocación de permanencia, permita recopilar, no sólo las resoluciones dictadas por los distintos tribunales, sino actuar como vehículo de transmisión de los contenidos propios en materia de legislación, jurisprudencia y doctrina legal. También se establece que toda la información de la Sección de Informática será entregada bajo inventario al Centro de Documentación Judicial.

Lo positivo de los acuerdos aludidos es que la CSJ, a pesar del vacío normativo existente, entiende que la publicidad del Derecho y en especial de las sentencias, constituyen una derivación del mandato constitucional de una pronta y cumplida justicia, y que este principio requiere que las personas tengan acceso a la información debiendo utilizar los medios tecnológicos adecuados³⁶⁰.

En consecuencia, crea mediante acuerdos administrativos una entidad denominada Centro de Documentación Judicial, con una amplia atribución en el tema, permitiendo unificar la labor de compilación de todas las sentencias con la función de publicar en papel y de forma electrónica esta información, valiéndose de una página web, bajo la conocida dirección en el país de www.jurisprudencia.gob.sv, logrando un acceso gratuito para toda la comunidad jurídica.

Es fundamental decir que el reciente C.Pr.C.M. hace una referencia expresa a la publicidad de las sentencias, estableciendo que una vez que éstas sean notificadas efectivamente a las partes, se procederá a darles publicidad y difusión procedentes conforme al ordenamiento jurídico. Aclara que tal publicidad se hará sin perjuicio del respeto a la garantía de la identidad de las partes³⁶¹.

Pese a lo señalado, no puede dejar de mencionarse que el desarrollo normativo, antes expuesto, no es el jurídicamente completo ni idóneo, por cuanto se cree que el instrumento adecuado para establecer las atribuciones del Centro de Documentación Judicial es la Ley Orgánica Judicial.

De hecho, existe cierto grado de contradicción con lo estipulado en esta ley y los acuerdos aludidos, dado que las funciones de compilación y publicación están otorgadas a otros órganos y no al Centro. Por tanto, es necesaria una reforma a la LOJ en donde se desarrolle todo lo concerniente a tales atribuciones.

Igualmente, resulta una situación grave para el ordenamiento salvadoreño que no se compile sistemáticamente y se publiquen los casos de doctrina legal pronunciados por las Salas de la CSJ, derivándose de tal situación *incerteza* jurídica para los ciudadanos. Se aclara que el nuevo C.Pr.C.M. manda la publicación de las sentencias, pero no estableció una categorización ordenada de las sentencias reiterativas que constituyen doctrina legal.

Otro aspecto desalentador es que en la práctica, el Centro no publica la totalidad de las sentencias emanadas de todos los tribunales y se brinda preponderancia a aquellas provenientes de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los Tribunales de Sentencia. El motivo que origina tal deficiencia radica en una limitante técnica, dado que el software que utiliza esta dependencia ha quedado obsoleto y no le permite contar con la suficiente capacidad para dar cabida a una publicación íntegra de las sentencias jurisdiccionales, sin dejar de lado que el sitio Web suele ser inconstante y de muy lento acceso. En este sentido, la parte técnica para la prestación del servicio de

360 *Vid.* Art. 182 ord. 5° Cn.S.: Es atribución de la CSJ, vigilar que se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias.

361 *Vid.* Art. 224, C.Pr.C.M.

la información de las sentencias debe mejorarse, dotándosele de mayor financiamiento económico, encaminado a potenciar y regularizar las publicaciones electrónicas.

Es primordial mencionar que el anteproyecto de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa salvadoreña trae una disposición expresa sobre la temática abordada, indicándose que una vez firme las sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza definitiva, los tribunales contenciosos administrativos tendrán diez días para enviar una copia certificada y otra copia bajo soporte electrónico de la misma al Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de la Justicia. Agrega que recibida la resolución, el Centro deberá publicarlas en un término máximo de diez días, por medios técnicos, telemáticos o informáticos confiables, con libre, gratuito y regular acceso de la información al público³⁶².

Dicha disposición sería inédita en el ordenamiento nacional, dando pie a un reconocimiento legislativo, de la importancia de la difusión de las resoluciones judiciales en materia administrativa. Con ello se establecerá un mandato a la CSJ de prestar una especie de servicio público de información a la ciudadanía de las resoluciones de los juzgadores contenciosos administrativos, bajo medios modernos informáticos, y los principios de libertad, gratuidad y regularidad en el acceso a la información. Es decir, que tal acceso debe ser sin obstáculo alguno, prescindiendo de cualquier remuneración o tasa por el servicio y prestado de forma permanente salvo situaciones de fuerza mayor o caso fortuito.

No obstante lo plausible de tal norma, es resaltable que presenta una omisión significativa al no expresar nada sobre la forma en que las partes en un proceso pueden establecer la autenticidad de una sentencia invocada como precedente, lo cual sería deseable que estuviese regulado.

Sobre el particular, vale traer a cuento la experiencia de la normativa española de la LJCAE 29/1998, que en su disposición adicional tercera nos indica en lo atinente que con los testimonios de las sentencias que le remitan los tribunales al Consejo General del Poder Judicial, éste formara un registro cuyas certificaciones harán fe en todo tipo de procesos. De esta forma se solventa de una forma sencilla y eficaz, el medio de establecer la autenticidad de un precedente jurisprudencial invocado³⁶³. De manera que para el caso salvadoreño, dicho rol sería deseable que lo desempeñara el Centro de Documentación Judicial de la CSJ, a quien los tribunales le remiten las sentencias, y a éste debiera facultársele por ley para emitir certificaciones a efecto de legitimar el precedente jurisprudencial en los casos en que se invocara.

362 Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Asamblea Legislativa de El Salvador, abril de 2008.

363 Vid. VEGA LABELLA, J, y otros, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativo de 1998*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 110. El autor nos explica que tal precepto en España ha sido una novedad y que su objetivo es estructurar un Registro público, fehaciente frente a terceros foráneos a los procesos judiciales en donde se emiten las sentencias que se registran. Es palpable lo beneficioso de la disposición puesto que sin duda constituye un mecanismo de publicidad importante para los litigantes y operadores jurídicos en el ámbito del contencioso-administrativo. En otro aspecto, debe aclararse que para las partes que participaron en un litigio concreto es ante ese tribunal que deben solicitar la certificación, pues la disposición se refiere solo a terceros ajenos al litigio.

CAPÍTULO IV

Uso del precedente jurisprudencial en El Salvador

SUMARIO

10. Requisitos para la utilización del precedente jurisprudencial. 10.1. Coincidencia de supuestos fácticos. 10.2. Alteridad de los sujetos. 10.3. Idoneidad del órgano que emite el precedente. 10.4. Reiteración de los criterios sentados como precedentes. 11. Regla para interpretar las disposiciones normativas del precedente: *ratio decidendi* y *obiter dictum*. 11.1. El valor de la *ratio decidendi* en el uso del precedente jurisprudencial. 11.1.1. Sobre las tesis textualista y realista de la construcción de la *ratio decidendi*. 11.2. El valor de los *obiter dicta* en el uso del precedente jurisprudencial. 11.3. El precedente jurisprudencial como elemento de motivación de la sentencia. 12. Precedente vertical y horizontal. 12.1. Precedente horizontal o autoprecedente. 12.1.1. Modificación del precedente horizontal. 12.2. Precedente vertical. 12.2.1. Modificación en el precedente vertical. 13. Excepción a la utilización del precedente: los casos anormales. 14. Formas de utilización del precedente jurisprudencial. 14.1. Analogía estricta. 14.2. Analogía permisiva. 14.3. Conceptos referenciales. 14.4. La jurisprudencia como autoridad retórica. 15. Las modificaciones a los precedentes jurisprudenciales. 15.1. El criterio jurisprudencial no es una decisión pétrea. 15.2. Razones de modificación de criterio jurisprudencial. 15.3. Apócrifas modificaciones a los criterios jurisprudenciales. 15.4. Presupuesto para que opere un cambio de criterio: Deber de argumentación en los cambios jurisprudenciales. 16. La aplicación del precedente jurisprudencial según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 17. La operatividad del precedente jurisprudencial en El Salvador. 18. Mecanismo de unificación de la jurisprudencia constitucional de los tribunales ordinarios en El Salvador. La sistematización de la inaplicabilidad.

10. REQUISITOS PARA LA UTILIZACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

La operatividad del precedente jurisprudencial es una técnica forense que no tiene una solución homogénea en todos los ordenamientos jurídicos, aún cuando pertenezcan a la misma familia. Así, su aplicación, en términos latos, es disímil en aquellos sistemas donde su obligatoriedad viene precedida por una tradición en donde los mismos juzgadores se han arrojado la vinculatoriedad de sus decisiones, con respecto de aquellos sistemas en donde por mandato legal expreso y bajo ciertas formulas, se les atribuye cierto grado de obligatoriedad³⁶⁴. Igualmente su análisis es distinto en los sistemas en que se le concede la función de unificación en la interpretación del ordenamiento a partir de partir de la extracción de principios expresos o tácitos. O peor aún, su forma de aplicación difiere en modelos donde se conjuga una mixtura de todos los supuestos aludidos³⁶⁵.

Pero lo que sí resulta ahora indiscutible en cualquier Estado que quiera calificarse de Derecho, es que el precedente jurisprudencial cumple una función cardinal debido a que garantiza el respeto de ciertos principios generales del Derecho, en el ámbito de aplicación de las normas, tales como la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley e interdicción de la arbitrariedad³⁶⁶; en consecuencia, nos proponemos estudiar el método implementado en el sistema de justicia salvadoreña, apoyándonos principalmente en la doctrina española que resulta más afín.

Se debe partir del hecho que el ordenamiento salvadoreño está inmerso en la familia del Derecho continental o romano-germánica; sin embargo, luego de ésta premisa inicial,

364 Vid. CALVO VIDAL, F, *La Jurisprudencia, ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, Lex Nova, 1992, pp. 89–90. El sistema jurídico anglosajón se ha estructurado paulatinamente con base a las decisiones judiciales que son vinculantes para decisiones futuras de tribunales subordinados a aquel del que ha emanado; en cambio, en los sistemas jurídicos de corte continental la primacía jurídica que se le concede a la ley impide que se reconozca una fuente del Derecho distinta a ella. En similar sentido: Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 103-131. En relación a sistemas jurídicos que otorgan un valor vinculante a la jurisprudencia por mandato legal: Vid. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, pp. 192-198. En Costa Rica, en materia de Derecho Administrativo, en el Art. 6 de la Ley General de la Administración Pública, se establece que la jurisprudencia proveniente del Tribunal de Casación es fuente del ordenamiento jurídico administrativo; se trata de una fuente no escrita. Para un mayor análisis del orden jurisprudencial costarricense: Vid. *Infra* apartado 20.

365 Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *El Derecho de los Jueces*, 2ª Edición, Bogotá, Legis, 2007, pp. 3-28. La jurisprudencia en el orden jurídico colombiano fue tradicionalmente considerada como una fuente secundaria del Derecho que sólo operaba en casos de silencio de la fuente primaria. Dada esa concepción, como en cualquier otro orden jurídico influenciado por el sistema continental, se asentaba la primacía del Derecho legislado frente a la jurisprudencia, la que se limitaba a resolver diferencias de interpretación por ambigüedades excepcionales, vacíos normativos, contradicciones o problemas de ponderación de los textos positivos. Hasta finales de los años noventa existía un consenso que otorgaba a la jurisprudencia un valor meramente indicativo, carente de toda fuerza vinculante; sin embargo, a partir del año 1991 la Corte Constitucional colombiana insiste en la adopción de un sistema jurisprudencial fuerte, construyendo un sistema de precedentes basado en principios y derechos constitucionales, otorgándole autoridad a las Altas Cortes como unificadoras de la jurisprudencia nacional. Sobre el carácter unificador de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español: Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil tomo I*, 4ª. ed., Trivium, Madrid, p. 83-84.

366 Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., “Igualdad y respeto al precedente”, en *Derechos y Libertades, RIBC*, año I, octubre – marzo 1994, número 2, pp. 211-215. La autora manifiesta que el fundamento del llamado “principio de universalización”, entendido el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos presentes y futuros, iguales al que se ha decidido, reside en el respeto al principio de igualdad y una de las finalidades es evitar que la discrecionalidad de los jueces se convierta en arbitrariedad. Ese principio responde a la exigencia inherente de justicia en la aplicación del Derecho. En igual sentido: Vid. MORAL SORIANO, L., *op. cit.*, p.137; Vid. AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 109-110.

cabe destacar que existen algunas particularidades positivas y negativas, que hacen que el estudio sobre el uso jurisprudencial resulte un laberinto de difícil solución.

Sobre las particularidades criollas hay que considerar, como anteriormente se ha expresado, que en El Salvador no existe una norma general que regule de forma sistemática las fuentes en el ordenamiento; también se debe tomar en cuenta que se ha recogido la figura de la doctrina legal tanto casacional como extracasacional; y, finalmente, con mayor trascendencia resalta la variable que nuestra Corte Suprema de Justicia, bajo el fundamento de los principios de seguridad e igualdad, ha reconocido el valor del precedente jurisprudencial.

En consecuencia, tomando en cuenta la realidad nacional han de formularse una serie de requisitos para la aplicación adecuada del precedente jurisprudencial, sobre todo con preeminencia jurídico administrativa, que conduzcan a reglas claras y sistemáticas sobre su relevancia y aplicación.

10.1. Coincidencia de supuestos fácticos

Para la concurrencia del requisito, identificado como coincidencia de supuestos fácticos, el aplicador del Derecho debe realizar una evaluación de los hechos, con la finalidad de determinar la identidad fáctica entre el supuesto controvertido y el precedente invocado. En este punto se hace necesario aclarar si la similitud necesaria debe plantearse en términos de absoluta o relativa identidad³⁶⁷.

Una identidad absoluta requiere que cada uno de los elementos del supuesto de hecho tenga un mismo origen, obviando la posibilidad de analizar que algunos detalles no cuentan con la suficiente relevancia para incidir en la determinación del uso del precedente. Evaluar con detenimiento cada uno de los elementos fácticos y su relevancia se vuelve fundamental con la finalidad de salvaguardar el derecho a la igualdad y evitar la arbitrariedad judicial³⁶⁸.

Por su parte, una identidad relativa se decanta por realizar una confrontación del meollo de la discusión frente al caso en comparación, verificando si el supuesto del

³⁶⁷ Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 112. El autor manifiesta que el vínculo de autoridad que une la regla aplicable en dos casos (*ratio decidendi*) se fundamenta directamente en la analogía fáctica existente entre los hechos del caso anteriormente resuelto y los hechos del caso en disputa. Vid. AGUILÓ REGLA, J., *op. cit.*, p. 110-111. Si un juez ha resuelto determinada controversia en un sentido, éste se encuentra comprometido a resolver del mismo modo los casos futuros iguales en todas las propiedades relevantes al caso ya decidido, so pena de incurrir en arbitrariedad si lo hace de forma diferente. Es necesario poner en relevancia, que el autor hace énfasis en que la similitud entre los casos debe ser en los aspectos o propiedades relevantes del caso, y no en todos sus elementos. Vid. BLASCO GASCÓ, J., *Funciones y eficacia...*, *cit.*, p. 187-235. El autor establece que el fundamento de la vinculación radica en el principio constitucional de la igualdad y seguridad jurídica. Así, las condiciones para conseguir certidumbre del Derecho son que los precedentes judiciales sean respetados y sólo modificados por causas motivadas y suficientes. Esto exige que los casos iguales se resuelvan de forma igual y los desiguales, en forma desigual, en razón de la desigualdad que se marque entre ellos. En igual sentido: Vid. Díez Sastre, S., *op. cit.*, p. 141-142.

³⁶⁸ Vid. PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, p. 276. Establece el autor que cuando en un determinado litigio se invoquen sentencias dictadas con anterioridad, es necesario que se compruebe si los conflictos de intereses, es decir los supuestos fácticos, coinciden sustancialmente con el tipo de litigio pendiente de resolución. Lo contrario sería dejar abierta la posibilidad a un intercambio de generalidades de los supuestos fácticos que poco pueden contribuir a fundar una solución justa y a que la justicia se dicte en igual sentido para todos los que se hallen en supuestos equivalentes. En igual sentido: Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*, pp. 217-222.

debate fue objeto de análisis en el juzgamiento que se utiliza como precedente, descartando aquellos aspectos accesorios y propios de cada caso, que no obstaculizan trascendentalmente la similitud de los litigios en comparación. En El Salvador, para ser operativa su utilización, debe ser ésta la forma de su uso, siendo obviamente meticulosos al momento de valorar la esencia de ambos supuestos.

Es de hacer notar que la Corte Suprema ha recogido en su doctrina jurisprudencial este requisito, al indicar que ante supuestos fácticos iguales, la decisión del tribunal debe ser igual, siempre que ambos supuestos sean análogos, tanto en su relación lógica como en las condiciones que hagan necesario el tratamiento igualitario de los mismos³⁶⁹.

10.2. Alteridad de los sujetos

La alteridad de los sujetos o idoneidad subjetiva implica que las partes procesales del caso invocado como precedente y el que se busca resolver en el presente, sean distintas, en una lógica aplicación del principio de igualdad. No existe posibilidad alguna que en la invocación de un precedente se trate de los mismos sujetos involucrados, pues ya no sería posible hablar de una desigualdad en la aplicación de la ley, sino a una clara arbitrariedad y falta de congruencia del órgano decisor³⁷⁰.

10.3. Idoneidad del órgano que emite el precedente

El estudio de la autoridad del precedente de acuerdo al tribunal que lo emite, debe pasarse por el matiz de muchas variantes y con distintos tratamientos según el método aplicable en el ordenamiento. Por ejemplo, en el sistema anglosajón se encuentra muy arraigado

369 *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 1-92 emitida el 19/VII/96. Agrega el Tribunal que “es obligación de esta Sala el fiel acatamiento de los principios y conceptos doctrinales establecidos por ella misma en su jurisprudencia”; *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 317-97 acumulado 318-97/410-97/412-97, emitida el 26/VIII/98. La Sala estableció en relación al principio de igualdad (art. 3 CnS): “esta Sala estima que es un derecho subjetivo que posee todo ciudadano a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo, y exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, abarcando también la igualdad en la aplicación de la ley, de manera que un órgano jurisdiccional no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada. En los supuestos de decisiones desiguales, debidas a órganos plurales, corresponde a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales establecer la necesaria uniformidad en aplicación de la ley, en pro de la seguridad jurídica. Por tanto, puede concluirse que el derecho a la igualdad tiene dos perspectivas constitucionales: (a) la igualdad ante la ley; y (b) la igualdad en la aplicación de la ley. Conforme a la primera, frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y subjetiva. Según la segunda, cuya aplicación se hace en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad”. En igual sentido: *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de habeas corpus 175-98 del 22/VI/98; Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ, en el proceso de habeas corpus 426-00R acumulado 57-2001 del 30/X/2001; *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo 89-2001 del 26/III/2001.

370 *Vid.* XIOL RÍOS, J., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, No. 122, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991, pp. 243- 287. El principio de igualdad ante la ley exige que la ley determine los supuestos en que es posible establecer una desigualdad justificable en determinados supuestos; el principio de igualdad en aplicación de la ley exige una justificación lo suficientemente motivada para aceptar la aplicación divergente de un criterio para sujetos distintos. En ambos casos, necesariamente se exige que los sujetos en comparación sean desiguales para establecer una posible pauta de diferenciación que concrete la desigualdad. En igual sentido: *Vid.* DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 142; *Vid.* ZOCO ZABALA, C., *op. cit.*, p. 58-60.

el respeto riguroso a las decisiones de los tribunales superiores en virtud del principio *stare decisis*, siendo este el punto de partida de todo el andamiaje de su sistema de justicia. Pero también en los sistemas legalistas, suele otorgársele a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia un importe por lo menos orientativo o persuasivo para los tribunales inferiores, según la materia que juzguen. No obstante siempre está en plena discusión el principio de independencia judicial y el sometimiento único de los jueces a la ley³⁷¹.

Aclarado lo anterior, se indica que en el caso salvadoreño, la autoridad del precedente jurisprudencial según el órgano que lo dicte, varía de acuerdo a la naturaleza del emisor. Así, en materia de Derecho Privado, la fórmula del precedente es a través de la figura de la doctrina legal casacional, emanada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando ésta dicta tres sentencia uniformes, sobre materias idénticas y en casos semejantes³⁷².

En esta línea, la jurisprudencia nacional ha establecido que en dicha materia sólo constituye doctrina legal la jurisprudencia que tenga su origen en los tribunales de casación³⁷³; como consecuencia de lo anterior, la Sala de lo Civil referida se adjudica el monopolio de la jurisprudencia, operando solamente su vinculatoriedad cuando emane de ésta hacia los jueces inferiores en la materia en que juzga.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, es el máximo y único guardián de la legalidad de los actos de la Administración, por tanto, es el órgano idóneo para producir auto-precedentes y fallos orientadores dirigidos a la Administración Pública; incluso sus criterios jurisprudenciales en algún caso han sido citados por nuestro Tribunal Constitucional.

En el caso de la Sala de lo Constitucional salvadoreña, el sistema le reconoce una posición privilegiada frente a todos los tribunales de la República y frente a todas autoridades administrativas, siendo el máximo y último intérprete de la Constitución, con autoridad para revisar sus propios criterios³⁷⁴.

371 Vid. XIOL RÍOS, J., *El principio de...*, cit., pp. 277-278. El autor expresa que la identidad del órgano emisor constituye una forma de limitar dentro de los términos razonables el valor de la jurisprudencia. Citando a SUAY RINCON, establece que el Tribunal Constitucional Español tiene muy en cuenta este tipo de limitaciones en virtud del temor existente a que el sistema jurídico español (eminente adscrito a la línea continental) pase a convertirse en un sistema semejante al anglosajón (donde el precedente emitido por un tribunal de jerarquía superior es indiscutiblemente vinculante). De esa manera, el Tribunal Constitucional fundamenta el requisito de identidad del órgano en pleno respeto al principio de independencia judicial; sin embargo, esa tesis se encuentra superada con la atribución de un valor formal a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, cuya existencia obliga a motivar un cambio de criterio. A esta postura la respalda el hecho de considerar que la igualdad en el principio de aplicación de la ley, reconoce un cierto valor a la jurisprudencia de tribunales del mismo rango. En igual sentido: Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La norma...*, cit., p.141; Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, 142-144.

372 Vid. Supra apartado 4.3.

373 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de habeas corpus ref. 319-99, el 28/X/1999, en la cual se expresa que: “*Es importante señalar que, puesto que según la Ley de Casación, la doctrina legal es la Jurisprudencia establecida por los Tribunales de Casación, no constituye doctrina legal la Jurisprudencia de cualquier Tribunal*”.

374 Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ emitida en el proceso de inconstitucionalidad ref. 7-2005 del 18/IV/2006. La jurisprudencia le otorga al Tribunal Constitucional una posición privilegiada en el orden jurisdiccional con la facultad de adaptar el sentido de las disposiciones a la realidad en que serán aplicadas, lo que significa una recreación constante de la Constitución, facultad otorgada en virtud de ser el máximo intérprete de la misma. Además, se le reconoce la potestad de revisar su propia doctrina a favor de la permanencia y eficacia de la Constitución. En igual sentido: Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, emitida en el proceso de inconstitucionalidad 41-2000, el 13/XI/2001.

Estableciendo, en su propia doctrina jurisprudencial, que dicha Sala es el bastión fundamental en la defensa de la constitucionalidad, deben servir sus decisiones a los jueces como herramienta de interpretación, pues ellos también son servidores de la Constitución salvadoreña³⁷⁵. También, en el entendido de su posicionamiento, una vez que la Sala ha interpretado una norma constitucional, o la ha desarrollado de determinada forma, ninguna otra autoridad puede interpretarla de forma diferente, pues conculcaría la Constitución misma³⁷⁶.

10.4. Reiteración de los criterios sentados como precedente

El precedente jurisprudencial se introduce en el concurso de un sistema normativo continental, en donde por tradición, existen otras fuentes prevalentes; por tanto, se discute con mucho ahínco el mecanismo que otorgue certeza para su aplicación.

Los modelos continentales, por lo general, le apuestan al requisito de la reiteración del pronunciamiento o repetición constante del criterio judicial para poder ser elevado a la categoría de precedente como una línea jurisprudencial consolidada.

Esto implica que una mera resolución judicial no tiene un valor autónomo si paralelamente no va acompañado de una serie de repeticiones en el mismo sentido que legitimen su importe³⁷⁷.

Formalmente, en la reducida regulación salvadoreña parece recogerse este criterio, en donde la aplicación de la doctrina legal casacional y extracasacional requieren del tribunal autorizado la emisión de tres o más sentencias contantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal³⁷⁸.

Sin embargo, la práctica forense demuestra que en El Salvador, las resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, por tener una competencia centralizada, adquieren una valía independiente, más en razón de que resuelven “casos difíciles” o emblemáticos que forjen modelos de interpretación de legalidad para la Administración que por su mera repetición. Sobre todo porque ante un

375 Vid. Infra apartado 17.

376 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo 194-99 el 09/V/2000. En sentencia la Sala aclaró el rol de la Sala de lo Constitucional y los efectos de su jurisprudencia, manifestando: “*En el mismo sentido y profundizando en las consecuencias de una integración del derecho por parte de la Sala de lo Constitucional, hay que establecer, prima facie, que dicho Tribunal es el supremo Juez de la Constitución y, por tanto, es quien tiene el más alto grado jerárquico de la interpretación constitucional y de todo el restante ordenamiento jurídico conforme a aquella. (...) En lo sucesivo los operadores jurídicos tendrán que tomar necesariamente en consideración la integración hecha, resolviendo los casos conforme a la jurisprudencia emanada de este Tribunal.*”

377 Vid. FERRERES COMELLA, V. – XIOL RÍOS, J., *op. cit.*, pp.103-107. Xiol Ríos manifiesta que en los sistemas continentales ha venido entendiéndose que se requieren de sentencias reiteradas, constantes e idénticas decisiones, para crear jurisprudencia. En el ordenamiento jurídico español se infiere el requisito de la reiteración del Art. 1.6 CC, donde al interponer un recurso de casación se debe comprobar la doctrina legal vulnerada, constituida por la reiteración de dos sentencias en igual sentido. Vid. CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, p. 138. La reiteración se constituye como un elemento conceptual de la noción de jurisprudencia. Vid. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 164. La reiteración de la jurisprudencia no es una exigencia caprichosa, sino en virtud de la objetividad y el orden en la interpretación y la integración de la ley. En similar sentido: Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La norma...*, *cit.*, p. 48-51; Vid. DE BUEN, Demófilo, *op. cit.*, p. 298; Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 144; Vid. O'CALLAGHAN, Xavier, *op. cit.*, p. 183; Vid. DÍEZ PICAZO, L., - GULLON, Antonio, *op. cit.*, p. 156; Vid. ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.* pp. 132 y ss.; Vid. SANTOS BRIZ, J., *op. cit.*, pp. 184-185; Vid. LÓPEZ VILAS, R., *op. cit.*, p. 145.

378 Vid. Supra apartado 4.3.

Derecho Administrativo salvadoreño legislativamente incompleto siempre está latente la expectativa de qué creatividad tendrá dicho tribunal para superar el vacío.

En cuanto a la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Constitucional se debe condensar, para los efectos comentados, que en materia de declaratoria de inconstitucionalidad, por mandato expreso del ordenamiento los precedentes jurisprudenciales son vinculantes *per se*, a manera de un legislador negativo y en muchas ocasiones positivo, sin necesidad del requisito de la reiteración³⁷⁹. En cuanto a los fallos emanados de la misma Sala, en materia de amparo y habeas corpus, su misma jurisprudencia se ha otorgado un importe de ser la última y definitiva interpretación de la Constitución, no pudiendo otro tribunal prospectivamente, contradecir un criterio sentado por el tribunal constitucional, indistintamente si este ha sido reiterado o no³⁸⁰.

Para cerrar este aspecto, se indica debemos mencionar que la doctrina moderna no considera a la reiteración como un requisito *sine qua non* para otorgarle un valor a las resoluciones emitidas por los tribunales; pues es difícil sostener una posición tan formalista, dado que se pueden presentar muchas variantes, desde una sentencia que tenga un valor paradigmático, desde que existan varias sentencias discordantes y titubeantes. Por lo tanto, el criterio de la reiteración, a este parecer, consolida el precedente pero no lo perfecciona, pues lo que determina su calidad, en última instancia, es su valor intrínseco para poder ser utilizado en otros casos análogos³⁸¹.

11. REGLA PARA INTERPRETAR LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DEL PRECEDENTE: RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTUM

Se suele contrastar el sistema legislado con el jurisprudencial, en que el primero es redactado de forma agrupada y por materia, siguiendo un principio implícito de economía lingüística, en donde brota el laconismo de las justificaciones; en cambio en el sistema judicialista, por exigencias de justificación racional, es un derecho prolijo en ideas y argumentos. Este embrollo de pensamientos hace que en muchas ocasiones sea

379 Vid. Art. 183 CnS: *La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.*

380 Vid. Supra apartado 4.4.

381 Vid. FERRERES COMELLA, V. – XIOL RÍOS, J., *op. cit.*, pp. 103-107. Al respecto manifiesta Xiol Ríos que hoy en día difícilmente se puede mantener, como regla general, una concepción tan rigurosa en relación a la necesidad de reiteración de las sentencias. El elemento de reiteración debe ser entendido en el sentido de que la doctrina instituida ha logrado un cierto grado de consolidación, y por ende, en algunos casos la reiteración será innecesaria o insuficiente para consolidar un criterio jurisprudencial; Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La norma...*, *cit.*, pp. 48-51. El autor establece que la exigencia de reiteración hecha por la legislación y la jurisprudencia española no puede tornarse como un requisito absoluto. Considera que no tiene mucho sentido pensar que una doctrina contenida en un único pronunciamiento del Tribunal Supremo no tenga ninguna relevancia, y que dos sentencias reiteradas (donde el criterio sea vacilante, producto de una modificación e inclusive erróneo) sean elevadas a la categoría de doctrina legal, con trascendencia normativa, con el carácter vinculante de precedente. Entiende que la exigencia de reiteración en el criterio jurisprudencial, no exige más que la manifestación de voluntad de mantener un criterio reiterado y uniforme. En igual sentido: Vid. CARBONNIER, J., *op. cit.*, p. 138; Vid. RIVERO ORTEGA, R., *Precedente...*, *cit.*, p. 105; Vid. NIETO, Alejandro, *Valor Legal...*, *cit.*, p. 104; Vid. ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.*, pp. 146-147.

difícil encontrar las reglas y las sub-reglas que el tribunal pretende establecer en un caso concreto, inclusive cuando estas no tienen mayor extensión³⁸².

El Derecho anglosajón, habituado a esta densidad argumentativa, ha utilizado una técnica particular para descubrir las directrices normativas de sus resoluciones por medio de la figuras de la *ratio decidendi* y *obiter dicta*. La primera se refiere a los argumentos esenciales del debate y las otras son consideradas las exposiciones accesorias que las acompañan³⁸³.

La Sala de lo Constitucional salvadoreña ha adoptado dicha técnica, aplicándola a nuestro sistema, concretamente en la sentencia de inconstitucionalidad del 13 de noviembre del 2001, configurándose un paradigma en el ordenamiento nacional³⁸⁴.

De esta manera, la Sala de lo Constitucional explica que en una sentencia dictada en un proceso constitucional hay que diferenciar, por una parte, entre el fallo o pronunciamiento que resuelve irrefutablemente el litigio y la argumentación o fundamentación jurídica; y, por otra, en ésta última, separar las *rationes decidendi* o motivaciones directamente relacionadas con el pronunciamiento o fallo, de los *obiter dicta*, o argumentos accesorios, aducidos a mayor abundamiento.

En ese orden, dice la Sala que la *ratio decidendi* en la doctrina alemana –*tragende Gründe*–, hace referencia a aquellas razones o motivos sin los que el fallo no podría existir; los que son relevantes porque sostienen la resolución. Asimismo, en el *Common Law* es concebida como la regla o criterio jurídico que justifica una conclusión judicial en un caso en concreto.

Paralelamente, parafraseando a la Sala, se sostiene que la *ratio decidendi* posee una doble naturaleza, la cual se puede bifurcar: primero, la fundamentación de la decisión –*descriptive ratio*–; segundo, la norma *per se* –*prescriptive ratio*–. Realizando una labor explicativa, bien ilustrada por el Tribunal Constitucional, la fundamentación se refiere al razonamiento real que siguió el juzgador original para alcanzar la *ratio decidendi*, mientras que, en sentido normativo o prescriptivo, se refiere a que ese razonamiento si es obligatorio en un caso posterior.

Precisamente se entiende de la explicación *ius* filosófica de la Sala, que lo dicho es una derivación lógica de la naturaleza y rol del Tribunal Constitucional, pues sus motivaciones tienen la función de orientación obligatoria para todas las autoridades,

382 Vid. FERRERES COMELLA, V., *op. cit.*, p. 49. Sin embargo, aclara que no hay que exagerar las diferencias entre ambas culturas jurídicas. Pero es verdad que a partir de la revolución francesa en el *Civil Law*, una gran parte del Derecho se redujo a legislación escrita, mientras que el en *Common Law* predominó el precedente jurisprudencial. En igual sentido: Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 216; Vid. MORAL SORIANO, L., *op. cit.*, p. 15; Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La norma..., cit.*, pp. 52-53; Vid. SAÍNZ DE ROBLES, F., “La jurisprudencia desde la práctica forense”, en AAVV *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 153-181.

383 Vid. PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, p. 253. El autor agrega que los criterios que adquieren fuerza normativa como precedente son los que derivan de la razón básica de la decisión. No tienen el carácter de obligatorios las afirmaciones que el Tribunal realice de manera incidental o a mayor abundamiento. En igual sentido: Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La norma..., cit.*, p.52; Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 113; Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, p. 83-84.

384 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ, en el proceso de inconstitucionalidad ref. 41-2000 acumulado 2-2001/3-2001/4-2001. En este proceso se conoció sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 201, de 30-XI-2000, publicado en el Diario Oficial N° 241, tomo 349, correspondiente al 22-XII-2000, por medio del cual la Asamblea Legislativa emitió la *Ley de Integración Monetaria*.

entendiéndose que la *ratio decidendi* no sólo es una simple justificación o motivación, sino forma parte de la decisión misma³⁸⁵.

Siempre comentando sobre la misma sentencia, la Sala de lo Constitucional al referirse a los *obiter dicta*, fija que son aquellas declaraciones del tribunal que no son rigurosamente o absolutamente necesarias, en consecuencia, no constituyen por regla general dictados obligatorios de la decisión. Sin embargo, la honorable Sala, siguiendo un criterio anglosajón, admite que las mismas pueden llegar a tener cierto valor persuasivo, dependiendo del prestigio del juez que dicte el fallo, de la exactitud de su análisis y de otras circunstancias variadas, según cada caso. Trátase, pues, de razonamientos accesorios al principal, traídos a cuenta para mayor enriquecimiento de la argumentación³⁸⁶.

Es claro, pues, que la *ratio decidendi* es la regla necesaria para la decisión, mientras que, a *contrario sensu*, aquellas consideraciones hechas en la sentencia, que no sean necesarias para la decisión, son los *obiter dicta*.

11.1. El valor de la *ratio decidendi* en el uso del precedente jurisprudencial

La *ratio decidendi*, que se traduce en la expresión “criterio decisivo”, consiste en la parte de una decisión judicial susceptible de producir efectos jurídicos vinculantes y de establecerse como la regla jurídica aplicable al caso sometido a decisión. La *ratio decidendi* se constituye como el Derecho aplicable en los sistemas jurídicos de *Case Law*³⁸⁷.

Ahora bien, extrapolando esta técnica anglosajona recogida por la Corte Suprema, debemos indicar que seguramente el fallo de las sentencias de inconstitucionalidad tiene una obligatoriedad de cosa juzgada expresa o explícita, que emana directamente de la Constitución, situación que es indiscutible en la comunidad jurídica salvadoreña³⁸⁸.

Sin embargo, es más controvertible la obligatoriedad implícita o tácita de la parte motiva o *ratio decidendi* de las sentencias de inconstitucionalidad, cuyo valor obligatorio tiene fundamento únicamente en la interpretación de la misma Sala de lo Constitucional, quien entiende que sus sentencias contienen la última interpretación de la Constitución, exégesis que sustenta y justifica el fallo y sin la cual éste no se puede mantener, hasta el

385 Vid. *Ibidem*. En las sentencias de las Sala de lo Constitucional la relación entre decisión y *ratio decidendi* no es la misma en la actividad nomofiláctica, como por ejemplo en la casación, que en la actividad nomotética de la jurisdicción constitucional, en la cual esa *ratio* no es simple fundamento de la decisión, sino que forma parte inescindible de la decisión misma.

386 Vid. *Infra* apartado 11.2. Es evidente que la Sala calca la concepción anglosajona de los *obiter dicta*, su naturaleza y excepciones.

387 Vid. HERNÁNDEZ MEZA, N., *op. cit.*, pp. 346-362. El autor señala la conceptualización que le ha otorgado la Corte Constitucional colombiana a los términos *ratio decidendi* y *obiter dictum*, retomando el realizado por el sistema anglosajón, estableciendo que el primero se trata de una porción de la sentencia con carácter vinculante para los jueces inferiores, y para ella misma en sus decisiones, para así poder justificar la teoría de la prolongación de los efectos de las decisiones tomadas por ella en casos futuros. Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La norma...*, *cit.*, p. 52. De la gran relevancia otorgada a la *ratio decidendi* de una decisión, es que el autor establece la importancia de distinguirla de los *obiter dicta*. En el sistema jurídico anglosajón, donde rige la regla del *stare decisis*, es la *ratio decidendi* el criterio que goza de cierta estabilidad para la posterior aplicación en casos similares. En igual sentido: Vid. FERRERES COMELLA, V. – XIOL RIOS, J., *op. cit.*, p. 106-107; Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 217-219.

388 Vid. Art. 183 CnS.: “La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”.

punto que la decisión final sólo tiene sentido en función de la motivación que integra, evidentemente, la jurisprudencia constitucional.

Esto quiere decir que los efectos generales y la vinculación de los órganos estatales y entes públicos a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional se extienden, tanto al fallo como a la motivación estricta o *ratio decidendi* de la sentencia, y ello por una razón: si la función que caracteriza a esa Sala es ser intérprete máximo de la Constitución, y si en toda sentencia de un proceso de inconstitucionalidad el tribunal efectúa una interpretación de la Ley Suprema, no cabe duda que esa interpretación tiene eficacia frente a todos, por proceder del último órgano jurisdiccional facultado para hacerlo³⁸⁹.

Más polémica resulta la vinculatoriedad de las motivaciones o *ratios decidendi* de los amparos y habeas corpus que, en una interpretación legalista, sólo tienen efecto *inter partes*. Sin embargo, en igual sentido a lo expuesto, la misma Sala les ha otorgado el valor obligatorio, en razón de su posición de máximo intérprete de nuestra Constitución³⁹⁰.

11.1.1. Sobre las tesis textualista y realista de la construcción de la *ratio decidendi*

La concepción tradicional de la *ratio decidendi*, que se puede calificar de textualista o formalista, considera a la *ratio* como el fundamento motivacional que se encuentra de forma expresa en las afirmaciones realizadas por el tribunal en su sentencia y que eran necesarias para justificar su fallo³⁹¹.

Antagónicamente, para la tesis realista, la *ratio decidendi* no debe buscarse en los argumentos aludidos por el tribunal en su resolución como fundamento, sino han de escudriñarse en la parte fáctica, es decir, en los hechos relevantes o propios del caso.

Se trata, entonces, de realizar una confrontación de los hechos de un caso, sus singularidades y la conclusión abordada, frente a otra situación, con el fin de que si tales escenarios fácticos son similares, la resolución anterior deberá ser aplicable al caso nuevo.

Por tanto, el jurista es un investigador de patrones de hechos relevantes de los casos anteriores y debe prever, a partir de los mismos, las soluciones futuras con fundamento en la jurisprudencia.

389 Vid. GARCÍA PELAYO, M., “El status del Tribunal Constitucional”, *Rev. Esp. Derecho Const.*, enero-abril 1981, vol. I, núm. I, pp. 11-34. Así, dada la preeminencia que tiene la interpretación en materia constitucional puede afirmarse, y así lo muestra la práctica de los tribunales constitucionales en general, que las motivaciones, la *ratio* o el discurso lógico de la sentencia, tiene con respecto al fallo una mayor importancia que en otras jurisdicciones. Si, extremando las cosas, lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación. Lo anterior es totalmente congruente con el sentido que suele asignársele al ejercicio de la función de la jurisdicción constitucional. Este criterio fue el retomado por nuestra Sala de lo Constitucional, el cual quedó plasmado en la sentencia de inconstitucionalidad 41-2000 emitida el 13/XI/2001.

390 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 787-99, el 11/VII/2000. “En lo sucesivo los operadores jurídicos tendrán que tomar necesariamente en consideración la integración hecha, resolviendo los casos conforme a la jurisprudencia emanada de este Tribunal”. Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en revisión de proceso de exhibición personal, ref. 1-B-95, el 3/II/1996. “Y ante la omisión o mora legislativa que armonice las instituciones del proceso penal, son los Jueces, en tanto Jueces no de la Ley sino de la Constitución como los instituye el Art. 185 Cn. son quienes deben llevar a cabo tal armonía; y especialmente a esta Sala, cuya Jurisprudencia, en base a la Doctrina del precedente o principio del “*stare decisis*” y al principio de igualdad, es vinculante para todos los operadores del derecho.”

391 Vid. SIRVENT GUTIÉRREZ, C. – VILLANUEVA COLÍN, M., *op. cit.*, p. 69. En una postura formalista, definen las autoras la *ratio decidendi* como la declaración de la ley aplicada en la resolución de un problema legal. Es la parte toral de la decisión y de donde surge el Derecho.

Esta definición de la *ratio* propicia las frecuentes técnicas forenses de “seguir” (*following*), “distinguir” (*distinguishing*), “ampliar” (*broadening*) o “estrechar” (*narrowing*), fijando la vinculatoriedad o fuerza del precedente en cada caso, argumentos típicos, sobre los que se estructuran la mayor parte de las estrategias argumentativas efectivas de los juristas angloamericanos³⁹².

En esta secuencia, la exigencia de la fidelidad al precedente, no consiste en seguir religiosamente las motivaciones anteriores de los tribunales, sino de respetar el principio que las personas que se encuentren bajo las mismas circunstancias reciban igual tratamiento por el Órgano Judicial.

No obstante lo expuesto, se debe aclarar que tales posturas son planteamientos eminentemente teóricos, y que en la práctica del *Common Law* (ahora adoptada por muchos sistemas latinoamericanos), se complementan ambas teorías para definir, en cada caso en concreto y según las circunstancias, las *ratio decidendi* y los *obiter dicta*.

Parece ser que la tesis textualista es útil para crear máximas aplicables o definición del precedente, en cambio la tesis realista es ventajosa para determinar el grado de similitud entre un caso y otro y establecer el seguir y distinguir³⁹³.

11.2. El valor de los *obiter dicta* en el uso del precedente jurisprudencial

Los *obiter dicta* se conceptualizan de forma negativa como los razonamientos incidentales que sirvieron como apoyo a una decisión concreta, pero que no son parte esencial de la regla jurídica considerada por los jueces para adoptar determinada conclusión.

Por lo anterior, estos, por regla general, carecen de autoridad normativa y vinculatoriedad, ya que no hacen referencia a las pretensiones aducidas por las partes³⁹⁴.

Pese al poco valor que conceptualmente pueden tener los *obiter dicta*, no se debe subestimar su aplicación, conocimiento y uso; los *obiter dicta* pueden constituirse como la *ratio decidendi* de una sentencia posterior, por lo que a pesar de la dificultad que puede plantear cuando no está del todo definido, no es del todo infructuoso realizar una separación entre ambos³⁹⁵.

392 Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 235-243. En resumen, bajo esta tesis, las reglas para encontrar la *ratio decidendi* de un caso, son: a) El principio de un caso no se encuentra en las razones aducidas en el fallo. b) El principio no se encuentra en la regla de Derecho explícitamente anunciada en el fallo. c) El principio no se encuentra necesariamente en relación con todos los hechos discernibles del caso y de la decisión del juez. d) El principio del caso se encuentra mediante la apreciación de los hechos del caso que el juez consideró relevantes y de su decisión fundamentada en ellos. e) Es necesario establecer cuáles hechos fueron excluidos por el juez y, por tanto, no influyen en el principio de un caso.

393 Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 243. El autor manifiesta que el modelo textualista o formalista pareciera tener preferencia en la definición del precedente; mientras que la tesis realista parecieran fundamentarse en la teoría de los hechos y resultados, con la posibilidad de revisar las razones que resuelven los casos precedentes.

394 Vid. PUIG BRUTAU, J., *Introducción al...*, *cit.*, p. 275. Puig Brutau parafrasea al autor inglés G.L. Williams, estableciendo que la razón por la cual no puede considerarse vinculante un *obiter dictum* es porque, al no tratarse de un argumento que pudiese considerarse decisivo, probablemente no fue hecho teniendo en cuenta todas sus posibles consecuencias. En igual sentido: HERNÁNDEZ MEZA, N., *op. cit.*, p. 354.

395 Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La norma...*, *cit.*, p. 56. Nada obsta para que, en un sistema legalista o jurisprudencial, el *obiter dictum* de una sentencia llegue a convertirse posteriormente en la *ratio decidendi* de otra sentencia. Así, la jurisprudencia

Se puede indicar que todas aquellas motivaciones que no sean *ratio decidendi* o *holding* en una sentencia pueden ser consideradas *obiter dicta*³⁹⁶. La locución se refiere a todas aquellas expresiones de la resolución judicial en las que, por la riqueza del Derecho Judicial, se construyen ideas de recorrido o secundariamente, sin que constituyan la esencia del asunto a resolver. Estas elucubraciones suelen ser exuberantes, haciendo gala de sapiencia, o de tan sólo de referencia, sin que tenga una conexidad directa con el fallo.

La diferenciación entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* es original del sistema del *Common Law*, pues en él, los elementos del precedente se constituyen, como el Derecho, de casos futuros. Sin embargo, dicha técnica ha sido acogida por el máximo tribunal de justicia como un método de viabilidad del precedente constitucional en El Salvador, de ahí pues que el manejo en la distinción entre ambos, se hace cada vez más necesario para juristas y litigantes.

Siguiendo el Derecho angloamericano, es de establecer algunas pautas de distinción. *Prima facie*, debe mencionarse que el valor de una *ratio decidendi* es intrínseca y vale por su esencia y no por la manifestación o el dicho de que el juez le otorgue tal calidad. En otras palabras, un tribunal no puede calificar arbitrariamente en su sentencia que argumentos de la misma constituyen una *ratio decidendi*. Si se admitiera que el mismo sentenciador estableciera cualquier motivación de su resolución como una *ratio*, se destruirá la diferencia misma entre argumentos esenciales y accidentales³⁹⁷.

Derivado de lo anterior es que la distinción entre ambas es una operación lógica y hermenéutica, posterior a la sentencia, realizada por otro juzgador o el mismo juez, pero en otro litigio, precisamente descubriendo y aplicando la *ratio decidendi* como un precedente.

Otro punto de diferenciación entre *ratio* y *obiter*, tiene que ver con la interpretación que se realice de las motivaciones judiciales pasadas, pero realizando una labor finalista, y no literalista, de la justificación de la sentencia, es decir el intérprete busca el principio esencial de la *ratio* para aplicarlo a nuevas circunstancias sociales o económicas. propias del caso que juzga, haciendo una adaptación del *holding*, como un proceso de rejuvenecer una antigua o anterior *ratio decidendi*³⁹⁸.

de la Sala de lo Constitucional salvadoreña ha aceptado que lo que sienta precedente es la *ratio decidendi* y no los *obiter dictum* (criterio indiscutible en el sistema anglosajón); sin embargo, cabe mencionar que muchas de las doctrinas consolidadas tienen su origen en consideraciones que parecían exceder la solución estricta del caso. De hecho, hay quienes consideran que nada menos que *Marbury v. Madison* (C.S. USA 1803, fallo fundacional del control de constitucionalidad judicial) es puro *obiter dictum*.

396 HERNÁNDEZ MEZA, N., *op. cit.*, pp. 354-356. Es el plural latín de *obiter dictum*, que es una consideración de Derecho que no serían estrictamente necesarias para sentenciar la causa, pero que un juez o una Corte incluyen en los considerandos porque quieren dar una decisión más completa y abarcadora. Esto se suele oponer y distinguir del “*holding*”, que es la pieza de doctrina más directamente conectada con la sentencia. Literalmente en español significa “dicho de paso”.

397 Vid. HERNÁNDEZ MEZA, N., *op. cit.*, pp. 353-354; Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 221-222.

398 Vid. DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 147-150. La corriente de pensamiento ortodoxa ha considerado supeditada la función judicial a lo plasmado en las leyes. Los jueces deben aplicar el derecho promulgado por otras instituciones, no deben lanzarse a hacer nuevas leyes. Pero debido a la variedad de nuevos casos que se presentan a diario, algunos plantean problemas tan nuevos que no es posible resolverlos con las interpretaciones ya existentes y los jueces se ven obligados a legislar ya sea tácita o explícitamente. Sin embargo, cuando los jueces realizan esta labor deben actuar como representantes del Poder Legislativo, promulgando el derecho que promulgaría este órgano enfrentado con ese problema.

También puede agregarse que sólo tiene la virtud de ser precedente aquella fundamentación de la sentencia que es estrictamente necesaria para explicar el resultado de la decisión, en razón de los supuestos fácticos que se juzgan. Entonces, las demás elucubraciones no necesarias serán *obiter dictum*, sin capacidad de valor normativo para casos futuros, pues en todo caso estas se formulan de relleno con comentarios barrocos o adicionales, que no tienen una relación directa con los hechos que se deciden.

Se alude, en este lacónico recorrido, que ambos elementos tienen un valor jurídico de distinta relevancia y sólo la *ratio decidendi* puede ser considerada como la regla jurídica a aplicar, evocable a través del precedente jurisprudencial, sin perjuicio que la calidad del *obiter dictum* lo vuelva susceptible de consolidarse como el argumento decisorio, a la posteridad, con cierto valor inferior.

11.3. El precedente jurisprudencial como elemento de motivación de la sentencia

Establecido que ha sido el mecanismo de extraer el valor normativo de una resolución, por medio de las *ratio decidendi* y *obiter dicta*, comprendiendo que el proceso de su descubrimiento es elaborado a futuro por el juez que pretende aplicarla a un nuevo caso.

Consecuentemente, al ser citados o retomados en otra sentencia, concurren como precedente jurisprudencial en calidad de motivación o fundamentación de la misma, cumpliendo, desde esta óptica, con una función de carácter constitucional de seguridad jurídica y debido proceso³⁹⁹.

La Corte Suprema de El Salvador ha indicado que la motivación pretende que el tribunal o el operador del Derecho otorguen explicaciones de las razones que lo estimulan, objetivamente, a resolver en determinado sentido, viabilizando el convencimiento de los justiciables del porqué de las mismas. De manera que el incumplimiento a la obligación de motivación adquiere connotación constitucional, por cuanto su contravención vulnera la seguridad jurídica y defensa en juicio. Al no presentarse la argumentación que fundamenta las resoluciones judiciales o administrativas, no pueden los justiciables observar el sometimiento de las autoridades a la ley, ni permite el ejercicio de los medios de defensa⁴⁰⁰.

399 Sobre el aspecto del precedente jurisprudencial en su función constitucional de motivación de las sentencias judiciales: Vid. MARTÍNEZ, MOYA, J., "La Realidad del Precedente Jurisprudencial. Especial Referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia", en AA.VV., *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 512-514. Es trascendente en la práctica la función que realiza el precedente jurisprudencial como motivación de las decisiones judiciales; Vid. MORAL SORIANO, L., *op. cit.*, pp. 130-131. Se le reconoce una relevancia de facto a los precedentes jurisprudenciales, sirviendo para explicar y descubrir los posibles significados de aplicación de una norma; Vid. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio...*, *cit.*, p. 195. El autor manifiesta que los argumentos más utilizados por los jueces para justificar una decisión, son los precedentes, entendidos como la invocación de una jurisprudencia que ya ha interpretado una norma discutida, llenando algún vacío legal o resuelto un conflicto similar en igual sentido.

400 Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ emitida en el proceso de amparo ref. 20-2000 del 23/II/2000. Otra importancia que reviste la motivación de las sentencias es que su ausencia no permite observar la sujeción a la ley por parte de las autoridades (dando lugar a la arbitrariedad), ni ubicar los medios de defensa para quien resulte agraviado. Este deber de motivación que exige la Constitución no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del

Es evidente que la ausencia de motivación de las sentencias produce arbitrariedad y genera inseguridad jurídica para las partes procesales; en consecuencia, las autoridades judiciales deben ser metódicas en la formulación de sus resoluciones, pormenorizando las razones por las cuales las adoptan y fundamentando suficientemente las mismas⁴⁰¹.

Lo anterior conduce a que la legitimidad en la aplicación del precedente jurisprudencial puede encontrarse en el campo de la motivación de las resoluciones judiciales, convirtiendo al precedente en una técnica de construcción de la sentencia judicial, que puede, en una determinada situación, aportar parte del razonamiento jurídico⁴⁰².

En este orden, MORAL SORIANO⁴⁰³, sistematiza tres posturas que explican la utilidad de precedente jurisprudencial como instrumento de fundamentación de los proveídos judiciales: el argumento *ab ejemplo*, el argumento de autoridad y la regla de justicia.

La postura inicial sostiene que las sentencias brindan ejemplos, modelos o criterios de interpretación del ordenamiento jurídico que afloran en la *ratio decidendi* de las resoluciones judiciales dictadas anteriormente. Es decir que, cuando un tribunal trae a colación como motivación un precedente, se refiere a la *ratio decidendi*, la norma que conceptualiza el Derecho⁴⁰⁴.

Dentro de esta forma de utilización del precedente no cabe distinción entre el *Common Law* y el *Civil Law*, pues existe una relevancia práctica común en ambos sistemas, y es que el precedente jurisprudencial puede utilizarse como forma de fortalecer la

juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes, sino que el deber de motivación que la Constitución y la ley exige, impone que se exterioricen los razonamientos que cimientan las decisiones estatales, debiendo ser la motivación suficientemente clara para que sea comprendida no solo por el técnico jurídico, sino también por los ciudadanos.

401 Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, emitida en el proceso de habeas corpus ref. 183-99 del 12/VII/1999.

402 Vid. MARTÍNEZ MOYA, J., *op. cit.*, p. 512. Se muestra y se justifica así al precedente como un argumento o técnica argumentativa que asiste al juez en el razonamiento forense.

403 Vid. MORAL SORIANO, L., *op. cit.*, pp. 129 y ss. La autora desarrolla un modelo argumentativo de razonamiento jurídico que pretende establecer el fundamento de los precedentes judiciales para tratar de explicar el concreto uso de estos instrumentos jurídicos por parte de los jueces y tribunales en aplicación del Derecho. Manifiesta que la Filosofía del Derecho ha elaborado distintos modelos explicativos de la relevancia de los precedentes que se podrían ordenar bajo dos tipos de argumentos: argumento pragmático, según el cual las razones de seguir el precedente jurisprudencial se encuentran en beneficios que de ello se obtiene, tales como la uniforme aplicación de la ley, la economía procesal, la seguridad jurídica, entre otras; y, el argumento de justicia formal, por el cual la razón de seguir a los precedentes es el principio de igualdad. Los mencionados argumentos (pragmático y justicia formal) sirven para aceptar que haber hecho algo en el pasado es, en determinadas circunstancias, una razón para seguir haciéndolo en el presente, pues en otras palabras, ambos argumentos racionalizan el fundamento de los precedentes. Además, agrega la autora, que el enfoque adoptado en la tarea de fundamentar racionalmente los precedentes judiciales podría calificarse de justificativo y gradual. Justificativo, ya que los precedentes se consideran argumentos o técnicas argumentativas que asisten al juez en el razonamiento jurídico. Gradual, porque la justa combinación de argumentos pragmáticos y de justicia formal logrará explicar en toda su complejidad su uso en el razonamiento jurídico. Siguiendo a PERELMAN, es que la autora desarrolla las tres posturas mencionadas como fundamentos racionales de los precedentes.

404 Vid. MORAL SORIANO, L., *op. cit.*, pp. 130-131. La aplicación del precedente jurisprudencial como una forma de argumentación jurídica supone la interpretación de la interpretación que alguien más realizó sobre determinada norma jurídica, dándole un uso sencillamente como ejemplo de precedente que existe con anterioridad al pronunciamiento que se pretende. El argumento *ab ejemplo* hace uso de la labor interpretativa de las normas jurídicas, pues dado que ellas no cuentan de manera autónoma con su correcta forma de interpretación, se complementan con dicha labor interpretativa. En este punto, es necesario hacer hincapié en el hecho que los criterios utilizados como argumentos jurídicos ejemplificativos, para un caso en concreto, están recogidos en la *ratio decidendi* de las decisiones anteriores, pues es en ella donde, necesariamente, se acogen las reglas que determinan el significado del Derecho y su forma de aplicación. La importancia de esta postura de aplicación jurisprudencial radica en que es posible dejar a un lado la discusión sobre si la jurisprudencia constituye o no fuente del Derecho, ya que propone un modelo de aplicación y relevancia válido para cualquier sistema jurídico.

argumentación jurídica, entendiendo la forma en que el Derecho ha sido interpretado. La fuerza vinculante que se le atribuye al precedente es irrelevante, ya que bajo el argumento *ab ejemplo*, los precedentes judiciales son invocados aunque el sistema no les otorgue ningún valor jurídico de obligatorio cumplimiento.

En cuanto al argumento de autoridad, este justifica la aplicación de los precedentes jurisprudenciales en la fuerza del sujeto que las dicta, de manera que la utilización del precedente se fundamenta en la autoridad de quien emana. Formalmente esta postura puede fijar la fuerza obligatoria del precedente, pero no legitimarlo⁴⁰⁵. En esta línea, los criterios de decisión quedan revestidos de una innegable autoridad, con base a la autoridad que se le ha reconocido al tribunal o aplicador del Derecho a quien se le presentó el caso para su disposición, dejando a un lado la calidad de la argumentación jurídica brindada. Por tanto, esta postura encuentra su mayor fundamento en la posición jerárquica del órgano que emite la decisión⁴⁰⁶.

Lo anterior tiene una íntima relación con el rol que se ha otorgado a la Sala de lo Constitucional cuando se ha calificado de último y máximo intérprete de la ley fundamental, estando los demás juzgadores obligados, a futuro, a seguir sus criterios de interpretación constitucional⁴⁰⁷.

El argumento de la regla de justicia, deposita la razón de ser del precedente jurisprudencial en el principio elemental que las personas que se encuentren en iguales circunstancias, deben ser juzgadas igualmente. Es decir, que el precedente jurisprudencial, como fundamentación de una sentencia posterior, será una herramienta bajo la cual el juzgador ponderará la identificación de casos, a fin de encontrar la regla justa que garantice la igualdad y la regularidad del Derecho⁴⁰⁸. El presente argumento se constituye como el más sólido a la hora de justificar la utilización de un precedente dictado con anterioridad con respecto a casos futuros, pues la aplicación del mismo criterio a situaciones análogas evita el establecimiento de la arbitrariedad y manifiesta un claro respeto a la igualdad y seguridad jurídica.

405 Vid. MARTÍNEZ MOYA, J., *op. cit.*, p. 513. Una cosa es la función del Tribunal Supremo de corregir y unificar los criterios judiciales, en aras de la igualdad, y otra cosa que la *ratio decidendi* del precedente, constituya, por definición, la única interpretación exacta y auténtica del Derecho.

406 Vid. MORAL SORIANO, L., *op. cit.*, pp. 132-135. Dicha autoridad se convierte en un garante de la estabilidad de los criterios jurisprudenciales respetando así los principios de igualdad, seguridad jurídica y unidad en aplicación de las normas. Sin embargo, pese a la practicidad que puede tener la utilización del precedente como argumento de autoridad, esta postura no puede ser adoptada de una forma ciega, de manera que conlleve a la consolidación de una decisión que sea errónea o inaceptable. Bajo una primera postura, explica que no es posible fundamentar la vinculatoriedad del precedente en un argumento de autoridad; considera que éste no puede ser superior a las resoluciones propias de los jueces y tribunales, en razón de una inflexible aplicación del principio de independencia judicial, pues cada aplicador del Derecho cuenta con la suficiente libertad para decidir qué criterios utilizar en un caso, sin importar las líneas jurisprudenciales sentadas por otros tribunales. Por el contrario, también se considera que no es posible dejar a un lado este argumento de autoridad por razones de respeto a los principios antes señalados. Para solventar esta contradicción, y en virtud de una connatural evolución del Derecho, es que se admiten los cambios justificados en los precedentes jurisprudenciales, permitiendo así una adaptación de los criterios a la realidad que se vive.

407 Vid. *Infra* apartado 17.

408 Vid. MARTÍNEZ MOYA, J., *op. cit.*, p. 514. La sentencia, razonablemente vinculada, justifica en gran medida la fuerza vinculante del precedente y debe considerarse reflexivamente por parte de los jueces inferiores al momento de dictar sus sentencias. En igual sentido: Vid. MORAL SORIANO, L., *op. cit.*, p. 136.

Los tres argumentos expuestos no son incompatibles entre ellos, más bien en el ordenamiento salvadoreño muestra, sobre todo en el precedente constitucional, una conjunción de los mismos que explica de plano el uso del precedente jurisprudencial como motivación o fundamentación de las sentencias.

12. PRECEDENTE HORIZONTAL Y VERTICAL

Al establecer la vinculatoriedad del precedente emitido por los diferentes tribunales, se hace necesario determinar los efectos que el mismo tendrá dentro del ordenamiento jurídico, dependiendo del tribunal emisor, pues la eficacia del Derecho depende de la aplicación que se haga de sus normas⁴⁰⁹.

De lo anterior deriva que el sistema jurídico de un Estado de Derecho sólo puede funcionar si se garantiza a la hora de su aplicación cierto nivel de continuidad y unidad de interpretación de sus normas.

La continuidad implica la vinculación de los tribunales a sus precedentes, conceptualizada como vinculación o precedente horizontal; en cambio, la unidad del ordenamiento jurídico exige que exista una vinculación de los tribunales de rango inferior a un tribunal superior que unifique la jurisprudencia emitida, que se trata de la llamada vinculación o precedente vertical⁴¹⁰.

Además de los argumentos jurídicos que justifican la vinculatoriedad de ambos tipos de precedentes, en dichas categorías está presente lo que muchos autores han llamado “la lógica del precedente”. En el caso del precedente horizontal, si en un caso anterior se halla una solución razonable o justa, esa solución será igualmente razonable y justa para otro caso que tenga semejanza en sus aspectos esenciales; en el precedente vertical, el razonamiento es que si el sistema de recursos sirve para fortalecer una decisión, los fallos de los tribunales superiores deben ser tenidos en cuenta por los inferiores a la hora de tomar sus decisiones⁴¹¹.

409 Vid. KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 215. Al despojar al carácter normativo del Derecho de la influencia metafísica y axiológica, se reduce a una expresión de enlace entre la condición y consecuencia de la proposición jurídica. Por tanto, no es posible ocultar que la significación normativa de lo designado como “Derecho” es el resultado de una interpretación necesaria de la normativa a fin de adecuarla al momento histórico en que se pretende aplicar. En igual sentido: Vid. BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 133; Vid. CARDOZO, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial* (trad. al castellano por Eduardo Ponssa), Granada, Comares, 2004, p. 63. El reconocido Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos es de la opinión que no es posible declarar que no hay más Derecho que el plasmado en las leyes, tampoco, que no hay más Derecho que el emanado de las decisiones de los tribunales. Considera que la postura correcta se encuentra a la mitad de ambos caminos, donde sea posible reconocer que las leyes son Derecho pero, a la vez, que existe la potestad de los jueces de legislar mediante la jurisprudencia cuando el Derecho positivo no sea suficiente.

410 Vid. BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 132-134. El sistema jurídico de un Estado de Derecho sólo puede funcionar si se garantiza una continuidad y unidad de interpretación del ordenamiento jurídico. La previsibilidad y continuidad de la respuesta emanada de los Tribunales es un presupuesto de seguridad jurídica, y además, constituye una cuestión de igualdad. En similar sentido: Vid. XIOL RÍOS, J., *El principio de igualdad...*, *cit.*, p. 245; Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*, p. 217-218.

411 Vid. FERRERES COMELLA, V. – XIOL RÍOS, J., *op. cit.*, pp. 24 – 25. De no tenerse en cuenta el criterio por el cual, casos similares se resuelven de igual forma, y que ante pronunciamientos divergentes entre dos órganos jurisdiccionales de diferente jerarquía se opta por el superior, se atenta contra principios como el de igualdad e interdicción de la arbitrariedad; pero la vulneración más grande, sin duda, se realizará a la racionalidad en la toma de decisiones. En igual sentido: Vid. LÓPEZ

12.1. Precedente horizontal o autoprecedente

El precedente horizontal hace referencia a la vinculación de los tribunales a sus propios precedentes y a los precedentes establecidos por otros tribunales con los que comparte una misma jerarquía⁴¹². Su fundamento se encuentra establecido en el principio de universalización que responde a la exigencia de justicia, tratando igual a lo igual. Con esta práctica, los tribunales procuran establecer una línea de criterio que oriente sus resoluciones, logrando así cierta uniformidad y continuidad en su manera de resolver determinadas situaciones fácticas⁴¹³.

En primer lugar, la vinculación de un tribunal a su propio precedente está relacionada con el derecho a la igualdad, pues se considera que este puede verse afectado cuando en la aplicación de la ley no existan razones jurídicas relevantes que justifiquen una modificación al criterio que con regularidad se ha mantenido por el mismo aplicador del Derecho.

En segundo lugar, el precedente horizontal también implica, como consecuencia inmediata de un Estado de Derecho, que exista la posibilidad de prever la manera en que los diversos tribunales aplicarán el derecho. El orden jurídico carecería de unidad, y por ende de seguridad jurídica, si los diversos aplicadores del Derecho de la misma jerarquía realizan interpretaciones contradictorias entre sí⁴¹⁴.

12.1.1. Modificación del precedente horizontal

El cambio de un precedente jurisprudencial emanado por el mismo tribunal ha resultado ser un hecho más aceptado en el ámbito nacional, que una modificación en el precedente vertical, pues no significa que se le reste vinculatoriedad a la misma y se siga la línea de que la jurisprudencia es meramente ilustrativa, sino que el tribunal ha considerado motivos suficientes y razonables para hacerlo⁴¹⁵. Dentro de dichas razones se encuentran:

MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 83-84; *Vid.* NIETO Alejandro, *El Arbitrio...*, *cit.*, pp. 336-338; *Vid.* GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*, p. 217-218. *Vid.* PECES MORARTE, J., *op. cit.*, pp. 91-92.

412 *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de habeas corpus ref. 426-2000R, el 30-X-2001. “*La utilización del antecedente jurisprudencial citado, debe actuar bajo las condiciones del principio ‘stare decisis’ el que establece que ante supuestos iguales o análogos, la decisión de un tribunal debe ser igual, es decir debe recibir un tratamiento igualitario de los mismos, a fin de poder garantizar el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica, por medio del respeto al precedente a través de la jurisprudencia dictada por esta Sala.*”

413 *Vid.* GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 158. El autor costarricense manifiesta que los tribunales, especialmente los de mayor jerarquía, procuran orientar sus decisiones en razón de resoluciones paradigmáticas para lograr uniformidad en la forma de resolver; esta labor la realizan en base a valores de su propia realidad. De este modo los fallos van adquiriendo cierta concordancia, actual y potencial. *Vid.* AGUILÓ REGLA, J., *op. cit.*, pp. 109-110; *Vid.* MORAL SORIANO, L., *op. cit.*, p.137.

414 *Vid.* OLLERO, Andrés, *op. cit.*, p. 58. El autor manifiesta que los tribunales aunque intentan calificar su doctrina de “uniforme, prolongada y constante”, en algún momento llegan a reconocer que la misma no tiene carácter absoluto y necesita una serie de matizaciones o cambios que deben ser tomados en consideración para ser sentados y puntualizados por los mismos, con ocasión de los casos concretos que se han planteado. En similar sentido: *Vid.* XIOL RÍOS, J., *El precedente judicial...*, *cit.*, p. 56; *Vid.* GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 166; *Vid.* BLASCO GASCÓ, F., *La norma...*, *cit.*, p. 86-88.

415 *Vid.* CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil, historia y legislaciones*, t. II, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, p. 84. El autor manifiesta que aunque la jurisprudencia requiere reiteración en razón de principios de orden constitucional, no significa que debe ser inamovible y estática; por el contrario, una de las características de la jurisprudencia es su

- a) Cuando la doctrina no responda adecuadamente a un cambio en la realidad política, económica y social⁴¹⁶. No es nada nuevo expresar que la labor de los jueces únicamente se limite a decidir un caso en base a una simple explicación de una ley, sino que su actuar primordial es conciliar el Derecho escrito con las exigencias de la vida y a complementar el sentido de éste haciéndolo progresar y dándole mayores alcances⁴¹⁷.
- b) Cuando la jurisprudencia emitida con anterioridad resulta errónea por ser contraria a valores, principios y derechos en los que se funda el ordenamiento jurídico. Para que exista un respeto al precedente, éste debe sujetarse a una interpretación que se pueda considerar correcta, donde se estuviera dispuesto a utilizar la *ratio decidendi* de esa resolución en todos los casos iguales que puedan presentarse en el futuro⁴¹⁸.

12.2. Precedente vertical

La seguridad jurídica requiere que los tribunales se ajusten no sólo a los precedentes emitidos por ellos mismos, sino también, a los tribunales superiores en grado que tienen a su cargo mantener la unidad y estabilidad jurídica del sistema.

Este precedente deriva del sistema anglosajón del *stare decisis*, cuyo fundamento radica en la exigencia de justicia uniforme en todos los ámbitos. Por ende, el precedente vertical de la jurisprudencia trata sobre el efecto vinculante de la jurisprudencia emanada por un tribunal superior en jerarquía, sobre los tribunales inferiores y se busca que estos últimos dejen a un lado su propia opinión acerca de una controversia y acaten la resolución emanada por el tribunal de mayor rango⁴¹⁹.

mutabilidad dados los cambios sociales y políticos que se pueden suscitar en determinado ámbito. En igual sentido: *Vid.* SAÍNZ DE ROBLES, F., *op. cit.*, p. 169-171; *Vid.* DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 151. *Vid.* Supra apartado 5.2.4.

416 IHERING, Rudolf, *El espíritu del Derecho Romano* (trad. al castellano por Enrique Príncipe y Satorres), t. II, México, Oxford University Press, 2001, pp. 298-301. El autor expuso en su obra que la idea de que la ley se estaciona, pero la vida siempre progresa deviene del Derecho Romano. Cualquiera que sea la armonía primitiva existente entre la ley y la vida, llega a un punto donde la relación pacífica termina y la ley puede volverse incómoda o inoportuna. Una opción que surge ante esta situación es eliminar la ley y promulgar otra; sin embargo, se consideró que era posible mantener ese Derecho y hacerlo valer en términos de justicia mediante la interpretación plasmada en la jurisprudencia. Así, atendiendo la verdadera interpretación romana antigua, la jurisprudencia, lejos de considerar que su misión era someterse servilmente a los términos de la ley, se creía llamada a complementar el sentido de ésta, haciéndola progresar y dándole mayores alcances.

417 *Vid.* BLASCO GASCÓ, F., *La norma...*, *cit.*, pp. 93-96. En los casos de jurisprudencia errática, necesariamente se tiene que realizar un cambio en los criterios jurisprudenciales, pues los Tribunales están obligados a adoptar la postura más acorde a Derecho para una situación. En este punto también incide la vinculatoriedad del precedente vertical, pues los Tribunales de mayor jerarquía deben corregir los errores u omisiones de los subordinados para garantizar la estabilidad del sistema. En igual sentido: *Vid.* GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*, p. 220. Un cambio de una línea jurisprudencial puede surgir en base a la necesidad de corregir cánones de interpretación por unos más correctos y adecuados, por haber existido un entendimiento erróneo de la norma que la fundamentaba.

418 FERRERES COMELLA, V. – XIOL RÍOS, J., *op. cit.*, p. 44. El sistema de precedente vertical se instaura con la finalidad de introducir un mecanismo que permita reducir la diversidad de opiniones divergentes que existen sobre un determinado punto. Así, los tribunales que ocupan la cúspide del sistema judicial son los encargados de fijar una postura en teoría correcta sobre un caso controvertido. En igual sentido: *Vid.* BACIGALUPO, E., *op. cit.*, p. 140.

419 *Vid.* TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 13ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 346-347. Uno de los inconvenientes manifestados por la codificación de las leyes es que se tiende a considerar que petrifica o cristaliza el Derecho. Sin

Existe un punto de discusión relativo al precedente vertical sobre el que se alega que un efecto obligatorio de la jurisprudencia proveniente de un tribunal superior, contradice la autonomía judicial por la cual los jueces sólo deben obediencia a la Constitución y la Ley. Sin embargo, esta postura puede verse opacada por el hecho que muchas veces, no cabe duda, la ley sólo es comprensible mediante su interpretación, pues se entiende que únicamente constituye el marco referencial por el cual el juzgador debe guiarse para ejercer su labor⁴²⁰.

Lo anterior significa que el juez está vinculado a una ley que, necesariamente, debe ser interpretada y para que ello tenga efecto general y obligatorio sólo lo puede realizar un tribunal superior facultado para ello⁴²¹. A la vez, se hace necesario establecer que la única supeditación del juez a la Constitución y la Ley no constituye un derecho a favor de los jueces, sino que una garantía de imparcialidad para los ciudadanos de un Estado de Derecho.

El precedente vertical ata con mayor fuerza a los tribunales inferiores que el auto precedente emitido por el propio tribunal, pues la jurisprudencia emanada por la Sala de lo Constitucional salvadoreña⁴²², máximo intérprete de la Constitución y las leyes, ha establecido en sus mismas líneas, que dado el rango que la Carta magna le otorga, es ella la que goza del más alto grado jerárquico de vinculación⁴²³.

12.2.1. Modificación en el precedente vertical

Un cambio en el precedente vertical implica que los aplicadores del Derecho, posicionados en un nivel jerárquico inferior, se aparten de la tendencia jurisprudencial anteriormente sentada.

Dado el carácter vinculante, en virtud del *plus* normativo que se le ha otorgado⁴²⁵, la carga argumentativa que recae sobre los jueces es mucho mayor que si el tribunal superior que emitió la jurisprudencia se apartara de su propio criterio. Sin embargo, la

embargo, esto se ve superado porque toda legislación debe establecer marcos dentro de los cuales deberán encuadrar las relaciones sociales, y a la vez, debe considerarse que los jueces deben adecuarla constantemente a las variaciones de la realidad social.

420 Vid. Art. 183 CnS: *“La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”*.

421 Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 145-M-91, el 20-VIII-1992. *“La Sala de lo Constitucional actúa como intérprete supremo, de manera que su labor hermenéutica sobre los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos”*.

422 Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 89-99, el 20-XII-1999. *“Profundizando las consecuencias de una integración del derecho por parte de la Sala de lo Constitucional, hay que establecer, prima facie, que dicho Tribunal es el Supremo Juez de la Constitución y, por tanto, es quien tiene el más alto grado jerárquico de la interpretación constitucional y de todo el restante ordenamiento jurídico conforme aquella”*.

423 Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad 9–2003 del 22-X-2004, considerando III *“Al advertir el tribunal –sigue la mencionada sentencia– que la norma secundaria base de la actuación impugnada no es conforme a la Constitución y su elasticidad no permite tampoco hacerlo, la misma ya no puede ser aplicada; consecuentemente, el caso sujeto a control carecería de norma para decidirlo, teniendo necesariamente que integrar el derecho en su resolución para que el mismo supuesto, en casos futuros, se resuelva a partir de la integración hecha. Es esta precisamente la consecuencia que conlleva una integración del derecho, pues en lo sucesivo los operadores jurídicos tendrán que tomar necesariamente en consideración la integración hecha, resolviendo los casos conforme a la jurisprudencia emanada de este tribunal y no en base a la norma que se declaró en el amparo contraria a la Constitución”*.

vinculatoriedad de ese precedente jurisprudencial no puede significar la petrificación del mismo; pueden existir casos donde los jueces de inferior jerarquía se aparten del criterio sostenido por la Sala, con justa razón:

- a. Cuando el cambio de legislación derive en un cambio de jurisprudencia, pues la norma anterior contaba con una jurisprudencia interpretativa o aplicativa que no puede ser compatible al de la norma modificada. En muchas ocasiones, el legislador no se percata que la introducción de nueva normativa o la reforma de la misma, orienta a los jueces a interpretar las normas de manera diferente. Dado que el ordenamiento jurídico es un todo que debe interpretarse sistemáticamente, a veces se hace necesario un cambio de jurisprudencia ante cambios en la legislación, pues el objeto de la interpretación ha sido modificada por el legislador⁴²⁴.
- b. Cuando la realidad política, social y económica haga necesario un cambio de jurisprudencia porque la ponderación e interpretación hecha con anterioridad por un tribunal superior no responde a una realidad cambiante. Esta situación justifica un replanteamiento de la jurisprudencia e impone la necesidad de formular principios acordes a la nueva realidad; algunos autores manifiestan que más que un cambio de jurisprudencia, lo que se produce es una evolución en la misma⁴²⁵. Hay que mencionar que este cambio no puede ser bajo ningún sentido arbitrario, siendo necesario que dicha transformación social tenga injerencia en el principio que fundamentó la decisión inicial y, por tanto, el cambio de jurisprudencia sea razonable. La anterior posibilidad supone una separación del mencionado principio *stare decisis*, otorgando la facultad a los jueces de realizar una serie de cambios prospectivos de jurisprudencia donde justifiquen las variaciones sociales, políticas y económicas que haga que la jurisprudencia que ha venido siguiendo el tribunal superior sea obsoleta o errónea. La decisión del juez inferior en grado, no debe visualizarse como un tipo de desobediencia o rebeldía, y en algún punto debería interpretarse como una nueva apuesta argumentativa que posiblemente haga cambiar el criterio seguido por su superior. El tribunal superior se encontrará frente a un cambio de su propia jurisprudencia con argumentos razonables, derivado de un nuevo criterio más acertado por parte del tribunal inferior, conformando así una nueva orientación jurisprudencial⁴²⁶.

424 Vid. BLASCO GASCÓ, Francisco, *La norma...*, cit., p. 89. Es poco probable poder hablar de una permanencia de un criterio jurisprudencial, si la norma que anteriormente la había motivado ha desaparecido del ordenamiento jurídico o tiene un contenido distinto que altera del todo su valor; Vid. ZOCO ZABALA, C., *op. cit.*, pp. 111-112; el cambio jurisprudencial debe ser en base a motivos razonables y objetivos entre los cuales es adecuado considerar la modificación de la normativa y la apropiada evolución en la interpretación. En igual sentido: Vid. MARTINEZ MOYA, J., *op. cit.*, p. 524.

425 Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia*, 2ª edición, vol. I, Madrid, 1979, p. 7. El autor manifiesta que paralelo al cambio en el entorno político, económico, sociológico y cultural, se da un cambio de la jurisprudencia.

426 Vid. MAGALONI KERPEL, A., *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw Hill, 2001, p. 42. La autora destaca que la vinculación al precedente vertical en el sistema anglosajón opera de modo estricto; lo tribunales inferiores no pueden modificar ni revocar la doctrina establecida por los tribunales superiores con jurisdicción

13. EXCEPCIÓN A LA UTILIZACIÓN DEL PRECEDENTE: LOS CASOS ANORMALES

Como se ha señalado anteriormente⁴²⁷, para que una resolución judicial se establezca como precedente jurisprudencial, necesita cierta dosis de reiteración y estabilidad de los criterios que hayan sido utilizados como *ratio decidendi* para casos similares. Empero, en el desarrollo de las actividades de los aplicadores del Derecho, surgen casos que aparentemente rompen con la continuidad de la jurisprudencia y que, sin embargo, no lo hacen.

Estos son los llamados casos anormales, los cuales no establecen un cambio jurisprudencial, ni son una fluctuación de la misma; no constituyen una postura consolidada frente a un caso.

Los casos anormales se tratan de casos aislados cuyos supuestos fácticos no encajan en los antecesores y que por cuestiones de justicia y equidad deben tener una solución distinta a las anteriormente planteadas⁴²⁸.

En el punto anterior, se plantea la disyuntiva de considerar que las soluciones jurídicamente admisibles son aquellas que ha adoptado el tribunal de rango superior; o, si dentro de criterios razonables, no obstante existir una reiteración de pronunciamientos por parte del primero en un mismo sentido, los jueces y tribunales inferiores pueden separarse de ese criterio eligiendo la solución que consideran correcta, sin que este constituya un referente para un cambio de criterio. Como se ha manifestado en el desarrollo del apartado sobre la modificación del precedente vertical y horizontal, en nuestro sistema judicial sí cabe la separación de un criterio establecido, siempre que se justifique que la nueva decisión adoptada resulta más adecuada al cambio de la realidad social, entre otros.

Este mismo criterio es el que debe sostenerse en un caso anormal, donde la falta de seguimiento al criterio jurisprudencial precedente viene dado por razones de lógica y de los principios que informan al ordenamiento jurídico⁴²⁹. Sin embargo, no se trata de un verdadero apartamiento, sino más bien el caso que se juzga tiene particularidades

para revisar sus sentencias, por lo que la posibilidad de que un tribunal inferior logre cambiar un precedente establecido por su superior, se vuelve remota. Los tribunales inferiores no se encuentran sometidos únicamente al Derecho, sino también a la interpretación que han efectuado los tribunales superiores en grado. En igual sentido: *Vid.* LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 87. El cambio de jurisprudencia de los tribunales inferiores, en razón de que la adoptada hasta el momento por tribunales superiores es incorrecta, es una potestad que usualmente niegan los sistemas anglosajones del *stare decisis*.

427 *Vid.* Supra apartado 10.4.

428 *Vid.* ZOCO ZABALA, C., *op. cit.*, pp. 64-66. La tarea del legislador consiste en determinar la forma de aplicación de la ley a determinado ámbito de la realidad; en el desarrollo de esta labor debe realizarse una abstracción de la igualdad concebida en la ley sin que esta sea causa de una desigualdad. La solución de conflictos tiene que ver mucho con la equidad, porque un caso que reúne circunstancias que no encuadran en los supuestos de casos anteriormente resueltos, debe tener una solución diferente. En igual sentido: *Vid.* GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, pp. 165-166.

429 *Vid.* PÉREZ MORATE, J., *op. cit.*, p. 97-98. El autor manifiesta que cuando un juez cumple con los requisitos propios de una decisión racional, no existe obstáculo para que se aparte razonadamente de determinado criterio jurisprudencial o del precedente. Este es el proceder del Tribunal Supremo Español al separarse de su propia doctrina, y no existe inconveniente legal alguno en que los jueces o tribunales inferiores puedan y deban hacer lo mismo con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En igual sentido: *Vid.* NIETO, Alejandro, *El arbitrio...*, *cit.*, pp. 162-163; *Vid.* CARDOZO, Benjamín, *op. cit.*, pp. 76-83; *Vid.* BLASCO GASCÓ, F., *La norma...*, *cit.*, p.165; *Vid.* HERNÁNDEZ MEZA, N., *op. cit.*, p. 355.

propias, que provocan que el precedente jurisprudencial no sea aplicable, se trata en síntesis de realizar una labor de distinción.

14. FORMAS DE UTILIZACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Las formas de utilización del precedente jurisprudencial varían de acuerdo a diversos factores, entre otros, el papel que juegan las citas internas de jurisprudencia en la justificación de una nueva decisión adoptada; y, el número total de citas jurisprudenciales y su peso argumentativo frente a otras fuentes del Derecho en la decisión del caso, el número total de citas externas de jurisprudencia y el grado de tecnicidad que el precedente deba reflejar⁴³⁰.

Siguiendo a LÓPEZ MEDINA⁴³¹, una de las máximas autoridades del estudio judicial en América Latina, se puede indicar que la utilización de los precedentes jurisprudenciales depende de la rigurosidad del tribunal que lo utilice y su grado de relación al caso en discusión, pues en situaciones de mayor disciplina, los tribunales tienden a citar precedentes que tienen una relación fáctica estrecha con el caso a resolverse (analogía estricta); en un plano un poco más laxo, es posible citar precedentes con una relación fáctica amplia (analogía permisiva); en un grado decreciente de tecnicidad es posible citar precedentes que ya no se relacionen por analogía, sino por compartir únicamente un referente conceptual común. Finalmente, es posible citar de manera más indisciplinada y retórica, precedentes que no tienen ningún tipo de conexión como las antes mencionadas.

14.1. Analogía estricta

La aplicación de la analogía estricta recae en el uso de la *ratio decidendi* de una sentencia anterior como norma jurídica aplicable al caso que se está decidiendo. En esta forma de utilización del precedente, se establece que debe existir una absoluta identidad en cada uno de los detalles del caso en litigio y el que se invoca como precedente, sin que se tenga en cuenta que algunas diferencias podrían no ser relevantes para justificar la aplicación de dicho criterio⁴³²; la autoridad con la que se cita dicho precedente deviene, precisamente, de la analogía fáctica existente entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso presente.

Es posible citar, como ejemplo de nuestros precedentes jurisprudenciales con incidencia en el orden administrativo, con patrones lineales similares, las sentencias en que se ha abordado el derecho de defensa en relación a la estabilidad de los empleados

430 Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 121. En la utilización de citas jurisprudenciales para fundamentar resoluciones, se define una “cita interna” como aquella en la que un tribunal hace referencia a su propia jurisprudencia; por otro lado, una “cita externa” es aquella que un tribunal utiliza como autoridad para fundamentar su fallo, proveniente de un tribunal superior en grado.

431 Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 112-128. El autor propone esta clasificación de citas jurisprudenciales, que van desde lo técnico hasta lo anti técnico.

432 Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 141. Debe existir una identidad o semejanza con el supuesto fáctico de la resolución actual, a la que hay que sumar la identidad sustancial de la normativa aplicable al caso concreto. Esa labor se realiza mediante el test de similitud, que se ejecuta mediante la analogía, a la que se llega mediante la comparación del precedente y el caso actual en sus elementos esenciales.

públicos. Trayendo a cuento lo anterior, la Sala de lo Constitucional ha dejado establecido que el principio de *stare decisis*, es una regla que opera en el proceso de amparo, siempre que se verifique por el juzgador de forma irrefutable la concurrencia de supuestos fácticos, objetiva y causalmente idénticos, de manera que frente a la proposición de un litigio análogo, a otro ya decidido con anterioridad, el juzgador se encuentra obligado, en consecuencia, a observar y respetar los conceptos y principios determinados en el precedente jurisprudencial⁴³³.

En una evidente utilización de la analogía estricta, la Sala de lo Constitucional ha expuesto, en un caso juzgado sobre los temas aludidos, que debe mencionar, para una mejor comprensión del caso en litigio, el criterio sentado por el Tribunal a las nueve horas veinte minutos del día veinticinco de febrero de 2000, en el proceso de amparo número 11-99, por tratarse, en este caso evidentemente, de una situación análoga -en sus aspectos objetivo y causal- a la situación ya debatida y resuelta en el antedicho proceso; en él, entre otras cosas, se dijo que determinada la obligación constitucional de previa tramitación de un procedimiento para proceder a la destitución de un empleado público de su cargo, como último punto, es menester determinar cuál es el procedimiento que debe aplicarse de acuerdo al caso concreto que se estudia⁴³⁴.

Debe acotarse que los casos en comparación eran el amparo 241-2000, frente al aludido amparo 11-99 y, que en ambos, los sujetos demandados eran miembros de la Policía Nacional Civil; los actos reclamados eran coincidentes, un supuesto despido que no respetaba el derecho de defensa; el régimen administrativo era idéntico en los dos casos y, en términos formales la Administración Pública juzgada era la misma, el ente policial. Por tanto, procedía la utilización de la analogía estricta, como bien lo formuló la Corte.

14.2. Analogía permisiva

Existe la posibilidad de utilizar referentes jurisprudenciales de manera más amplia, relacionando la situación fáctica de manera más permisiva. En la presente situación, no

433 *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 241-2000, el 08/VI/2000. En igual sentido: *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 390-2000, el 04/VII/2000. *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador, en el proceso de amparo ref. 382-2000, el 04/VII/2000. *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 370-2000, el 29/VI/2000. *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 242-2000, el 12/VI/2000.

434 *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 529-2000, el 09/XII/2000. *“En efecto, cuando un servidor público está excluido de la carrera administrativa – como es el caso en estudio– por regla general se aplica la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa; sin embargo, esta ley establece su observancia sólo en caso que no exista un procedimiento específico en las leyes secundarias para garantizar el derecho de audiencia del servidor público. En consecuencia, existiendo un defecto objetivo de la pretensión constitucional de amparo, derivado de la existencia de una decisión jurisdiccional desestimatoria previa, cuya relación lógica y presupuestos jurídicos coinciden con el presente caso y condicionan asimismo un tratamiento igualitario, y con el fin de prescindir de una tramitación procesal que implicaría una inútil gestión de la actividad jurisdiccional, es procedente la terminación anormal de este proceso a través de la figura de la improcedencia”.*

se trata de una simple reiteración de argumentos y fallos de casos anteriores idénticos, como es el caso de la analogía estricta, sino de la existencia de resoluciones anteriores cuyos patrones fácticos son similares al actual, pero no idénticos⁴³⁵.

La analogía permisiva también ha sido utilizada por la Sala de lo Constitucional, siempre en los aspectos de la estabilidad del régimen administrativo de los empleados públicos, adaptados los supuestos de despidos, propiamente dichos, a la situación de supresión de plazas, en relación del derecho de audiencia. Así, la Sala ha expresado que es abundante la jurisprudencia mediante la cual se ha señalado que previo a despojar de estabilidad laboral a un empleado público, es exigible la tramitación de un procedimiento ante la autoridad competente para tal efecto, siempre que concurren las siguientes circunstancias: (a) que subsista la institución para la cual se presta el servicio; (b) que subsista el puesto de trabajo; (c) que el trabajador no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo; (d) que el trabajo se desempeñe con eficiencia; y (e) que no se cometa falta que la ley contemple como causal de despido. Pero agrega que el derecho a la estabilidad laboral, supuestamente violado con inobservancia del derecho de audiencia, no se encuentra actualmente incorporado en la esfera jurídica de la parte actora, puesto que la titularidad de tal derecho, para las personas que prestan servicios al Estado, se encuentra limitada a la subsistencia de la plaza en la cual se desempeñaban, de tal modo que una vez suprimida la misma, la persona deja de ser titular de tal derecho, como ha ocurrido manifiestamente en el caso en el litigio⁴³⁶.

14.3. Conceptos referenciales

A diferencia del Derecho Anglosajón, el Derecho Continental Europeo basaba su línea de argumentación en un modelo meramente conceptualista y no en la conexión analógica fáctica entre los casos. La diferencia entre ambos sistemas radica en que en el caso del régimen continental no se basa en similitudes fácticas con otros casos, sino en las conexiones temáticas o conceptuales y abstractas que existan entre las sentencias. Por

435 *Vid.* LALAGUNA, Enrique, *op. cit.*, p. 257. El precedente jurisprudencial está supeditado por la premisa que entre el caso originalmente vinculado y el nuevo exista una cierta relación de analogía.

436 *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 1088-2002 del 01/XI/2002. En igual sentido: *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 368-99 del 04/04/2000; *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 169-2002 del 14/III/2002; *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 203-2001 del 15/I/2002; *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 128-2002 del 01/III/2002; *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 168-2002 del 08/IV/2002; *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 327-2002 del 08/IV/2002. *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 191-2001 del 03/IV/2002; *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 691-2000 del 30/IV/2002; *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 449-2000 del 22/I/2002; *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 256-99 del 03/V/2000; *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 119-2000 del 15/VI/2001.

tanto, su utilización se basa en que el nuevo supuesto encaje en un concepto jurídico abstracto y no tanto en que los hechos de los casos sean similares⁴³⁷.

El uso de este tipo de conceptos, como precedente jurisprudencial, conlleva la ausencia de la vinculación como efecto, sino más bien se le otorga la noción de jurisprudencia indicativa o soporte de una argumentación primaria. Sin embargo, no se pone en duda que bajo ciertas condiciones pueden constituir una guía para la resolución del conflicto, pues los aplicadores del Derecho consiguen recurrir a este tipo de referente cuando no cuenten con sentencias análogas.

Un claro ejemplo de una referencia conceptual en las decisiones judiciales es cuando la Sala de lo Constitucional dice que la jurisprudencia de dicho tribunal ha sido consistente en señalar que el amparo es un proceso estructurado para la protección reforzada de los derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que su promoción exige la existencia de un *agravio de trascendencia constitucional*, el cual se funda en la concurrencia de dos elementos: el material y el jurídico, entendiéndose por el primero, cualquier daño, lesión, afectación o perjuicio definitivo que la persona sufra en forma personal y directa en su esfera jurídica; y el segundo -el elemento jurídico- que el daño sea causado o producido en ocasión o mediante la real o supuesta violación de los derechos constitucionales⁴³⁸.

En el país es muy frecuente que el máximo tribunal, cuando realiza exámenes de admisibilidad de las demandas, traiga a colación conceptos referenciales comunes vinculados a esta etapa procesal, como el agravio, legitimación, capacidad, etc.⁴³⁹.

Otro ejemplo es cuando la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, dice con mucha asiduidad que “*es oportuno traer a colación lo que en reiteradas ocasiones se ha establecido en cuanto que la acción Contencioso Administrativa no se configura como un recurso, por lo que la Sala no es una instancia revisora de los procedimientos ventilados en sede administrativa, sino que se trata de un tribunal jurisdiccional ante el cual se ventila un proceso autónomo, cuyo control se circunscribe a la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos impugnados*”⁴⁴⁰. Siendo este el caso de un precedente jurisprudencial

437 En esta idea conceptual, en El Salvador se han publicado las líneas y criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ. Vid. CSJ, *Líneas y criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo*, CSJ, San Salvador, El Salvador, 2001, pp. 1-144.

438 Vid. Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 1147-2002 del 07/XI/2002. En similar sentido: Vid. Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 39-M-94 del 24/I/1997; Vid. Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 198-98 del 06/X/1998; Vid. Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 495-98 del 05/XI/1998; Vid. Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 500-98 del 23/XI/1998; Vid. Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 490-98 del 04/XII/1998.

439 Vid. CÁDER, CAMILOT, A., *El Amparo en El Salvador: Un abordaje desde la óptica procesal*, CSJ, San Salvador, El Salvador, 2003, pp. 11-47. El joven jurista salvadoreño nos otorga de forma sintética y ordenada los requisitos procesales de la acción de amparo, mostrándonos algunos ejemplos de jurisprudencia referencial en este tópico. Sobre la admisibilidad de la demanda de amparo en El Salvador: Vid. MONTECINO GIRALT, M., *op. cit.*, pp. 248-255.

440 Vid. Resolución pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso bajo ref. 334-2008, el 13/I/2009. En igual sentido: Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 229-2000, el 26/VI/2001. El juicio contencioso administrativo por su propia naturaleza es un proceso judicial, no un recurso más.

puramente referencial, utilizándose como una cita conceptual, sin importar la identidad fáctica de los casos, sino simplemente el valor de la definición jurídica.

14.4. La jurisprudencia como autoridad retórica

En la jurisprudencia utilizada como autoridad retórica, bajo la apariencia de un extenso razonamiento, se oculta a menudo un déficit de auténtica argumentación. No es raro que en distintas sentencias sostengan cosas contradictorias, marchen en direcciones opuestas, sin que el lector pueda deducir una regla jurisprudencial clara, estable y útil.

Las diferentes Salas, en muchas de las ocasiones, se limitan a realizar “labores de enciclopedia jurídica”, pues a pesar del amplio desarrollo doctrinario que puedan realizar en busca de un fortalecimiento argumentativo de la sentencia, terminan emitiendo un fallo que no encaja o no tiene una relación significativa con lo desarrollado.

En este supuesto se puede situar la reciente sentencia de inconstitucionalidad 65-2007, sobre el artículo 100 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República⁴⁴¹, que establece la responsabilidad de los funcionarios de la Administración, en relación al cumplimiento apropiado y aplicable de las especificaciones técnicas de los contratos administrativos, que abunda excesivamente en sentencias anteriores en las que no existe una conexión analógica. Algunas de las citas son de mera referencia histórica jurisprudencial, prolija conceptualización o mera autoridad retórica⁴⁴².

15. LAS MODIFICACIONES A LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Hasta este estadio del presente trabajo se ha realizado una justificación jurídica y práctica del precedente jurisprudencial, desarrollando su método de utilización⁴⁴³. Empero, el estudio quedaría mutilado sin un apartado que proceda al desarrollo de la ineludible y necesaria realidad que los criterios jurisprudenciales son transformables en el tiempo, bajo ciertas circunstancias y condiciones jurídicas, que son exigidas por la seguridad jurídica y la igualdad⁴⁴⁴.

441 Vid. Art. 100 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, Decreto Legislativo n° 438, de 31/VIII/1995, publicado en el DO. N° 176, tomo 328, del 25/IX/1995, el cual establece: “*Los funcionarios y empleados que dirijan los procesos previos a la celebración de los contratos de construcción, suministro, asesoría o servicios al gobierno y demás entidades a que se refiere al Art. 3 de esta Ley, serán responsables por lo apropiado y aplicable de las especificaciones técnicas y por su legal celebración. Los encargados de supervisar, controlar, calificar o dirigir la ejecución de tales contratos, responderán por el estricto cumplimiento de los pliegos de especificaciones técnicas, de las estipulaciones contractuales, programa, presupuestos, costos y plazos previstos. Su responsabilidad será solidaria con los responsables directos. Para tales efectos, la Corte ejercerá jurisdicción sobre las personas mencionadas.*”

442 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 65-2007 del 20/I/2009.

443 El precedente jurisprudencial es una filosofía o una “religión” que profesa nuestra Corte Suprema de Justicia.

444 Sobre los cambios de precedentes jurisprudenciales, en términos generales: Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La norma...*, cit., pp. 85-115; Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, pp. 150-156; Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 83-88; Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*, pp. 211-227; Vid. XIOL RÍOS, J., *El precedente judicial...*, cit., p. 56; Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 166; Vid. CALAMANDREI, Piero, *op. cit.*, p. 84; Vid. SAÍNZ DE ROBLES, F., *op. cit.*, p. 169-171; Vid. ZOCO ZABALA, C., *op. cit.*, pp. 111-112; Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 7; Vid. OLLERO, Andrés, *op. cit.*, pp. 57-67.

15.1. El criterio jurisprudencial no es una decisión pétrea

La regla general que debe seguir un moderno Estado de Derecho, independientemente del régimen de justicia al que se adscriba, es que exista un grado de coherencia en las decisiones de los tribunales, sobre todo de la Corte Suprema, pues la certeza de los justiciables es un principio básico al cual debe aspirar cualquier sociedad civilizada, persiguiendo la unidad integral del sistema⁴⁴⁵.

Es incuestionable que la Sala de lo Constitucional profesa este principio con gran ahínco, pero también es certero manifestar que ha sido explícita en reafirmar la docilidad que adorna al mismo. Así, ha manifestado que aunque las líneas jurisprudenciales deben mantener cierto grado de estabilidad y constancia en el tiempo –atendiendo al *stare decisis*–, con la finalidad de otorgar certeza en la forma de interpretación de las normas jurídicas y garantizar la tutela de derechos constitucionales como la igualdad ante supuestos de hecho análogos, la vinculatoriedad del precedente no puede ser algo inflexible que se sostenga a perpetuidad; si fuese de esa manera, se estaría en contra de la constante evolución que debe tener la jurisprudencia constitucional y se llegaría al estancamiento de la misma.

Con la finalidad de evitar esa petrificación de la jurisprudencia, y salvaguardar los derechos antes mencionados, es que la Sala de lo Constitucional se ha atribuido la facultad de *“modificar sustancialmente y de manera motivada el criterio sostenido en casos idénticos o si se prefiere la permisión de no dar un tratamiento igualitario a los mismos, lo que justifica mantener una labor creativa respecto de la interpretación de la Constitución, cuando con ello se contribuya a la permanencia y eficacia de la misma”*⁴⁴⁶.

También la Sala de lo Constitucional ha indicado que el principio de respeto al precedente tiene un triple fundamento en El Salvador: primero la sujeción del tribunal a un caso análogo juzgado con anterioridad; segundo, la protección de las expectativas patrimoniales; y por último, la seguridad jurídica en cuanto a la necesidad de la uniformidad de los fallos.

La seguridad jurídica a la que se hace alusión se ve inmersa en una realidad inerte en cuanto a derechos fundamentales y es por ello que se introducen diversas potestades y limitaciones a la Sala de lo Constitucional de adecuar una Constitución viviente a la sociedad que rige, de acuerdo al tiempo y al espacio que se trate. La interpretación de la normativa constitucional y conforme a la misma, tiene como marco referencial la estructura social y jurídica sobre la cual surtirán efectos al llevarse a cabo. En razón de

445 *Vid.* CANARIS, Claus, *op. cit.*, pp. 19-21. El concepto de sistema conlleva en qué medida el Derecho está integrado por un orden y unidad coherente.

446 *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de habeas corpus ref. 14-2002 del 23/X/2002. En similar sentido: *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 140-2000 del 12/XI/2002; *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de habeas corpus ref. 106-2003 del 03/X/2005; *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 330-2000 del 23/IX/2002; *Vid.* Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 133-97 del 23/VIII/1997; *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de habeas corpus ref. 379-2000 del 20/III/2000.

la inevitable evolución de las necesidades sociales es que se reconoce la posibilidad de una tutela constitucional en un sentido distinto en virtud de un cambio de criterio⁴⁴⁷.

Es claro que los criterios jurisprudenciales no están encasillados, sino por el contrario, son objeto de evolución. Los mismos pueden ser modificados parcial o totalmente, pues de ninguna manera son pétreos y de absoluta invariabilidad. Además, es obligación de toda jurisprudencia evolucionar hacia mayores niveles de justicia, pues sería jurídicamente absurdo, y socialmente pernicioso, que los criterios jurídicos se mantuvieran estancados. La jurisprudencia, pues, y sobre todo la constitucional, debe adaptarse a las exigencias que cada época plantea.

La pauta de la flexibilidad del precedente viene dada por la evolución económica, cultural y ética de cada sociedad⁴⁴⁸. Pero adicionalmente, en El Salvador el progreso de la jurisprudencia no debe ser marcado por las tesis tradicionalistas que distinguen entre la interpretación literal y la finalista, sino más bien, dar paso a que dicha evolución busque una interpretación que le otorgue una vivencia más eficaz a los fines constitucionales frente los casos que se juzga⁴⁴⁹.

Es evidente que la uniformidad de las sentencias judiciales deja de ser una virtud, cuando esa uniformidad se convierte en opresión. Por tanto, la igualdad y la seguridad jurídica a cuyo servicio está la simetría o certeza, deben ser equilibradas por el interés público y la equidad. Estos últimos pueden guiar al tribunal a trazar una nueva línea jurisprudencial en otra dirección, abriendo precedentes de vanguardia, que marcarán el inicio desde donde otros juzgadores vendrán a continuar el viaje de constante evolución del Derecho⁴⁵⁰.

15.2. Razones de modificación de criterio jurisprudencial

Recientemente la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha sistematizado, sin ser taxativa, las situaciones que pueden llevar a un cambio de criterio en el precedente jurisprudencial, indicando que es posible apartarse o alejarse de ese precedente cuando concurren cualquiera de los siguientes supuestos: estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados; el cambio en la conformación subjetiva del tribunal; y que los fundamentos fácticos que

447 *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 140-2000 del 12/XI/2002. En tal sentido, el cambio de precedente jurisprudencial es válido en los distintos niveles de la jurisdicción, en diversos casos, incluyendo cuando se considera oportuno modificar una interpretación anterior por una actual conforme a la Constitución.

448 *Vid.* BLASCO GASCÓ, F., *La Norma...*, *cit.*, p. 86. Manifiesta el autor que en España, a su juicio, la flexibilidad de la jurisprudencia tiene un respaldo normativo que permite la interpretación finalista en cuanto sociológico o de la realidad social del tiempo.

449 Vemos un atisbo de esta forma de interpretar en nuestro nuevo C.Pr.C.M., Art. 18: “*Las disposiciones de este Código deberán interpretarse de tal modo que se procure la protección y eficacia de los derechos de las personas y la consecución de los fines que consagra la Constitución, dentro del respeto al principio de legalidad. En consecuencia, el juez deberá evitar el ritualismo y las interpretaciones que supediten la eficacia de Derecho a aspectos meramente formales.*”

450 *Vid.* CARDOZO, Benjamín, *op. cit.*, p. 58. Parafraseamos las célebres frases del juez Cardozo, quien, además, agrega que el juez mediante el estudio y la reflexión debe ponderar dichos principios.

le motivaron hayan variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario, con la realidad normada⁴⁵¹.

Dada la falta de regulación sobre el tema en el actual ordenamiento, se puede tomar como referencia importante las *ratio decidendi* sobre el aspecto de la modificación del precedente jurisprudencial formulado por la Corte Suprema de Norteamérica, la que ha establecido que ésta debe basarse en las circunstancias siguientes⁴⁵²: 1) En una equivocación doctrinaria que vicie el precedente desde el génesis de su pronunciamiento; esto significa que el tribunal que emitió el precedente, realizó una valoración doctrinaria errada, lo que podría llamarse “error de Derecho del juzgador”; 2) Una variación de los hechos que fueron valorados para el precedente jurisprudencial con relación a la realidad actual que se debe juzgar, lo que podría denominarse “transitoriedad fáctica que se juzga”; 3) En lo anticuado o anacrónico del precedente jurisprudencial, originadas por diversa razones que van desde modificaciones en el ordenamiento, evolución cultural de los juzgadores y de la comunidad en general, lo de se denominaría “el precedente jurisprudencial obsoleto”; es innegable que al presentarse la combinación de dos o más de los factores aludidos el cambio procedería *a fortiori*⁴⁵³.

Un modelo salvadoreño que agrupa todas las razones indicadas en una transformación del precedente jurisprudencial, se tiene en el caso de la interpretación de la disposición constitucional que faculta a la Administración Pública a sancionar con multas y arrestos, hasta por cinco días, previo debido proceso, por la contravención al ordenamiento⁴⁵⁴.

Pues bien, en el proceso de inconstitucionalidad 3-92 acumulado, la Sala de lo Constitucional había conocido de una disposición de la Ley de impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios⁴⁵⁵ que habilitaba a la Administración al cierre de establecimiento, negocio u oficina como una sanción administrativa, en

451 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 1-2010 acumulado 27-2010/28-2010 del 28/VIII/2010, sobre la petición de declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 2 y 6 del Decreto Legislativo N° 167, de 6-XI-2009, publicado en el Diario Oficial N° 233, Tomo 385, de 11-XII-2009, que contiene la *Ley de Presupuesto para el ejercicio financiero fiscal 2010 (LP 2010)*, y art. 45 inc. 2° del Decreto Legislativo n° 516, de 23-XI-1995, publicado en el Diario Oficial N° 7, Tomo 330, de 11-I-1996, que contiene la *Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado*.

452 Vid. Sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, Governor of Pennsylvania*, No. 91-744, del 29/VI/1992. De la anterior sentencia podemos extraer en resumen la regla del *stare decisis* no es inexorable, admitiendo apartamientos del precedente en algunos casos justificados. Asimismo, el Tribunal puede reexaminar el precedente, supuestamente aplicable, a fin de confrontar su razonabilidad, practicidad e identidad fáctica, todo de acuerdo con el ordenamiento jurídico. También, si una regla doctrinaria establecida en un precedente es anacrónica u obsoleta con los tiempos actuales, el precedente puede ser desatendido.

453 Vid. LOPÉZ MEDINA, E., *op. cit.*, pp. 262-264. El cambio jurisprudencial sólo puede ser realizado por la Corte Constitucional y basta que la interpretación actual sea un poco mejor.

454 Vid. Art. 14 CnS.: “Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad”.

455 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 3-92 acumulado 6-92 del 17/XII/1992, sobre la petición de declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 113, 123, 124 y 161 de la Ley de Transferencia sobre Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (D.L. No. 296 emitido el 24 de julio de 1992, publicado en el D.O. No. 143, t. 316 del 31 de julio de 1992).

supuesta conculcación con la norma constitucional, la cual sólo faculta a las autoridades administrativas a sancionar con multa y arresto por cinco días.

Con estas premisas, al analizar la disposición constitucional, la Sala arribó a la conclusión que se autoriza a la Administración, con carácter excepcional, a imponer multas o arresto, pero que en ningún momento aparece que se le conceda aquellas otras potestades punitivas o sancionatorias. En consecuencia, estas son taxativas y no es posible hacer una ampliación del catálogo de sanciones por vía legal, pues en tal caso, la misma deviene en inconstitucional⁴⁵⁶.

Posteriormente, en el proceso de amparo 330-2000⁴⁵⁷, la Sala de lo Constitucional volvió a tener una discusión sobre los límites constitucionales de las facultades sancionatorias de la Administración, cuando se demandó en el referido proceso al Director Nacional de Educación Superior y a la Ministra de Educación por la cancelación de la autorización de la Universidad Militar, quienes habían fundamentado su decisión en leyes y reglamentos magisteriales.

En la sentencia paradigmática que resolvió el amparo, la Sala de lo Constitucional manifestó que, al respecto, el máximo tribunal en materia Administrativa ya había emitido su postura con relación a los límites de la potestad sancionatoria de la Administración Pública.

Cabalmente, la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia correspondiente al proceso con referencia 149-M-99, dictada a las doce horas del diecinueve de diciembre de dos mil, dilucidó extensamente el contenido del artículo 14 de la Constitución de la República, en cuanto a la potestad sancionatoria de la Administración, estableciendo que la existencia de la misma es una cuestión inherente a su función, pues de ella depende el adecuado cumplimiento de la labor que se le ha encomendado.

Por ello, es necesario que la interpretación de la norma suprema se realice de manera sistémica en aplicación del principio de unidad de la Constitución, el cual señala que *“la Constitución debe interpretarse siempre como un cuerpo o conjunto orgánico y sistemático (...) integrado por reglas y principios racionales e inseparablemente vinculados entre sí (...) por lo cual ninguna de sus cláusulas debe considerarse aislada, ni superflua sino como parte de un sistema”*⁴⁵⁸.

Siguiendo ese razonamiento, en dicha resolución se expuso que, al realizar una revisión integral de la Constitución, es posible ubicar otras disposiciones que, expresa o tácitamente, otorguen a la Administración Pública potestades sancionatorias distintas a las multas y arresto, plasmadas en el art. 14 Cn.

456 Vid. Ibidem. *“Al contrastar la disposición legal con la normativa constitucional, esta Sala tiene la convicción que la autoridad administrativa no puede sancionar con el cierre de un establecimiento, local, negocio u oficina, la infracción a las leyes tributarias; pues al constituir materialmente una pena, ello es atribución judicial”*.

457 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 330-2000 del 23/IX/2002.

458 Consideraciones sobre el principio de unidad de la Constitución: Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 46-2005 del 11/VIII/2005; el cual manifiesta que mediante el principio de unidad de la Constitución, la solución de todo problema interpretativo debe partir de la consideración de la Ley Suprema en su conjunto, y no de la atención exclusiva y aislada de sus preceptos, pues ninguna norma de la misma puede ser “más constitucional que otra”. En igual sentido: Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad 22-98 del 19/III/2002.

Así, el art. 68 Cn., al referirse a las potestades administrativas del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia, señala en su inciso segundo que “*estos organismos tendrán facultad para suspender en el ejercicio profesional a los miembros del gremio bajo su control, cuando ejerzan su profesión con manifiesta inmoralidad o incapacidad*”.

De igual forma, el art. 182 Cn., al establecer las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, señala en el numeral 12, que ésta “*podrá suspender o inhabilitar a los abogados autorizados por los motivos previstos (...)*”.

La Sala de lo Constitucional afirmó compartir el criterio expuesto por la Sala de lo Contencioso Administrativo, expresando que es necesario establecer que el art. 14 Cn., al regular y atribuir a la autoridad administrativa la potestad de sancionar mediante arresto o multa la contravenciones, no realiza un catálogo de sanciones excluyente o restrictivo, sino que la Administración Pública, en ejercicio de la función que naturalmente le compete, está facultada para imponer una sanción distinta al arresto y la multa, en relación a contravenciones a la normativa administrativa.

Dicha potestad sancionatoria deviene de la interpretación realizada del art. 14 Cn., en la cual se efectúa una diferenciación entre la potestad sancionatoria del Derecho Penal y la atribuida al Derecho Administrativo. El arresto y la multa son consideradas como las penas por excelencia en el ámbito penal, y fue una de las circunstancias consideradas por el constituyente salvadoreño al formular la normativa constitucional; sin embargo, en el mismo art. 14 Cn., específicamente en la parte donde se faculta a la administración el establecimiento de sanciones, al utilizarse la expresión “no obstante”, sólo implica el recordatorio del origen penal de estas sanciones, pero no puede tomarse como sustento para argumentar que son el único tipo de sanciones que está facultada a imponer la Administración Pública.

Por tanto, en ejercicio de sus atribuciones legales, la Administración posee una amplia gama de posibilidades al momento de desplegar su potestad sancionatoria, siempre obligada a considerar el respeto al principio de legalidad y reserva de ley.

Expuesto todo lo anterior, la Sala de lo Constitucional concluye que la potestad sancionatoria otorgada a la Administración debe entenderse en concordancia con toda la Constitución, y no de manera aislada, como se realizó en un inicio. Dicha facultad de imponer sanciones no se limita taxativamente a la multa o arresto, como pareciera indicar el art. 14 Cn., pues negarle la posibilidad de establecer otro tipo de sanciones tendría como consecuencia despojar a la Administración Pública de la potestad de *imperium*, que la misma Constitución le ha otorgado, dejándola sin formas eficaces de hacer cumplir el ordenamiento jurídico.

Es de esa forma que la Sala de lo Constitucional salvadoreña modificó el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia del proceso de inconstitucionalidad 3-92 acumulado, la cual sustentaba los argumentos vertidos por la parte actora en el proceso de amparo 330-2000. En la primera, se exponían las razones por las cuales la autoridad administrativa no tienen la facultad de imponer una sanción diferente al arresto o a las multas por violación a las leyes, pues al constituirse como penas en sentido material, son

de exclusiva aplicación del Órgano Judicial. En la misma resolución, la Sala advierte la posibilidad de realizar una modificación a un criterio jurisprudencial ya sentado, pues aunque se invocan los principios de igualdad y seguridad jurídica para su seguimiento, se aclara que eso no significa que los mismos gozan de un carácter de absoluta invariabilidad, sino que pueden ser modificados total o parcialmente.

Así, es como la jurisprudencia salvadoreña ofrece un claro ejemplo de las razones por las cuales opera la modificación en un criterio sostenido por largo tiempo, ya que como la misma Sala lo ha reiterado en numerosas resoluciones, “*se atiende a un depurado criterio de interpretación de la Constitución, en el sentido de armonizar la aplicación derivada de la interpretación de la diversidad de normas constitucionales, ya que la Constitución debe entenderse como un todo coherente, cuyos artículos no pueden ser interpretados aisladamente, sino de conformidad con el todo.*”⁴⁵⁹

Al reafirmar la potestad de la Administración Pública de imponer sanciones distintas a la multa y al arresto, en razón de los cambios normativos en materia sancionatoria, suscitados posterior a la promulgación de la Constitución, se corrobora también la posibilidad de realizar modificaciones a criterios jurisprudenciales invocados como precedentes, por no ser acordes a una interpretación más acertada realizada con posterioridad.

De lo anterior se extraen varias conclusiones: primero, el cambio de precedente realizado se formuló de la doctrina jurisprudencial establecida en una sentencia de inconstitucionalidad, por medio de una resolución derivada de un proceso de amparo, de lo que se colige que la labor de interpretación de la Sala de lo Constitucional es integral y absoluta; independientemente de la clase de proceso que juzgue, puede alterar una interpretación anterior por ser el máximo y superior intérprete de la carta magna.

Asimismo, de lo vertido en la *ratio decidendi* de la segunda sentencia, queda implícito que la Sala de lo Constitucional admite que la razón por la cual modifica el precedente jurisprudencial se fundamenta en una errónea apreciación de la doctrina, que desatendió reglas de interpretación básicas como la sistemática, no considerando a la Constitución en todo su contexto, sino elaboró conclusiones a la ligera, pues desarrolla toda una teoría constitucional a partir de la individualización de una disposición sin tomar en cuenta todo el contexto⁴⁶⁰.

Además, la Sala al establecer la relativa lejanía temporal del precedente, pone de manifiesto modificaciones en el ordenamiento, inclusive en la Constitución misma, situaciones que alteran la función de la Administración; ello evidencia un anacronismo del precedente jurisprudencial que se modifica.

459 *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 383-2000 del 24/I/2002. En igual sentido: *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo 635-2003 del 29/XI/2005, la cual manifestó sobre los cambios sustanciales en los criterios jurisprudenciales en relación a sus precedentes: “*Como se ha dicho en anteriores ocasiones, si bien la jurisprudencia -por el principio stare decisis- debe ser constante en el sentido del adecuado y racional seguimiento de los precedentes -potenciando así la igualdad y seguridad jurídica- esto no significa que deba ser pétrea o de absoluta invariabilidad cuando, como en el caso presente, se atiende a elementos no considerados con anterioridad y que perfeccionan el análisis constitucional de las quejas elevadas a conocimiento de este Tribunal.*”

460 Un texto sin contexto es un pretexto.

15.3. Apócrifas modificaciones a los criterios jurisprudenciales

Sobre qué casos son verdaderos cambios de precedentes o cuáles sólo simulan serlo, no existe un acuerdo unánime en los autores⁴⁶¹. Así, la jurista DÍEZ SASTRE, adopta una posición bastante rígida sobre el tema, al explicarnos que para la existencia de un apartamiento de criterio, es necesario se señale un precedente idóneo, en el cual opere la mutación. También es necesario que concurren los elementos antes estudiados para la utilización del precedente jurisprudencial como identidad de hechos, alteridad de los sujetos, entre otros, debido a que con su ausencia no es posible hablar de una modificación del precedente, sino una *inidoneidad* del mismo⁴⁶².

Lo anterior quiere decir que la decisión de un tribunal de no seguir un criterio jurisprudencial, no necesariamente supone una modificación o cambio al mismo, pues existen alejamientos que se hacen por razones de distinta índole, tales como⁴⁶³:

- a) Reforma legislativa. Se indica que no existe un verdadero cambio de criterio jurisprudencial, si la nueva tesis es a raíz de una reforma legislativa, pues el objeto de la interpretación recae sobre una norma distinta.

Un caso que refleja la situación aludida, es relacionado a la terminación de los contratos administrativos. La Sala de lo Contencioso Administrativo, al abordar tal aspecto en sentencia del dieciséis de diciembre de 1996, inicialmente había establecido la necesidad de aclarar, que al no existir en el ordenamiento administrativo salvadoreño disposiciones de carácter general que regularan la extinción de los contratos suscritos por la Administración, la legalidad de dichos actos debía analizarse teniendo en cuenta las cláusulas establecidas en el contrato de que se trata, los principios generales del Derecho Administrativo aplicables en nuestro sistema legal y las disposiciones del Código Civil; atenuadas en virtud de la naturaleza propia de la Administración Pública. Asimismo, se establecieron los siguientes criterios: 1) De suscitarse una discrepancia por la cual a una las partes le eran imputables las causas para dar por terminado el contrato, tal controversia debía someterse al tribunal que para tal efecto se señala en los documentos pertinentes; 2) Se excluye para la Administración la posibilidad de imputar las consecuencias de terminación al contratista, mientras

461 Vid. PÉCES MORATE, J., *op. cit.*, pp. 97-98; Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, pp. 151-153; Vid. BLASCO GASCO, F., *La norma...*, *cit.*, pp. 89-93; Vid. O'CALLAGHAN, Xavier, *op. cit.*, p. 183; Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*, pp. 218-227; Vid. DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, pp. 421-446; Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 86-90; Vid. MARTINEZ MOYA, J., *op. cit.*, p. 524.

462 Vid. DÍEZ, SASTRE, S., *op. cit.*, pp. 151-152. El término inidoneidad del precedente lo recogemos de la autora.

463 Vid. BLASCO, GASCO, F., *La norma...*, *cit.*, pp. 89-93. No pretendemos ser taxativos en nuestros supuestos, de hecho el autor agrega el llamado "cambio de criterio aparente" que se traduce en que la contradicción se manifiesta no por la verificación de un cambio de criterio jurisprudencial, sino por la errada interpretación de la doctrina jurisprudencial anterior, bien por la misma Corte Suprema, bien por otros juzgadores interpretes (para el caso español) en el que se trata de la doctrina de su contexto. Se trata de un fenómeno peligroso que consiste en extraer frases de la sentencia, sin considerar los hechos o el caso ligado, o de limitarse al resultado del fallo sin conocer las verdaderas circunstancias del caso.

no se estableciera por las entidades competentes tal responsabilidad; y, 3) La Administración no estaba facultada para resolver unilateralmente la terminación del contrato, sino únicamente para solicitarla⁴⁶⁴. Bajo las anteriores proposiciones, la Sala declaró ilegal el acto por medio del cual la Administración había dado por terminado el contrato administrativo unilateralmente.

En julio de 2000 entró en vigencia la LACAP, norma de Derecho Público que reguló de forma expresa la cesación y extinción de los contratos administrativos en El Salvador; la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, al tener que juzgar un acto administrativo que extinguía un contrato, en resolución dictada el 9 de octubre del 2003⁴⁶⁵ expresó que bajo la teleología de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la potestad para declarar la caducidad del contrato administrativo por incumplimiento imputable al contratista le corresponde al órgano administrativo contratante, quien podría ejercitarla de manera ágil y oportuna, respetando, naturalmente, los principios constitucionales del debido proceso, declarando al final la legalidad del acto impugnado.

A partir de lo expuesto, se deduce que la Sala de lo Contencioso Administrativo verdaderamente no modificó su criterio sobre el mecanismo de extinción de los contratos administrativos en El Salvador, simple y llanamente es que surgió en el ordenamiento una legislación nueva que reguló tal aspecto, con el respeto al principio de legalidad, legislación a la cual, la Sala le otorgó la aplicabilidad correspondiente en sus sentencias.

- b) Juzgamiento de un caso nuevo. Si el tribunal resuelve de forma novedosa por primera vez sobre un tema determinado, existe una imposibilidad jurídica y material de que se perfile un cambio de criterio, dado que no existe un caso anterior al cual modificar.

En relación a lo manifestado resulta una verbigracia curiosa el proceso de habeas corpus 101-98, en el que la parte actora basaba su acción en el hecho que un grupo de vecinos habían cerrado una servidumbre natural de paso, incluso bajo amenazas, por lo que solicitaba la exhibición personal por considerar que se le obstaculizaba la libre circulación. La Sala de lo Constitucional declaró improcedente la demanda, argumentando que el punto de la servidumbre de paso es una cuestión propia de los tribunales civiles; en cuanto a las amenazas, éstas deben ventilarse en un juzgado de lo penal, ya que un habeas corpus procede en los supuestos de detención ilegal o cualquier otra restricción a la libre circulación física, lo cual no resulta al afectarse una servidumbre ya sea natural o discontinua. Asimismo agregó: *“Este tribunal quiere dejar constancia, que este es un caso singular planteado, que no tiene precedente con otro análogo,*

464 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 22-E-1995, el 16/XII/1996.

465 Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 83-D-2000, el 9/X/2003.

*por lo que no está sometido al llamado stare decisis, mecanismo uniformador de la jurisprudencia*⁴⁶⁶.

- c) Situaciones de litigio diferentes. Como se ha establecido, para que opere un precedente, la similitud de supuestos es un requisito consustancial de ésta regla jurídica, pues si para casos iguales habrá que dar soluciones iguales, de lo suyo viene que para casos desiguales se tendrá que otorgar una decisión desigual. Pero esto de ninguna manera significa un cambio del precedente, sino simplemente una operación de distinción de casos, que lleva a la conclusión forense de la no aplicación de la *ratio decidendi* por no ser pertinente.

Siguiendo en la misma línea, existen algunas resoluciones donde el máximo tribunal ha tenido la ocasión de aplicar la técnica de la distinción de casos. Así, en el proceso de amparo 337-97 acumulado, la demandante invocaba el precedente del proceso 5-F-96.

En resumen, la Sala de lo Constitucional expresó que para poder invocar el principio *stare decisis* de un precedente jurisprudencial, debe tratarse de los mismos supuestos fácticos, iguales o análogos.

En el caso en comento, la resolución a la petición fue desfavorable, ya que la demandante se encontraba procesada en los Juzgados Noveno y Décimo de lo Penal, quienes no habían encontrado mérito para capturarla; sin embargo, la Policía Nacional Civil continuaba investigando sobre la complicidad en la figura de falsedad ideológica, librando órdenes de captura en su contra, estando ya las diligencias ante la autoridad judicial. En cambio en el caso aún en litigio, las situaciones son diferentes, puesto que la Policía Nacional Civil investigó acerca del delito de estafa atribuido al señor Ernesto Gutiérrez, y simultáneamente, en el Juzgado Sexto de lo Penal –quienes ya lo había capturado y remitido a un centro penal–, se le estaba procesando a éste por el delito de defraudación a la economía pública, por lo que los supuestos fácticos no eran análogos y no era posible invocar sujeción al precedente jurisprudencial invocado⁴⁶⁷.

En el proceso de habeas corpus 304-99, la demandante exigía la aplicación de los precedentes de habeas corpus 324-1998 y 568-1998, en el que el tribunal había establecido la obligación de la Fiscalía de remitir con su requerimiento las diligencias practicadas en sede administrativa. Sin embargo, la Sala de lo Constitucional expresó que, no obstante el reconocimiento de tal precedente, en el caso en juzgamiento las diligencias sí fueron remitidas en copias simples; en consecuencia, es claro que la Sala en su precedente no dijo que las diligencias a agregar debían ser originales, y por lo tanto, no pueden ser considerados como

466 *Vid.* Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso bajo de habeas corpus ref. 101-1998, el 6/III/1998.

467 *Vid.* Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de habeas corpus ref. 336-1997 acumulado, del 5/XI/1999.

verdaderos precedentes constitucionales los casos invocados, ya que al no tratarse de supuestos análogos, no puede configurarse el principio *stare decisis*.

15.4. Presupuesto para que opere un cambio de criterio: Deber de argumentación en los cambios jurisprudenciales

En la labor de aplicación del Derecho, la posibilidad de apartarse de un criterio jurisprudencial constituye un elemento intrínseco del precedente mismo, pues el precedente no vincula de forma rígida o absoluta en ningún sistema jurídico actual⁴⁶⁸; como ya se mencionó, evitar la perpetuación de un error judicial y promover la adaptación de los criterios jurisprudenciales a la evolución de las necesidades de la sociedad, son algunas de las razones por las cuales adquieren relevancia las reglas que permiten la modificación de las líneas antes mencionadas.

Uno de los elementos exigidos en cualquier sistema jurídico para poder apartarse de los precedentes sentados es la obligación de motivar suficientemente la razón de dicho cambio. En este sentido, la fundamentación de la modificación del criterio jurisprudencial requiere que el tribunal razone por qué adopta una orientación distinta, es decir, debe justificar el cambio y la causa del mismo.

Ello significa que el cambio de criterio debe ser razonado y razonable, consciente y con refutación de la doctrina jurisprudencial anterior⁴⁶⁹. Asimismo, la obligatoriedad de hacer una construcción argumentativa, que incluya una referencia al criterio que se pretende dejar atrás las razones que justifican el cambio en el precedente y la nueva línea a seguir de forma estructurada, devienen de una carga necesaria para todas las instancias y, sobre todo para las superiores, dada la usual invocación de la independencia judicial por parte de los tribunales inferiores, como razón para no seguir el nuevo criterio sentado⁴⁷⁰.

468 Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, p. 150-156. Así, los criterios jurisprudenciales pueden estar sujetos a modificaciones cuando las características de cada caso lo exijan; por tanto, las reglas para la separación del precedente son un elemento esencial en el estudio de la modificación del precedente. La autora considera que en el ordenamiento jurídico español se considera como único elemento necesario para el cambio, la existencia de una motivación suficiente. En igual sentido: Vid. BLASCO, GASCO, F., *La norma...*, *cit.*, pp. 89-93; Vid. LOPÉZ MEDINA, E., *op. cit.*, pp. 262-264; Vid. XIOL RÍOS, J., *El precedente judicial...*, *cit.*, p. 56; Vid. OLLERO, Andrés, *op. cit.*, p. 57-67. Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 166; Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*, pp. 211-227; Vid. SAÍNZ DE ROBLES, F., *op. cit.*, p. 169-171; Vid. ZOCO ZABALA, C., *op. cit.*, pp. 111-112; Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 7.

469 Vid. BLASCO GASCO, *La norma...*, *cit.*, pp. 165-168. El autor hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo Español 63/1984 del 21/V/1984, en la que el TS entendió que la motivación de las resoluciones constituye uno de los elementos fundamentales a favor del respeto al Derecho a la igualdad en aplicación de la ley y la seguridad jurídica. Expresamente ha manifestado: “*El principio de igualdad en la aplicación de la Ley lo que impone es la prohibición de diferencias de tratamiento arbitrarias por no justificadas en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal, reduciendo la intervención de este T. C. mediante el amparo a constatar la existencia del mismo. No resulta dudoso que una eficaz actuación del principio reclama como consecuencia natural que dicho cambio de criterio aparezca suficientemente motivado lo que ha de hacerse con carácter general mediante una expresa referencia al criterio anterior y las aportaciones de las razones que han justificado el apartamiento de los precedentes y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado, pues ello constituye la garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica que reclama que los ciudadanos posean una razonable convicción acerca de la correcta interpretación y aplicación de la legalidad y puedan ajustar a ella su comportamiento sin verse obligados a deducirla de una siempre difícil y a veces infructuosa reinterpretación de una línea jurisprudencial mudable*”.

470 Vid. FERRERES COMELLA, V. - XIOL RÍOS, J., *op. cit.*, p. 60. Dice Ferreres, que con frecuencia el principio de independencia judicial se suministra como una razón para excluir a la jurisprudencia, ello en contraste con el *Common Law*

16. LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SEGÚN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que dentro de las funciones de defensa de los derechos humanos, se encuentra la atribución primordial de formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, para adoptar medidas que salvaguarden dichos derechos⁴⁷¹; si esas medidas no son respetadas por las autoridades internas, se abre la posibilidad de interponer una demanda contra el Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁷², cuyos fallos son vinculantes para los Estados que se han sometido a su jurisdicción⁴⁷³.

En este orden, resulta apreciable para nuestro estudio, el informe N° 105/99, caso 10.194, Narciso Palacios vs. Argentina, del 29 de septiembre de 1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues el mismo contiene una serie de apreciaciones jurídicas fundamentales sobre la utilización del precedente jurisprudencial de los tribunales internos de los Estados miembros de la CADH, dentro de los cuales se encuentra El Salvador.

Dada su importancia, se exponen sucintamente los antecedentes del caso a continuación.

El Gobierno de la Provincia de Buenos Aires realizó una revisión de la legislación vigente respecto del régimen del personal de su dependencia, con la finalidad de reordenar y racionalizar la administración provincial para lograr una mayor eficiencia⁴⁷⁴. Con base a esa normativa, el señor Narciso Palacios fue declarado cesante de su puesto de contador municipal en la Municipalidad de Daireaux, Provincia de Buenos Aires. Posteriormente, el señor Palacios interpuso una demanda contenciosa administrativa ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, contra la resolución dictada por la Municipalidad de Daireaux, alegando falta de fundamentos que sustentaban la sanción. Es de aclarar que la ordenanza pertinente establecía la posibilidad de interponer recurso de revocatoria de una decisión administrativa ante el funcionario que aplicó la sanción, recurso que había sido interpretado por los tribunales argentinos como no obligatorio.

en el que no se considera que un funcionario pierda su independencia por el hecho de verse obligado a seguir los precedentes establecidos por los tribunales superiores.

471 Vid. Art. 41 b, de la C.A.D.H.: “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los Derechos Humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”.

472 Vid. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 4ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. XVI-4. De conseguir un dictamen favorable por parte de la Comisión, éste se publica, con lo cual queda abierto un plazo para que el Estado demandado cumpla con la recomendación de la Comisión, caso contrario procederá a interponer la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vid. FERRER MAC-GREGOR, E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional” en AA.VV. *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., t.II, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, pp. 1571-1585. Vid. QUIROGA LEÓN, A., “Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno: Nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano” en *RIDPC*, No. 4, 2005, p. 280-285.

473 La República de El Salvador ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 20/VI/1978.

474 Vid. <http://www.cidh.org/annualrep/99span/de%20fondo/argentina10.194.htm>. Consultada el 24/07/2009. Página web oficial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires desestimó la demanda *in limine*, basándose en la falta de agotamiento de la vía administrativa con la interposición previa de los recursos establecidos por el ordenamiento. Contra dicha sentencia, el señor Palacios estableció recurso extraordinario federal de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, alegando la negación al acceso a la jurisdicción con rechazo *in limine* de la pretensión. Dicho recurso fue inadmitido bajo la justificación de que la actuación de los tribunales anteriores no fue arbitraria. Por ello, el señor Palacios presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Argentina por violación al Derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

Dicha vulneración deviene del rechazo de su demanda contencioso administrativa, con la cual el demandante buscaba cuestionar la ilegalidad del Decreto Administrativo No. 226 del 11 de junio de 1985 el cual lo cesaba de su cargo.

El peticionario alegaba que en la resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires se realizó un cambio sorpresivo y arbitrario del criterio jurisprudencial consagrado a la fecha, estableciendo la no obligatoriedad de agotar la vía administrativa para iniciar un contencioso administrativo.

Para el momento de interposición de la demanda, la normativa vigente y la interpretación jurisprudencial consideraban que el ejercicio del recurso administrativo (revocatorio y jerárquico) era potestativo y no constituía un requisito *sine qua non* para el acceso a la instancia judicial. Dicho cambio jurisprudencial vulneraba la obligatoriedad del precedente, con lo cual también se atentaba con los principios esenciales de seguridad jurídica y buena fe procesal⁴⁷⁵.

En contraste, el Estado Argentino argumentaba que el precedente invocado por el señor Palacios “*no posee fuerza vinculante para el Magistrado y su decisión no tendrá la virtualidad de ser aplicado a los casos futuros*” pues “*la jurisprudencia nunca podrá ser estática y necesariamente variará conforme cambien los hombres encargados de juzgar o también según evolucionen sus ideas producto de las nuevas argumentaciones o de su propia experiencia*”⁴⁷⁶.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que al peticionario le fue negado el acceso a la tutela judicial efectiva, basándose en la aplicación retroactiva de

475 Vid. LOIANNO, Adelina, “Los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno: habilitación de instancia y acceso a la justicia” dirigido por Carlos Botassi en AA.VV. *Temas de Derecho Administrativo*, Platense, Buenos Aires, 2003, p. 425-428. Es necesario recordar que al momento de promover Palacios su demanda judicial, esa doctrina no existía y que la Corte varió su jurisprudencia sobre la obligatoriedad de interponer un recurso de revocatoria como requisito para acceder a la acción contenciosa.

476 En relación con los efectos de los cambios de jurisprudencia, el Estado sostuvo que el más alto Tribunal de la Nación ha señalado que las resoluciones de la Corte Suprema sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él. En ello consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial. Esta posición fue reiterada en sentencia de 9 de octubre de 1990, en la cual expresa que “*desde antiguo esta Corte tiene establecido que la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, principio que es aplicable a una ley que contempla en forma distinta situaciones iguales; pero no puede alcanzar por analogía a la variación de jurisprudencia, que no constituye cuestión federal alguna*”.

un criterio jurisprudencial que modificaba la interpretación de la normativa legal vigente al caso en comento.

La decisión de la Corte Suprema Provincial y la Corte Suprema de Justicia de la Nación fueron arbitrarias al cambiar sorpresivamente la jurisprudencia sobre la obligatoriedad de interposición de los recursos para acceder al contencioso administrativo. Con esa acción, el Estado Argentino incumplía su obligación de garantizar los derechos antes mencionados, como parte suscriptora de la Convención Americana de los Derechos Humanos. La Comisión recomendó al Estado Argentino que permitiese el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa y que indemnizase al señor Palacios por las violaciones acaecidas.

En relación al precedente jurisprudencial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció, bajo una interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁷⁷, la obligatoriedad de respetar las reglas básicas del procedimiento no sólo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido. Ello implica un conjunto de garantías elementales que deben presentarse en la tramitación de un proceso judicial, desde la entrada a los tribunales para la defensa de los derechos, aún y cuando el ordenamiento jurídico no haya reconocido acciones concretas para ello. Sin embargo, pueden existir los casos en que la falta de precisión en los requisitos de admisibilidad, o de cualquier otra etapa procesal, puede desembocar en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva.

En ese sentido, la Comisión dejó establecido que el incumplimiento de determinados requerimientos, dentro de un proceso judicial debido a la falta de claridad normativa, no puede imputarse al peticionario, pues el mismo puede guiarse por la interpretación correcta y autorizada de las normas vigentes que le eran aplicables.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 25 de la Convención, es por el cual se trata de prevenir las irregularidades antes mencionadas; en él se fundamenta la imposibilidad que el acceso a la jurisdicción se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares.

Debido a ello, las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen la obligatoriedad de una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos solicitados para acceder y desarrollar la vía jurisdiccional. El alcance de estos Derechos ha llegado a incluir el respeto al precedente jurisprudencial, en tanto se

477 *Vid.* Arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22-XI-1969 (Pacto de San José). *Artículo 8. Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Artículo 25. Protección judicial: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

prohíbe la aplicación de un nuevo criterio jurisprudencial a situaciones ocurridas con anterioridad a su emisión.

La aplicación de los nuevos criterios jurisprudenciales asentados debe acompañarse de la máxima prudencia, pues su obrar debe apoyarse en las razones que motivaron su cambio en tiempo, entre los que pueden concurrir razones de conveniencia, utilidad o justicia.

Lo anterior implica un respeto a las líneas jurisprudenciales aplicables durante la ocurrencia del acto, en acato al principio general del derecho de irretroactividad de las normas jurídicas. De esta forma se pretenden evitar los cambios arbitrarios en los criterios utilizados para resolver conflictos⁴⁷⁸.

Por tanto, El Salvador, al haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, se somete a respetar persuasiva o vinculantemente, según el caso, las decisiones de la Comisión y las sentencias de la Corte Interamericana. Los fallos de la Corte, primordialmente, pero también las recomendaciones de la Comisión, constituyen un estándar que debe ser atendido por los aplicadores del Derecho de los Estados miembros. Además, la CADH es legislación interna, en razón del Derecho Internacional Público, por ende las interpretaciones que de dicha Convención realicen los organismos internacionales autorizados, resultan ser un parámetro factible para fundamentar una decisión interna⁴⁷⁹.

Partiendo de este valor persuasivo o virtual de las recomendaciones de la Comisión, para los tribunales salvadoreños, se colige lo siguiente: a) El respeto del precedente jurisprudencial forma parte de la garantía de la tutela judicial efectiva y del debido proceso; en consecuencia, los tribunales salvadoreños, y en especial los que juzgan a la Administración Pública, deben garantizar un mecanismo de respeto de los mismos; b) Está prohibida la utilización o aplicación de una decisión judicial que implique un nuevo criterio jurisprudencial para situaciones acontecidas con anterioridad a su emisión.

17. LA OPERATIVIDAD DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN EL SALVADOR

Desde principios de los años noventa, la jurisprudencia salvadoreña ha sostenido la línea donde confirma la vinculatoriedad de los preceptos emitidos por la Sala de lo Constitucional, llegando incluso a categorizarla como “normas sub constitucionales”⁴⁸⁰.

478 Vid. Informe N° 105/99, caso 10.194, Narciso Palacios vs. Argentina, 29 de septiembre de 1999, <http://www.cidh.org/annualrep/99span/de%20fondo/argentina10.194.htm>. Consultada el 24/07/2009. Página web oficial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

479 Vid. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, t.I, cit.*, pp. VI-17 – VI-20. En algunos países ya se empiezan a cumplir las normas supra nacionales con la sola denuncia ante la Comisión, sin esperar la segura condena. Asimismo, la Convención y sus organismos supranacionales constituyen un importante progreso en materia de derechos individuales. Vid. BREWER-CARÍAS, A., “La aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el orden interno. Estudio de Derecho constitucional comparado latinoamericano” en *RIDPC*, No. 6, 2006, pp. 59-63. Vid. LOIANNO, Adelina, *op. cit.*, pp. 416-417. Si bien la propia Corte Interamericana ha establecido que sus informes no son obligatorios, la interpretación de buena fe evidencia un cierto grado de acatamiento inevitable.

480 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 10-93, el 20-V-1993, la cual expresa “*Los principios establecidos en la anterior sentencia, constituyen una norma de obligatoria observancia, conforme a los fundamentos de la jurisdicción constitucional que rige nuestro sistema; ya que, como se ha mencionado*

Además, dicho alcance normativo también emana del carácter constitucionalista que rige el sistema; aunque la labor judicial se supedita únicamente a la Constitución y la Ley, es necesariamente complementada con la integración del Derecho que realizan las diferentes Salas de la Corte Suprema de Justicia, principalmente la Sala de lo Constitucional⁴⁸¹. Es a través de ella que se efectúa la construcción de principios jurídicos que permiten la concretización de la justicia material en un caso específico. La misma Sala ha determinado que si alguna autoridad le da una interpretación distinta a los preceptos por ella analizada, violaría la Constitución misma⁴⁸².

En la doctrina y jurisprudencia contemporánea se justifica la aplicación del precedente en que no se trata de un sistema donde la misma sea meramente orientadora o ilustrativa⁴⁸³; es a través del precedente jurisprudencial que se garantiza el principio de igualdad y seguridad jurídica, en aplicación del *stare decisis*, que supone atribuir eficacia vinculante general a dicho precedente, respecto al fallo y los fundamentos del mismo⁴⁸⁴.

Pero tampoco se trata de un sistema de precedente jurisprudencial absoluto que genere una excesiva inflexibilidad⁴⁸⁵; la Sala de lo Constitucional salvadoreña se ha decantado por un sistema relativo de vinculatoriedad de la jurisprudencia, pues argumenta que un precedente ya adoptado tiene peso jurídico específico, atendiendo al principio *stare decisis*, pero asimismo, tiene la facultad de adaptar su criterio a la realidad social del tiempo en que será aplicado, pues ha establecido que “*esta Sala puede decidir alterar*

en anteriores sentencias en esta clase de procesos, la interpretación que el Tribunal encargado del control constitucional hace de la Ley Fundamental constituye la subsumción de un supuesto de hecho en un precepto constitucional, y que ello significa la auténtica creación de un sistema de normas sub constitucionales”.

481 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 177-98, el 4/1/2000. En ella se manifiesta que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, y esa naturaleza tan especial se traduce, entre otros efectos, en la obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la misma. Además manifiesta que “*la Sala de lo Constitucional, al igual que cualquier tribunal, al momento de conocer las pretensiones que se le plantean, debe dar una respuesta basada en la unidad del ordenamiento jurídico vigente, con preferencia en la Constitución y por ser la Sala de lo Constitucional el intérprete supremo de la Constitución, sus respuestas integrales también serán supremas.*”

482 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de amparo ref. 3-S-92, el 9-III-1993, donde manifiesta la jerarquía de la jurisprudencia emanada de ella misma, manifestando “*(...) pues siendo este tribunal el único que desarrolla, amplía y llena de contenido la Constitución, ninguna autoridad puede darle a las normas constitucionales una interpretación diferente a la que esta Sala, pues al hacerlo violaría la Constitución misma*”.

483 Vid. LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 4. La postura que otorga un efecto vinculante a la jurisprudencia emitida por los tribunales, choca con la forma tradicional de entender las fuentes del Derecho en un sistema neo-romanista. La jurisprudencia, entendida bajo el sistema positivista, ha sido tradicionalmente considerada como una fuente “secundaria” o “auxiliar” del Derecho que sólo opera en casos de silencio de la fuente primaria. Frente a esta primacía indiscutida del derecho legislado y codificado, por mucho tiempo se ha considerado que la jurisprudencia de los jueces se limita a resolver diferencias interpretativas menores, sellar vacíos ocasionales, contradicciones o problemas de balanceo, ponderación y jerarquización que se encuentren en los textos positivos y diluir las ambigüedades que solo excepcionalmente dejan las omnicomprensivas codificaciones.

484 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de habeas corpus ref. 7-Q-96, de 20-IX-1996. En relación a la eficacia vinculante otorgada al precedente jurisprudencial: “*En nuestro país, dicho ente jurisdiccional encargado de pronunciar la ‘última palabra’, es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y de ese modo garantiza dos principios superiores de orden constitucional, los cuales son la igualdad de jurisdicción y la seguridad jurídica. El mecanismo por el cual este Tribunal garantiza estos principios, es el precedente constitucional, a través de la jurisprudencia de esta Sala, reforzada por el principio stare decisis, que supone atribuir eficacia vinculante general a dicho precedente, respecto al fallo y a los fundamentos del mismo (...) siendo así que una realidad indiscutible es que la jurisprudencia del Tribunal supremo vincula jurídicamente*”.

485 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 41-2000, de 13-XI-2001 donde establece que a pesar de que el *stare decisis* tiene la consistencia y uniformidad de las decisiones, no implica que sea inflexible el mismo tribunal con sus propios fallos y criterios normativos porque llevaría inevitablemente a una petrificación de la jurisprudencia.

*los precedentes sentados por su propia actividad, situación que se produce cuando determinado criterio –precedente obligatorio– ha sido puesto a prueba por la experiencia y encontrado inconsistente o se torna obsoleto por la evolución del Derecho*⁴⁸⁶.

Es en virtud de la supremacía constitucional, y del respeto a los derechos y garantías previstas en la Carta Magna, que los aplicadores del Derecho están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los que se han resuelto casos análogos. No obstante, ese deber no es absoluto, pues los jueces pueden separarse de determinada línea jurisprudencial, si ello deriva de motivos que lo sustenten.

El sistema de precedente relativo exige una doble labor jurisdiccional; en primer lugar, el deber de justificación, por el cual es necesario que los jueces conozcan y anuncien los precedentes vigentes y se eviten los cambios ocultos de jurisprudencia; en segundo lugar, un deber de argumentación, pues se debe demostrar por qué la nueva línea jurisprudencial a seguir es superior jurídicamente a la adoptada con anterioridad y se eviten así los cambios discrecionales de la misma⁴⁸⁷.

18. MECANISMO DE UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS EN EL SALVADOR. LA SISTEMATIZACIÓN DE LA INAPLICABILIDAD

Este tema, relacionado al control difuso de la Constitución en El Salvador, se desarrolla en el contexto propio de este estudio, por ello es que el análisis se circunscribe al novedoso orden de sistematización jurisprudencial regulada por una reciente reforma a la Ley de Procedimientos Constitucionales⁴⁸⁸.

Aclarado lo anterior, cabe expresar, como ya se había anticipado, que el ordenamiento salvadoreño recoge la figura de la inaplicabilidad o desapplicación, institución con tonalidades más propias del sistema difuso de constitucionalidad. A través de ella, todos los funcionarios judiciales, al aplicar las normas jurídicas y percatarse de una contradicción de éstas con la Constitución, deben optar por la Ley fundamental, dada su jerarquía dentro del sistema normativo⁴⁸⁹.

486 *Vid.* *Ibidem*. Establece que dentro de la función interpretativa de la Constitución –Función esencial del Tribunal Constitucional– se encuentra, entre otras cosas, la obligación de adaptar el sentido de sus preceptos a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y revisar su propia doctrina.

487 *Vid.* NIETO, Alejandro, *El arbitrio...*, *cit.*, pp. 370-378. El Derecho, para que sea aceptado, exige siempre justificación y demanda razones en virtud de justificar la lógica que llevó a tomar una decisión. Por tal motivo, es que recae sobre los jueces el deber de motivar el porqué de su resolución y evitar así que se le tache de arbitrario. *Vid.* LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 92-93. El autor reitera la “carga de transparencia” y la “carga de argumentación” a la que está obligado el juez, pues sin el cumplimiento de esas cargas el cambio jurisprudencial deviene en discrecional y se constituye en violatorio de derechos constitucionales.

488 *Vid.* Reforma de la Ley de Procedimientos Constitucionales realizada mediante el D.L. No. 45, del 6 de julio de 2006, publicado en el D.O. No. 143, t. 372, del 7 de agosto de 2006.

489 Sobre el control difuso de la Constitución en El Salvador y los principios doctrinarios que lo inspiran: *Vid.* BERTRAND GALINDO, F., TINETTI, José Albino, *op. cit.*, pp. 534 y ss. Se hace mención de este control específico desde la Constitución Federal de 1921, luego en las Constituciones de 1939, 1944, 1950, recogiendo una disposición similar a la de 1962 y la vigente de 1983. En cambio la facultad de Inconstitucionalidad es más reciente data de la CnS. de 1950 desarrollada hasta la LPrC. de 1960.

La Constitución salvadoreña preceptúa que dentro de la potestad de administrar justicia le corresponde a todos los tribunales, desde los jueces de paz, hasta la CSJ, en los casos que tengan que emitir las resoluciones correspondientes, declarar la inaplicabilidad de cualquier norma jurídica, como los tratados, las leyes, los reglamentos o cualquier disposición contraria a la Constitución⁴⁹⁰.

Pese a ello, antes de julio de 2006, la normativa constitucional no contaba con un desarrollo en la ley, por lo que la operatividad de la institución atravesaba muchas dificultades prácticas y culturales, ya que algunos funcionarios judiciales se negaban a ser jueces defensores de la Constitución⁴⁹¹. Empero, no es menos cierto que con el despertar *ius publicista* muchos jueces inferiores se envalentonaron sobre muchos temas, con preferencia en el área penal, y por tanto, el ordenamiento contó con una diversidad de criterios sobre la interpretación de normas confrontadas frente a la Constitución⁴⁹².

Ahora la LPrC establece con mayor claridad que todos los tribunales de la República, a petición de las partes procesales o de oficio, deben enjuiciar previamente la constitucionalidad de cualquier norma cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de la resolución que se pronuncie en el mismo, y si alguno de ellos contradice la Constitución, la declarará inaplicable al dictar la sentencia interlocutoria o definitiva. Igual facultad tendrá para los actos jurídicos subjetivos, tanto públicos como privados, que violen la normativa constitucional.

Sin embargo, tal potestad sólo es procedente en los casos en que no exista pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional, respecto de la Constitucionalidad de la ley, norma o acto de que se trate⁴⁹³.

Una vez dictada la resolución, únicamente tiene efectos *inter partes*, pues el criterio del juez no vincula con efectos generales. Pero con la finalidad de fomentar la unidad

490 Vid. Arts. 149 CnS: “La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia. La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos”. Vid. Art. 185 CnS: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales”.

491 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed. Madrid, Civitas, 1994, p. 66. El carácter obligatorio de la Constitución vincula a la totalidad de los jueces y magistrados y no solo a la Corte Suprema de Justicia, debiendo recordar que para el funcionario judicial opera el *iura novit curia*. En cuanto a la obligación de todo funcionario público de respetar los preceptos constitucionales: Vid. Art. 235 CnS: “Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendándose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes”.

492 Vid. DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, p. 416. De la subordinación mecánica del juez a la ley, hoy se corre el riesgo de pasar al extremo contrario (el abuso del judicialismo) con nihilismo o negación de la autoridad de la ley, en nombre de la discreción judicial se pasa abriendo paso a la plaga de “sentencias justicieras” y de las “sentencias ideológicas”. Agregamos nosotros, el reto es encontrar las técnicas de equilibrio y moderación.

493 Vid. Art. 77-A LPrC: “Todo juez o tribunal, a instancia de parte o de oficio, debe enjuiciar previamente la constitucionalidad de cualquier ley o disposición de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las resoluciones que se pronuncien en el mismo, y si alguno de ellos contradice la Constitución, la declarará inaplicable al dictar sentencia interlocutoria o definitiva. También podrá declarar la inaplicabilidad de los actos jurídicos subjetivos, tanto públicos como privados, que violen la normativa constitucional. El ejercicio de la anterior potestad establecida en este artículo, será procedente en los casos en que no exista pronunciamiento por parte de la Sala de lo Constitucional, respecto de la constitucionalidad de la ley, disposición o acto de que se trate”.

en el ordenamiento y la seguridad jurídica, la LPrC establece que el juez o tribunal debe enviar una certificación de su resolución a la Sala de lo Constitucional de la CSJ.

Esta remisión constituye un requerimiento para que la Sala de lo Constitucional determine, en sentencia definitiva, la Constitucionalidad o no de la declaratoria emitida por los tribunales ordinarios, siendo su fallo irrecurrible y teniendo un valor vinculante, de un modo general, para todos los funcionarios y ciudadanos del Estado, debiendo la sentencia publicarse en el diario oficial.

Pero también si en la sentencia definitiva la Sala de lo Constitucional declara que en la ley, disposición o acto no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarla amparándose en las facultades que concede la Constitución⁴⁹⁴.

La regulación de este método legislativo de unificación de la jurisprudencia constitucional de los tribunales ordinarios tiene por propósito lograr un equilibrio entre la independencia judicial del control de la Constitución y la seguridad jurídica que busca la unidad del ordenamiento y la certeza del justiciable. Como lo ha expresado la Sala de lo Constitucional, éste sólo representa el cauce de conexión entre el control difuso y el concentrado y bajo ninguna circunstancia constituye un recurso o proceso de revisión de la inaplicación declarada por el tribunal ordinario⁴⁹⁵.

La independencia judicial no se vulnera porque el pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional sólo tiene efectos prospectivos, es decir, para futuro, por tanto, el caso juzgado anteriormente por el juez que desaplicó una norma, queda bajo el amparo intacto de la cosa juzgada. Diferentes son las decisiones futuras, las cuales deberán ceñirse a los precedentes jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional, ello por varias razones, primero porque éste es el máximo intérprete de ley primaria y segundo porque la misma Constitución edifica los principios de igualdad y seguridad jurídica como pilares de la convivencia, por tanto, es básico para el ciudadano tener un sistema de derecho coherente⁴⁹⁶.

494 Vid. Art. 77-D LPrC: “La resolución que se dicte en aplicación del artículo 185 de la Constitución, por medio de la que se declare la inaplicabilidad de una ley, disposición o acto, solo tendrá efectos en el proceso concreto en el cual se pronuncie”. Vid. Art. 77-E LPrC: “Una vez pronunciada sentencia interlocutoria o definitiva por la que se declara la inaplicabilidad de una ley, disposición o acto, el juzgado o tribunal respectivo, deberá remitir el mismo día, certificación de la misma, a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”. Vid. Art. 77-F LPrC: “La remisión de la declaratoria de inaplicabilidad constituye un requerimiento para que la Sala de lo Constitucional, determine en sentencia definitiva la constitucionalidad o no de la declaratoria emitida por los tribunales ordinarios, para lo cual contará con quince días hábiles. Dentro de dicho plazo la Sala de lo Constitucional, deberá resolver y notificar su sentencia definitiva. Transcurrido el plazo anterior, la Sala de lo Constitucional, mediante resolución motivada, podrá prorrogar por una sola vez el plazo establecido en el inciso anterior, plazo que en ningún caso, podrá exceder de diez días hábiles. La sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será vinculante de un modo general para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural y jurídica, y la Sala la mandará a publicar conforme a lo establecido en el artículo 11 de esta ley. Si en la sentencia definitiva, la Sala de lo Constitucional declara que en la ley, disposición o acto, no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los artículos 185 y 235 de la Constitución”.

495 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 75-2006, del 8/II/2007. En esos términos se ha expresado nuestra Sala de lo Constitucional al indicar que no se trata de un “control sobre el control difuso”, ni tampoco de una “consulta inmediata y simultánea a la tramitación de la decisión judicial de inaplicabilidad”, puesto que la potestad de los jueces para inaplicar leyes o normas que consideren inconstitucionales queda indemne; tanto así que la declaratoria de inaplicabilidad que efectúe un juez en un caso concreto no será objeto de control dentro del proceso de inconstitucionalidad, iniciado vía remisión de la respectiva resolución, sino que únicamente se tomará como objeto de conocimiento, la disposición inaplicada, en abstracto.

496 Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso de inconstitucionalidad ref. 21-2006 del 5/XII/2006. Sobre este punto la Sala de lo Constitucional manifestó: “El art. 77-A inc. final prescribe que la facultad de inaplicación será procedente en los casos en que no exista pronunciamiento por parte de esta Sala, lo cual es coherente con lo dispuesto

Otro aspecto relevante, es que el pronunciamiento que declare la constitucional de la norma sujeta a juicio por la Sala de Constitucional, constituye un precedente jurisprudencial vertical, obligatorio para todos los jueces quienes deben acatarlos de forma obligatoria⁴⁹⁷. Sin embargo, tal vinculación no opera para la Sala de lo Constitucional quien, por su colocación en el ordenamiento, puede modificar sus autoprecedentes bajo las motivaciones o justificaciones necesarias.

en el art. 183 Cn., según el cual las sentencias de inconstitucionalidad tendrán un efecto general y obligatorio. A partir de tales disposiciones, se tiene que los jueces ordinarios, al ejercer el control difuso, deben verificar si la(s) disposición(es) objeto de control ha(n) sido ya enjuiciadas por esta Sala en un proceso de inconstitucionalidad para verificar si están expulsadas del ordenamiento jurídico –caso de sentencia estimatoria– o se ha descartado su confrontación con la Constitución según los motivos por los cuales se ha impugnado, mediante un pronunciamiento general y obligatorio –caso de sentencia desestimatoria–. En este último caso, la sentencia pronunciada por esta Sala inhibe a los jueces ordinarios su potestad de control difuso, como ya viene diciendo desde 1960 el art. 10 inc. 2º de la L. Pr. Cn., que textualmente dice: “Si en la sentencia se declara que en la ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún juez o funcionario podrá negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los artículos 185 y 235 de la Constitución”; repetido en el art. 77-F inc. final de dicha ley”.

⁴⁹⁷ So pena de cometer delito: Vid. Art. 77-G LPrC: “El incumplimiento de la sentencia de la Sala de lo Constitucional, por parte del Juez, constituye delito de desobediencia, y será penado, de conformidad con el artículo 322 del Código Penal. Si el juez no acata el contenido de la sentencia, la Sala de lo Constitucional adoptará las medidas necesarias y pertinentes para su cumplimiento, y mandará a procesar al desobediente, quien quedará desde ese momento, suspendido en sus funciones, aplicándosele en su caso lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución”.

CAPÍTULO V

Modelos jurisprudenciales en el Derecho Comparado

SUMARIO

19. Modelos de valoración de la jurisprudencia. 19.1. Modelo legalista de *Civil Law* o Derecho Codificado. 19.2. Modelo anglosajón o judicialista. 19.2.1. La regla del “*stare decisis*”. A) La aplicación del *stare decisis* en Gran Bretaña. B) Características de la doctrina del *stare decisis* en los Estados Unidos de América. 19.2.2. El principio de distinción o *distinguishing*. 19.2.3. Reglas para la modificación de criterios judiciales. 20. El orden jurisprudencial en Costa Rica. 20.1. Género de fuente dentro del ordenamiento costarricense. 20.2. Fundamento jurídico de la aplicación de la jurisprudencia. 20.2.1. Un acercamiento al modelo de justicia costarricense. 20.2.2. Regulación de la jurisprudencia en el sistema normativo costarricense. Especial referencia al orden jurídico administrativo. 20.2.3. Función de la jurisprudencia en el orden jurídico administrativo costarricense. A) Función interpretativa del ordenamiento escrito. B) Función de delimitar el campo de aplicación del Derecho escrito. C) Función de integración del ordenamiento escrito. 20.2.4. El proceso de extensión de la jurisprudencia a terceros en el orden contencioso- administrativo costarricense. 21. El orden jurisprudencial en Argentina. 21.1 Caracterización de la jurisprudencia en el orden jurídico administrativo argentino. 21.2. La jurisprudencia y su efecto extensivo e interpretativo en el orden jurídico administrativo argentino. 21.2.1. Un acercamiento a la competencia contenciosa administrativa argentina. 21.2.2. Vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 21.2.3. La obligatoriedad de los criterios jurisprudenciales de los Tribunales Provinciales. 21.2.4. La extensión de la jurisprudencia a terceros en el Derecho Público Argentino. 21.2.5 Los nuevos efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos y acto administrativos con incidencia colectiva. A) Efectos de las sentencias en los derechos de incidencia colectiva. B) Efectos de las sentencias relacionadas con actos administrativos con efectos generales. 21.3 La creación de instituciones mediante la jurisprudencia en el ordenamiento administrativo argentino.

19. MODELOS DE VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En el universo del Derecho, el análisis y categorización de la jurisprudencia parte del valor que como fuente representa en cada ordenamiento. De esta forma, es reconocido, que atendiendo a la relevancia otorgada, la jurisprudencia se desarrolla de forma distinta en dos amplios modelos: en el sistema legalista del *Civil Law*, donde el Derecho se crea únicamente en base a normas positivas; y en el sistema del precedente judicial anglosajón denominado *Common Law*, donde se crea a través de los precedentes⁴⁹⁸.

19.1. Modelo legalista de Civil Law o de Derecho Codificado

La característica tradicional en el sistema del *Civil Law* es la negativa a reconocerle valor, como fuente formal al precedente jurisprudencial, y a negarle vinculatoriedad, con efecto *erga omnes*, a las resoluciones judiciales⁴⁹⁹. Esto se respalda en la división de poderes, principio que se respeta y se interpreta de forma absoluta, bajo la tesis que la creación del Derecho corresponde exclusivamente al Poder Legislativo, y al Judicial únicamente su aplicación⁵⁰⁰.

Lo anterior funciona bajo una fórmula bastante mecánica en la que el legislador otorga la premisa mayor, y el operador jurídico la enlaza a la premisa menor, que es el caso concreto, derivando en la solución, para una situación precisa, la cual no posee de valor para casos futuros. El juez es considerado como un mero aplicador o intérprete de las normas jurídicas, careciendo su actividad de fuerza creadora de normas⁵⁰¹.

Esto significa que el juzgador se basa en un razonamiento deductivo, es decir, que de lo abstracto y general va a lo concreto y particular. Así, al plantearse al juez un

498 Vid. FERRERES COMELLA, V. – XIOL RÍOS, J., *op. cit.*, p. 51. Sobre de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, Ferreres Comella manifiesta que el carácter vinculante de la jurisprudencia es un rasgo propio de los países que pertenecen al sistema del *Common Law*, en virtud del principio *stare decisis*; en cambio, en el sistema del *Civil Law* históricamente se ha rechazado la fuerza vinculante de la misma. Además, establece que en buena medida la explicación a las diferencias entre los dos sistemas, atiende a factores institucionales, pues la estructura judicial en los países del *Common Law* no es tan burocrática como la de los países del *Civil Law*.

499 Vid. PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, p. 180. Afirman que en el sistema de Europa Continental aún se cree que el cuerpo de normas constituye un todo cerrado y completo, en el cual pueden encontrarse las respuestas sobre cualquier caso en litigio; esta solución se encontrará en forma de norma expresa, o en relación a un principio de razonamiento que igualmente conllevará a una respuesta satisfactoria que podrá ser imputada indirectamente a una norma expresa. Agrega, “*En consecuencia, y en abierta oposición a cuanto ocurre en la realidad, se estima que el juez no crea Derecho, sino que lo ‘aplica’, y que la ‘interpretación’ no hace más que determinar el sentido de una norma general para aplicarlo a un caso particular, por más que en verdad pueda tratarse de la solución adecuada de este caso según un criterio que, sin la ayuda de razonamientos cortados a la medida, sería difícilmente imputable a la regla general.*”

500 Vid. CALVO VIDAL, F., *op. cit.*, pp. 91 – 95. El autor manifiesta que la primacía jurídica que se concede a la ley en los sistemas de Derecho continental tiene su justificación en el principio de división de poderes, donde la creación del Derecho corresponde en exclusiva al Poder Legislativo, mientras que al Poder Judicial únicamente está facultado para la aplicación de la Ley; bajo dicha afirmación, este monopolio legislativo priva a los jueces y tribunales de la posibilidad de crear Derecho.

501 Vid. O’CALLAGHAN, Xavier, “*Problemáticas de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo*” en AAVV *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2001, pp. 383-408. El autor establece tajantemente que “*la jurisprudencia no es fuente del Derecho: ni tiene poder social con facultad normativa creadora (fuente material), ni es forma externa de manifestarse el Derecho positivo (fuente formal). Resuelve casos concretos, no formula reglas de carácter general aplicable a todos los casos.*”

supuesto concreto, lo que hace es, desde la norma general que la ha proporcionado el legislador, tratar de ajustar el caso a la misma.

Debido a la rigidez con la que se ha interpretado el principio de legalidad en el ámbito continental, la aplicación del precedente jurisprudencial, y su eficacia vinculante, se ha visto con cierta desconfianza. Sin embargo, a pesar de que estos tribunales nieguen una eficacia vinculante equiparable a las normas formales, no significa que se desprecia el valor que puede tener como fuente de argumentación jurídica, o argumento jurídico vinculado a principios y derechos constitucionales, entre otros.

La concepción del *Civil Law* más matizada no niega el papel trascendente que juega la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico, y esta relevancia puede observarse en tres dimensiones⁵⁰²:

- a) Importancia práctica: significa que los jueces, en favor de la continuidad, se sienten comprometidos a reproducir decisiones anteriores cuando frente a un supuesto análogo, no surgen motivos de peso que justifiquen el cambio de criterio.
- b) Importancia jurídica: se instaure como un elemento de formación de normas jurídicas, pues las sentencias repetitivas emitidas por los tribunales y jueces son una de las formas del elemento material de la costumbre.
- c) Importancia histórica: dado que en el devenir del tiempo los tribunales por medio de su actuar han contribuido a importar nuevas normas. A manera de ejemplo, puede citarse la labor creadora del Consejo de Estado Francés la importación a los distintos Estados medievales españoles de los Derechos Romano y Canónico.

Ahora bien, en este modelo, las interpretaciones se prestan para el debate y se habla en algunos países de un sistema de jurisprudencia constante, el cual se basa en la conveniencia de respetar un orden institucional del órgano judicial que otorgue certeza a toda la colectividad en la interpretación de la ley⁵⁰³.

Además de la importancia antes mencionada, la relevancia del precedente jurisprudencial en el Sistema *Civil Law* se sustenta en su utilización de las siguientes maneras:

- a) Jurisprudencia como fuente de argumentación jurídica: El precedente jurisprudencial, en los sistemas donde no se le atribuye un efecto vinculante por sí mismo, puede servir como apoyo en el razonamiento argumentativo y como forma de justificar o robustecer la decisión. Aunque no exista un precepto jurídico que lo ordene, los jueces están vinculados de forma natural a los precedentes, desde un punto de vista teórico-general, y desde la perspectiva de la práctica de

502 Vid. DE BUEN, Demófilo, *op. cit.*, pp. 292-293. Indica, además, que la importancia concedida a la jurisprudencia puede resultar pernicioso, pues en lugar de girar en torno a una continuidad o uniformidad de criterios, se podría considerar como un reflejo de la pereza mental de los juzgadores.

503 Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, pp. 135-136. El sistema de jurisprudencia constante se instituye en la uniformidad de las decisiones, cuya finalidad primordial es mantener una unidad y coherencia interpretativa de gran valor jurídico. En el sistema aludido, la jurisprudencia no goza de fuerza vinculante formal, pero los aplicadores del Derecho lo toman como si la tuviera.

los aplicadores del Derecho⁵⁰⁴. En estos casos, la invocación de un argumento jurídico, utilizado en casos anteriores, supone hacer referencia de forma paralela a su valor como precedente jurisprudencial. La argumentación puede verse fortalecida, en términos de persuasión, al hacer mención de casos donde se evidencia la aplicación de la norma, principio o criterio. Si el precedente se alega como argumento jurídico, el juzgador debe ofrecer una respuesta relacionada con él, en virtud del principio de congruencia, aplicable a una petición.

- b) Jurisprudencia como argumento jurídico vinculado a principios y derechos constitucionales⁵⁰⁵: La invocación del precedente jurisprudencial se hace en referencia a una solución que se ha aplicado constantemente, haciendo una conexión directa de la misma con el respeto al derecho de igualdad y seguridad jurídica en la aplicación de la ley. La referencia al precedente se hace necesaria cuando el argumento fundamental es evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales y tutelar los derechos antes mencionados.

En esta óptica moderada, la jurisprudencia no es una fuente formal propiamente dicha, que cuente con la fortaleza de obligatoriedad de la ley; sin embargo, *de facto*, los operadores jurídicos suelen respetarla para mantener la regularidad de la misma. Los tribunales configuran sus propios precedentes y los respetan de forma duradera. También la jurisprudencia de los tribunales superiores es tenida como un parámetro orientador para los tribunales inferiores, sobre todo, en los casos representativos o emblemáticos⁵⁰⁶. No obstante, debe dejarse por demás muy claro que la ley sigue siendo, en este sistema, la reina de las fuentes del Derecho.

19.2. Modelo anglosajón o judicialista

El modelo anglosajón, además de contar con una legislación normativa que deviene del Parlamento⁵⁰⁷, identificado como *Statue Law*, goza de la particularidad que los precedentes judiciales (*Case Law*) constituyen la fuente formal de Derecho por excelencia, el

504 Vid. MARTÍNEZ, MOYA, J., *op. cit.*, pp. 512-514; Vid. MORAL SORIANO, L., *op. cit.*, pp. 130-131; Vid. NIETO Alejandro, *El Arbitrio...*, *cit.*, p. 195. El argumento más utilizado por los jueces es la invocación de precedentes jurisprudenciales, lo cuales ya han interpretado la norma discutida, o han resuelto un conflicto en un sentido determinado. Nieto afirma que los jueces tienden a acudir a la ficción de que “lo ya afirmado es correcto” y suelen apoyarse en sentencias anteriores para justificar las presentes.

505 Vid. GARRIDO FALLA, F., *op. cit.*, p. 303. El rol de la jurisprudencia es aclarar e incluso corregir el sentido de las normas, realizando estas acciones en virtud del seguimiento y respeto hacia los principios generales del Derecho; Vid. ENTRENA CUESTA, R., *op. cit.*, pp. 133-136; Vid. DELGADO BARRIO, J., *op. cit.*, pp. 2312-2314; Vid. SAYAGUÉS LASO, E., *op. cit.*, p. 156; Vid. MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, p. 214.

506 Vid. FERRERES COMELLA, V. – XIOL RÍOS, J., *op. cit.*, pp. 49 – 56. El autor manifiesta en relación a la jurisprudencia, que los tribunales están integrados bajo una estructura procesal jerárquica y en virtud de ello, los tribunales inferiores deben ajustar sus interpretaciones jurídicas a las doctrinas emanadas por los superiores

507 La Constitución de los Estados Unidos de América, en su art. I expresa que el poder legislativo concedido por la Constitución, le está otorgado al Congreso. (Art. I: “*All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives*”.)

cual es un Derecho no escrito (*Common Law* o *Unwritten Law*), pues la mayoría de normas se encuentran en los precedentes judiciales⁵⁰⁸.

El llamado *Common Law* se encuentra estructurado de forma histórica, por un andamiaje secuencial de resoluciones judiciales de casos concretos; de dichas resoluciones los jueces extraen, por vía del mecanismo jurídico del precedente, los elementos trascendentales que les permiten resolver los nuevos litigios, transformando su realidad jurídica a través de casos⁵⁰⁹.

Además, en el *Common Law* se trata de un sistema radical de obligatoriedad instituida, donde los precedentes jurisprudenciales, derivados de los tribunales superiores, son vinculantes para los inferiores⁵¹⁰; debido a ello, se constituye al principio de *stare decisis*, o regla del precedente obligatorio, como un principio fundamental de todo el ordenamiento jurídico⁵¹¹.

La obligatoriedad de conservar un precedente para casos posteriores, por parte de los jueces anglosajones, no tiene la misma fuerza que tiene en el sistema continental la aplicación inexorable de la ley. El precedente judicial depende de su conocimiento por parte del operador jurídico y de su persuasión para aplicarlo –*overruled*–; la respuesta hay que indagarla mediante un análisis que va de lo particular a lo general. En cambio, la ley es temida por ser considerada la voluntad soberana y general que debe ser atendida.

Debe tomarse en cuenta que en el sistema anglosajón, la sentencia como tal, no tiene un valor integral en el vaivén de los precedentes, sino más bien lo que se utiliza de ella son sus fundamentos o las razones esenciales de la decisión, “la razón básica de la decisión”⁵¹². Estos fundamentos son los denominados como *ratio decidendi* o *holding*, que constituyen la verdadera aportación de la sentencia que determina su motivación y el rumbo de

508 Vid. BURNHAM, William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, 2ª. ed., Minnesota, West Group, 1999, p. 63. En el *Case Law* se utilizan dos tipos de razonamiento legal: el razonamiento deductivo y el razonamiento analógico. El razonamiento deductivo toma las normas del precedente y los aplica de forma similar a las leyes. El razonamiento analógico compara directamente los hechos del precedente a los hechos del caso que será decidido, a fin de establecer si el primero le es aplicable al segundo. El autor, además, cita sentencias de las cuales se puede extraer que la regla general es que las modificaciones a los precedentes operan para futuro, y no alteran los casos ya juzgados.

509 Vid. CALVO VIDAL, F., *op. cit.*, pp. 90 – 97. El autor manifiesta que, contraria a la corriente seguidora del Derecho legislado, en donde el juez se encuentra subordinado a la ley, en los países del *Common Law*, el juez se encuentra obligado por los precedentes. Sin embargo, este vínculo hacia los precedentes, no resulta sencillo en ningún momento, como sí resulta la subordinación a la ley. La forma como funcionan los precedentes se asemeja más a un arte que a una ciencia, lo que hace que su comprensión, desde un punto de vista exclusivamente teórico, resulte muy difícil. Los jueces en vez de ser meros aplicadores del Derecho, son verdaderos creadores en la parte vastísima que aún no ha sido legislada.

510 Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, pp. 133 – 134. El sistema de obligatoriedad instituido opera con menos intensidad en los sistemas romanos-germánicos en donde los tribunales como los de Casación tienen la función primordial de unificar la jurisprudencia bajo la figura de la doctrina legal.

511 Vid. FINE, Toni, *An introduction to the Anglo-American Legal System*, Navarra, 2007, p. 67. La autora manifiesta que el principio *stare decisis* es la tendencia de una Corte a seguir los fallos anteriores de los tribunales en similar sentido, cuando se presentan supuestos fácticos análogos. (“*Stare decisis thus is the tendency of a Court to follow the rulings of earlier Courts on similar legal issues when presented with similar material facts*”).

512 Vid. BURNHAM, William, *op. cit.*, p. 63. El autor manifiesta que los aplicadores del Derecho deben determinar cuál es la regla que se ha establecido en el anterior *Case Law*, para su aplicación en el caso concreto (“*The basic reason for the decision*”). Asimismo, manifiesta que la regla del caso (“rule” o “holding”), son los fundamentos de las sentencias que establecen los principios que la motivan y que servirán de guía para casos futuros.

la misma. Tal como se ha establecido en Inglaterra: “*Lo único que está por encima de la autoridad judicial al momento de impartir justicia, es el principio del precedente*”⁵¹³.

Del análisis de la *ratio decidendi* o *holding* se coligen las llamadas *rules*, que son los principios jurídicos que se extraen del fundamento de la sentencia, a través de una resolución posterior o por la doctrina. El juez que acepta como válido un precedente retomándolo como fundamento de su decisión, realiza una aprobación del mismo (*approve*); en sentido opuesto, cuando rechaza la vinculatoriedad del precedente, realiza una desaprobación (*disapprove*)⁵¹⁴.

Los argumentos identificados como *obiter dicta* son las cuestiones de hecho y razonamientos incidentales o aclaratorios del juez que coadyuvan a la mejor definición del caso, pero que no son tan fundamentales como la *ratio decidendi*. Sin embargo, hay que precisar que en muchas ocasiones, por la reputación del tribunal que las emitió o por su alto grado de formulación, una dicta pudiera llegar a tener un significativo valor que es respetado y retomado en otras decisiones futuras.

Por tanto, suele acontecer que la diferencia entre la *ratio decidendi* y un *dictum* es muy estrecha y ni siquiera los funcionarios judiciales tienen la claridad al respecto.

Otra circunstancia se presenta cuando una decisión es apoyada por varios argumentos trascendentales, los cuales son identificados como “múltiples argumentos de apoyo”⁵¹⁵; en todo caso, cualquiera de ellos en su individualidad puede ser utilizado como precedente.

Pervive en el sistema inglés una antigua tradición que habilita a los juzgadores a no motivar sus decisiones⁵¹⁶; excepciones a ésta regla la encontramos en Estados Unidos de América, en donde las leyes prescriben la obligación de fundamentación en los procesos de revisión⁵¹⁷. Pero en términos latos, a las decisiones sin motivación se les identifica como *memorandum decisions*, las que obviamente tienen un rol irrelevante en el sistema del precedente⁵¹⁸.

Como es lógico, cuando se trata de juzgados pluripersonales o colegiados, al momento de tomar las decisiones jurisdiccionales prevalece el criterio de la mayoría de los miembros del tribunal (*majority opinion*); estos acuerdos son dirigidos por un funcionario ponente del caso que se juzga, pero no obsta para que el juez que se sienta disconforme con la decisión tomada haga constar su voto o resolución disidente.

513 Traducción del original: “*The only thing in a judge’s decision has an authority upon a subsequent Judge is the principle upon which the case was decided*”.

514 Vid. FINE, Toni, *op. cit.*, p. 72. El *stare decisis* no es una regla inflexible o inquebrantable. Los diferentes tribunales están facultados para adoptar los fundamentos de una decisión, o para realizar cambios a la *ratio decidendi* cuando exista una justificación válida para ello.

515 Vid. BURNHAM, William, *op. cit.*, p. 60. Los múltiples “*holdings*” se utilizan con relativa frecuencia en las decisiones de los Tribunales de Apelación sobre cuestiones procesales.

516 Vid. POLLOCK, Frederick, *The Continuity of the Common Law*, Harvard Law Review, vol. 11, no. 7, (febrero 25, 1898), pp. 423 – 433. Su decisión se justifica en la vinculatoriedad a precedentes establecidos con anterioridad, lo cual le exime de la responsabilidad de motivar su decisión.

517 Vid. BURNHAM, William, *op. cit.*, pp. 60 – 61. Los miembros de la Corte de Apelaciones se encuentran obligados a emitir sus opiniones y motivaciones para la resolución de un caso; incluso aquellos miembros que no estén de acuerdo con la mayoría o con algún punto de la decisión, están obligados a manifestar su opinión disidente.

518 Vid. ROJAS AMANDI, V., *op. cit.*, p. 46. El autor manifiesta que si mediante este tipo de decisiones se confirma una decisión emitida por un tribunal inferior, esta circunstancia aumentará su valor como precedente.

También puede darse la situación que el juzgador se encuentre de acuerdo con el fallo o dirección de la decisión (*concurring opinion*), mas no con algunos de sus fundamentos; por tanto, puede concurrir con la decisión pero advirtiendo sus propias motivaciones. Cuando por la estructura del tribunal existe la posibilidad de darse un empate de votos en sus miembros, el ordenamiento le reconoce a uno de ellos un voto preferente, para que determine -en definitiva- el sentido de la resolución.

Las decisiones en disidencia *per se* no son consideradas como precedentes jurisprudenciales; sin embargo, estas pueden gozar de autoridad persuasiva (*persuasive authority*) y ser citadas como referencias importantes cuando han sido dictadas por jueces con alto prestigio en el sistema de justicia.

Suele acontecer que las decisiones disidentes son criterios de mucha vanguardia jurídica, que nutren el Derecho del futuro y preparan los posteriores cambios jurisprudenciales, desembocando en la evolución el Derecho anglosajón⁵¹⁹. Es discutible si una decisión, en contra a la de la mayoría, en un tribunal colegiado, deteriora la fortaleza de la resolución como precedente, pues la misma queda herida por el hecho que existió un criterio jurídico divergente en el seno del tribunal. O tal vez, solo se refleja que en el Derecho, a través de la fundamentación jurídica, existe la posibilidad de hacer construcciones heterogéneas sobre un mismo caso.

Los métodos del precedente judicial obligatorio o del *Case Law*, tienen su paradigma en los sistemas jurídicos de Inglaterra y de los Estados Unidos de América; las técnicas que inspiran dichos sistemas, a pesar de haberse separado hace más de dos siglos, han perdurado en los dos países al igual que en los demás Estados adscritos a la familia del Derecho angloamericano⁵²⁰.

Por tanto, resulta apreciable hacer un recorrido por tales métodos, a fin de entender mejor la esencia de este Derecho jurisprudencial.

19.2.1. La regla del “*stare decisis*”

El significado del principio *stare decisis* procede de la expresión latina “*stare decisi et non quieta movere*”, misma que se formula en inglés con la frase “*to stand by that which is decided*”, y que en español significaría “*estarse a lo decidido y no perturbar lo que esté firme*”⁵²¹. El sistema jurídico anglosajón se fundamenta y se hace viable en el respeto a esta

519 Vid. ROJAS AMANDI, V., *op. cit.*, p. 47. El autor opina que las opiniones en disidencia constituyen el Derecho del futuro.

520 Vid. SIRVENT GUTIÉRREZ, C. – VILLANUEVA COLÍN, M., *op. cit.*, p. 44. El *Common Law* nace en Inglaterra en la época de la Edad Media, con la creación de los Tribunales Reales; este Derecho estaba formado por las decisiones judiciales emanadas de los Tribunales, y se basaban en las costumbres de las tribus germanas que habitaban en la isla. Este es el sistema jurídico prevaleciente en Inglaterra, Estados Unidos de América, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, entre otros.

521 Vid. BURNHAM, William, *op. cit.*, pp. 1 – 28. En el mismo sentido, Véase ROJAS AMANDI, V., *op. cit.*, p. 29. En resumen, los inicios de la regla del *stare decisis* se remontan a los tiempos del gobierno de Enrique II, quien reinó entre 1154 y 1189 en Inglaterra. No obstante, la referida doctrina no adquirió madurez plena sino hasta que se estableció un sistema de tribunales bien organizados y estables. También cuando fue posible contar con publicaciones ordenadas y sistemáticas de decisiones judiciales tanto del *Common Law*, como del *Equity*, lo que ocurrió hasta finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX.

regla, donde los casos presentes se deben decidir sobre la base de criterios pasados; además, la aplicación de la misma resulta crucial para el funcionamiento de su régimen legal.

Esta cultura socio jurídica del respeto a los fallos anteriores o al precedente, propia del modelo anglosajón, resulta de difícil comprensión desde los ángulos iusfilosóficos de los sistemas continentales; en estos países no existe una norma escrita dentro de la Constitución, la ley u otra fuente de este tipo, que establezca o imponga tal regla o principio. Tampoco dentro del régimen administrativo de los jueces concurre alguna disposición escrita que los constriña a respetar los fallos dictados con anterioridad.

Del *stare decisis* se deriva el deber de los funcionarios judiciales de respetar los fallos anteriores, cuando se ventilen ante su conocimiento casos análogos al comparado⁵²².

Esto otorga un rol preponderante a los jueces en las elaboraciones jurídicas, y requiere una instrucción cultural centenaria en manejo de los precedentes. Este principio, tan natural en el *Common Law*, considera, esencialmente, los siguientes aspectos: la obligación para casos posteriores de obedecer las decisiones anteriores y la relativización o moderación de las consecuencias de las sentencias precedentes dependiendo de la jerarquía del tribunal que la dictó.

En cuanto al primer aspecto del *stare decisis*, consistente en el respeto de las sentencias anteriores, la Suprema Corte de Estados Unidos ha vislumbrado su sostenimiento en la certeza, previsibilidad y estabilidad que produce dentro del ordenamiento forense⁵²³. Además, en los Estados Unidos se ha sostenido, como elemento adicional de fundamentación de este aspecto, el respeto que promueve por los principios de igualdad y economía procesal.

En segundo punto, la eficacia de los precedentes jurisprudenciales deviene de la jerarquía del órgano que la emitió. Los precedentes de los tribunales superiores se sitúan en la cúspide en relación a la vinculatoriedad sobre los tribunales de rango inferior. En este ámbito, se considera un error no seguir el precedente dictado por un aplicador del Derecho que goza de un rango jerárquico superior.

En Inglaterra, se le atribuye a los tribunales superiores una especie de clarividencia o agudeza jurídica especial, como un cimiento adicional al deber de respetar los precedentes jurisprudenciales.

522 Sentencia emitida por la Corte Suprema de California sobre el caso *Moradi-Shalal vs. Fireman's Fund Ins. Companies* (46 Cal. 3d 287, 296, 1988) ha establecido que es una política fundamental de la jurisprudencia que la aplicación del precedente debe ser seguido, aún sobre un caso considerado nuevo, que deba ser decidido de forma diferente por razones de justicia. (“*It is... a fundamental jurisprudential policy that prior applicable precedent usually must be followed even though the case, is considered a new, might be decided differently by the current justices*”).

523 *Vid.* FINE, Toni, *op. cit.*, pp. 68 – 69. Las razones que justifican la utilización del precedente radican en la predecibilidad en la aplicación de la ley y la estabilidad en las relaciones, la eficiencia judicial, y la integridad del sistema judicial. Así, la Suprema Corte de los Estados Unidos en su sentencia en el caso *United States vs. Washington* (872 F. 2d 874, 880, 9 Cir. 1989) estableció que la política de seguir los precedentes se basa en la idea de la certeza, la predictibilidad y la estabilidad en el Derecho que son los objetivos más importantes de un sistema jurídico. Esto según la Corte con el objeto de que las partes puedan regular sus conductas y entablar relaciones conforme a un principio del Derecho seguro y razonable que rija la situación correspondiente.

Según esta creencia, los tribunales de mayor jerarquía son más cercanos a los fundamentos de la Ciencia Jurídica, designando sus pronunciamientos de forma encarecida como “el juzgamiento de Su Majestad”⁵²⁴.

No obstante los principios de certeza y seguridad jurídica que alimentan la regla del *stare decisis*, ello no debe ser interpretado como un mecanismo de petrificación inamovible del Derecho; el principio mencionado debe ser entendido como un instrumento que facilita adaptar los razonamientos del pasado a las necesidades de futuros casos.

Así, la jurisprudencia norteamericana ha establecido que en virtud del principio *stare decisis*, las sentencias que forman parte del *Common Law*, pueden, en ocasiones, ser modificadas. Sin embargo, esta flexibilidad debe ser ejercida con gran delicadeza y precaución⁵²⁵.

En este orden de ideas, en los últimos años los jueces con mayor jerarquía en Norteamérica han demostrado una enorme capacidad para adaptar su *Case Law* a las necesidades sociales vigentes, rejuveneciendo sus decisiones⁵²⁶. Todo ello bajo la interpretación que la regla del *stare decisis* no es un mecanismo para reproducir un error judicial perennemente, sino por el contrario, un dispositivo de evolución ecuánime del Derecho⁵²⁷.

Como es de suponer, un fallo anterior se convierte en precedente cuando por su trascendencia es considerado para resoluciones posteriores. Esto significa que el caso anterior encierra un valor en su decisión –*ratio decidendi*–, a la que en Inglaterra se le conoce como *rule o principie*.

Cabe mencionar que la moderación de la regla del *stare decisis* también ha encontrado ciertos obstáculos para los tribunales inferiores, pues la estabilidad de las decisiones de los tribunales superiores continua prevaleciendo. Así, en una determinada jurisdicción soberana, todos los tribunales tienen una especial vinculatoriedad con el órgano judicial superior. Sus decisiones son de carácter obligatorio y se encuentran supeditados a éste, sin importar la antigüedad de las resoluciones o su acuerdo, o no, con las mismas⁵²⁸.

Lo dicho tiene una relación importante con un pilar primordial en este sistema judicialista, en el que las leyes pasan a un segundo orden y el rol de los precedentes parece tener el protagonismo. El mecanismo de orden o sistematización del ordenamiento encuentra

524 Vid. POLLOCK, Frederich, *op. cit.*, pp. 423-433. Los pronunciamientos de los aplicadores del Derecho se ven revestidos de justicia y equidad en razón del grado de autoridad conferido, atribuyéndole una mayor vinculatoriedad a los pronunciamientos de los tribunales superiores en grado, como si tuvieran un don especial para analizar con luminaria los principios esenciales del Derecho.

525 Vid. Sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos, sobre el caso *Marlin vs. Waddell's Lesse* (41 U.S. 367, 1842).

526 Vid. Sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos, sobre el caso *Bremen vs. Zapata of Shore Co.* (407 U.S. 1, 1972) donde se estimó que la seguridad jurídica que exige el comercio internacional hacía necesario el reconocimiento de la validez del fuero pactado convencionalmente en un contrato; por tanto, era procedente abandonar el criterio válido hasta ese entonces, según el cual una cláusula que priva de competencia a un tribunal va en contra del interés público.

527 Vid. LEVI, Edward, *An Introduction to legal reasoning*, University of Chicago Law Review, Vol. 15, No. 3 (1948), p. 501-574. Así, el autor sustenta esta postura en opiniones disidentes en diversos casos sometidos a conocimiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, manifestando que la antigüedad de un caso no es una razón que justifique su existencia; el respeto al *stare decisis* no demanda a un tribunal que perpetúe un error.

528 Vid. PERRY, Stephen, *Judicial Obligation, Precedent and the Common Law*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 7, no. 2 (1987), pp. 215 – 257. Las cortes inferiores están vinculadas a las resoluciones de las cortes superiores por un requerimiento básico de consistencia institucional.

su lógica metódica con el llamado precedente vertical del *stare decisis*, en virtud del cual el juez inferior está constreñido a respetar las decisiones anteriores de los tribunales jerárquicamente superiores. Ello evita la anarquía y el caos sistémico que podría provocar si existieran unos jueces con total libre albedrío y sin control alguno, pues no cabe duda que esto promovería la arbitrariedad, degenerando en una peligrosa inseguridad en los ciudadanos.

También se habla del precedente horizontal para referirse al acatamiento que tienen los tribunales a sus propias decisiones anteriores.

Este mecanismo no es tan fundamental como el precedente vertical, y en el *stare decisis* tiene un valor secundario. Incluso en los Estados Unidos de América, tanto en el plano federal como estatal, sólo este segundo tiene una plena aplicabilidad general. De manera que se ha considerado que una aplicación estricta del precedente horizontal conllevaría a reproducir fallas pasadas, no permitiendo la evolución jurídica.

Concretando las ideas planteadas, se puede establecer que bajo las reglas del principio en referencia las decisiones de los tribunales superiores son estrictamente vinculantes para los tribunales inferiores del foro al que pertenecen. También, un precedente puede ser modificado con otra resolución posterior del mismo tribunal que lo determinó –*overruled*–.

De igual forma, la fuerza vinculante de las decisiones anteriores puede quedar sin efecto en virtud de una ley.

Otra regla es que las resoluciones de los jueces jerárquicamente inferiores tienen para los superiores un valor de recomendación o un lineamiento persuasivo –*persuasive authority*–. En todo caso, parece ser que la jerarquía de los tribunales y sus precedentes son el derrotero principal de la doctrina del *stare decisis* anglosajón.⁵²⁹

No obstante estas pautas globales, vale aclarar que existen algunas particularidades especiales en la aplicación de la doctrina del *stare decisis* en Gran Bretaña y en los Estados Unidos de América, la cuales se desarrollan a continuación.

A) La aplicación del *stare decisis* en Gran Bretaña

La familia judicialista de Gran Bretaña tiene, por lo menos, tres sistemas autónomos: el que opera en Inglaterra, Gales y los de Escocia e Irlanda del Norte. Sin embargo, para los efectos de este estudio, se analizará el primero por ser el más representativo.

La organización de los tribunales en Inglaterra está regulada, en términos generales, por la *Court's Act* de 1971, la cual hace una distinción entre los tribunales superiores,

529 Vid. ROJAS AMANDI, V., *op. cit.*, pp. 34-36. El principio *stare decisis* presenta la ventaja de proporcionar al Derecho criterios de decisión más precisos, flexibles y practicables para la resolución de casos futuros y la evolución del mismo, si se les compara con los que ofrecen las leyes. Sin embargo, pese a su flexibilidad, el sistema de los precedentes es bastante complejo y puede hacer un poco anticuado al Derecho, pues debido al hecho de que las sentencias del pasado no pueden perder su obligatoriedad por una declaración judicial de carácter general, tal y como es el caso de las leyes, cientos de miles de sentencias emitidas durante varios siglos siguen siendo aún hoy día fuente del Derecho. El autor manifiesta que el trabajo con precedentes es tan complejo como encontrar un camino en un bosque que se hace más grande y cerrado debido a que muchos de sus árboles están moribundos. Éstos deben ser evitados y sus raíces y ramas cortadas, para evitar perderse en la oscuridad de la zarza.

dentro de los cuales se encuentran los siguientes: *House of Lords*, *Court of Appeal*, *High Court*, *Crown Court*, *Judicial Committee of the Privy Council*, *Restrictive Practice Court* y *National Industrial Relations Court*.

Por otra parte, los demás son catalogados como tribunales inferiores, en los que destacan: *County Courts*, *Magistrates Courts* y *Coroner's Courts*⁵³⁰.

Dentro de los tribunales superiores es relevante la función de la *House of Lords* en el sistema inglés, pues sus resoluciones resultan ser vinculantes para todos los tribunales inferiores a nivel nacional. E incluso, se ha tenido la política de respetar sus propios precedentes de forma horizontal, salvo que por razones excepcionales y de forma motivada las modifique –*when it appears right to do so*–⁵³¹.

La *House of Lords* ha considerado al precedente como el instrumento esencial para la búsqueda del Derecho y su aplicación al caso *sub iudice*; sin embargo, el insigne tribunal ha aclarado que adherirse a un precedente demasiado rígido puede conducir a la injusticia en un caso particular y también restringir indebidamente el adecuado desarrollo de la ley.

Propone, por tanto, modificar el criterio seguido, en el sentido de que existe la posibilidad de apartarse de un precedente cuando resulte ser lo más conforme a Derecho⁵³². Esta regla es utilizada para motivar los cambios en los precedentes y se aplica con muchas reservas⁵³³.

Otro tribunal importante en donde se aplica con mucha fuerza el precedente vertical del *stare decisis* es la *Court of Appeal*; una especie de órgano de segunda instancia que conoce en apelación, con competencia penal y civil, siendo sus resoluciones vinculantes para todos los tribunales inferiores. Empero, sus propias decisiones únicamente lo obligan en materia civil no así en su otra competencia.

El criterio de la *Court of Appeal*⁵³⁴ ha sido que de forma excepcional no se encuentra ligado a un precedente propio, cuando éste contradiga una decisión de la *House of Lords*, la que en cualquier caso debe prevalecer. También, las reglas de su *stare decisis*, le permite a la *Court of Appeal*, que cuando existen dos sentencias contradictorias, puede escoger cuál es la más pertinente de aplicación como precedente⁵³⁵.

530 El sistema judicial inglés se clasifica en *Superior Courts* y *Inferior Courts*.

531 Vid. GOLDSTAIN, Laurence, *Precedent in law*, Oxford University Press, New York, 1987, pp. 1705 – 1711. La Cámara de los Lores ha tratado históricamente con sus precedentes y se ha declarado estrictamente vinculada a ellos. Sin embargo, aunque ha expresado que normalmente sigue sus precedentes, puede también apartarse de una decisión anterior, cuando parece apegado a Derecho hacerlo.

532 Traducción del original: “*That too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of the House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so*”. Véase ROJAS AMANDI, V., *op. cit.*, p. 34.

533 Vid. SYMMONS, Clive, *The Aftermath of Herrington v. B. R. B.*, *The Modern Law Review*, Vol. 37, No. 4 (Jul., 1974), pp. 468-472. Un ejemplo de cambio del precedente, en base a esta regla, es el caso *British Railways vs. Herrington*, 1972, 1 All E.R., 749.

534 Vid. Sentencia emitida por la Corte de Apelaciones sobre el caso *Young vs. Britisot, Aeroplane Co.* (K.B. 718, 1944). La Corte de Apelaciones estableció que se encuentra obligada por sus propios precedentes salvo en los casos siguientes: a) El Tribunal está facultado, y obligado, a decidir cuál de dos decisiones anteriores seguirá; b) El Tribunal se ve obligado a negarse a seguir una decisión cuando ésta va en contra de una decisión de la Cámara de los Lores; y c) Cuando la decisión establecida con anterioridad fue otorgada *per incuriam*, es decir, cuando el caso fue erróneamente decidido y carece de fuerza legal.

535 Vid. Sentencia emitida por la Cámara de los Lores sobre el caso *Barrington vs. Lee* (1971, 3 All E.R. 1231) y, *Salmon in Gallie vs. Lee*, (1969, 1 All E.R. 1062). Después del informe del Lord Canciller el 26 de julio de 1966, se puso en tela de juicio

En cuanto a las resoluciones del *High Court of Justice*, en sus distintas divisiones⁵³⁶, son de estricta vinculatoriedad para la *Crown Court* y para los demás tribunales inferiores.

Con relación al plano horizontal del *stare decisis*, la *High Court of Justice* no está jurídicamente obligada a sus decisiones anteriores; sin embargo, tienen un valor persuasivo o un lineamiento que suele respetarse. Los órganos de las distintas divisiones judiciales gozan de independencia y pueden apartarse de los precedentes de sus compañeros del mismo nivel; no obstante, esto no ocurre con frecuencia y sólo se justifica para casos que ameritan una revisión extraordinaria de modificación⁵³⁷.

Un poco diferente resultan las pautas aplicables para las resoluciones de la *Crown Court* y de los tribunales inferiores, cuyas sentencias no son obligatorias en la forma estricta del *stare decisis*, sino más bien constituyen parámetros importantes que son considerados por los funcionarios judiciales en el momento de impartir justicia. Por su ascendencia en el tiempo, van adquiriendo un cierto grado de firmeza en el ordenamiento y nutren inclusive las decisiones de los tribunales superiores, pero sin estar jurídicamente atadas a ellas⁵³⁸.

B) Características de la doctrina del *stare decisis* en los Estados Unidos de América

El sistema estadounidense suele ser descrito por algunos bajo la locución anglosajona *common law frame of mind*⁵³⁹, dado que se trata de un *common law* atenuado, que presenta ciertas discrepancias con relación al clásico sistema que responde a dicha denominación⁵⁴⁰.

Una de estas variantes se manifiesta en el caso específico del precedente, que en el caso estadounidense se caracteriza por gozar de cierta flexibilidad, lo cual no se observa en el sistema tradicional adoptado en Inglaterra.

Consecuencia directa de lo anterior es el hecho que los tribunales y jueces no se encuentran inevitablemente vinculados por sus propias decisiones emitidas con anterioridad (autoprecedente), sino que ello queda a su discreción.

la cuestión de la obligatoriedad de las decisiones precedentes. Hoy en día, la mayoría de los jueces de la *Court of Appeal*, opta por respetar sus propias decisiones precedentes –precedente horizontal–, pues sus sentencias pueden ser revisadas por el *House of Lords*.

536 Desde las divisiones del *High Court of Justice* 1971, son tres: *Chancery* -esencialmente para casos *Equity*–; *Queen’s Bench* -esencialmente para casos de *Common Law*–, a la que pertenecen la *Admiralty Court* y la *Commercial Court*, y; finalmente; la *Family Division* – para casos tales como, divorcios y custodia.

537 Vid. ROJAS AMANDI, V., “La aplicación del Derecho en la familia del Derecho neorrománico y en el Common Law”, en *Perspectivas del Derecho en México, concurso nacional de ensayo jurídico 2000*, UNAM, México, 2001, pp.73-108. Por sus decisiones anteriores no se encuentran obligadas las diferentes divisiones (Salas) de la *High Court of Justice*. Esto mismo sucede con las decisiones de la *Crown Court* *Crown Court* y de los tribunales inferiores –*Country Courts, Magistrates Courts, Coroners Courts, Tribunals*–.

538 *Ibidem*.

539 Vid. POUND, Roscoe, *What Is the Common Law*, The University of Chicago Law Review, Vol. 4, No. 2 (Feb., 1937), pp. 176-189.

540 Vid. ITURRALDE SEMA, V., *op. cit.*, pp. 134-135. Las diferencias existentes entre el sistema inglés y el estadounidense que recopila la autora son: a) Estados Unidos no ha adoptado la premisa que el Derecho está basado en la costumbre como fuente no escrita, y por el contrario otorga a la Constitución el valor de fuente fundamental y superior del ordenamiento. Así, la Carta Magna estadounidense prima sobre cualquier ley; en cambio, el Parlamento Inglés tiene un poder legislativo ilimitado; b) La administración judicial de los Estados Unidos se compone de tribunales federales y estatales que coexisten paralelamente a lo largo de todo el territorio nacional. Muy por el contrario, en el medio inglés no se observa esta dualidad; c) En Estados Unidos la sistematización del Derecho se ha perfilado como una necesidad inmanente a raíz que el material jurídico se ha vuelto inmanejable. Esta situación no se ha vislumbrado en Inglaterra.

Además, el apuntado carácter de “flexibilidad” se aprecia en el valor otorgado al *stare decisis*, el cual se ve opacado por el derecho que tienen los juzgadores de derogar decisiones anteriores. No obstante, este derecho sólo puede ser invocado por el Tribunal Supremo Federal y por los tribunales superiores de cada uno de los cincuenta estados.

Pero, incluso a la hora de utilizar el referido derecho de derogatoria, los jueces deben sujetarse a ciertas reglas. En primer término, y como medio para lograr la estabilidad y uniformidad del derecho, los precedentes deben ser acatados. En segundo lugar, la referida estabilidad del derecho pasa a un segundo plano sí, debido a un cambio en las circunstancias o en las necesidades sociales; si el acatamiento del precedente por parte del juez o tribunal pudiese perjudicar el interés público, lo más sensato es apartarse del precedente. Por último, la decisión de observar o de obviar el precedente, debe adoptarse tomando en cuenta criterios de utilidad social.

En suma, puede afirmarse que en Estados Unidos hay precedentes obligatorios y persuasivos y son de obligatorio acatamiento para los tribunales inferiores los precedentes derivados de las decisiones de los tribunales superiores. A guisa de ejemplo, pueden citarse las sentencias en las que la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una norma legal, las cuales, en virtud de la doctrina del precedente, son vinculantes para los tribunales inferiores⁵⁴¹.

Por el contrario, los precedentes persuasivos se manifiestan en las decisiones emanadas de tribunales cuya jurisdicción concurre (es decir, comparten jurisdicción; esto ocurre, por ejemplo, en el caso de los tribunales intermedios de apelación de un mismo Estado), o en los fallos de tribunales de otra jurisdicción.

Para comprender la ejecución del *stare decisis* y sus distintivos en los Estados Unidos de América, debemos tener presente su régimen político, por el cual la distribución de su sistema de justicia opera bajo un modelo dual: los tribunales federales y los locales.

No obstante, es innegable que las decisiones de los primeros tienen una influencia superior en razón de su preponderancia. Pero dentro de este contexto, el principio de *stare decisis*, sólo opera en cada una de estas jurisdicciones territoriales, de manera que los tribunales federales están supeditados a las decisiones anteriores de los órganos de mayor jerarquía que sean también federales. En igual forma los tribunales locales se obligan con las resoluciones de sus pares superiores⁵⁴².

541 Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Enero-Diciembre 2000, N° 4, pp. 264-265. En Estados Unidos existe un control difuso de constitucionalidad que puede ser ejercido por cualquier tribunal federal e incluso por tribunales estatales. Este control difuso de constitucionalidad afecta al principio de seguridad jurídica. Sin embargo, esta consecuencia negativa ha sido atenuada por la acción de la Corte Suprema Federal mediante sus propias sentencias, las que, en virtud del principio del *stare decisis* vinculan a todo el sistema jurisdiccional, en una constante adecuación de la Constitución a las exigencias variables de una sociedad sujeta a continuas transformaciones.

542 Vid. SIRVENT GUTIÉRREZ, C. – VILLANUEVA COLÍN, M., *op. cit.*, pp. 88-90. La Suprema Corte de Justicia se encuentra a la cabeza de Poder Judicial. Fue creada por la Ley Judicial expedida por el Congreso en el año 1789 e inició labores en 1790. Un fallo emitido por la Corte Suprema no admite apelación alguna. El segundo estrato más alto del Poder Judicial se compone de los Tribunales de Circuito de Apelación, que fueron creados en 1891 para facilitar la disposición de causas y aligerar

El sistema norteamericano admite, de forma natural, la utilización de la modalidad del precedente vertical, siendo, pues, el respeto al juez superior una característica importante; empero, estos funcionarios judiciales no quedan ligados a sus precedentes, pudiendo perfectamente cambiar sus decisiones⁵⁴³.

Este mecanismo equilibrado, de no estar amarrado a sus precedentes de forma férrea, le ha permitido a la Suprema Corte realizar reinterpretaciones de su Constitución, bajo las necesidades de la actualidad social en que juzga, manteniendo siempre en sus decisiones una frescura que ha elevado su prestigio a nivel internacional, no obstante las resoluciones antiguas gozan de respetable permanencia⁵⁴⁴.

Por otra parte, no adoptar el precedente horizontal por la Suprema Corte, de ninguna manera crea inestabilidad en el ordenamiento, pues acontece que sus miembros son nombrados de forma vitalicia, realizando invariablemente su labor en pleno.

Esto genera confianza en que sus decisiones serán preservadas, sin traer un desenlace fluctuante de opiniones en razón de cambios en los miembros del tribunal⁵⁴⁵.

Un caso singular, en el sistema norteamericano, es el de la Corte de Apelación Federal, en donde sí es obligatorio el precedente horizontal. Pero cuando la misma ejerce en pleno, puede desvincularse de sus decisiones anteriores⁵⁴⁶.

En connotación al precedente vertical del *stare decisis*, se pueden indicar también algunas matizaciones. Así, cuando los tribunales federales deben aplicar el Derecho de un Estado Federado determinado (New York, California, etc.), establecen interpretaciones que los jueces locales deben respetar.

También se le reconoce a la Suprema Corte la facultad de no aplicar un derecho local, bajo una declaratoria de inconstitucionalidad, huyendo de esta forma de un precedente estatal.

Por otro lado, los Estados de la Federación conservan su atribución de examinar la conformidad de las normas locales frente con la Constitución estatal. Inclusive, dicha atribución es tan fuerte, que aún cuando la Suprema Corte declara una ley estatal

la carga de trabajo que pasaba sobre la Corte Suprema. Estos juzgados revisan las sentencias de los Juzgados de Distrito, que están jerárquicamente por debajo de los Tribunales de Circuito de Apelación.

543 *Vid.* Sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre el caso *Burnet vs. Colorado Oil E gas Co.* (285 U.S., 393, 406-408, 1932). Parafraseando la opinión en disidencia del juez Barndeis, podemos establecer que el respeto al principio de *stare decisis* está, incluso, por encima de la valoración de la correcta aplicación del Derecho por parte de los tribunales inferiores.

544 *Vid.* ROJAS AMANDI, V., *op. cit.*, p. 38. El autor manifiesta la importancia otorgada a las decisiones más antiguas, pues rara vez son puestas fuera de vigor por decisiones modernas. Agrega que debido a su relevancia y respeto, entre 1810 y 1857, la Suprema Corte de los Estados Unidos sólo en 91 casos declaró fuera de vigor decisiones modernas por las antiguas.

545 *Vid.* Ley de Jueces de Circuito (*Circuit Judges Act*) de 1869 el número de magistrados fue fijado en nueve (un Presidente y ocho miembros), los cuales son nombrados de por vida, pudiendo renunciar a sus cargos.

546 *Vid.* Sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre el caso *Patterson v. McLean Credit Union*, 485 U.S. 617 (1988). Estas acciones no significan que el Tribunal ha sido insensible a las consideraciones de *stare decisis*, sino que reconoce a este como un principio o una política, pero no como una fórmula mecánica. En este sentido, se estableció que el principio *stare decisis* al que se adscriben los Tribunales anglosajones no es inmutable; la Corte de Apelación está facultada para apartarse de sus decisiones precedentes. El uso más normal de esta facultad es para resolver contradicciones ocasionadas por las decisiones inconsistentes de las Salas. También es posible que las Cortes de Apelación cambien sus decisiones anteriores por considerarlas incorrectas.

conforme con la Constitución Federal, el Tribunal Supremo Federal, puede examinar y declarar su incompatibilidad con la Constitución estatal y por tanto derogarla⁵⁴⁷.

En principio, las resoluciones de los jueces de una jurisdicción territorial no son aplicables de forma obligatoria para las de otras distintas, pero bien por el prestigio del antecedente, pueden llegar a convertirse en un lineamiento persuasivo que es invocado y respetado por los órganos de justicia. Existe, además, el patrón que los tribunales de los Estados grandes, como New York, marcan las pautas a seguir para los Estados más pequeños, por medio de sus resoluciones paradigmáticas.⁵⁴⁸

La no aplicación de un precedente puede ser inconsciente o consciente. El primer caso se presenta cuando el tribunal, por desconocimiento de la existencia de un antecedente, no le da vigor y resuelve en otra línea, por tanto, si un precedente es desconocido, es decir carece de divulgación, éste va perdiendo fortaleza en el sistema. Diferente es el caso que un tribunal, de manera deliberada no atiende un precedente, con la aspiración que un tribunal superior confirme su decisión y modifique el criterio prevalente⁵⁴⁹.

19.2.2. El principio de distinción o *distinguishing*

El uso de los precedentes en el sistema anglosajón no se realiza de forma automática o irreflexiva por parte de los funcionarios judiciales; ellos deben seguir una serie de filtros forenses para su aplicación, los cuales les permiten una creatividad en su ejercicio.

Básicamente, estos tamices son concretizados por el llamado principio de distinción *-distinguishing-*, el cual permite confrontar el caso juzgado frente al presunto

547 BURNHAM, William, *op. cit.*, p. 20. Respecto a los límites constitucionales en la estructura del gobierno estatal, el Tribunal Supremo establece que las decisiones tomadas por el mismo, no implican la sujeción inmediata y expresa de los Tribunales más altos de los Estados. Esto significa que, si la Suprema Corte declara que una ley estatal es compatible con la Constitución Federal, esto no implica que el Tribunal más alto del estado en cuestión, no pueda declarar que dicha ley resulta incompatible con la Constitución local y, en consecuencia, declararla fuera de vigor.

548 *Vid.* GONZÁLEZ MARTÍN, N., *op. cit.*, pp. 373-407. La autora expresa que, originariamente, Inglaterra transmite o hereda su Derecho a los Estados Unidos. En ese sentido, en los países de la *Commonwealth*, cuando no existen precedentes aplicables al caso que ha sido planteado a un juez, se suele recurrir a la jurisprudencia inglesa. A las decisiones de la *Judicial Committe of the Privy Council*, de Inglaterra, se les suele ver con gran respeto en las antiguas colonias y dominios británicos, como serían los casos de Jamaica, Guyana, Malasia y Hong Kong, a pesar de no ser obligatorias para estos. Por tanto, la jurisprudencia inglesa se aplica supletoriamente.

549 *Vid.* Sentencia emitida por el Tribunal Superior de Primer Instancia sobre el caso *Chysky vs. Drake Bros. Co.* (235 N.Y. 512). El tribunal de superior instancia en Nueva York, la *Court of Appeals*, decidió –en 1923 y en 1927– que un niño, el cual había resultado lesionado por una mercancía defectuosa, no podía hacer valer una acción en contra del vendedor de la misma, con fundamento en la garantía prevista en el respectivo contrato de compraventa, si el comerciante celebró el contrato con su padre – *Chysky vs. Drake Bros. Co.* (235 N.Y. 512) -. Posteriormente, en 1957 un tribunal de primera instancia, la *City Court* en el caso *Greenberg vs. Lorenz* (14 Misc. 2d 279; 178 N.Y.S.), sin respetar la sentencia obligatoria de la *Court Appeals*, estableció que un niño que se encontrara en tal circunstancia sí tenía acción para demandar al vendedor. El tribunal de apelación, la *Appellate Term of the Supreme Court*, ratificó la decisión de la *City Court* (12 Misc. 2d 883; 178 N.Y.S. 2d 407 – 1958-). En una tercera instancia, la *Appellate Division of the Supreme Court* revocó la decisión (7 A.D. 2d 968; 183 N.Y.S. 2d 46 – 1959-). En la última instancia, la *Court of Appeals* sostuvo su criterio original (9 N.Y. 2d 195; 173 N.E. 2d 773; 213 N.Y.S. 2d 39). Del caso se desprende que debido a la vinculatoriedad del precedente vertical en el sistema anglosajón, sólo en casos excepcionales, sucede que, un tribunal no aplica conscientemente un precedente obligatorio, buscando con esto que el tribunal superior, cuando conozca de la revisión del caso, cambie su criterio y ponga fuera de vigor la decisión precedente.

precedente, a fin de confirmar las similitudes o establecer las diferencias entre ambos casos, determinándose la aplicación correcta del precedente o su inaplicación⁵⁵⁰.

Este examen es imprescindible, pues un juez es obligado por un precedente, siempre y cuando los hechos que se plantearon en el caso citado son jurídicamente semejantes al caso que juzga. El método del principio de distinción se lleva a la práctica por medio de lo que se conoce como razonamiento con base a ejemplos o analogía. Indiscutiblemente, si después de dicho estudio el juzgador llega a la conclusión que, desde un punto de vista jurídico, los hechos relevantes del caso que juzga son disímiles a los del precedente en comparación, no se encuentra obligado a lo resuelto en el mismo. En esta operación se evidencian las distinciones de derecho (*distinguishing in law*) y de hecho (*distinguishing in fact*).

Es que resulta innegable que, entre dos casos, siempre existirán diferencias, dado que es difícil que se presente una total identidad; ello hace necesario el marco comparativo de los litigios en paralelo.

El ejercicio de este principio es una facultad de todos los jueces, no importando su jerarquía; además, no afecta que el examen comparativo ya haya sido realizado por otro tribunal, dado que se pueden encontrar similitudes y contradicciones para cada caso concreto a conocimiento.

Este ejercicio impone una especie de valladar al *stare decisis*, relativizando la aplicación de los precedentes; pero conjuntamente, se realiza una labor creativa, estableciéndose reglas de aplicación de un caso para otro. Esto permite, adicionalmente, la generación de nuevos argumentos e innovaciones jurídicas utilizables en otros casos⁵⁵¹.

En este sentido, cada operador del Derecho interpreta las decisiones de otros funcionarios judiciales tomadas anteriormente que considere análogas y, a veces, sin perder el sentido de la resolución original, puede realizar una labor encomiable de adaptación a las necesidades actuales, siendo esta otra forma del crecimiento del Derecho Jurisprudencial.

Asimismo, puede ocurrir que a criterio del juez que aplica el principio de distinción, resulte que entre los casos en comparación, existen situaciones importantes que la resolución precedente no consideró, llevándolo a realizar una interpretación distinta sobre ésta. Pero si entre los casos no se hallan contrastes de hecho, la autoridad judicial debe seguir el precedente. También debe respetarse éste cuando, existiendo diferencias de hecho, no son trascendentales⁵⁵².

550 Vid. LEVI, Edward, *op. cit.*, pp. 573-574. El razonamiento jurídico anglosajón tiene su lógica propia. Su estructura se ajusta a interpretar el Derecho, poniendo a prueba constantemente si la sociedad ha establecido diferencias o similitudes, determinando así la forma de resolución. Las tendencias sociales y otros cambios en la sociedad serán pertinentes a tener en cuenta en cada caso. "*Legal reasoning has a logic of its own. Its structure fits it to give meaning to ambiguity and to test constantly whether the society has come to see new differences or similarities. Social theories and other changes in society will be relevant when the ambiguity has to be resolved for a particular case.*"

551 Vid. LEVI, Edward, *op. cit.*, p. 574. El autor manifiesta que los jueces, en cada caso, examinan si es justificado establecer nuevas diferencias o similitudes entre el caso anterior y los casos futuros.

552 Vid. CALVO VIDAL, F., *op. cit.*, p. 94. El autor establece que el *Common Law* tiene su fundamento en la formulación realizada a lo largo de la historia y plasmado en un extenso conglomerado de resoluciones judiciales (*Case Law*); se manifiesta el hecho de que es posible establecer un supuesto jurídico formulado de manera general y abstracta, tal y como los que aparecen en las leyes de los países que pertenecen a la familia del Derecho neo-románico,

19.2.3. Reglas para la modificación de criterios judiciales

De lo dicho se puede deducir que en el sistema anglosajón, la regla general es el acatamiento de los criterios precedentes, los que son valorados con mayor obligación, en relación a su antigüedad y secuencia de respeto en el tiempo⁵⁵³.

No obstante, este derrotero jurídico, tiene diferentes matices en Inglaterra y en los Estados Unidos de América; en ambos es una reflexión interesante la posibilidad de un cambio de rumbo en el criterio jurisprudencial y, como consecuencia, la construcción de nuevas fundamentaciones o *ratios decidendi*.

En el hilo de la última idea, el sistema de *Common Law*, adicionalmente al principio de distinción, ha desarrollado otras reglas para la aplicación de los precedentes, los cuales son: a) *Choice between two lines of authority*, que se presenta cuando el juzgador se ve en la situación de escoger entre dos criterios de autoridad que se conjugan en los precedentes anteriores (regla para distinguir entre dos líneas de autoridad); y b) *Development cases*, cuando la interpretación judicial implica la edificación de nuevos criterios para novedosos litigios que son planteados ante la justicia (método para el desarrollo de casos).

El mecanismo de evolución del precedente tiene particularidades en la familia del *Common Law*. Así, en Estados Unidos de América la obligatoriedad del *Case Law* tiene cierto grado de flexibilidad, pues de forma excepcional una autoridad judicial puede apartarse de la línea jurisprudencial, bajo los principios que se han comentado, siempre que existan razones que lo ameriten. En cambio en Inglaterra, la regla del *stare decisis* resulta interpretarse de forma radical y absoluta, por lo que los jueces que desean hacer modificaciones a criterios, utilizan la fórmula de aplicar el precedente, pero de forma limitada, moderando o deteniendo de forma total sus efectos⁵⁵⁴.

En el proceso de evolución y desarrollo de los criterios jurisprudenciales, resulta natural que la dirección recaiga sobre los jueces superiores, dado que por la estructura misma del sistema, y los principios que lo sostienen, los tribunales inferiores seguirán los nuevos precedentes establecidos por aquellos.

sólo después de siglos en que las decisiones sobre casos similares se han mantenido estables. Una regla de este tipo podría ser conceptuada como una regla de Derecho Consuetudinario Judicial.

553 Vid. BLASCO GASCÓ, F., *La Norma juris...*, cit., pp. 53-55. La vinculatoriedad del precedente jurisprudencial recae en virtud del principio *stare decisis* de una *ratio decidendi*; debe diferenciarse la cuestión fundamental del asunto, con respecto a asuntos incidentales que no influyen en la decisión (*dictum*). En las ramas o materias donde existe abundantes precedentes su obligatoriedad cobra mayor fortaleza.

554 Vid. DAVID, Gregory, *Dworkin, precedente, confidence, and Roe V. Wade*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 152, no. 3 (enero 2004), pp. 1221-1253. El autor manifiesta que con respecto a cómo debería ser un asunto decidido, hay que asumir que algunas respuestas son mejores que otras, y en general, hay una respuesta correcta. Traducción del original: "*Regarding how a case should be decided, one must assume that some answers are better than others in general, there is a right answer*". En ese sentido, en el desarrollo del *Case Law* la confiabilidad de los precedentes juega un papel de suma importancia. Los tribunales inferiores están vinculados, por ejemplo, en el Derecho de Propiedad Inmobiliaria a los precedentes, que debido a su confiabilidad, resultan completamente obligatorios *-absolutely finnding-*.

El progreso jurídico en el sistema de precedentes, por lo general no irrumpe de manera violenta o repentina⁵⁵⁵, antecedendo al cambio una serie de resoluciones previas conexas al caso donde opera finalmente la modificación del criterio. Esto puede ser catalogado como una timidez o una prudencia al cambio por parte de los funcionarios judiciales anglosajones, con respecto a la modificación de las decisiones judiciales⁵⁵⁶.

20. EL ORDEN JURISPRUDENCIAL EN COSTA RICA

Costa Rica tiene el prestigio de contar con un modelo de Estado Social Democrático de Derecho⁵⁵⁷, con una evolución jurídica muy avanzada en América Latina, y sin lugar a dudas, tiene en esta óptica, el liderazgo a nivel centroamericano.

En el campo del Derecho Administrativo, Costa Rica goza de una Ley General de Administración Pública desde 1978⁵⁵⁸, y un Código Procesal Contencioso Administrativo, con vigencia a partir del 1^a de enero de 2008, que regula la Jurisdicción Administrativa y Civil de Hacienda, y que se constituye en un cuerpo normativo de significativa vanguardia y un modelo a seguir para los demás países de Centroamérica⁵⁵⁹.

Por ende, al escribir estas líneas desde el Istmo Centroamericano, es apropiado que en un capítulo de Derecho Comparado, se aborde el sistema jurisprudencial más destacado de la región centroamericana⁵⁶⁰.

20.1. Género de fuente dentro del ordenamiento costarricense

La regulación de la jurisprudencia en Costa Rica es sumamente explícita. Así, el texto primario de su sistema viene dado por su Ley Orgánica del Poder Judicial en la

555 Salvo algunas decisiones con carácter político del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

556 Vid. BATIZA, Rodolfo, *Codificación y supervivencia del Common Law*, Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, No. 15, Sección de Doctrina, 1952, pp. 43 – 65. El autor manifiesta que la era del temor al Derecho Legislado ha muerto, pues algunas ramas del mismo, necesariamente, tienen que ser legislados (*Statute Law*). Por tanto, a pesar de la flexibilidad del *Case Law*, este ha resultado incapaz de hacer frente a las necesidades jurídicas que la sociedad ha traído consigo.

557 Es un Estado Unitario, la forma de gobierno es presidencialista, con algunos rasgos del sistema parlamentario.

558 Vid. Ley General de la Administración Pública, 6227 del 2 de mayo de 1978.

559 Vid. RIVERO SÁNCHEZ, J., *Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado*, San José, Costa Rica, Biblioteca jurídicas Dike, 2001, pp. 195-198; Vid. JIMÉNEZ MEZA, M. y otros, *El Nuevo Proceso Contencioso-administrativo*, t. I, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 13-29. En resumen los principios esenciales de la novedosa legislación son: a) Derecho opcional para el agotamiento de la vía administrativa; b) Subjetivación del proceso; c) Debido proceso y sana crítica; d) Justicia pronta y cumplida; e) Publicidad; f) Semiformalismo y flexibilidad del procesales, g) Igualdad procesal; h) Principio de *iura novit curiae*; h) Flexibilidad impugnatoria; i) Apertura de la legitimación activa; j) Apertura a las medidas cautelares; j) Oralidad, mediación, contradicción y concentración de la prueba.

560 Sobre el tema véase en términos generales los autores costarricenses siguientes: Vid. JINESTA LOBO, E., *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2009, pp. 287-289; Vid. FERNÁNDEZ ARGÜELLO, H., y otros, *Código Procesal Contencioso Administrativo*, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto S.A., 2008, pp. 581-599; Vid. JINESTA LOBO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 2^a ed., San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2009, pp. 296-302; Vid. CÓRDOBA ORTEGA, J., *Ley General de la Administración Pública -Con jurisprudencia constitucional, laboral, penal y contencioso administrativa-*, 4^a ed., San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2008, pp. 95-96; Vid. PIZA ESCALANTE, R., *La Justicia Constitucional en Costa Rica*, San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2004, pp. 171-175; Vid. ORTIZ ORTIZ, E., *Tesis de Derecho Administrativo*, t.I, San José, Costa Rica, Biblioteca Jurídica DIKE, 2002, pp. 296-306; Vid. ROMERO PÉREZ, J., *Derecho Administrativo general*, San José, Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1999, p. 49; Vid. ROJAS FRANCO, E., *Derecho Administrativo de Costa Rica*, México, Porrúa, 2006, pp. 79-83; Vid. MURILLO ARIAS, M., *Ensayos de Derecho Público*, v. IV, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 2008, pp. 67-73.

reforma No. 7333, del 5 de mayo de 1993, en el que se establece que la jurisprudencia y los principios generales del Derecho tienen carácter de fuente, para suplir la ausencia e insuficiencia del ordenamiento escrito. Este es un principio calcado de la Ley General de la Administración Pública de 1978. También es relevante que la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense manifiesta que la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma⁵⁶¹. Tal obligatoriedad se expande para todos los tipos de proceso que desarrolla dicha jurisdicción.

Pareciera que bajo estas regulaciones, el ordenamiento costarricense le otorga un rol fundamental al precedente jurisprudencial, desviándose del sistema continental tradicional para alinearse hacia un método propio del sistema anglosajón, dado que se reconoce a la jurisprudencia como fuente formal y su obligatoriedad, por lo menos con mayor claridad, en el Derecho Público de dicho país⁵⁶².

20.2. Fundamento jurídico de la aplicación de la jurisprudencia

Como ya se anticipó, existen algunas disposiciones normativas expresas que rodean a la fuente de la jurisprudencia, la cuales deben ser consideradas para evaluar su impacto definitivo en el ordenamiento administrativo costarricense.

20.2.1. Un acercamiento al modelo de justicia costarricense

En Costa Rica, de acuerdo a su Constitución, el poder judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley⁵⁶³.

Según su Carta Magna, el Poder Judicial está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos⁵⁶⁴.

Al Poder Judicial costarricense le corresponde conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso administrativo, y de las demás que determine ley,

561 Vid. PIZA ESCALANTE, R., *op. cit.*, p. 171. El artículo 13 de la L.Jur.Const. nos establece la vinculatoriedad de la jurisprudencia y precedentes constitucionales, la cual no debe entenderse solamente en el fallo en sí, fuente escrita del caso concreto, sino también la de los fundamentos o considerandos; Vid. RIVERO SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 198. No comparte la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, indicando que la ley pretende otorgarle a esta un carácter vinculante, pretensión que sería legítima si viniera directamente de la Constitución, pero la verdad es que ésta nada dice al respecto.

562 Vid. JINESTA LOBO, E., *Tratado de...*, *cit.*, p. 299. Existe cierta diferencia con lo regulado por el Art. 9º del título preliminar del Código Civil costarricense, pues indica que la jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico, con la doctrina reiterada de casación. Pareciera que el Código Civil se decanta por no darle un carácter vinculante, sino de mera orientación. Desde este punto, podría argumentarse que la jurisprudencia tiene un valor diferente en el Derecho Privado costarricense.

563 Vid. Art. 152 CnC. En igual sentido el Artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice: *“La Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que la ley establezca ejercen el Poder Judicial. Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que la Constitución Política le señala, conocer de los procesos civiles, penales, penales juveniles, comerciales, de trabajo, contencioso-administrativos y civiles de hacienda, de familia, agrarios y constitucionales, así como de los otros que determine la ley; resolver definitivamente sobre ellos y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario”*. (Así reformado por Ley N° 7728 del 15 de diciembre de 1997).

564 Vid. Art. 154 CnC. En igual sentido el Artículo 2 de la ley orgánica del poder judicial dice: *“El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución Política y la ley. Las resoluciones que dicte, en los asuntos de su competencia, no le imponen más responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos”*.

cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; debiendo resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario⁵⁶⁵. Asimismo, su Constitución indica que corresponde a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público.

En esa vía no son impugnables los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley. Esa misma Sala deberá dirimir las competencias entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley. Tiene, adicionalmente, atribuciones de consulta sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos establecidos en la ley⁵⁶⁶.

De igual forma, dicha Sala es competente para conocer del proceso hábeas corpus, que se esgrime para garantizar la libertad e integridad de las personas, y del recurso de amparo, diseñado para mantener o restablecer los demás derechos constitucionales, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos⁵⁶⁷.

También, la Constitución costarricense, de forma especial, establece la jurisdicción contencioso-administrativa como una atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público⁵⁶⁸.

Por otra parte, en Costa Rica la administración de justicia está dividida en: a) Juzgados y tribunales de menor cuantía, contravencionales y de asuntos sumarios, b) Juzgados de primera instancia y penales, c) Tribunales colegiados, d) Tribunales de casa-ción, e) Salas de la Corte Suprema de Justicia, f) Corte Plena⁵⁶⁹.

565 *Vid.* Art. 153 CnC.

566 *Vid.* PIZA ESCALANTE, R., *op. cit.*, p. 115. Al comentar el art. 10 CnC., establece que la Sala es pues, un órgano constitucional, con todas las atribuciones de un Tribunal Constitucional independiente, si bien integrado administrativamente y orgánicamente en la cúpula del Poder Judicial. La Sala es única y sus límites sólo son los de su marco constitucional, con las inevitables responsabilidades adicionales que le resultan de que, por su función y por su carácter jurisdiccional y supremo, sus pronunciamientos adquieren, de hecho y prácticamente de derecho, la eficacia rango del propio Derecho de la Constitución que interpretan y aplican.

567 *Vid.* JINESTA LOBO, E., *Tratado de...*, *cit.*, p. 301. Aclara el autor que la propia Sala ha establecido que toda su jurisprudencia es vinculante, se trate de un amparo o de una acción de inconstitucionalidad, citando la sentencia voto No. 927-94, de las 15:30 hrs. del 15 de febrero de 1994. El amparo está regulado en el art. 48 CnC.

568 *Vid.* JIMÉNEZ MEZA, M., *op. cit.*, p. 31. El art. 49 CnC. es la base para toda la estructura de la justicia administrativa costarricense.

569 *Vid.* Art. 3 Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica.

20.2.2. Regulación de la jurisprudencia en el sistema normativo costarricense. Especial referencia al orden jurídico administrativo

Como la mayoría de Constituciones, la costarricense contempla el principio de igualdad⁵⁷⁰, y como se ha venido sosteniendo, amparado en el mismo, cuando existen circunstancias similares y legítimas, un tribunal debe, en el orden de la igualdad, otorgar el mismo tratamiento. Caso contrario se favorecen algunos ciudadanos en detrimento de otros.

De este principio se extrae que debe existir uniformidad y armonía en los criterios judiciales, de otra forma los derechos fundamentales quedan al arbitrio de cada juzgador. Seguramente que de presentarse desarmonía de criterios, se genera una incertidumbre en la aplicación del Derecho⁵⁷¹.

En consecuencia, el ordenamiento costarricense, desde su norma fundamental, lanza un mensaje a los juzgadores, que al existir identidad de objeto y causa en un proceso judicial, deberán otorgar un igual tratamiento o, caso contrario, fundamentar el cambio de criterio.

También la Constitución reconoce que el Poder Judicial, dentro de sus distintas materias y en desarrollo de su función, deberá resolver definitivamente y ejecutar las resoluciones que pronuncie⁵⁷². Dentro de este mandato se recoge un principio constitucional implícito, el cual habilita la creación de normas por el juez en situaciones extraordinarias tales como: los casos de lagunas o vacíos de ley, cuando se presentan antinomias en la ley y cuando éstas caen en ambigüedades y anacronismos sociales. En tal sentido, la labor de la interpretación e integración de las normas jurídicas, por parte del funcionario judicial, encuentra un fundamento constitucional en Costa Rica, enlazado ello a la seguridad jurídica que debe prevalecer en todo ordenamiento⁵⁷³.

Aparte de las normas constitucionales con una regulación implícita que se han comentado, no cabe duda que es loable la regulación y determinación de la jurisprudencia que realiza la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica de 1993, cuando establece que los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar, y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de las fuentes.

570 Vid. PIZA ESCALANTE, R., *op. cit.*, 171. El art. 33 CnC. dice: “*Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana*”. (Reforma Constitucional 7880 de 27 de mayo de 1999). Un fundamento de la eficacia *erga omnes* de la jurisprudencia constitucional es el principio de igualdad.

571 Vid. GARRO, Alejandro M., “Eficacia y Autoridad del precedente constitucional en América Latina: Lecciones del Derecho Comparado”, en *Rev. Esp. Derecho Const.*, número 24, Año 8, septiembre-diciembre 1988, p. 123. La desigualdad en los tribunales resulta francamente caóticas.

572 Art. 153 CnC.

573 Vid. ORTIZ ORTIZ, E., *op. cit.*, p. 305. En el fondo dice el administrativista costarricense que es un principio de derecho constitucional, naturalmente no escrito, que autoriza la creación de normas por el juez, en la hipótesis de laguna. La misma exigencia de seguridad jurídica, que está en la base del sistema, emana de sí el respeto de toda normalidad jurídica. El Art. 153 CnC. que establece la facultad de resolver del poder judicial, debe entenderse a la luz dicho principio no escrito, como si dentro de la capacidad de resolver, está la de crear normas por reiteración.

También se expresa que los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten.

Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, las fuentes no escritas tendrán rango de ley⁵⁷⁴.

En este orden, la Ley General de Administración Pública de Costa Rica sistematiza las fuentes del Derecho Administrativo, estableciendo el siguiente orden jerárquico de prelación de normas escritas: a) La Constitución Política; b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana; c) Las leyes y los demás actos con valor de ley; d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes y los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia; e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas⁵⁷⁵.

En cuanto a las normas no escritas, de igual forma, dicha ley da un orden de prelación, estableciendo en primer lugar la jurisprudencia, luego los principios generales del Derecho Público, y por último la costumbre⁵⁷⁶.

Esta regulación normativa sobre las fuentes no escritas, y sobre todo referido al caso de la jurisprudencia, resulta una verdadera innovación a nivel latinoamericano, pues desde finales de los años 70, el modelo legal costarricense reconoce una situación que, de facto, se viene percibiendo desde hace mucho tiempo en los sistemas legalistas, como es la aplicación y el enorme valor jurisprudencial en el orden jurídico administrativo⁵⁷⁷.

La Ley General de Administración Pública de Costa Rica reitera también que en el campo del Derecho Público, las normas no escritas aludidas sirven para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito⁵⁷⁸. En el caso de interpretación y delimitación, la jurisprudencia tendrá el rango la norma que interpretan o delimitan; pero cuando se trate de integración, la jurisprudencia que cumpla ese rol tendrá valor de ley. Esto último porque la integración necesariamente implica un vacío de ley, el cual necesita ser llenado o colmado⁵⁷⁹.

574 *Vid.* ROJAS FRANCO, E., *op. cit.*, pp. 82-83. El art. 5 incisos 2º, 3º y 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, es la base para decir que el juez no puede rehusarse a resolver, so pretexto de vacío. Asimismo, debe tenerse en cuenta que desde el momento en que la jurisprudencia emana de una norma, irremediamente ésta se transforma en fuente de Derecho.

575 *Vid.* ROMERO PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 41. Fuentes escritas son aquellas obviamente que consten por escrito y consisten en actos jurídicos de consecuencias normativas, que voluntariamente y conscientemente se orientan a generar la regla de derecho. Se encuentran sistematizadas en el artículo 6 Ley General de la Administración Pública de Costa Rica.

576 *Vid.* CÓRDOBA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 99. El art. 9.2, Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, establece que por laguna del ordenamiento escrito, se aplicará por su orden la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios; *Vid.* JINESTA LOBO, E., *Tratado de...*, *cit.*, p. 298. Esta disposición nos da un orden de prelación en caso de integración por laguna, iniciando con la jurisprudencia.

577 *Vid.* GUTIERREZ RODRIGUEZ, M., *op. cit.*, p. 194. No sería desmesurado decir que este texto más que una innovación, resultado ser un reconocimiento de una situación que eventualmente se da de hecho en la aplicación del Derecho Administrativo.

578 *Vid.* Art. 7 Ley General de la Administración Pública de Costa Rica.

579 *Vid.* GUTIERREZ RODRIGUEZ, M., *op. cit.*, p. 196. Si en las disposiciones de una ley que regula una materia existe laguna, la jurisprudencia que la llene, es decir, la que la integre, tendrá rango de ley. Pero igualmente si existe vacío en la aplicación de un reglamento, la jurisprudencia que llene el vacío tendrá rango de ley.

La regulación costarricense formula que el ordenamiento administrativo es independiente de las otras ramas del Derecho, el cual está compuesto por normas escritas y no escritas, teniendo estas últimas la función especial de integrar el sistema, para garantizar un equilibrio o moderación entre la eficiencia y facultades de la Administración y los derechos de los administrados⁵⁸⁰.

La labor de interpretación, integración y delimitación del derecho por parte de la jurisprudencia en el orden jurídico administrativo, debe de realizarse bajo un mecanismo que responda al fin público que persigue la Administración, pero dentro del respeto de los derechos e interés de los particulares⁵⁸¹.

Sin embargo, todas estas estipulaciones sobre el rol jurisprudencial no deben interpretarse erróneamente en el sentido de una habilitación para los funcionarios judiciales de poseer una facultad de dictar o resolver sentencias *contra legem*, dado que el rol del juzgador es sumamente diáfano, es decir, únicamente para ejercer funciones interpretativas, delimitativas e integradoras de las leyes administrativas. En los dos primeros supuestos existe derecho escrito sobre el cual ejercer la actividad y en el último existe una carencia de ley⁵⁸².

En consecuencia, se afirma que el ordenamiento costarricense no permite que concurra jurisprudencia que contradiga la ley, sino la misma debe ser “*secundum legem*”, complementando la ley administrativa, pero no contraviniéndola.

Al mismo tiempo, de estipularse las referidas reglas de interpretación que respetará la jurisprudencia, la ley costarricense tiene el arrojo de realizar una manifestación de vanguardia, que la mayoría de los países del sistema continental se han cohibido de realizar. Declaración que consiste en una redefinición del principio de legalidad o de juricidad, consiste en el respeto de la Administración Pública a todo el ordenamiento jurídico⁵⁸³, en el cual sólo puede realizar aquellas actuaciones que dicho ordenamiento autorice, entendiéndose que el ordenamiento está configurado por una escala jerarquía de fuentes escritas y no escritas, que incluyen indudablemente a la jurisprudencia⁵⁸⁴.

580 Vid. Arts. 8 y 9 Ley General de la Administración Pública de Costa Rica. Valga aclarar que el Art. 9.1 indica que solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.

581 Vid. CÓRDOBA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 102. Citando jurisprudencia del Tribunal Superior Contencioso Administrativo., Sec. Primera. Resolución No. 89 de las 15:30 hrs. del 2 de marzo. Proceso Contencioso Administrativo. O.C.R.S.A. c/INCOOP, que estableció que las normas administrativas deben ser interpretadas de manera que mejor garanticen la realización del fin público que es su objeto. Art. 10 Ley General de la Administración Pública de Costa Rica.

582 Vid. ORTIZ ORTIZ, E., *op. cit.*, p. 301. Consecuentemente la jurisprudencia únicamente puede crear derecho en los casos siguientes: i) cuando los conceptos de la ley son confusos o indeterminados, ii) cuando es ambigua la finalidad de la ley, iii) en caso de antinomias iv) cuando la norma conduce a un resultado manifiestamente injusto o contrario a su finalidad, v) en caso de laguna.; Vid. GUTIERREZ RODRIGUEZ, M., *op. cit.*, p. 194-195. No hay posibilidad de resolver *contra legem* al aplicar la jurisprudencia.

583 Vid. ROMERO PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 64. Existe una sumisión de toda la Administración Pública costarricense al bloque de legalidad, es decir, a todo el conjunto de normas escritas y no escritas. En igual sentido: Vid. ROJAS FRANCO, E., *op. cit.*, p. 4; Vid. ORTIZ ORTIZ, E., *op. cit.*, pp. 73-79.

584 Vid. Art. 11 Ley General de la Administración Pública de Costa Rica: 1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.

Partiendo de la legislación costarricense, se puede establecer que en la rama del Derecho Administrativo, existe una plena claridad que, la jurisprudencia es una fuente formal, dado que la misma ley le reconoce de forma expresa dicha calidad.

Se indica, además, que es una fuente no escrita, ya que su origen no deviene de un órgano legislativo diseñado constitucionalmente para producir normas externamente jurídicas, completamente estructuradas y bajo un proceso para tal fin. En otras palabras: no es una fuente que tenga su nacimiento en una autoridad normativa, cuyas funciones sean dictar leyes o reglamentos. Más bien esta fuente se origina de un tribunal, quien al desarrollar su función de administrar justicia, del conjunto de sus resoluciones, se pueden extraer lineamientos normativos o doctrina jurisprudencial por generalización⁵⁸⁵.

Por otra parte, el recurso de casación costarricense en el orden contencioso administrativo, puede calificarse como una apología sistemática a todo el ordenamiento, pues dentro de las causales de la impugnación, se encuentran la no aplicación, la indebida aplicación o interpretación de normas jurídicas en general. Y como se ha visto, la jurisprudencia es una norma jurídica no escrita, por tanto, su violación en los supuestos aludidos, estaría tutelando por el recurso de casación. De la misma manera se admite dicha impugnación cuando la sentencia viole los principios de igualdad y seguridad jurídica, cerrando de esta forma un cuerpo procesal el círculo de protección del orden jurisprudencial en sede judicial⁵⁸⁶.

20.2.3. Función de la jurisprudencia en el orden jurídico administrativo costarricense

De la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, se extrae que la jurisprudencia cumple una triple función: interpretar, delimitar e integrar el ordenamiento escrito, roles que se comentan a continuación.

A) Función interpretativa del ordenamiento escrito

La interpretación jurídica es, pues, una interpretación de enunciados, y esta labor reside en fijarle sentido o significado a los enunciados jurídicos. Sin embargo, se hace la salvedad que no siempre el término es usado por los juristas de forma concordante. En algunas ocasiones se hace bajo la perspectiva amplia de la expresión, según la cual, interpretar es atribuir significado a los enunciados jurídicos de acuerdo con las reglas de sentido y significado del lenguaje en que se expresan, con autonomía de sí existen o no divergencias o controversias en torno a ese significado.

585 *Vid.* ORTIZ ORTIZ, E., *op. cit.*, pp. 296-297. La jurisprudencia parte de lo particular para llegar a lo general. Lo particular es el fallo y lo general la regla que se extrae de la sentencia; *Vid.* GUTIERREZ RODRIGUEZ, M., *op. cit.*, p. 193.

586 *Vid.* JIMÉNEZ MEZA, M., *op. cit.*, p. 28. Una innovación de la nuevo Código, es el recurso de casación en interés del ordenamiento jurídico, aclarando que éste no sólo incluye la ley escrita sino el derecho no escrito como la jurisprudencia. El art. 138 del Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica, expresa: que también procederá el recurso de casación por violación de normas sustantivas del ordenamiento jurídico, en los siguientes casos: c) Cuando se haya aplicado o interpretado indebidamente una norma jurídica o se haya dejado de aplicar. d) Cuando la sentencia viole las normas o los principios del Derecho Constitucional, entre otros, la razonabilidad, proporcionalidad, seguridad jurídica e igualdad.

Es decir, según este concepto, todo texto jurídico necesita ser interpretado, pues “interpretar” es dar sentido a un texto. Otra connotación es, en un aspecto restringido del término, según la cual sólo se interpretan aquellas normas que son dudosas o controvertidas; por tanto, interpretar es atribuir significado a un texto normativo pero únicamente cuando el mismo es oscuro o debatible.

En otras palabras, interpretar en esta línea es aclarar o dilucidar dudas sobre el significado del cuerpo normativo⁵⁸⁷.

En todo caso se cree que la ley costarricense se refiere a una labor ponderada del juez, según la cual el funcionario judicial debe, racionalmente, asignar un significado al texto legal, evitando toda arbitrariedad, y en ciertos casos calificados como fáciles o menos complejos, la interpretación se traduce en un mero descubrimiento o averiguación de un significado⁵⁸⁸.

En esta orientación, las interpretaciones complejas, además de cumplir el cometido inmediato de descifrar el litigio controvertido para el caso concreto, amplían su espectro para otros casos en que las mismas tengan relevancia y puedan colaborar como fuente de interpretación de las fuentes escritas.

B) Función de delimitar el campo de aplicación del Derecho escrito

Concretar la norma escrita, tomando en consideración los principios de jerarquía y competencia normativa, no es una tarea fácil para el funcionario judicial. Debe estar pendiente del orden de prelación de las normas, donde el principio de supremacía constitucional es su rumbo ineludible. Asimismo, las regulaciones nacionales y municipales deben identificarse para determinar la aplicación correcta.

También, en este rubro encuentra cabida el análisis de vigencia de las normas por parte del juez, habida cuenta que en muchas ocasiones existe imprecisión sobre derogatorias tácitas de leyes. El operador del Derecho debe precisar el alcance temporal y espacial de la norma, y como juez, lamentablemente, no puede equivocarse, caso contrario habría una sentencia que distorsionaría el ordenamiento.

Por tanto, la delimitación de la norma escrita aplicable, que supuestamente pareciera una labor sencilla y mecánica, verdaderamente es un proceso de constataciones entre los hechos y análisis heterogéneos de textos normativos, que convergen en el gran dilema, en qué norma aplicar. Así, no es extraño que en muchos litigios vinculados con la

587 Vid. GASCON ABELLAN, M. - GARCIA FIGUEROA, A., *Interpretación y Argumentación...*, cit., pp. 53-56. La doctrina moderna asigna tres concepciones de interpretación: 1. La objetiva según la cual textos legales tienen significado propio e interpretar consiste en averiguarlo. 2. La subjetiva, de acuerdo a ella los textos legales no tienen un significado propio, y precisamente interpretar es adjudicarlos de forma creativa por el juez. 3. Una concepción intermedia, que aboga que en los casos fáciles aplica la primera y por lo general atribuir conceptos a los textos legales no de forma arbitraria sino racional.

588 Vid. HART, Herbert, “Postscriptum”, en *La decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Colombia, Universidad de los Andes, 1997, p. 136-137. El juez no puede actuar arbitrariamente debe de hacerlo con razones generales que justifiquen su decisión, como un legislador escrupuloso. Vid. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio...*, cit. pp. 63-64. Los casos fáciles o sencillos están predeterminados en la norma: estas son claras e indudablemente sólo existe una solución correcta.

Administración lo que se debate en el conflicto, y que es trascendental para la decisión, sea la determinación de la ley aplicable⁵⁸⁹.

También esta función está relacionada a los casos identificados como antinomias, es decir, cuando dos normas escritas regulan un mismo supuesto de hecho de forma disímil e incompatible, dado que aquí lo que se presenta es un problema de relevancia o de aplicabilidad de la norma; lo cual, a pesar de existir criterios de solución como la jerarquía, cronología, especialidad y competencia, el juez, en su jurisprudencia, en muchas ocasiones, en una labor analítica y casi artística, debe conjugar varios criterios para encontrar la solución correcta⁵⁹⁰.

Será, pues, la jurisprudencia quien irá estructurando un rumbo a seguir en los casos similares para la delimitación de normas escritas, a manera de precedentes.

C) Función de integración del ordenamiento escrito

Es muy conocido que la labor de integración la realiza la jurisprudencia cuando cubre los vacíos normativos o lagunas. O sea, aquellos casos o situaciones no reguladas por el Derecho escrito. Se establece que existe una laguna cuando, no se encuentra, encontramos dentro del ordenamiento escrito, una regulación para una determinada situación fáctica⁵⁹¹.

Es natural que ocurra tal situación, pues el legislador no puede prever todas las circunstancias sociales, sobre todo en el orden administrativo, donde la realidad sobrepasa en demasía a las leyes. Y ante tal carencia, el juez circunstancialmente puede acudir a la jurisprudencia para enmendar estos vacíos, en donde la función judicial ve al máximo su labor de creación de Derecho⁵⁹².

En este caso, es la jurisprudencia una probable solución de fundamentación jurídica de la resolución judicial, que servirá para colmar o rellenar la laguna, teniendo en este caso, dicha fuente la jerarquía de ley, por disposición expresa del ordenamiento costarricense.

589 Vid. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio...*, cit., pp. 91-93. La determinación de la norma aplicable, que aparentemente se tenía como una operación sencilla y casi automática, es el resultado de un eslabonamiento de decisiones que el juez ha de adoptar en una encrucijada de razones plausibles, en muchos litigios lo que se discute es la norma aplicable: nacional o municipal, ley anterior o posterior, ley general o especial.

590 Vid. GASCON ABELLAN, M.- GARCIA FIGUEROA, A., *Interpretación y Argumentación...*, cit., pp. 64-65. Si se acepta el problema de las antinomias en el ordenamiento, el problema que surge ya no es un problema interpretativo, en sentido estricto, sino más bien un problema de relevancia. Esto es cuál es la norma o normas aplicables para decidir el caso. Vid. LALAGUNA, Enrique, *op. cit.*, p. 212.

591 Vid. GARCÍA AMADO, J., *op. cit.*, pp. 2-6. La propia naturaleza del lenguaje sumada a la dinámica social que hace aparecer nuevas realidades y problemas nos determinan las constantes lagunas en el Derecho. La ley no puede abarcar la inagotable riqueza de la vida y cuando la ley no es pensada para un caso, es absurdo forzarla; Vid. GASCON ABELLAN, M. - GARCIA FIGUEROA, A., *Interpretación y Argumentación...*, cit., pp. 65-66; Vid. AZÚA REYES, S., *op. cit.*, pp. 101-106.

592 Vid. CARDOZO, Benjamín, *op. cit.*, p. 65. Los jueces poseen el derecho de legislar dentro de las lagunas, pero a menudo no existen lagunas.

20.2.4. El proceso de extensión de la jurisprudencia a terceros en el orden contencioso-administrativo costarricense

El veinticuatro de abril de dos mil seis, la Asamblea Legislativa costarricense decretó un nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo, con vigencia a partir del primero de enero de dos mil ocho, el cual sustituye la, ya superada, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1966, dicho Código desarrolla disposiciones constitucionales, edificando la jurisdicción Contenciosa Administrativa y Civil de Hacienda, la cual juzga las actuaciones de la Administración Pública, entendiendo como tal, para los efectos dicho cuerpo normativo: a) La Administración Central. b) Los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas. c) La Administración descentralizada, institucional y territorial y las demás entidades de Derecho Público⁵⁹³.

Según dicho Código, se traza un recurso de casación bajo la competencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de acuerdo a criterios de distribución competencial determinados en el mismo cuerpo normativo⁵⁹⁴.

El Código instauro, adicionalmente, un proceso especial de extensión y adaptación de la jurisprudencia casacional para terceros, inspirado en los principios del imperativo de la justicia pronta, celeridad y economía procesal. Este establece que los efectos de la jurisprudencia contenida, en al menos dos fallos de casación, que hayan reconocido una situación jurídica, podrán extenderse y adaptarse a otras personas, siempre que exista igualdad de objeto y causa con lo fallado⁵⁹⁵.

En un inicio, el proceso especial empieza con una solicitud dirigida a la Administración Pública, ante quien quiere hacerse valer la jurisprudencia invocada; por ende, la petición deberá motivarse con la acreditación indudable de la sentencia citada, a través de establecer su referencia o una fotocopia de la misma. Pero si el órgano administrativo rechaza la

593 Vid. JINESTA LOBO, E., *Manual del Proceso...*, cit., pp. 27-29. Este nuevo instrumento pretende hacer realidad los imperativos constitucionales de una justicia pronta y cumplida a través de un arsenal de instrumentos procesales. Art 1.3 Código Procesal Contencioso – Administrativo de Costa Rica.

594 Vid. JIMENEZ MEZA, M., *op. cit.*, p. 81. Se dispuso la creación de un Tribunal de Casación que paralelamente con la Sala Primera, harán jurisprudencia, lo que se confirma con el proceso de adaptación y extensión de la misma a terceros. Vid. Art. 134.3 Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica. Vid. Art. 135.1 del mismo Código: Corresponderá a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, conocer y resolver el recurso extraordinario de casación cuando la conducta emane de los sujetos siguientes: a) El Presidente de la República. b) El Consejo de Gobierno. c) El Poder Ejecutivo, entendido como el Presidente y Ministro del ramo. d) Los ministerios y sus órganos desconcentrados. e) La Asamblea Legislativa, el Poder Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando ejerzan función administrativa. f) La Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes. g) Las instituciones descentralizadas, inclusive las de carácter municipal, y sus órganos desconcentrados. h) Los órganos con personalidad jurídica instrumental. Vid. Art. 136.2 del mismo Código: Corresponderá al Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, conocer recurso de casación cuando la conducta objeto del proceso emane de alguno de los siguientes entes u órganos: a) Los colegios profesionales y cualquier ente de carácter corporativo. b) Los entes públicos no estatales. c) Las juntas de educación y cualquier otra junta a la que la ley le atribuya personalidad jurídica. d) Las empresas públicas que asuman forma de organización distinta de las de Derecho Público.

595 Vid. JINESTA LOBO, E., *Manual del Proceso...*, cit., p. 287. El proceso fue diseñado bajo el imperativo de la justicia pronta y de los principios de la celeridad y economía procesal.

petición de forma expresa o no contesta en el término de quince días hábiles⁵⁹⁶ en tales circunstancias, el particular afectado podrá reclamar tal situación ante los tribunales de casación⁵⁹⁷.

La petición de reclamo contra la Administración se formula por escrito motivado, ofreciendo pruebas que establezcan o acrediten los extremos de la situación jurídica. De la solicitud se otorga audiencia por cinco días para formular pruebas y alegatos a la parte contraria, existiendo etapas orales de las mismas. Concluido el trámite, si la Sala o el Tribunal en su caso consideran procedente la solicitud, emitirán una resolución ordenando la extensión y adaptación de los efectos de los fallos; dicha resolución podrá hacerse ejecutiva como una sentencia. No obstante, la petición podrá ser denegada, cuando exista jurisprudencia contradictoria o no exista igualdad de objeto o causa⁵⁹⁸.

En síntesis, se trata de un mecanismo que vivifica la unidad de la jurisprudencia en el orden contencioso administrativo, a través del cual un sujeto legitimado puede solicitar en sede administrativa o judicial, el reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica, que los tribunales de casación han otorgado a otros en al menos dos sentencias anteriores, siempre que exista identidad de objeto y causa con lo resuelto⁵⁹⁹.

Sobre este proceso innovador, la doctrina costarricense ha destacado algunos aspectos relevantes que conviene mencionar: i) El precedente jurisprudencial reiterado debe tener su origen, necesariamente, en los Tribunales de Casación; consecuentemente, no es aplicable a este proceso los criterios de los tribunales inferiores, aún cuando se trate de resoluciones reiteradas y que vayan en la misma línea; ii) Es necesario que se trate de, por lo menos, dos sentencias casacionales que recojan el mismo criterio, es decir, que el legislador se refiere a un criterio jurisprudencial reiterativo; por tanto, una sola resolución es insuficiente para hacerla valer en el proceso de extensión o adaptación; iii) Para que se habilite la extensión o adaptación jurisprudencial, el tercero que la invoca debe probar o acreditar la existencia de identidad de objeto y causa con lo fallado. Esta última evaluación es lo esencial del proceso especial, pues implica que el juzgador debe realizar un examen de semejanza entre el caso anterior y el presente a efecto de determinar la similitud de los mismos⁶⁰⁰.

596 Operando el silencio administrativo en sentido negativo (denegación presunta).

597 *Vid.* Art. 185 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica.

598 *Vid.* Arts. 186 y 187 del Código Procesal Contencioso – Administrativo de Costa Rica.

599 *Vid.* FERNÁNDEZ ARGÜELLO, H., *op. cit.*, pp. 582-583. Este es un proceso inédito en la legislación costarricense, dado que en la ley anterior, para hacer valer el precedente jurisprudencial había que tramitar todo el proceso, en cambio ahora funciona con proceso especial sumario.

600 *Vid.* FERNÁNDEZ ARGÜELLO, H., *op. cit.*, pp. 586-601. El autor hace una explicación extensa sobre dicho proceso, ofreciendo incluso, unas líneas comparativas con una figura similar en la legislación española. Asimismo, establece que uno de los grandes retos de la jurisprudencia costarricense será la definición del término “Adaptación”, el cual deberá establecer su diferencia con la de la extensión de la jurisprudencia. Sobre el particular creemos que la diferencia entre estos términos coincidirá con el uso de la jurisprudencia mediante la analogía permisiva y la analogía estricta. Véanse los apartados 14.1 y 14.2; *Vid.* JINESTA LOBO, E., *Manual del Proceso...*, *cit.*, p. 288.

21. EL ORDEN JURISPRUDENCIAL EN ARGENTINA

El Estado argentino es un país suramericano, cuya forma de Estado es democrática y federal⁶⁰¹. Dicha nación guarda importantes diferencias culturales y estructurales con El Salvador; sin embargo, su doctrina administrativa y constitucional ha sido de enorme influencia para el sistema salvadoreño, incluso, no es raro que algunos de sus autores destacados sean citados por la jurisprudencia nacional.

Su régimen de fuentes de Derecho Administrativo, en relación a El Salvador, es sumamente complejo. Así, las autoridades provinciales están vinculadas, además de sus normas locales, prevalentemente a la Constitución, los tratados y leyes nacionales⁶⁰².

En esta diversidad de fuentes, las autoridades locales deben utilizar reglas de interpretación que se han ido construyendo, tales como: ante la ausencia de disposiciones locales, el operador jurídico debe acudir al régimen de Derecho Público provincial comparado, en casos de persistir la ausencia normativa, podrá acudir a las normas de Derecho Público de países del Mercosur y una vez agotado lo anterior podrá remitirse a las normas civiles que resultaren aplicables⁶⁰³.

Desde la perspectiva del orden salvadoreño, este es un Derecho Administrativo sofisticado y con larga tradición académica, que también ha sido influido por importantes construcciones jurisprudenciales. Resulta, entonces, ser un referente valioso de estudio en este capítulo de Derecho Comparado.

21.1. Caracterización de la jurisprudencia en el orden jurídico administrativo argentino

Los administrativistas argentinos distinguen dos clases de jurisprudencia en el ámbito del Derecho Administrativo, la que tiene su origen en la función judicial y la que deviene de órganos administrativos jerárquicos, especialmente habilitados para tal efecto. A pesar que son fuentes distintas por su origen, su objetivo ulterior es parecido: controlar el orden de legalidad de las actuaciones de las Administraciones Públicas. La “jurisprudencia administrativa” ha adquirido trascendencia, a medida que se extiende la

601 Vid. BIDART, CAMPOS, G., *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, t. I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 237-638. El federalismo y la democracia son, en la Constitución Argentina, contenidos pétreos que se identifican visceralmente con su estilo político; Vid. Art. 1CNA. La gran diferencia es que El Estado salvadoreño es unitario. Pero coincide que es democrático, republicano y representativo (Art. 85 CnS).

602 Vid. BIDART CAMPOS, G., *Tratado...*, t. I-A, *cit.*, p. 438. En la estructura federal existe una prelación de la Constitución nacional sobre todo el orden provincial; Vid. Art. 31 CNA.: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante, cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.

603 Vid. GUTIÉRREZ COLANTUONO, P., “El Valor de la jurisprudencia una mirada federal”, dirigido por Gustavo Boullade, en AAVV, *Fuentes de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 116-117. La diversidad de regulaciones y aplicaciones que presentan regímenes provinciales en el Derecho Administrativo, lejos de arrojar una valoración negativa, brinda la posibilidad —siempre en respeto de la federación— de proceder al estudio de los parámetros locales legales y jurisprudenciales con fines interpretativos. Ello permite aportar soluciones a aquellos regímenes y/o sistemas en que, por vaguedad o simple ausencia de regulación normativa, el derecho directamente aplicable no da respuesta satisfactoria al caso concreto.

aplicación de leyes de procedimientos administrativos, tanto en el orden federal como local⁶⁰⁴.

Los jueces argentinos interpretan el ordenamiento jurídico a fin de aplicarlo a la situación concreta, pero en todo caso, siempre deben resolver dentro del Derecho. Es que la jurisprudencia es considerada como una actividad infra legal, ya que el juez apoya directa o indirectamente sus decisiones en alguna fuente escrita. Pero ocurre que la sentencia dictada por el funcionario judicial para un caso concreto, puede extrapolarse o extenderse a otros supuestos similares, transformándose entonces en jurisprudencia⁶⁰⁵.

La jurisprudencia administrativa argentina es considerada, por regla general, como una fuente material del Derecho; empero, puede además constituirse en fuente formal en aquellos casos en que la doctrina de los jueces resulta obligatoria por tratarse de jurisprudencia plenaria. Tales son los casos cuando deben seguir los fallos plenarios de la Cámara de Apelaciones o de la obligación persuasiva de los juzgados inferiores de respetar las decisiones de altas jerarquía de la Corte Suprema de la Nación de Argentina. En estos supuestos, la sentencia tiene un grado de generalidad⁶⁰⁶.

También, en el referido país suramericano, se ha resaltado que debido a las usuales carencias de normas escritas en el campo del Derecho Administrativo, el juez ha jugado un rol activo edificando instituciones jurídicas.

Precisamente, en esta última labor creativa, destaca el trabajo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, que supo dirimir conflictos complejos entre la Administración Pública y los particulares, aplicando un Derecho que en la mayoría de los casos no estaba escrito, dando lugar a una renovación del Derecho, estructurando figuras nuevas y liberales.

Esta labor a veces exigió la aplicación de principios de flexibilidad de la ley⁶⁰⁷. Y es que dicha Corte tiene, en el Derecho Público Argentino, y por ende en el Administrativo, una importancia trascendental, por ser el intérprete final de la Constitución y, en algunos supuestos, de leyes y reglamentos.

La generalidad de los autores argentinos coinciden que la jurisprudencia administrativa desempeña un papel de fuente de Derecho en su ordenamiento, configurándose

604 Vid. FIORINI, Bartolomé, *op. cit.*, pp. 67-68. El profesor argentino admite esta clasificación de jurisprudencia. En igual sentido: Vid. BULLRICH, Rodolfo, *op. cit.*, p.81; Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 174; Vid. BIELSA, Rafael, *op. cit.*, p.102; Vid. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *cit.*, p. 303.

605 Vid. FARRANDO, Ismael, "Derecho Administrativo: Principios, Fuentes y Relaciones" dirigido por Ismael Farrando en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000, p.79. Las sentencias de un caso pueden extenderse para otros supuestos convirtiéndose en jurisprudencia. En igual sentido: Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 174; Vid. FIORINI, Bartolomé, *op. cit.*, p. 67; Vid. BIELSA, Rafael, *op. cit.*, p.101.

606 Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 173-174. Asimismo, establece que el ámbito argentino el juez juega un rol dual como mero recogedor de otras interpretaciones, pero también como sujeto creativo en algunos casos.

607 Vid. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, p. 224. Agrega que el juzgador en tales casos realiza una labor de interpretación extensiva, restrictiva o derogatoria de la norma escrita, contribuyendo a la estabilidad del Derecho; Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 174; Vid. BIELSA, Rafael, *op. cit.*, pp. 102-107; Vid. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *cit.*, p. 306.

como una manifestación jurídica que se concretiza en la sentencia judicial, que a través de un proceso especial de valoraciones llega a un resultado, el cual está compuesto: de una base legal, circunstancias propias del caso y la axiología o valoración⁶⁰⁸.

Establecen también que la misión de dicha fuente es explicativa, supletoria, diferencial y renovadora. En cuanto a la primera misión, si la ley es oscura, su aplicación por los órganos judiciales supone realizar al mismo tiempo una labor explicativa, aclarando y fijando su alcance.

La misión supletoria se explica porque ley no puede normarlo todo, entonces la jurisprudencia cubre hábilmente esa acefalía. Asimismo, la jurisprudencia tiene un poder renovador que extiende la vida de la ley, rejuveneciéndola y haciendo flexibles y duraderos sus principios, de acuerdo al tiempo y lugar⁶⁰⁹.

21.2. La jurisprudencia y su efecto extensivo e interpretativo en el orden jurídico administrativo argentino

La fuente en comento tiene una doble importancia en el Derecho Administrativo Argentino, como instrumento creador, el que será objeto de reflexión más adelante⁶¹⁰, y como una fuente interpretativa del ordenamiento, con efectos extensivos o generales.

En este último sentido, se comprende que la doctrina jurisprudencial en el orden administrativo presenta una cualidad especial, ya que tales formulaciones judiciales sobrepasan las barreras del caso concreto que se juzga, ostentando un efecto expansivo que nutren otros casos. No obstante, tal fenómeno no es de fácil análisis⁶¹¹.

De manera que el juez administrativo, al constituirse en el guardián de la legalidad de la Administración, constantemente está definiendo y reinterpreta el régimen al cual se encuentran sujetos los órganos administrativos, (bloque de juricidad conformado por la constitución, las leyes, e incluso por los dictados de los mismos jueces), estableciendo o extrayendo principios que dinamizan las normas⁶¹².

Este rol de definición de la jurisprudencia administrativa argentina tiene mayor significancia en la labor del control judicial de la actividad discrecional de la Administración,

608 Vid. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *cit.*, p. 304-305; Vid. DIEZ Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, pp. 114-115; Vid. DROMI, Roberto, *op. cit.*, p. 224. La jurisprudencia juega un rol de fuente de derecho y constituye un modo de expresión o proceso de manifestación jurídica; Vid. FIORINI Bartolomé, *op. cit.*, p. 67; Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p.173.

609 Vid. DIEZ, Manuel María, *Tratado de...*, *cit.*, p. 116. Sus decisiones han colaborado a configurar instituciones fundamentales en Argentina; Vid. DROMI, Roberto, *op. cit.*, p. 224; Vid. BIELSA, Rafael, *op. cit.*, p.103-105.

610 Vid. *Infra* apartado 21.3.

611 Vid. SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1993, 121. Es posible que las sentencias en principio con fines individuales tengan mayor proyección y sean seguidas en los fallos por los tribunales inferiores y asuman en la experiencia jurídica calidad de normas generales.

612 Vid. RIVERO, Jean, *Los Principios Generales del Derecho...*, *cit.*, p. 153. El régimen administrativo como por tradición lo viene definiendo la doctrina francesa, es la sumisión de la acción administrativa para ella, distinto del derecho de los particulares. Recordar a la Administración el respeto del Derecho es invitarle al respecto de su régimen, rol del juez administrativo; Vid. DE LAUBADÈRE, André, *op. cit.*, p. 17; Vid. VEDEL, Georges, *op. cit.*, p. 47.

otorgando un esclarecimiento definitivo desde el orden jurídico a la valoración discrecional realizada por la Administración⁶¹³.

No obstante, el efecto expansivo de las sentencias debe estudiarse a luz de la organización judicial argentina, pues sólo desde su interioridad puede comprenderse a plenitud sus alcances.

21.2.1. Un acercamiento a la competencia contenciosa administrativa argentina

Es incuestionable que, en Argentina la organización jurisdiccional establecida para resolver los litigios contenciosos-administrativos es, por mandato constitucional, judicial y se divide en dos ordenamientos básicos: nacional y local. Al primero corresponde la justicia federal, que es nacional. Está compuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los tribunales inferiores, a los que la Carta Magna les atribuye la facultad para conocer en los asuntos en que la nación sea parte.

Los procesos contenciosos administrativos son, por lo general, juicios contra la nación o un ente público. La Corte Suprema de Justicia es el tribunal de tercera instancia en los juicios donde la nación sea parte y supere el monto debatido en una suma determinada. Las provincias tienen, a su vez, su propia organización jurisdiccional y sus tribunales tienen competencia en los juicios contenciosos administrativos. En la mayoría de casos conocen y deciden en forma originaria los superiores tribunales⁶¹⁴.

En esta materia son competentes para conocer y decidir los tribunales judiciales del Estado al que pertenece el órgano administrativo que dictó el acto impugnado o contra quien se ejerce la acción; ésta es una regla básica del sistema federal.

Los actos dictados por órganos nacionales deben ser juzgados por tribunales nacionales y los dictados por órganos de una provincia o de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, por tribunales locales. Con respecto a las provincias, ello resulta del sistema federal de gobierno y es una facultad no delegada a la nación⁶¹⁵.

613 Vid. POZO GOWLAND, H., "Proceso Administrativo y Control Judicial de la discrecionalidad administrativa" en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, Director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 275-292; Vid. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, cit., p. X-25. El juez debe analizar cuáles eran las circunstancias de hecho para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley. Pareciera que el juez controla la oportunidad de decisión.

614 Vid. BIDART CAMPOS, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II-B, Buenos Aires, Ediar, 2005, 646-658. Existe una jurisdicción federal y otra local. En la primera se encuentra en la cabeza la Corte Suprema y existen además tribunales federales de primera y segunda instancia. Es destacable expresar que el Art. 116 CNA dice que: "*Corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la nación con reserva hecha en el inc. 12 del Art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos contra un estado o ciudadano extranjero*".

615 Vid. LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión Judicial de la actividad administrativa*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 82. En esta materia son competentes para conocer y decidir los tribunales judiciales del Estado al que pertenece el órgano administrativo que dictó el acto cuestionado o contra el cual ésta dirigida la pretensión procesal. Esta es una regla básica del sistema federal y un desenlace del artículo 121 CNA. Que los actos dictados por entidades nacionales son juzgados por tribunales nacionales y los dictados por entidades provinciales por tribunales provinciales. Todo lo contencioso es nacional, en la Nación, y local en las provincias.

Todo lo contencioso-administrativo y lo contencioso-fiscal es nacional, en la nación y local en las provincias. En este orden, las provincias tienen su propia organización y sistemas normativos, poseyendo por lo general sus propios Códigos Contenciosos Administrativos⁶¹⁶.

En el orden nacional, la organización de justicia administrativa está compuesta por: a) Los juzgados de primera instancia de los contencioso administrativo federal; b) En el interior del país por los juzgados federales de sección; c) Por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal; d) En el interior del país, por las Cámaras Federales de las secciones respectivas; y e) Por la Corte Suprema de Justicia que, como competencia de apelación ordinaria, entiende en todas las causas en que la nación o un organismo descentralizado es parte, siempre que el monto de la cuestión debatida, sea superior a una suma determinada⁶¹⁷.

21.2.2. Vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Un aspecto fundamental en el desarrollo del Derecho Judicial Argentino es la debatable vinculatoriedad de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia administrativa para los tribunales locales.

Debe indicarse que desde la óptica federal, la Corte ha establecido la regla del respeto a sus precedentes jurisprudenciales, como una línea general para los tribunales de menor jerarquía⁶¹⁸. Sin embargo, tal postura ha sido matizada al tratarse de normas de Derecho Público, donde la mencionada Corte, ha precisado que la obligatoriedad de las resoluciones del Tribunal Federal puede ser desatendida por los tribunales inferiores provinciales⁶¹⁹.

Como antes se había anunciado, la Corte tiene la naturaleza de ser el máximo tribunal de toda la nación, y por su colocación piramidal más alta en la organización de justicia, sus decisiones orientan a todos los demás tribunales, bajo la guarda de los principios de seguridad jurídica, certeza y economía procesal. Sin embargo, a pesar de la autonomía en el orden jurídico *ius publicista*, la Corte permite que los tribunales provinciales puedan apartarse de dichos precedentes. Esto ha llevado a que los tribunales superiores a nivel provincial, con competencia en materia contenciosa administrativa, construyan sus propios razonamientos jurisprudenciales “desobedeciendo” los criterios del Tribunal Federal⁶²⁰.

616 Atribución de las provincias emanada de los Arts. 5, 121 y 122 CNA.

617 Vid. LUQUI, Roberto Enrique, *op. cit.*, pp. 82-90. El autor, en su obra, hace un completo análisis del sistema contencioso-administrativo. Es también destacable, que en cuanto al contencioso administrativo no rige la competencia federal en razón de la persona, excepto si es parte el Estado nacional. De manera que la regla que el Art. 116 CNA, sólo aplica para el Derecho Común. Todo lo contencioso es nacional en la Nación y local en las provincias. Por eso las Provincias edificaron su propio sistema de revisión judicial de la actividad administrativa, al darse sus propias instituciones y organizar la administración de justicia conforme a los principios de la Constitución Nacional.

618 Vid. CSJN, Fallos 307: 1094.

619 Vid. CSJN, Fallos 304: 1459.

620 Véase al respecto el precedente del Trib. Sup. Just. Nac., “Rodríguez”, acuerdo 1.057, en que se mantuviera la doctrina del tribunal en un tema previsional en clara contradicción con el criterio adoptado por la Corte Sup., 9/3/2004, “Bravo, Julio Argentino v. Instituto de Seguridad Social del Neuquén s/acción procesal administrativa”.

Un sector de la doctrina de aquel país, amparado en algunas resoluciones judiciales, es de la postura que la jurisprudencia de la Corte Federal tiene valor persuasivo, por lo menos moralmente para los tribunales inferiores, quienes no pueden desatenderla. De lo contrario, se constriñe al litigante, que invoca el precedente a acudir ante el máximo tribunal, para que revoque la decisión en contrario, lo cual es desgastante, dilatorio, innecesario y perjudicial para el usuario de la justicia⁶²¹.

Puede notarse que la base de la atadura de la jurisprudencia de la Corte Federal con los tribunales inferiores, no se hace recaer tanto en el sitio privilegiado que el sistema federal le otorga como autoridad judicial superior, sino en la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva del ciudadano, en la erradicación de dilaciones injustificadas en el acceso a la justicia y en el resguardo y efectividad jurídica de los justiciables⁶²².

Sin embargo, para que opere la obligatoriedad del precedente de la Corte Suprema Federal, debe necesariamente ser un criterio jurisprudencial solidificado, sin oscilaciones. No se trata, pues, de una sentencia discutida o aislada que ha sido objeto de sendas disidencias o que contraría principios establecidos por otra jurisprudencia bien arraigada⁶²³.

De lo anterior se colige que el principio fundamental para establecer la juricidad del precedente de la Corte Federal en Argentina radica en el respeto a la tutela judicial efectiva del usuario de la justicia y no en la naturaleza jerárquica del alto tribunal. Ello, sumado a la existencia de fallos previamente arraigados, conducen a la obediencia jurídica por parte de los tribunales inferiores y no a una mera guía moral⁶²⁴.

En todo caso, a juicio de este análisis, es parte de la independencia judicial de cada juez el determinar los presupuestos necesarios para la utilización del precedente de la Corte Federal, pues la mera invocación del mismo no es suficiente para un uso forzoso o imperativo, pues el responsable de administrar justicia en el caso concreto es el funcionario ante quien se dirime el litigio⁶²⁵.

621 Vid. BIELSA RAFAEL, *op. cit.*, p. 102. Los jueces inferiores tienen el deber moral de conformar sus decisiones con las de la Corte Suprema. Vid. BIDART CAMPOS, G., *Tratado...*, t. II-B, *cit.*, p. 551. Los tribunales inferiores aplican criterios establecidos por la Corte.

622 Vid. BIDART CAMPOS, G., *Tratado...*, t. II-B, *cit.*, p. 552. El propósito, estrictamente constitucional, que persigue la uniformidad de la jurisprudencia de la Corte es dar resguardo y efectividad a la igualdad. Vid. GUTIÉRREZ COLANTUONO, P., *op. cit.*, pp. 121-122. Más que poner el acento en la calidad inmanente del tribunal, la uniformidad viene dada por la tutela judicial efectiva del ciudadano.

623 Vid. DÍEZ PICAZO, L., - GULLON, Antonio, *op. cit.*, p. 156. La jurisprudencia debe de resultar de decisiones reiteradas o habituales de la Corte Suprema de Justicia En igual sentido: Vid. O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio...*, *cit.*, p. 184; Vid. ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.*, pp. 132 y ss.; Vid. SANTOS BRIZ, J., *op. cit.*, pp. 184-185; Vid. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *cit.*, p. VII-68.

624 Vid. DIEZ, Manuel María, *Tratado de...*, *cit.*, p. 116. Constituye fuente formal. Vid. GUTIÉRREZ COLANTUONO, P., *op. cit.*, p.122. Tiene un valor jurídico y no solo moral.

625 Vid. FERRERES COMELLAS, V. - XIOL RIOS, J., *El carácter...*, *cit.*, pp. 60-66. En nuestra cultura jurídica se dice que cada juez debe interpretar el derecho según su propio criterio, sin estar atado al precedente, en contraste con el sistema del *Common Law*, que no se piensa que el juez pierda independencia por estar obligados a los precedentes del tribunal superior. Pero nuestro sistema presenta una paradoja, acaso no hay una contradicción en este dogma cuanto el tribunal superior en alzada ordena corregir un fallo en el inferior, inclusive bajo la amenaza de prevaricato. Vid. DROMI, Roberto, *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 34-50. El autor hace un análisis pormenorizado sobre la independencia judicial en Argentina.

21.2.3. La obligatoriedad de los criterios jurisprudenciales de los Tribunales Provinciales

El régimen del valor de las sentencias de los tribunales provinciales superiores tiene variantes importantes con relación al sistema de justicia nacional, pues en el local se encuentra la legislación positiva que regula el mencionado aspecto, a diferencia del sistema nacional que apela a la vinculatoriedad, por medio de la aplicación de principios como la economía procesal y la igualdad de los justiciables, entre otros. Sin embargo, cada provincia maneja su propio marco contencioso administrativo, por lo que su régimen no es uniforme⁶²⁶.

Ahora bien, en alguna provincia se encuentra, por mandato legal, la vinculación jurídica de las decisiones del Tribunal Superior local sobre los demás tribunales y jueces inferiores de esa jurisdicción. Sin embargo, tal disposición ya ha sido cuestionada por considerar que vulnera la independencia judicial; no obstante, su validez fue ratificada por el Tribunal Superior bajo el argumento que el legislador, mediante dicha norma, ofrece seguridad jurídica, promoviendo la economía procesal y garantizando la igualdad en la aplicación de casos semejantes, evitando el grave desgaste sobre el usuario de la justicia. Considera que sería anómalo para la certeza del Derecho que un tribunal inferior deseche un criterio sostenido por el Máximo Tribunal. Entonces, no cabe duda que bajo este modelo es indudable el valor obligatorio del precedente⁶²⁷.

Pero el precedente jurisprudencial, a pesar de que esté legislado, debe ser relativizado, pues no se trata de mantener interpretaciones congeladas en el tiempo de forma perpetua y cerrada, pues el tribunal que emitió un criterio mediante los canales procesales correspondientes, puede llegar a modificar su línea jurisprudencial.

De manera que la jurisprudencia obligatoria establecida en una sentencia dictada por el Máximo Tribunal sólo puede modificarse por otro de igual jerarquía, única vía posible, evitando bajo esta regla las probables decisiones judiciales contradictorias. En consecuencia, dicho tribunal tiene la potestad de modificar su propio criterio para evitar petrificación del Derecho y permitir su evolución⁶²⁸. Ello es atendible, pues, a pesar que el principio de la seguridad jurídica es fundamental y el respeto al precedente un medio de su efectividad, no se debe olvidar que el Derecho Administrativo es una rama dinámica del ordenamiento, que por naturaleza, es flexible e innovadora; por tanto, no se puede tener atados a los tribunales de forma absoluta a precedentes que podrían en un momento determinado ser obsoletos.

626 Vid. GARCIA PULLÉS, F., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 167. El autor aborda el tema de los sistemas de jurisdicción contenciosa administrativa en las provincias de Argentina, poniendo de relieve su regulación propia, estableciendo, incluso, que a nivel federal existe la influencia de la Constitución de Estados Unidos de América; en cambio en el Derecho Público provincial ha sido influido por la tradición española y algunas instituciones del contencioso administrativo francés.

627 Vid. GUTIÉRREZ COLANTUONO, P., *op. cit.*, p. 124. Por ejemplo, la Provincia de Tierra de Fuego cuya legislación prevé la obligatoriedad del precedente jurisprudencial del Superior Tribunal para los jueces inferiores. Dicha regulación ha sido declarada válida por el Superior Tribunal en el precedente “Municipalidad de Ushuaia v. Santacruz, Luis Ángel s/sumarísimo de fecha 1/9/2004.

628 Vid. O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio...*, *cit.*, pp. 183-184. Es una regla que evita la perpetuación de criterios obsoletos. Vid. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 136; Vid. BIDART CAMPOS, G., *Tratado...*, t. I-A, *cit.* p. 304; Vid. GUTIÉRREZ COLANTUONO, P., *op. cit.*, p. 125.

En el nivel provincial, el caso paradigmático es el que cuenta con un respaldo normativo positivo para la relación vinculante de los fallos con los tribunales inferiores; sin embargo, siempre en el caso argentino, el derrotero inexcusable en su aplicación jurisprudencial sigue siendo la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio del ciudadano que busca con expectativa una pronta y adecuada justicia.

21.2.4. La extensión de la jurisprudencia a terceros en el Derecho Público Argentino

En el ordenamiento provincial de Argentina, existen casos en que se positiviza que las interpretaciones de normas establecidas por el Tribunal Contencioso Administrativo son vinculantes para la provincia, el municipio, entes descentralizados y Tribunal de Cuentas⁶²⁹.

Para este análisis, esto es una declaración normativa escrita de lo que en la práctica acontece en cualquier sistema de justicia administrativa, pues en primer lugar, la jurisprudencia cumple un papel preventivo, estableciendo paradigmas de legalidad, de actos ilegales o errados de la Administración. A esto se añade de forma muy conexa, los efectos expansivos de las sentencias, dado que las mismas trascienden más allá del caso en discusión, otorgando lineamientos interpretativos para otros casos en que se involucra a la Administración⁶³⁰.

Como resultado de lo expuesto, cuando la Administración menosprecia la orientación jurisprudencial establecida y toma un rumbo distinto con sus actuaciones, le queda expedita al ciudadano la acción judicial para impugnar dicha actuación, con las consecuentes responsabilidades para el funcionario⁶³¹.

Otra situación en el ordenamiento de las provincias es el caso que cuando la acción se ejerce en defensa del interés legítimo, la sentencia declarará la existencia del acto impugnado, mandando a notificar su anulación a la autoridad que lo emitió, teniendo aquella efectos *erga omnes* y pudiendo ser invocada por terceros⁶³².

Dicha reglamentación de ampliar los efectos de una sentencia con efectos *erga omnes*, se sostiene en principios del ordenamiento, concretamente, en la seguridad jurídica, igualdad y generalidad del Derecho⁶³³.

Sobre los efectos universales de las sentencias, en materia contencioso-administrativa, resulta particular el caso de la impugnación directa de actos de alcance general, acción

629 Vid. Art. 65 de Código Procesal Administrativo de Neuquén: La interpretación de normas dada por el Tribunal es obligatoria para la Provincia, las Municipalidades, entes descentralizados y el Tribunal de Cuentas.

630 Vid. XIOL RÍOS, J., *El precedente...*, cit., pp. 52-58. Es indiscutible que la jurisprudencia del máximo tribunal vincula jurídicamente. Asimismo, los tribunales respetan los criterios del tribunal constitucional, fuera de todo formalismo. Vid. BALLBÉ, Manuel, *op. cit.*, pp. 422-423. Es trascendental el rol de jurisprudencia administrativa en el ordenamiento; Vid. DÍEZ SASTRE, S., *op. cit.*, pp. 136-137.

631 Vid. FERRERES COMELLA, V. – XIOL RÍOS, J., *El carácter vinculante...*, cit., p. 59. Como lo indica el autor español porque no podemos dar un nuevo paso en los sistemas continentales y reconocer que la jurisprudencia forma parte del bloque de pautas vinculantes para los jueces y funcionarios de la Administración.

632 Vid. GARCIA PULLÉS, F., *op. cit.*, p. 172. Hablando de la Provincia de Formosa. Se aclara, además, que en caso de que la acción sea rechazada no opera la cosa juzgada para quienes no tuvieron intervención en el proceso.

633 Vid. BIDART CAMPOS, G., *El Derecho Constitucional del Poder*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1967, pp. 269-270. La sentencia como modelo de los tribunales inferiores y otras autoridades, se fundamenta en la igualdad de trato en situaciones análogas y para esto es necesario uniformar la interpretación de la norma general, de manera que de la legislación hay que pasar también a la interpretación única.

contemplada en el ordenamiento argentino para el interesado, a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos⁶³⁴.

Así, en algunas provincias se indica que las sentencias tienen efectos para terceros cuando se hubiere impugnado un acto de alcance general, supuesto en el que la sentencia declara la extensión del acto contra el que se reclama, mandando a notificar la misma a la autoridad que lo dictó y teniendo además efecto *erga omnes*. En este caso, se ordena la publicación en el boletín oficial por razones de publicidad⁶³⁵.

Por otra parte, es subrayable que en el sistema argentino la declaratoria de inconstitucionalidad, con efectos generales, ha sido solamente previsto en el orden *ius publicista* provincial, pero no tiene un fundamento expreso a nivel de la Constitución y la vinculatoriedad de la declaratoria en tal sentido, hecha por la Corte Suprema Nacional, es discutible⁶³⁶.

De manera que en ciertas regulaciones locales, se indica que los tribunales de la provincia tienen la facultad declarativa de inconstitucionalidad de ley o reglamentos, con efectos generales, en el cual un tribunal constitucional hace un examen de constitucionalidad del acto contra el que se reclama y declara su incompatibilidad con la norma primaria provincial con consecuencias generales y abrogatorias⁶³⁷.

Además, la Constitución Nacional dispone que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo ante cualquier autoridad judicial, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. En dicho caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva⁶³⁸.

634 Vid. DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos su impugnación en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 66-67. A partir de la ley de procedimientos administrativos 19.549 de 1972, es factible en Argentina la impugnación directa de los reglamentos; Vid. BARRAZA, Javier Indalecio, “La impugnación de actos de alcance general” en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 1015.

635 Vid. BARRAZA, Javier Indalecio, *op. cit.*, p. 1024. Se ha sostenido a favor de tal efecto, que la declaración de nulidad con alcance general purga el ordenamiento jurídico de actos nulos, con la consecuencia economía procesal. Vid. GARCÍA PULLÉS, F., *op. cit.*, p. 180. Un ejemplo provincial de esta regulación de sentencia con efecto general es el art. 88 del Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Santa Cruz.

636 Vid. GARRO, Alejandro, M., *op. cit.*, p. 102. Nosotros aclaramos que la Constitución vigente establece en el artículo 43 “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”

637 Vid. GARCIA PULLÉS, F., *op. cit.*, p. 195. Es el caso de Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán, el cual prevé cuatro procedimientos constitucionales: a) Amparo general contra actos o hechos de agentes, órganos y entes, b) Amparos especiales: por mora de la Administración, informativo o habeas data, electoral y fiscal, c) Amparos colectivos, d) Acción declarativa de inconstitucionalidad.

638 Sobre el amparo en Argentina y su fundamento en el Art. 43 de CNA Véase en términos generales: Vid. PÉREZ HUALDE, A., “Amparo y Control de Constitucionalidad”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 26-37; Vid. DE PÉREZ CORTÉS, M., “El Amparo y el Recurso Extraordinario Federal”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 41 a 50; Vid. SARMIENTO GARCÍA, J., “Un caso Jurisprudencial”, en AA. VV., *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 53-65; Vid. MONTI, Laura, “Amparo contra leyes”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp.67-76; Vid. IVANEGA, Miriam Mabel, “El Amparo por mora”, en AA VV, *Amparo, Medidas*

Cabe señalar que en el sistema federal argentino el control de constitucionalidad que rige es el identificado como difuso, pues el mismo es ejercido por todas las autoridades judiciales; sin embargo, esta dispersión de criterios es aparente, pues las cuestiones de interpretación constitucional suelen llegar casi siempre a través del recurso extraordinario a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quedando así unificada la jurisprudencia interpretativa de la Constitución y de las leyes federales⁶³⁹.

En este orden, la Corte Suprema de Justicia Nacional es el último intérprete de la Constitución Nacional, por constituir la definitiva instancia en la temática; sin embargo, sus resoluciones son obligatorias jurídicamente sólo para el caso que se discute, pero con base en los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva, se ha entendido que los jueces deben adaptar sus decisiones a los casos análogos que ha resuelto la Corte Suprema, como un deber persuasivo de los tribunales inferiores.

Asimismo, se admite la posibilidad que los jueces se aparten de dichos precedentes cuando no estén de acuerdo en sus fundamentos, por lo que se le califica a la jurisprudencia de la Corte como de orientadora o ejemplar, pero también otros jueces la consideran vinculante en base al principio de seguridad jurídica⁶⁴⁰.

Así, en el Derecho Federal, el efecto de las resoluciones que declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma o acto sólo es para las partes que intervinieron en el proceso; en consecuencia, quedan vigentes dichos instrumentos jurídicos para los demás, los cuales deben acatarlos. Sin embargo, este planteamiento es puramente teórico, pues en la práctica, a pesar de que no se admita en el ordenamiento federal el acatamiento al principio del *stare decisis*, ya que los fallos de la Corte no son jurídicamente vinculantes, en la práctica por su carácter de ejemplificantes, la regla opera de forma similar al sistema norteamericano⁶⁴¹.

De manera que es admisible considerar que en Argentina los tribunales inferiores nacionales, y tribunales provinciales, deben ajustar sus resoluciones a los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema. Pero también ha señalado la posibilidad de un

Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 93-107; Vid. LAGO, Daniel, "El Amparo ambiental", en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 109-133.

639 Vid. SARMIENTO GARCÍA, J., "La Constitución como fuente del Derecho Administrativo", dirigido por Gustavo Boullaude, en AAVV, *Fuentes de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 354-360. En Argentina rige un control difuso, pues el control le corresponde a todos los jueces, a pesar que la Corte Suprema es el intérprete final, cuya jurisprudencia es "proyectable" a los demás tribunales, pudiendo desviarse cuando existan motivos justificados. Vid. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t.III, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 287. Es el modelo norteamericano que aparece con el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el leading case de "Marbury vs. Madison". Igualmente en USA, la Corte Suprema tiene la última palabra en materia constitucional.

640 Vid. GARRO, Alejandro, M., *op. cit.*, pp. 104-105. Agrega el autor comentando el régimen argentino que en caso que el tribunal inferior desatienda el precedente de la Corte, puede impugnarse su decisión ante ésta y corregirla. Además, cita como ejemplo de sentencias que consideran vinculante el precedente de la Corte, el fallo del Juzgado de Primera Instancia de lo Civil, Juzgado No 7, del 23 de marzo de 1987, fallo No 40.141, que dice que no es insólito que una resolución de la Corte Suprema de Justicia sea obligatoria, como intérprete final de la Constitución declarando la inconstitucionalidad de una norma legal. Es que la diversidad de criterio llevaría a una especie de desdoblamiento del ordenamiento jurídico.

641 Vid. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 331-332. Expresa el autor que si bien en Argentina no opera formalmente la regla del *stare decisis*, en la práctica la regla funciona de manera muy similar al modelo anglosajón, refiriéndose a las resoluciones de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia.

apartamiento de dichos precedentes, siempre que se den fundamentos suficientes y que ello no implique un desconocimiento de la autoridad y prestigio del tribunal⁶⁴².

En otras palabras, cuando la Corte Suprema ha establecido un precedente en materia de control de constitucionalidad, este es habitualmente de aplicación vinculante en el futuro en todos los casos semejantes por la incorporación implícita de la regla del “*stare decisis*” y de la “regla de las cuestiones insustanciales”.

Es de aclarar, que las cuestiones federales se tornan insustanciales cuando un claro precedente jurisprudencial, indudablemente aplicable al caso, impide toda controversia seria respecto de su solución, máxime cuando el recurrente no aduce razones que pongan en tela de juicio la aplicabilidad del precedente o importen nuevos argumentos que puedan llevar a la modificación de lo establecido en aquél⁶⁴³.

De lo expuesto, se puede establecer que los efectos de la jurisprudencia a nivel provincial y federal, son divergentes, pues en el primer caso existe una mayor claridad a nivel normativo sobre sus efectos en el ordenamiento y, para el federal, su aplicación se fundamenta en principios.

Pero también es de advertir que en el sistema argentino provincial coexisten, según las distintas provincias, los dos sistemas tradicionales del control de constitucionalidad, el control difuso, el cual se otorga a todos los jueces; y el control concentrado que desencadena en un efecto derogatorio o negativo de las normas con efecto general⁶⁴⁴.

En síntesis, es claro que en términos amplios, en Argentina, la jurisprudencia funge un rol de fuente, tanto dirigido a los tribunales como a la Administración Pública, ya que los dictados judiciales en los términos expuestos tienen la cualidad de producir efectos para terceros y ser invocados en otros casos similares.

21.2.5 Los nuevos efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos y actos administrativos con incidencia colectiva

La literatura jurídica argentina contemporánea, establece que la aparente percepción general sobre los efectos que corresponde otorgar a la cosa juzgada de una sentencia que anula un acto administrativo, en tanto concretizada a la situación que se litiga y a las partes intervinientes en el proceso, debe replantearse necesariamente en la actualidad, frente

642 Vid. BIDART, CAMPOS, G., *El Derecho Constitucional del Poder...*, cit., p. 276. Dice que la Corte Suprema ha expresado que apartarse de sus precedentes sin controvertir sus fundamentos es desconocer de forma deliberada su autoridad; Vid. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 333; Vid. GARRO, Alejandro, M., *op. cit.*, pp. 103-104.

643 Vid. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 331-334. En general, los tribunales inferiores respetan y siguen el criterio de la Corte, aunque en algunos casos bajo ciertas condiciones. Asimismo la Corte ha rechazado planteamientos de inconstitucionalidad cuando una clara jurisprudencia, indudablemente aplicable al caso, impide toda controversia seria, máxime cuando no se aducen razones que pongan en tela de juicio la aplicabilidad del precedente o importen nuevos argumentos que puedan llevar a una modificación de lo establecido. Vid. SARMIENTO GARCÍA, J., *op. cit.*, p. 360.

644 Vid. SARMIENTO GARCÍA, J., *op. cit.*, p. 364. A nivel provincial, paralelamente, suele admitirse el efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad. Vid. Art. 31 CNA: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante, cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.

aquellos actos administrativos individuales que afecten derechos de incidencia colectiva, a cuyo respecto será aplicable, posiblemente, el efecto expansivo de las sentencias⁶⁴⁵.

De igual forma, debe retomarse el debate sobre la autoridad y eficacia de las sentencias judiciales que declaran la nulidad de actos administrativos generales, entiéndanse típicamente: los reglamentos.

Sobre el particular, el asunto se ha centrado en la determinación del alcance que cabe atribuir a una decisión jurisdiccional que declara la nulidad parcial o total de un reglamento, en cuanto a la naturaleza normativa y general del mismo y a partir de la ilegitimidad declarada que lo contamina⁶⁴⁶.

Se trata de establecer si la sentencia que anula el reglamento por considerarlo anti-jurídico, en su fondo o forma, tiene valor de cosa juzgada para aquellos sujetos que no participaron en el proceso, pero que les incumben los efectos de dicho cuerpo normativo, pudiendo, como consecuencia, ser invocados en otros procesos, sin que se reaperture el debate, ni el tribunal pueda modificar la decisión sobre la ilegitimidad del reglamento⁶⁴⁷.

Son primordiales los tratamientos aludidos para la rama que se analiza, pues ambos implican situaciones que serpentean las acciones de la Administración y que atañen directamente a un conjunto de administrados, por lo que se propone su estudio en el aspecto particular del sistema argentino.

A) Efectos de las sentencias en los derechos de incidencia colectiva

De boga resultan, actualmente, los llamados derechos de tercera generación, cuyo objetivo es el respeto de valores como la paz, el desarrollo y progreso humano. Entre estos resaltan el derecho a un medio ambiente sano, el derecho de los consumidores, derecho a la competencia, entre otros⁶⁴⁸.

En este ángulo de protección se sitúan los derechos de incidencia colectiva, que representan dos supuestos: i) Los de intereses colectivos, que otorgan la titularidad a un sector de la sociedad, que corresponden a un conjunto definido de personas que se congregan alrededor de una unidad jurídica que los vincula. El interés radica en varios y la tipología

645 Vid. CARELLO, Luis Armando, "Amparo, Medidas autosatisfactivas y tutela de los intereses difusos: la situación Santafesina", en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 319-327. Este autor argentino pone sobre la mesa la discusión compleja de la litigación de los derechos colectivos y difusos.

646 Véase sobre la impugnación directa de los reglamentos: Vid. DROMI, Roberto, *Derecho Adm...*, cit., p. 329; Vid. AYALA, José María, *op. cit.*, p. 71; Vid. DIEZ Manuel María, *op. cit.*, p. 98; Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano", Bogotá, 1985, p. 181; Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La lucha contra...*, *op. cit.*, pp. 83-84. La acción judicial contra reglamentos ejerce en el ordenamiento una verdadera función purgativa al evitar de raíz que un vicio inserto en un reglamento se expanda, proliferando sus efectos en el sistema y afectando a más administrados. Agregamos que la impugnación indirecta de reglamentos es intrascendente para nuestro análisis, ya que el alcance de la sentencia sólo es para el caso que se litiga.

647 Vid. GARCÍA PULLÉS, F., *Tratado de lo Contencioso Administrativo, v. II*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 693. El punto es determinar si la sentencia que acoge la impugnación del acto general, por considerarlo ilegítimo, hace cosa juzgada para la Administración respecto de quienes no fueron parte en el juicio, y por ende puede ser invocada por o contra estos, sin que se pueda relitigar el punto.

648 Vid. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, cit., p. II-7. El Artículo 43 CNA, que contempla los nuevos derechos y garantías colectivas, es meramente ejemplificativo y no taxativo.

que presentan se ejemplifica con los sindicatos, las asociaciones, etc.; ii) En cambio, los intereses difusos cuya titularidad es de carácter individual, pero que se amplía la misma de manera general por la pertenencia a un medio determinado y cuyos intereses son comunes, su relación subjetiva entre los interesados pueden coincidir con los intereses generales en cuanto a su extensión, pero se caracterizan por la fragmentación o pluralidad de situaciones subjetivas relativas a sujetos singulares. Lo difuso atiende a una pluralidad indeterminada de individuos que titularizan un interés común a favor de gozar de ciertos bienes o valores⁶⁴⁹.

La titularidad de estos derechos la poseen un grupo de personas de difícil determinación o incluso indeterminados (usuario, vecino etc.); por tanto, la legitimación procesal para ejercer una acción judicial, la tiene el directamente afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones debidamente constituidas para la defensa de tales fines⁶⁵⁰.

Estos derechos pueden exigirse por parte de cada uno del conjunto de titulares, pero conexasmente, los obligados a respetarlos parecen enfrentarse a una carga común frente a todos sus acreedores.

La extensa legitimación activa para el reclamo de estos derechos, trae como derivación racional que los efectos de las sentencias, no sólo beneficien a las partes procesales que intervinieron, sino que tengan un efecto expansivo. Y es que por la naturaleza de tales derechos, resulta atendible que el fallo trascienda las fronteras del litigio ínter partes⁶⁵¹.

Por lo cual, la eficacia de la cosa juzgada conlleva, en primer lugar, el derecho de solicitar con fundamento en la sentencia, el respeto de ésta por el juzgador para todos los casos relacionados directamente al contenido de la misma; y en segundo lugar, la extinción de la acción del demandado de volver a plantear el litigio en un proceso ulterior.

Asimismo, cualquier tercero que no fue parte en el proceso, pero que se ve afectado en el acto que ha sido perjudicial para los derechos colectivos, puede exigir la ejecución y el cumplimiento de la sentencia, sobre todo si tal acto le está afectando. A pesar que no tuvo calidad de demandante formal, sus intereses colectivos verdaderamente fueron valorados y tutelados en la sentencia, pues dichas acciones sólo son tutelables en un plano plural⁶⁵².

649 Vid. PUCCINELLI, Oscar, "Acerca de los derechos de incidencia colectiva y sus medios judiciales de tutela en el derecho argentino", en AA VV, *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 366-367. Bienes y valores variados como: ambiente, calidad de vida, flora, fauna, recursos naturales, paisaje, patrimonio histórico, artístico y cultural, defensa del consumidor, entre otros. Vid. HUTCHINSON, Tomás, "La legitimación en el proceso contencioso administrativo" en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo t. I*, director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 535-536;

650 Vid. BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 383-384. Observa el laureado jurista argentino, que la triple legitimación activa viene dada por el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones; lo cual nos conlleva a establecer que una no excluye a otra, por lo que ninguno tiene el monopolio exclusivo. Vid. DE LA RIVA, Ignacio, "Procesos Colectivos" en AAVV, *Cuestiones del Contencioso Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abelado Perrot, 2007, p. 145.

651 Vid. PUCCINELLI, Oscar, *op. cit.*, p. 373. En una sentencia estimatoria que tutele derechos de incidencia colectiva tendría efectos *erga omnes*, favoreciendo o perjudicando a todos. Vid. GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, *cit.*, p. II-3. La amplia legitimación activa trae como consecuencia que los efectos de la sentencia definitiva sean *erga omnes*. Vid. DE LA RIVA, Ignacio, *op. cit.*, p. 160. Este autor niega tal efecto, aduciendo que ello violaría el derecho de defensa de los no intervinientes, además enfrenta que en Argentina predomina el control difuso y ello podría traer consecuencias contradictorias.

652 Vid. GARCÍA PULLÉS, F., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, v. II, *cit.*, pp. 699-700. En estos casos la sentencia tiene un valor directo para las partes procesales y para los terceros.

Pero debe indicarse que los efectos extensivos o *erga omnes* de las sentencias no tienen aplicación cuando la resolución que dirime el litigio es contraria a la parte actora que protege los derechos colectivos. Es decir, que en este caso, los derechos del sujeto que no compareció al proceso quedan intactos, pudiendo ejercerlos individualmente y no procede imponerle los efectos gravosos de la sentencia.

Distinto es el caso del obligado, quien tiene un deber común e indivisible frente a los acreedores, ya que éste no puede divorciarse de su responsabilidad ante la resolución estimatoria, aún ante terceros ajenos al proceso, pero titulares del mismo núcleo de intereses colectivos⁶⁵³.

En este orden, se concluye que el sistema constitucional argentino establece de forma manifiesta la presencia de derechos de incidencia colectiva, abriendo la puerta de acciones judiciales de tutela con una legitimación activa amplia y, como consecuencia, se presenta la posibilidad de la existencia de sentencias que sobrepasen los efectos de las partes procesales, teniendo un resultado *erga omnes*, situación que rompe los esquemas tradicionales de la cosa juzgada en argentina⁶⁵⁴.

B) Efectos de las sentencias relacionadas con actos administrativos con efectos generales

La impugnación directa de reglamentos implica una acción que se ejerce plenamente contra la norma reglamentaria, bajo la base de su antijuricidad, teniendo la pretensión que se declare nula o inválida. El juzgador en tales procesos puede y debe conocer de vicios que contaminan a las previsiones y procedimiento de formación y sanción del acto y que afecta su validez general⁶⁵⁵.

Las resoluciones judiciales que deciden sobre las pretensiones anulatorias de un reglamento con fundamento en la ilegitimidad inherente, pueden concretizarse de la forma siguiente:

1ª. Las sentencias que declaran sin lugar la pretensión de nulidad, son sentencias que reconocen con fuerza de cosa juzgada la vigencia del acto reglamentario para el caso en debate. En tal caso, se mantienen incólume el estado jurídico y fáctico antes existente, previo a la emisión de la resolución judicial. Por tanto, tal manifestación jurídica no modifica en nada el ordenamiento jurídico existente, no produciendo ningún resultado extensivo más allá del litigio y sus intervinientes. Es decir, que estas providencias judiciales no tienen la virtud de trascender fuera del litigio, esto es lógico, pues perfectamente puede

653 Vid. GARCÍA PULLÉS, F, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, v. II, *cit.*, pp. 700-703. Sostiene, adicionalmente, que la protección judicial de derechos colectivos que implique sentencias con efectos *erga omnes*, no conlleva transgresión al sistema constitucional argentino.

654 Vid. GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, *cit.*, p. II-3. Vid. Artículos 41 y 43 CNA.

655 Vid. BOQUERA OLIVER, J, “La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los Reglamentos”, en *RAP*, número 149, Mayo-Agosto 1999 pp. 26-30. Las disposiciones del reglamento que se declaran inválidas en la resolución judicial dejan de existir, pero subsistiendo las demás. La nulidad de unas no siempre afecta a las otras, salvo que la eficacia de las normas dependa de las fueron declaradas nulas.

otro afectado, proponiendo una situación fáctica diferente y con presuntos nuevos vicios de reglamentos, antes invocados, ejercer una nueva acción, lo que será objeto, de parte del juzgador, de una nueva revisión y probables consecuencias diferentes⁶⁵⁶.

2ª. En el Derecho Procesal Administrativo Argentino, las consecuencias derivadas de las sentencias estimatorias que anulan actos generales por vicios inherentes son diametralmente distintas, pues la Corte Suprema ha reconocido que la declaratoria judicial de invalidez de un reglamento tiene cualidades *erga omnes*, concretizando también que el efecto se limita para consecuencias futuras, pero careciendo de retroactividad, se trata de un efecto *ex nunc*⁶⁵⁷.

Como derivación de lo último, se puede agregar que la Administración, al igual que no puede dejar de aplicar un reglamento por ser parte del bloque de legalidad, tampoco puede restringir los alcances de una sentencia estimatoria de nulidad dictada en un litigio en que fue parte demandada y ejerció a plenitud sus argumentos a favor del acto general.

Tal situación sería contraria a la seguridad jurídica y a la igualdad, pues obligaría a los terceros a volver a plantear un nuevo proceso judicial con idénticas pretensiones contra un reglamento que ya se constató su ilegitimidad congénita.

La doctrina argentina establece que la Administración no puede dejar de aplicar una ley so pretexto de su inconstitucionalidad, pero sí debe inaplicar aquellos reglamentos ilegales, aún por medio de actos administrativos individuales, pues la inderogabilidad singular no se aplica para las normas reglamentarias contrarias a derecho. Por tanto, *a fortiori*, cuando se trata de reglamentos que han sido judicialmente declarados antijurídicos en su esencia, la Administración debe inaplicarlos en forma universal para todos los ciudadanos que pudieren ser afectados⁶⁵⁸.

656 Vid. BARRAZA Javier Indalecio, “La impugnación de actos de alcance general” en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo t. I*, director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp.1024-1028. Vid. GARCÍA PULLÉS, F. *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, v. II, cit., pp. 730-732. Se indica que tampoco tiene un efecto general la sentencia que declara estimatoria la pretensión a partir de circunstancias eminentemente de hecho, propias de la forma de aplicación del reglamento y no por un vicio congénito de éste.

657 Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, “El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria” en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, Director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp.1010-1013. El autor comenta la sentencia paradigmática de la CSJN, 26/12/96, “Monges c. Universidad de Buenos Aires”, en el que se estableció el criterio de los efectos *erga omnes* de las sentencias que atribuyen anulación a los reglamentos, así como su efecto para futuro, con lo que se apartó de la doctrina que vincula la retroactividad de los efectos de la anulación. Vid. LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión Judicial de la actividad administrativa*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 413. El autor es de una posición contraria estableciendo que en Argentina las teorías que sostienen el efecto *erga omnes* de las sentencias que declaran la nulidad de un reglamento, en el orden nacional, solo tienen el valor de tales, de meras teorías, pero no es la regla aplicable a su juicio. Vid. BARRAZA, Javier Indalecio, *op. cit.*, pp. 1024-1025. Resume las dos tesis.

658 Vid. GARCÍA PULLÉS, F., *Tratado de...*, cit., pp. 720, 723,725, 734. Otorgarle la facultad a la Administración de “relitigie” es prácticamente hacerla inmune a la cosa juzgada. Por otra parte, si un caso anterior fue dictado con el reglamento irregular y dicho acto puede ser revocado en sede administrativa, si ello favorece al particular y no perjudica a terceros. Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *El control Jurisdiccional...*, cit., pp. 1007-1008; Vid. BARRAZA, Javier Indalecio, *op. cit.*, pp. 1026-1028; Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 223; Vid. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho...*, cit., p. 282; Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.*, p. 213.

21.3 La creación de instituciones mediante la jurisprudencia en el ordenamiento administrativo argentino

Se ha reconocido que muchas de las instituciones del Derecho Público Argentino han tenido sus orígenes en resoluciones judiciales, es decir, por la jurisprudencia de los tribunales, teniendo este fenómeno, por su carácter dinámico, mucho más aplomo en el Derecho Administrativo⁶⁵⁹.

La autoridad judicial, como sujeto capacitado para otorgar la verdadera interpretación de las normas con fuerza jurídica, en ciertas ocasiones, se anticipa al legislador, clarificando los límites de las disposiciones, supliendo sus deficiencias y estableciendo criterios que establecen precedentes.

Pero lo anterior, no es una invasión a la función legislativa, aunque se trate de regulaciones de conductas; más bien son actividades conexas. La actividad legislativa es autónoma y originaria, en cambio, la labor judicial es posterior y amparada en la norma escrita, administra justicia como objetivo primario, pero auxiliariamente ejerce una influencia renovadora sobre el Derecho, dando lugar a figuras nuevas y más progresistas⁶⁶⁰.

Esta situación, pretoriana de creación en el campo del Derecho Administrativo, puede ilustrarse de forma categórica, a través del análisis de casos, es decir, aquellos precedentes representativos que han evolucionado dicha rama jurídica en Argentina, pero que tienen un valor comparativo importante para otros ordenamientos como el salvadoreño. Es por ello que esta investigación recoge a continuación algunos fallos emblemáticos que han causado eco en la doctrina del mencionado país suramericano⁶⁶¹.

En el caso “Sánchez Granel”, sobre el tema de la responsabilidad del Estado, la Corte Suprema expresó, en síntesis, que la limitación de la responsabilidad estatal a los casos de culpa *in eligiendo* o *in vigilando* o a los de *iure imperii*, eran una valoración obsoleta, debiendo regir ahora el principio universal aceptado que el Estado es responsable por todos sus actos, inclusive los lícitos que originan perjuicios a los particulares⁶⁶².

Sin embargo, es de expresar que ya en 1933 la Corte Suprema de la Nación había condenado al Estado por el daño emanado de un incendio inducido por la negligencia de unos empleados gubernamentales mientras prestaban un servicio propio de sus funciones⁶⁶³.

659 Vid. BIDART CAMPOS, G., *El Derecho Constitucional del Poder...*, cit., p. 266. Parece imposible negar que el Derecho Administrativo Argentino se crea u origina colateralmente por la vía judicial; Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 174; Vid. SAYAGUES LASO, E., *op. cit.*, p. 154; Vid. BIELSA RAFAEL, *op. cit.*, p. 103; Vid. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo t. I.*, cit., p. VII-68.

660 Vid. DROMI, Roberto, *El Poder...*, cit., pp. 74-75. Donde más opera el ajuste jurisprudencial es en las normas constitucionales, por su mecanismo rígido de reforma.

661 Vid. DIEZ, Manuel María, *op. cit.*, p. 116. La labor pretoriana ha permitido la solución de una serie de problemas en materia de Derecho Administrativo. Así, por ejemplo la responsabilidad de la Administración Pública, nulidad de los actos administrativos, régimen jurídico de los sepulcros, régimen jurídico de la función pública etc.; Vid. BIELSA, Rafael, *op. cit.*, p. 102-103.

662 Vid. Sentencia de la CSJN, 20/09/1984, “Sánchez Granel c. Dirección Nacional de Vialidad.

663 Vid. CSJN, 22/9/33, “Devoto”, Fallos, 169:111.

En esa ocasión, la Corte se acercó a la responsabilidad objetiva del Estado, al extraerse de su fundamentación que era intrascendente para tal valoración la intencionalidad de sus empleados o que la causa del perjuicio sea casual⁶⁶⁴.

Otro antecedente importante se presentó en 1937, en el caso “Quiding”, en el que a raíz de un accidente de tránsito, un vehículo del Estado provocó daños materiales a un particular; la Corte admitió la demanda de éste, indicando que a pesar que la Nación no había actuado en el hecho como poder público, ello no le eximía de responsabilidad⁶⁶⁵.

En línea similar, en otra sentencia, la Corte Suprema al conocer sobre una acción de daños y perjuicios derivados de un error en un informe del Registro de la Propiedad, estableció la responsabilidad de la provincia quien tiene a su cargo la función de emitir tales informes y cobrar un tasa por los mismos, por tanto, es responsable de la inobservancia en sus deberes o por un mala prestación (caso “FCO c/Provincia de Buenos Aires”)⁶⁶⁶.

Pues bien, en Argentina todas estas rutas jurisprudenciales han abierto el rumbo para que la legislación actual y la doctrina imperante establezcan la responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho Administrativo, estableciendo un divorcio de la intención de los sujetos que obran por él, y reenviando el rumbo a una responsabilidad objetiva Estatal, en beneficio de los administrados perjudicados por las múltiples acciones gubernamentales⁶⁶⁷.

Por otra parte, es trascendental señalar que en Argentina, la reconocida acción de amparo se implantó en el sistema a través de una construcción jurisprudencial de la Corte Suprema en el célebre caso “Siri”, en el cual se dispuso levantar el cierre de un periódico propiedad del actor, el cual se había realizado sin contar con una definición clara de quien era la autoridad que lo había ordenado, ni cuáles eran los motivos que determinaban esa medida⁶⁶⁸.

De forma sucinta, el máximo tribunal externó que la garantía constitucional de la libertad de imprenta y de trabajo tenía que ser íntegramente restituida, ya que las garantías individuales coexisten y resguardan a las personas por el sólo hecho de estar tutelados en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para instaurar en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

664 Vid. CSJN, año 1933, Fallos, 169:120

665 Vid. CSJN 4/5/36, Fallos, 177: 314.

666 Vid. CSJN, 3/10/38, Fallos, 182:5 Esta resolución estableció, como un principio general del derecho aplicable al Derecho Administrativo que *“quien emplea a otras personas para el manejo de un negocio o para determinada función, lleva la responsabilidad de su elección y es pasible de los perjuicios que éstas ocasionaren a terceros en el desempeño de su función, dado que nadie puede, por sí o por intermedio de otro, ejercer sus derechos en forma tal, que lesione el derecho de un tercero”* (CSJN, 3/10/38, fallos, 182:5, y LL, 12-122). Posteriormente, se aplica el mismo principio en casos análogos (CSJN, 5/9/41, JA, 75-812, LL, 24-290 y Fallos, 190:318).

667 Vid. DAMSKY, Isaac Augusto, “Responsabilidad del Estado por su actuación lícita: Problemática del Régimen Indemnizatorio”, en AA VV, *Estudios Sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, D.F. México, UNAM, 2007, pp. 119-121. La tradición Jurídica Argentina, fiel a sus valores constitucionales, ha reconocido la consecuente obligación estatal de reparar los perjuicios causados.

668 Vid. CSJN, caso “Siri Ángel” 27/12/57, Fallos, 239:459. Es de mencionar que hasta 1966 se dictó una norma legislativa nacional que estableció el amparo.

También el Tribunal se refirió diciendo que se desviaba de sus criterios obsoletos anteriores, consistentes en marginar a los procedimientos administrativos y judiciales de la protección de los derechos constitucionales no protegidos en la institución del habeas corpus, dado que todas las garantías constitucionales tienen efectiva vigencia en el Estado de Derecho teniendo los jueces la obligación de asegurarlas.

Siempre en el tópico de reafirmar judicialmente la institución del amparo, la Corte emitió un segundo fallo en el caso “Kot” en el cual el demandante exigía la restitución de un establecimiento textil de su propiedad que había sido ocupado por trabajadores que alegaban el derecho de huelga.

En esta sentencia, la Corte fue sumamente explícita al manifestar que la acción que estaba otorgando no era la del habeas corpus, sino la del amparo, es decir, una garantía distinta que no protege la libertad sino otros derechos constitucionales, pero que tienen la semejanza que ambos procuran una protección expedita y rápida que deviene de la norma suprema⁶⁶⁹.

Seguidamente, aplicó los criterios del caso “Siri”, explicando que no obstante que en dicho litigio no se trataba de actos de autoridad los que trasgredían los derechos, sino de particulares, la distinción era intrascendente para los fines de la protección constitucional⁶⁷⁰.

Se puede, igualmente, reafirmar el carácter creativo de la labor judicial, dado que puede observarse que la jurisprudencia recogió en Argentina la figura del amparo como mecanismo para tutelar los derechos fundamentales diferentes a la libertad, anticipándose de forma sobresaliente al legislador.

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha sido motor del avance del desarrollo del Derecho Administrativo local, reconociendo con plenitud la autonomía municipal. Así, el 21 de marzo de 1989, en el caso “Rivademar”, la Corte Suprema modificó de forma histórica sus criterios anteriores estableciendo que un nuevo y más detenido examen sobre la naturaleza del municipio exige replantear el carácter tradicional otorgado a éste como mera delegación administrativa. Atacando tal postura, indica que de ningún modo podría sostenerse el carácter uniforme de todo el territorio de la nación argentina, dado que a partir de 1957, las distintas constituciones provinciales han consagrado la postura de la autonomía municipal, que puede ser plena, cuando se le faculta a dictar su propia carta orgánica o semiplena, cuando no alcanza tal atribución.

Agrega el Tribunal que aún prescindiendo de las prescripciones de las constituciones provinciales vigentes, debe reconocerse que el concepto de autarquía no es adecuado para el carácter del municipio, siendo por tanto más propio el de autonomía⁶⁷¹.

669 Vid. CSNJ “Samuel Kot SRL” 5/9/1958, Fallos, 241:291

670 Vid. MATA, Ismael, “Caracterización General del Amparo”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 13-15. Lo esencial del amparo y del habeas corpus no es el origen de la restricción ilegítima de los derechos fundamentales de las personas, sino esos derechos en sí mismos a fin de que sean salvaguardados. Dichas garantías no atienden a los agresores sino a los agredidos. En la misma resolución se establecen una serie de términos que luego serán recogidos por la legislación, verbigracia: “el ataque ilegítimo, grave y manifiesto” contra los derechos; que la ilegitimidad de la restricción aparezca contra los actos violatorios.

671 Vid. CSJN, caso “Rivademar”, Ángela D.B. Martínez Galván c/Municipalidad de Rosario 21/03/1989.

Especial relevancia sobre el tema tiene la sentencia de la Corte en el caso “Ponce”, en el que se estableció de forma lúcida que el mandato constitucional de asegurar la autonomía municipal no puede ser desnaturalizado mediante una reglamentación nacional que produzca la caducidad de los mandatos de los funcionarios municipales de elección popular.

En consecuencia, en aplicación del principio de soberanía popular, las cuestiones relativas a la autonomía municipal y a su efectiva vigencia en la estructura del Estado federal deben ser garantizadas, rechazando actos y procedimientos que impliquen el desprecio y conculcación de las instituciones locales⁶⁷².

En el tema de la autonomía municipal, el Derecho Judicial Argentino ha estado a la vanguardia sistematizando ciertos aspectos relevantes, tales como: que los Municipios tienen un fundamento ineludiblemente constitucional frente al origen meramente legal de las autoridades autárquicas. Las comunas tienen una base sociológica, en cambio las autoridades autárquicas, carecen de ellas. Los Municipios no pueden suprimirse ni desaparecer en virtud de su génesis constitucional. Las Ordenanzas Municipales tienen un carácter de legislación local. También se ha establecido que en las comunas, una condición fundamental y específica de éstas consiste en la elección popular de sus autoridades, las cuales tienen cierto grado de autonomía⁶⁷³.

Pasando a otro avance del Derecho Administrativo, mediante la jurisprudencia en Argentina, es destacable expresar que sobre mediados del siglo XX, los tribunales de dicha nación aplicaban de forma llana la normativa civilista a los vicios de nulidad de los actos administrativos. Sin embargo, a raíz del caso relevante “Los Lagos” la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace un replanteamiento *ius publicista*, creando una teoría general de las nulidades de los actos administrativos, divorciándose de los efectos previstos en las disposiciones del Derecho Privado⁶⁷⁴.

De nuevo la creatividad judicial se adelantó al legislador, pues el régimen general de las nulidades de los actos administrativos fue anunciado de forma anticipadamente por una sentencia, antes que fuera recogida por una ley⁶⁷⁵.

Continuando esta exposición, es de señalar que también el recurso extraordinario por salto en instancia es otro instituto de construcción jurisprudencial, por medio del

672 Vid. CSJN, caso “Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis Provincia de s/acción declarativa de certeza, 24/02/2005 Fallo: 328:175.

673 Vid. GIULIANO, Diego A., *Derecho Municipal: Autonomía y Regionalización Asociativa*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 15-31. El autor argentino hace un repaso muy completo de los lineamientos jurisprudenciales sobre la autonomía municipal en dicho país, tanto en el plano federal como en el provincial.

674 Vid. CSJN, caso, “Los Lagos SA Ganadera c/Gobierno Nacional” 30/6/41, Fallos, 190:98.

675 Vid. Ley 19.549, ley de procedimientos Administrativos del 3 de abril de 1972, publicada en el B.O. el 27 de abril de 1972. Art. 14: “El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos: a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta. b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado”. Art. 15: “Si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial”.

cual la Corte Suprema estableció la posibilidad que bajo ciertas condiciones de gravedad institucional, que no admiten demora, una causa que está bajo el conocimiento de un juez inferior “salte” una o más instancias para su revisión.

Dicho criterio judicial tiene su paradigma en el caso “Fontela”, Moisés Eduardo c/ Estado Nacional”, del 6 de septiembre de 1990, en el cual el actor, un diputado nacional que actuaba por sí y como representante del pueblo, ejerció una acción de amparo con la pretensión de que se suspendiera por sesenta días la privatización de las aerolíneas en Argentina. Pues bien, el juez de primera instancia de lo contencioso-administrativo, ordenó de forma favorable para el demandante la suspensión inmediata de dicha privatización⁶⁷⁶.

Ante tal situación, y tomando en consideración el interés público en juego, el Estado Nacional apeló *per saltum* mediante un recurso extraordinario no reglado directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sorprendentemente el Supremo Tribunal ordenó la suspensión de los efectos de la resolución de primera instancia “*con arreglo a la existencia de una cuestión federal que, por su trascendencia, exhibía gravedad institucional*” y habilitó al gobierno para continuar con el procedimiento de privatización de Aerolíneas Argentinas.

Dentro de su fundamentación, la Corte esgrimió que el referido recurso extraordinario era factible cuando los asuntos federales exhiban inequívocas y extraordinarias circunstancias de gravedad y demuestren, con total evidencia, que la necesidad de su definitiva solución expedita es requisito para la efectiva y adecuada tutela del interés general.

Asimismo, en resumen, la Corte consideró que la decisión del juez inferior afectaba la marcha normal de las funciones que desempeñan los poderes legislativo y ejecutivo, configurándose una situación de gravedad institucional, que sin una tutela pronta y definitiva por medio de un recurso extraordinario del Órgano Judicial se producirían agravios que serían de imposible o insuficiente reparación ulterior⁶⁷⁷.

Los ejemplos establecidos forman parte de un catálogo extenso de casos jurisprudenciales que demuestran, incontestablemente, que el Derecho Administrativo Argentino tiene el grado de evolución actual y sigue progresando gracias a la enorme función creadora, dinámica e interpretativa de sus fallos emblemáticos.

676 Llama la atención que dicho precedente es un claro ejemplo de un fenómeno forense muy generalizado en la jurisprudencia argentina, la cual es la cita de variada sentencias norteamericanas y la referencia a juristas de aquel país como el juez Benjamín Cardozo. Véase CSJN, caso “Fontela, Moisés Eduardo c/Estado Nacional”, 6/09/1990, Fallos: 313-630.

677 Vid. DROMI, Roberto, *Derecho Adm...*, cit., pp. 225-234. El autor argentino ofrece el más completo catálogo de sentencias emblemáticas que han hecho evolucionar el Derecho Administrativo de aquel país. Además del caso del recurso *per saltum*, Podemos mencionar instituciones jurisprudenciales como: a) Abuso del derecho, b) Principio o teoría de la lesión, c) Poder de policía, d) Ejecutoriedad de las sentencias contra la Nación, e) Inaplicabilidad de la ley de transferencia de fondo de comercio en las privatizaciones de empresas estatales, f) Carácter personal de las deudas tarifarias por prestación de un servicio público, g) Los pliegos de bases y condiciones pueden ser interpretados judicialmente a la luz de la normativa general, h) Declaración de concurso preventivo de una empresa del Estado, i) Inaplicabilidad de tasas locales por ocupación del espacio aéreo, subsuelo o superficie en servicios públicos interconectados, j) Inmodificabilidad unilateral de los contratos públicos, k) Límites a la representación del interés colectivo. Vid. BIDART CAMPOS, G., *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, t. I-A, cit., p. 302. Igual fenómeno se observa en el Derecho Constitucional Argentino, en donde existen abundantes normas edificadas judicialmente, tales como: a) La que establece que las llamadas cuestiones políticas no son judiciales; b) La que establece que la actividad jurisdiccional de la administración requiere control judicial posterior; c) La que establece que la doble instancia no es requisito constitucional del debido proceso; d) La que establece que los jueces deben calificar judicialmente la huelga cuando resuelva litigios laborales derivados de una huelga, etc.

CONCLUSIONES

El riguroso análisis y la investigación que se ha seguido para la elaboración de esta Tesis Doctoral facultan las directrices con las cuales se presentan las siguientes conclusiones:

PRIMERA

En El Salvador, el orden jurídico administrativo, de forma accidental más que por una razón reflexiva del ordenamiento, goza de características muy propias, sobre todo, en materia de las competencias para impugnar las actuaciones de la Administración Pública. Así, coexiste un sistema competencial dividido para juzgar a la Administración, dentro del cual, la legalidad de los actos administrativos es atribución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia; las actuaciones materiales se ventilan ante los tribunales comunes, y lo referente a los contratos administrativos se dirime ante tribunales arbitrales. Esto conlleva la implantación de distintos cauces procesales, en razón de la naturaleza jurídica de la actuación administrativa que se pretende impugnar. A este sistema amorfo se le suma, en primer lugar, una ley procesal administrativa vetusta, extremadamente limitada en cuanto a competencia, medidas cautelares, legitimación activa, recursos, entre otros; y en segundo lugar, el enorme vacío legislativo de una ley general de procedimientos administrativos. En este contexto, la jurisprudencia administrativa desempeña una función relevante reduciendo las carencias del sistema.

SEGUNDA

La teoría jurídica continental exige como requisito de la constitución de la jurisprudencia, que las resoluciones emanen del máximo órgano de justicia del Estado, que se tenga cierto grado de estabilidad del criterio judicial, que se refiera al meollo de la discusión o *ratio decidendi* y que exista similitud en los casos de comparación. No obstante, existe una postura más flexible que identifica como jurisprudencia cualquier sentencia, indistintamente de su origen, siempre que tenga un valor sumamente destacado y que posea la capacidad de ser considerada como un modelo para otros casos.

TERCERA

En El Salvador, a los tribunales que por excelencia se les reconoce la capacidad de producir jurisprudencia con trascendencia en el orden administrativo, son las Salas de lo Constitucional y de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, dado su rol de juzgadores de la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones de las Administraciones Públicas.

CUARTA

Es destacable la figura del precedente administrativo, el cual es un vehículo unificador de los criterios de la Administración Pública, cuyo sustento descansa en el principio de igualdad y en otros principios generales del Derecho; sin embargo, su aplicación debe ser reflexiva, ponderando cuidadosamente la similitud de las circunstancias bajo comparación, la juricidad del precedente que se invoca y el interés público en juego. Asimismo, hay que tener presente que tal herramienta carece del carácter normativo de la jurisprudencia administrativa, pues no es considerada una verdadera fuente del Derecho, dado que su creador es la misma Administración, no teniendo la virtud de vincular al Órgano Judicial, quien incluso cumple el rol revisor de dichos precedentes a fin de constatar su adecuación a la juricidad.

QUINTA

El Derecho Administrativo, como rama de la Ciencia Jurídica, se caracteriza porque su nacimiento y evolución ha sido determinado por los fallos emanados del Consejo de Estado Francés, constituyéndose un Derecho con tonalidad jurisprudencial. Así, una serie de instituciones jurídico-administrativas han sido edificadas a través de la creatividad judicial: la teoría de la imprevisión de los contratos, la desviación de poder, la teoría de los actos políticos, la responsabilidad por los hechos de las leyes, etc. En El Salvador, ante la carencia de una legislación general del régimen de la Administración Pública y sus procedimientos, ha sido la Sala de lo Contencioso Administrativo la que a través de sus sentencias representativas o emblemáticas ha hecho evolucionar el Derecho Administrativo, atenuando las deficiencias del sistema y logrando una relativa coherencia y unidad.

SEXTA

El Derecho Administrativo tiene determinados puntos de coincidencia con el Derecho Anglosajón del *Case Law*, pues es ineludible que en ambos, el rol formador del

precedente jurisprudencial es una pieza fundamental de su construcción jurídica. Esta situación nos conlleva a un reconocimiento del valor jurídico de la jurisprudencia en el sistema continental, constituyéndose el Derecho Administrativo en una especie de puente entre ambos sistemas, dado que logra disipar en gran medida los prejuicios heredados con relación al sistema del *Case Law*.

SÉPTIMA

En el sistema del *Civil Law*, la legislación tiende a perpetuarse. Esto da lugar a que en cada momento el Derecho hecho por los jueces tome una mayor relevancia, lo que permite mantener la quimera de la perpetuación de la legislación bajo nuevas interpretaciones. Asociado a lo anterior, actualmente se acepta en los sistemas escritos con un grado de normalidad, que los operadores del Derecho y los litigantes utilicen los precedentes jurisprudenciales en sus resoluciones y escritos.

OCTAVA

En el ordenamiento salvadoreño se pueden encontrar fundamentos constitucionales que justifiquen la vinculatoriedad de la jurisprudencia. Dado que los jueces están legitimados como defensores de la Constitución, sus fallos deben ser acordes a la igualdad y a la seguridad jurídica, debiendo garantizar, consecuentemente, un tratamiento uniforme en sus proveídos. Adicionalmente, la Constitución le otorga a la Sala de lo Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio.

NOVENA

La Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha reconocido como parte del ordenamiento jurídico el principio de "*stare decisis*", articulado con los principios de seguridad e igualdad jurídica, bajo el cual los tribunales deben respetar o adherirse a las decisiones judiciales anteriores. Sin embargo, estos principios se salvaguardan por parte del juzgador, no sólo resolviendo en idénticos términos al precedente, sino también motivando la decisión del cambio y fundamentando las diferencias.

DÉCIMA

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador tiene dos tratamientos distintos en el sistema jurídico. El primero obedece a

las sentencias de inconstitucionalidad de las normas inferiores, las cuales son vinculantes de forma general tanto en su motivación como en el fallo, por disposición constitucional expresa. El segundo lo constituye las resoluciones dictadas en procesos de amparo y de habeas corpus, las cuales también constituyen precedentes jurisprudenciales. Éstos deben ser respetados por emanar del máximo intérprete de la constitución y como garantía del respeto a los principios de igualdad y seguridad jurídica.

DÉCIMA PRIMERA

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la jurisprudencia es una fuente del orden administrativo salvadoreño, cuyo fundamento descansa en el principio de *stare decisis*. De esa forma se logra con su aplicación la coherencia del sistema, igualdad en la aplicación de la ley, estabilidad del orden jurídico y erradicación de la excesiva discrecionalidad de los jueces y de la Administración Pública.

DÉCIMA SEGUNDA

El valor de la jurisprudencia y su reconocimiento como fuente del Derecho ha sido construido en gran medida, en El Salvador, por resoluciones judiciales; por tanto, para una mayor certeza de la ciudadanía, es recomendable que en un sistema como el nacional se estructure por vía legislativa una disposición que sistematice las fuentes jurídicas, indicando el valor, eficacia y rol que desempeña la jurisprudencia. Ésta, dadas las particularidades de nuestro ordenamiento, tendría un uso supletorio a la norma escrita, adquiriendo dichos precedentes jurisprudenciales el mismo valor jerárquico que la norma interpretada o suplida.

DÉCIMA TERCERA

En El Salvador, las normas legislativas no regulan de forma expresa el valor y función de la jurisprudencia; sin embargo, a partir de la integración de disposiciones procesales y administrativas, se puede establecer la adopción de la figura de la doctrina legal casacional y extracasacional, que un concepto abarcador consiste en aquella jurisprudencia de carácter reiterativa emanada de la Corte Suprema de Justicia a la cual se le asigna un valor obligatorio para los tribunales inferiores, con una función supletoria para llenar vacíos legales.

DÉCIMA CUARTA

El progreso del Estado de Derecho hace necesario, actualmente, admitir la fuerza vinculante de la jurisprudencia, fomentándose la coherencia en el sistema de justicia, garantizándose la igualdad y uniformidad en la aplicación de la ley y reduciéndose el ámbito de discrecionalidad de los jueces de menor jerarquía y de los órganos de la Administración Pública.

DÉCIMA QUINTA

En el Estado actual, se vislumbra un diálogo entre legislación y jurisprudencia: por una parte se garantiza la imparcialidad del juez por medio de su sometimiento a la ley, y por otra, el verdadero sentido de la ley sólo se logra mediante la interpretación de la misma por el operador del Derecho. En esta interacción, la razón se constituye en el vaso comunicante entre el legislador y el intérprete de la ley. Por tanto, del complemento entre ambas debe surgir la garantía de la seguridad jurídica, pues la aplicación misma del Derecho debe resultar previsible y calculable. Esta exigencia de estabilidad y continuidad de los fallos judiciales, exige la vinculación de los tribunales a sus precedentes -vinculación horizontal-, mientras que la unidad del orden jurídico requiere la vinculación de los tribunales a una instancia interpretativa unificada -vinculación vertical.

DÉCIMA SEXTA

En concordancia con la idea anterior, en un principio, los jueces deben otorgar un tratamiento idéntico a los sujetos que se encuentran en las mismas circunstancias que han sido juzgadas anteriormente. Sin embargo, ello no significa que el criterio judicial queda congelado y no puede transmutar en el tiempo o ser modificado; es necesario que la mutabilidad de resoluciones sea fundamentada suficientemente, a fin de que los ciudadanos sepan cuáles son las circunstancias de hecho y de Derecho, que han llevado al operador jurídico a variar su decisión actual con respecto al antecedente. Consecuentemente, el principio de igualdad en la jurisprudencia se salvaguarda, ya sea resolviendo en idénticos términos al precedente o motivando la decisión del cambio y fundamentando las diferencias.

DÉCIMA SEPTIMA

El principio de igualdad, como parámetro del juez en la aplicación de la ley, sólo es sustentable en contextos de regularidad jurídica, de tal manera que, para poder exigirle al operador jurídico el respeto del mismo, es necesario que la situación bajo comparación sea jurídicamente viable, ya que sería un absurdo que la igualdad llevara a normalizar y uniformar situaciones antijurídicas.

DÉCIMA OCTAVA

En El Salvador, debe mejorarse el sistema de publicidad de las actuaciones judiciales y de las sentencias. Sería recomendable que se reforme la Ley Orgánica Judicial, instaurándose como regla general la publicidad de todos los procesos, la regulación y competencia del Centro de Documentación Judicial y un mecanismo idóneo de certificación de la jurisprudencia, para que ésta haga fe en todo tipo de proceso en que se invoque. Igualmente, deben publicarse, de forma ordenada, por dicho Centro, la doctrina legal o jurisprudencia reiterativa, a fin de que se logre su conocimiento y funcionalidad por los operadores del Derecho y la comunidad jurídica en general.

DÉCIMA NOVENA

La operatividad del precedente jurisprudencial es una técnica forense que no tiene una solución homogénea en todos los ordenamientos jurídicos, aún cuando pertenezcan a la misma familia. Así, su aplicación en términos latos es disímil en aquellos sistemas donde su obligatoriedad viene precedida por una tradición en donde los mismos juzgadores se han arrojado la vinculatoriedad de sus decisiones, con respecto de aquellos sistemas en donde por mandato legal expreso y, bajo ciertas fórmulas, se les atribuye cierto grado de obligatoriedad. Igualmente, su análisis es distinto en los sistemas en que se le concede la función de unificación en la interpretación del ordenamiento a partir de partir de la extracción de principios expresos o tácitos; o peor aún, su forma de aplicación difiere en modelos donde se conjuga una mixtura de todos los supuestos aludidos.

VIGÉSIMA

Es indudable que la Sala de lo Constitucional de El Salvador reconoce la utilización del precedente jurisprudencial en nuestro sistema, ofreciéndonos de forma dispersa en sus sentencias algunos elementos de su aplicación, en los que se denota la importación de reglas originales del sistema anglosajón. Así, se recoge el principio de *stare decisis* como fundamento de la obligatoriedad de sus precedentes jurisprudenciales, reconociendo además la técnica del *Common Law*, consistente en la distinción de las *ratios decidendi* y *obiter dicta* como medio de descubrimiento y aplicación de la doctrina jurisprudencial. Por tanto, es importante para los juristas salvadoreños el estudio y conocimiento de estos métodos anglosajones a fin de manejarlos con propiedad.

VIGÉSIMA PRIMERA

Las formas de utilización del precedente jurisprudencial varían de acuerdo a diversos factores, entre otros, el papel que juegan las citas internas de jurisprudencia en la justificación de la nueva decisión adoptada, el número total de citas jurisprudenciales y su peso argumentativo frente a otras fuentes del Derecho en la decisión del caso, el número total de citas externas de jurisprudencia y el grado de tecnicidad que el precedente deba reflejar. Asimismo, podemos indicar que la utilización de los precedentes jurisprudenciales depende de la rigurosidad del tribunal que lo utilice y su grado de relación al caso en discusión, pues en situaciones de mayor disciplina, los tribunales tienden a citar precedentes que tienen una relación fáctica estrecha con el caso a resolverse; en un plano un poco más laxo, es posible citar precedentes con una relación fáctica amplia; en un grado decreciente de tecnicidad es posible citar precedentes que ya no se relacionen por analogía, sino por compartir únicamente un referente conceptual común; y finalmente, es posible citar de manera más indisciplinada y retórica, precedentes que no tienen ningún tipo de conexión como los antes mencionados.

VIGÉSIMA SEGUNDA

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en sus recomendaciones con valor persuasivo para los tribunales internos de los Estados miembros de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que: a) El respeto del precedente jurisprudencial forma parte de la garantía de la tutela judicial efectiva y del debido proceso; en consecuencia, los tribunales salvadoreños, y en especial los que juzgan a la Administración Pública, deben garantizar un mecanismo de respeto de los mismos; b) Está prohibida la utilización o aplicación de una decisión judicial que implique un nuevo criterio jurisprudencial para situaciones acontecidas con anterioridad a su emisión.

VIGÉSIMA TERCERA

La fuerza vinculante de la regla del precedente jurisprudencial es un principio jurídico que cada día toma mayor fortaleza en los ordenamientos jurídicos administrativos de América Latina; en algunos de ellos su régimen legislativo de forma expresa preceptúan su obligatoriedad, otorgando fórmulas legales para su utilización, y en otros, su construcción se origina de la aplicación e interpretación de principios generales del Derecho como la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y la economía procesal, por parte del tribunal de mayor jerarquía en su sistema de justicia.

ANEXO

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA LABORAL SALVADOREÑA

La mayoría de tópicos del Derecho Administrativo salvadoreño, sólo pueden ser comprendidos, jurídicamente, con exactitud a partir de las normas jurisprudenciales o *ratio decidendi* establecida por los tribunales. Esto se hace palpable en el caso del régimen de los servidores públicos, cuya regulación legislativa amorfa ha obligado a los juzgadores a realizar una aportación trascendente. Sin embargo, se debe aclarar que el aspecto aludido se ha vuelto aún más polémico por las diferencias de criterios entre la Sala de lo Civil y las Salas de lo Constitucional y de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, quienes han discrepado en los límites de la estabilidad del personal de la Administración.

Por tanto, este trabajo pretende ordenar algunas resoluciones que otorgan los criterios jurisprudenciales relacionados al sistema que regula el vínculo de la Administración Pública salvadoreña con sus servidores o empleados. Se aclara que los parámetros que se desarrollan pertenecen a una regulación propia del Derecho Administrativo local, el cual puede, en algunos aspectos, apartarse fundada o infundadamente de pautas doctrinarias o del Derecho Comparado.

Asimismo hay que aclarar que la jurisprudencia que se resumirá está circunscrita a la función pública civil, pues el régimen militar tiene matizaciones jurídicas propias.

Como cualquier análisis forense es adecuado partir de la Constitución, es así que la Carta Magna en el Título VII, Régimen Administrativo, Capítulo I, aborda el Servicio Civil, aduciendo algunas reglas asistemáticas que se podrían ordenar, algunas de ellas, de la siguiente forma:

- c) El servicio Civil está conformado por los empleados y funcionarios públicos que están al servicio del Estado, que no tienen carácter político ni militar⁶⁷⁸;
- d) Existe un reconocimiento de la carrera administrativa;

⁶⁷⁸ Véase sobre los funcionarios político el Artículo, 219, inciso 3º, Cn. En cuanto al régimen militar véanse los Artículos 211, Cn y ss.

- e) Hay una remisión a la ley, para que regule el servicio civil, y en especial las condiciones de ingreso a la administración; las promociones y ascensos con base en el mérito y la aptitud; los traslados, suspensiones y cesantías; los deberes de los servidores públicos y los recursos contra las resoluciones que los afecten;
- f) La ley garantizará a los empleados públicos la estabilidad en el cargo.

También es relevante que la Constitución indica que le corresponde a la Asamblea Legislativa crear y suprimir plazas y asignar sueldos a los funcionarios y empleados de acuerdo con el régimen de Servicio Civil (Art. 131, ordinal 9º, Cn).

En cuanto a la regulación secundaria que desarrolla el régimen del Servicio Civil, se puede citar la Ley del Servicio Civil, la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia para los empleados públicos, no comprendidos en la carrera administrativa, y marginalmente, el Código de Trabajo.

A continuación se presenta, en resumen, los criterios jurisprudenciales emblemáticos de las Salas competentes de la Corte Suprema de Justicia, en donde se ofrecen normas o *ratios decidendi* sobre diferentes aspectos de los servidores públicos, a saber:

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fecha: 13/05/1998

Referencia: 265-97

Clase de Juicio: Amparo

Demandado: Concejo Municipal de Nueva San Salvador

Contenido de la Sentencia:

- Diferencia entre estabilidad laboral y estabilidad en el puesto o cargo (igual que la inc. Ref. 4-88).
- Cinco factores que deben concurrir para que haya estabilidad laboral: (1) Que subsista el puesto de trabajo; (2) Que el trabajador no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo; (3) Que el cargo se desempeñe con eficiencia; (4) Que no se cometa falta grave que la ley considere como causal de despido; (5) Que subsista la institución para la cual se presta el servicio.
- No tiene que ser de los puestos que requieren confianza.

Fecha: 20/06/1999

Referencia: 4-88/1-96

Clase de Juicio: Inconstitucionalidad

Demandado: Concejo Municipal de Nueva San Salvador

Contenido de la Sentencia:

- La carrera administrativa tiene un ámbito de regulación de carácter general, establece componentes esenciales y básicos que se deben observar en todo régimen de carrera de servicio personal al Estado.
- Tanto las carreras reconocidas en los Arts. 67, 186 y 214 de la Constitución, como las establecidas por ley, son carreras que forman parte de un solo género: la carrera administrativa.
- Los empleados públicos ingresan a la administración por nombramiento de autoridad competente y desempeñan puestos por plaza; los puestos que ocupan carecen de trascendencia dentro de la dirección política estatal, y además, no están investidos de poder de mando y de decisión.
- El régimen de la carrera administrativa se aplica a todo el elemento humano que realiza una función pública.
- Se diferencia entre empleado público, empleado público de confianza y trabajador público de la siguiente forma:
 - Los empleados públicos de confianza son los que colaboran para que el jefe cumpla su función y están excluidos de la carrera administrativa.
 - Los trabajadores públicos se encuentran vinculados por un contrato de trabajo y carecen totalmente de poder de mando y de decisión en el desempeño de su labor.
- La relación de empleo público puede determinarse por un criterio formal (atendiendo a si hubo acuerdo de nombramiento) o por un criterio material (atendiendo a que efectivamente implique ejercicio de una función o empleo público del particular en la Administración Pública).
- Únicamente se encuentra comprendida en la carrera administrativa, aquella relación que surge del acuerdo de nombramiento de una persona en una plaza determinada y cuyo objeto consiste:
 - En la prestación de servicios de carácter público
- La relación laboral se rige por el Derecho del Trabajo, siendo de competencia de los Tribunales de lo Laboral el conocimiento de la pretensión correspondiente para hacer valer los derechos y obligaciones que de ella derivan; y la relación civil se rige por el Derecho Civil, siendo competentes para el conocimiento sobre los derechos y obligaciones objeto de dicho contrato, los Tribunales de lo Civil correspondientes.
- Se excluyen de la carrera administrativa: los funcionarios públicos de elección popular, los funcionarios políticos y los de confianza, como además los empleados públicos de confianza, los trabajadores vinculados por una relación laboral y las personas que contratan con el Estado para la prestación de un servicio técnico o profesional.

- El mínimo de habilidad e idoneidad puede estar establecido por ley o dejarse a discrecionalidad del superior administrativo.
- Diferencia entre estabilidad laboral y estabilidad en el puesto: “La primera implica el derecho de conservar un trabajo o empleo, independientemente que la persona esté sujeta a la posibilidad de traslado de funciones o de un cargo a otro; la segunda, comprende la permanencia en un determinado cargo, puesto o función específicos, sin que se le pueda trasladar sin justa causa”.
- Factores que deben concurrir para que el trabajador tenga derecho a conservar su cargo: Que subsista la institución para la cual se presta el servicio; que subsista el puesto de trabajo; que el trabajador no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo; que el cargo se desempeñe con eficiencia y que no se cometa falta grave que la ley considere como causal de despido.
- El derecho a las promociones y ascensos implica: “la **posibilidad** de recibir mejoras en las condiciones de servicio o el escalamiento de posiciones dentro de la carrera que se trate, por medio de un **procedimiento administrativo** que permita medir o valorar la habilidad o actitud del servidor público o funcionario judicial que se haya hecho acreedor a esas mejoras o ascensos”.
- Como una manifestación del derecho a la estabilidad, son inaceptables los traslados arbitrarios, discriminatorios o por motivaciones políticas.

Fecha: 22/10/1999

Referencia: 3-93

Clase de Juicio: Inconstitucionalidad

Demandado: Concejo Municipal de Nueva San Salvador

Contenido de la Sentencia:

- El derecho a la estabilidad laboral comparte la naturaleza del derecho al trabajo; ambos obedecen a razones de justicia, libertad e igualdad.
- Cualquier clase de acto ejecutado por el empleador en orden de privar, limitar o someter a condiciones irrazonables el ejercicio del derecho al trabajo, constituye una violación al núcleo o esencia de tal derecho.

Fecha: 08/07/2002

Referencia: M119-2001

Clase de Juicio: Amparo

Demandado: Presidente de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados

Contenido de la Sentencia:

- Distinción entre empleados públicos de confianza política y empleados públicos de confianza personal. Los primeros desempeñan su labor en virtud de un nombramiento para participar en la ejecución del plan de gobierno presentado al cuerpo electoral. Los segundos obtienen un nombramiento que se debe al alto grado de confianza en ellos depositado (fidelidad personal).
- Cuando concurre el factor de “confianza” es una excepción a la necesaria tramitación de un procedimiento previo a la privación del derecho.
- “Dentro de los cargos de confianza personal se encuentran los empleados que prestan servicios directos al jefe, como las secretarías personales, conductores de vehículos, ayudantes ejecutivos y administrativos que les responden directamente”.
- La conducta y actitud de los empleados, así como la confianza depositada por el jefe es indispensable para la adecuada ejecución de sus deberes.
- El cargo de confianza política se pueden diferenciar por el poder de decisión que se le confiere.
- Entre los requisitos para ser titular del derecho a la estabilidad laboral está “que el puesto no sea de aquellos que requieran de confianza, ya sea personal o política”.

Fecha: 02/12/2005

Referencia: 18-2005

Clase de Juicio: Amparo

Demandado: Director Ejecutivo del Centro Nacional de Registros

Contenido de la Sentencia:

- Iguales términos que la siguiente (160-2006)

Fecha: 24/07/2006

Referencia: 160-2006

Clase de Juicio: Amparo

Demandado: Consejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública

Contenido de la Sentencia:

- Distingue entre la estabilidad laboral para los empleados públicos por contrato y aquellos que poseen una plaza en la Ley de Salarios.
- A los que son por contrato les asiste el derecho de no ser removidos arbitraria y discrecionalmente dentro del plazo de vigencia del contrato.
- No les asiste el derecho a ser recontratados.
- Si se quiere “destituir” dentro del plazo se tendrá que respetar el contenido esencial del derecho de audiencia, pero cumplido el plazo no es titular de tal derecho.

Fecha: 18/04/2007

Referencia: 468-2005

Clase de Juicio: Amparo

Demandado: Director General del Instituto Salvadoreño del Seguro Social

Contenido de la Sentencia:

- La estabilidad laboral implica el derecho de conservar un trabajo o empleo.
- Circunstancias que deben de concurrir para que se pueda invocar el derecho: que subsista el puesto de trabajo, que el empleado no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo, que éste se desempeñe con eficiencia, que no se cometa falta grave que la ley considere como causal de despido, que subsista la institución para la cual se presta el servicio y que, además, el puesto no sea de aquellos que requieran de confianza, ya sea personal o política.
- Este derecho no significa inamovilidad absoluta.

Fecha: 16/10/2007

Referencia: 63-2007/69-2007

Clase de Juicio: Inconstitucionalidad

Demandado: Director General del Instituto Salvadoreño del Seguro Social

Contenido de la Sentencia:

- El derecho a la estabilidad laboral no está concebido en beneficio de la persona física que ocupa el cargo; el mismo actúa como garantía para que las actuaciones de los servidores públicos se ajusten a la Constitución y a la ley.
- La estabilidad en el cargo es garantía de la realización del interés público.
- Esta protección del servidor público obedece a dos razones concretas: una de tipo político y una de tipo técnico. La primera para evitar que los servidores públicos sirvan a intereses partidarios por el temor a la destitución, cesación o despido; la segunda porque la estabilidad en el cargo es exigida por la especialización de las funciones a través de la experiencia en el cargo.

Fecha: 14/04/2010

Referencia: 782-2008

Clase de Juicio: Amparo

Demandado: Tribunal de Servicio Civil

Contenido de la Sentencia:

- Las personas que se encuentran vinculadas al Estado por un contrato de trabajo tienen derecho a la estabilidad laboral, pero está sujeta a la vigencia de plazo de dicho contrato.

- El empleado público que se contrata en estos supuestos tiene conocimiento de las condiciones del referido contrato.
- Diferencia entre renovación y prórroga: la renovación implica una extinción de la relación jurídica anterior y el nacimiento de una nueva; la prórroga implica que la relación jurídica es la misma, sólo que se ha extendido el plazo de vigencia y, consecuentemente, se ha postergado su vencimiento.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA

Fecha: 28/02/2001

Referencia: 123-R-2000

Acto impugnado: Acto por medio del cual se remueve del cargo de Presidente de la Lotería Nacional de Beneficencia

Demandado: Viceministro de Hacienda

Contenido de la Sentencia:

- Formas de dar origen a una relación de servicios públicos: contrato individual de trabajo, de un acto administrativo de nombramiento, o bien, de un contrato de naturaleza civil.
- El régimen bajo el cual se ubica el servidor público determina sus derechos y obligaciones, así como los alcances de la estabilidad laboral.
- En los empleados por contrato, la estabilidad se determina en los términos del mismo contrato. En el contrato existió mutuo consentimiento de establecer un plazo.
- No hay derecho a ser recontratado, la administración no está obligada a dar una prórroga automática.
- El “status de funcionario de hecho” no confiere derecho a la estabilidad en el cargo. En esos casos no opera una “destitución” sino una finalización de una situación irregular.

Fecha: 7/05/2007

Referencia: 114-L-2004

Acto impugnado: Acuerdo Municipal que da por terminado el contrato civil de prestación de servicios

Demandado Concejo Municipal de San Salvador

Contenido de la Sentencia:

- La estabilidad está condicionada al plazo de vigencia del contrato.

- A los que son por contrato les asiste el derecho de no ser removidos arbitraria y discrecionalmente dentro del plazo de vigencia del contrato (en los mismos términos que la Sala de lo Constitucional).
- Finalizado el plazo, no incorpora dentro de su esfera jurídica un derecho subjetivo a ser recontratado.

Fecha: 31/10/2007

Referencia: 45-V-96

Acto impugnado: Actuación de Junta Directiva, Gerente y Subgerente de ANTEL

Demandado: ANTEL

Contenido de la Sentencia:

- La remoción de un empleado es un acto administrativo y debe de cumplir con el procedimiento administrativo.
- Tratándose de las personas que prestan servicios al Estado como funcionarios o empleados, y en aquellas relaciones que unen al Estado con sus servidores con un carácter público o sea que tienen su origen en un acto administrativo, como el nombramiento en una plaza que aparezca específicamente determinada en la Ley de Salarios con cargo al Fondo General y Fondos Especiales, de las respectivas Instituciones o en los Presupuestos Municipales, tales personas tienen derecho a ser oídas y vencidas en juicio previo, de conformidad con la ley, para poder ser privadas legalmente de su empleo, y esto comprende a todos sin más excepción que las que señala la Constitución en forma clara, expresa e indubitable.

Fecha: 20/01/2009

Referencia: 16-2006

Acto impugnado: Resolución por medio de la cual se revocó sentencia confirmatoria de la decisión del Alcalde Municipal de despedir al señor Oscar Villeda Rosales

Demandado: Tribunal de Servicio Civil

Contenido de la Sentencia:

- El artículo 4, literal e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) contraría la norma fundamental.
- Si el ingreso se da a partir de un contrato de trabajo, estos se regirán por el Código de Trabajo. Cuando el nombramiento tuviese su origen en un acto administrativo, quedarán regidos por el Derecho Administrativo.
- La sala cita la inconstitucionalidad, 9-2003, en la que se estableció: “Este tribunal se limitará en su fallo a declarar, de un modo general y obligatorio, que el mismo [Art. 4 literal d) y e) LJCA] se derogó desde el 20-XII-1983, fecha de entrada en vigencia de la Constitución actual.”

Fecha: 16/10/2009

Referencia: 103-2006

Acto impugnado: Resolución que otorgó permiso sin goce de sueldo

Demandado: Administrador del “Centro Judicial Isidro Menéndez”

Contenido de la Sentencia:

- Las licencias personales se consideran a discreción del jefe del respectivo servicio
- La discrecionalidad estriba en otorgarlo con goce de sueldo o no.
- La parte reglada de esta facultad discrecional se encuentra en la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos.

SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fecha: 18/03/2003

Referencia: 461-2003

Acto impugnado: Juicio individual ordinario de trabajo

Demandado: Estado de El Salvador en el ramo de Gobernación

Contenido de la Sentencia:

- Los fundamentos jurídicos de lo que se entiende por estabilidad laboral se encuentran en el artículo 2 de la Ley del Servicio Civil.

Fecha: 19/01/2005

Referencia: 531-2005

Acto impugnado: Juicio individual ordinario de trabajo

Demandado: Instituto Salvadoreño de Turismo

Contenido de la Sentencia:

- Los trabajadores están sujetos a la Ley de Servicio Civil, si su nombramiento aparece específicamente determinado en la Ley de Salarios, con cargo al Fondo General, o en los presupuestos municipales (Art. 2, Inc. 2º del Código de Trabajo); a una normativa especial como la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa, en los casos señalados en los Arts. 2, Inc. 2º y 4 de la Ley de Servicio Civil; mediante un contrato administrativo a plazo, según el Art. 83 de las Disposiciones Generales del Presupuesto; y finalmente, por medio de contratos de trabajo, como el supuesto de los jornaleros o empleados de bajo rango, en cuyo caso, éstos se sujetan al Código de Trabajo.

- Condiciones a considerar para la eficacia de los contratos administrativos a plazo: “que las labores a desempeñar por el contratista sean propias de su profesión o técnica; que las mismas sean de carácter profesional o técnico; que aun cuando dichas labores sean de carácter profesional o técnico no constituyan una actividad regular y continua dentro del organismo contratante; y, que no haya en la Ley de Salarios plaza vacante con iguales funciones a la que se contrata”.

Fecha: 02/02/2005

Referencia: 74-C-2004

Acto impugnado: Juicio individual ordinario de trabajo (indemnización por despido de hecho y prestaciones laborales)

Demandado: Instituto Salvadoreño del Seguro Social

Contenido de la Sentencia:

- Cuando el trabajador está sujeto a un contrato por servicios personal de carácter permanente en la Administración Pública, debe entenderse que dicha contratación ha sido por tiempo indeterminado y que le otorga el derecho a la estabilidad en el cargo; lo contrario implicaría una máscara fraudulenta para privar al trabajador de la estabilidad que le hubiese correspondido.

Fecha: 11/07/2005

Referencia: 14-AP-2005

Acto impugnado: Juicio individual ordinario de trabajo

Demandado: Estado de El Salvador en el ramo de Agricultura y Ganadería

Contenido de la Sentencia:

- Cuando la contratación es fraudulenta y desprovista de toda legitimidad no puede hacerse valer la voluntad expresada por las partes; lo que importa es lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado.

Fecha: 02/07/2007

Referencia: 42-AP-2006

Acto impugnado: Juicio individual ordinario de trabajo

Demandado: El Estado de El Salvador, en el Ramo de Gobernación

Contenido de la Sentencia:

- Si el trabajador cumple con tareas correspondientes al personal permanente y se le niega ilegítimamente el derecho a la estabilidad, carrera y promociones, es una forma de fraude laboral por parte del Estado.

- La determinación de la relación depende de la realidad y no de lo que hayan establecido las partes.
- La categoría de “contratado” corresponde a quien presta servicios de carácter profesional o técnico y que no constituya una actividad regular y continua dentro del organismo.
- Si el trabajo consiste en servicios que no tienen carácter de profesionales o técnicos o que aún siéndolo, no son de carácter eventual sino permanentes, entonces, es un contrato de plazo indefinido y tiene derecho a la estabilidad en el cargo.

De lo esquematizado se pueden considerar algunas conclusiones:

1. La jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa es coincidente en:

- I. Que se pueden clasificar los diferentes regímenes, y su competencia, a partir de la forma en que surge la relación, así: si nace de la celebración de un contrato individual de trabajo, la relación es laboral y se rige por el Código Laboral; si es de un acto administrativo de nombramiento, la relación es administrativa y se rige por el Derecho Administrativo; o bien de un contrato de naturaleza civil, la relación es civil y se rige por el Derecho Civil.
(Sala de lo Constitucional Ref.: 4-88, 160-2006; Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref.: 123-R-2000, 16-2006).
- II. Que los empleados por contrato sólo tienen estabilidad por el plazo del mismo, pues finalizado éste ya no les asiste el referido derecho.
(Sala de lo Constitucional, Ref.: 160-2006; Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref.: 123-R-2000, 114-L-2004).
- III. Que una vez vencido el contrato no hay derecho a ser recontratados porque este derecho no se encuentra incorporado a su esfera jurídica.
(Sala de lo Constitucional, Ref.: 160-2006; Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref.: 123-R-2000, 114-L-2004).

2. La jurisprudencia de la Sala de lo Civil discrepa de la jurisprudencia tradicional de las Salas de lo Constitucional y de lo Contencioso Administrativo en los aspectos siguientes:

- I. Que con respecto al régimen contractual de los servidores públicos no es suficiente un análisis meramente formal ya que se deben considerar algunas condiciones

para la eficacia de los contratos administrativos a plazo, por ejemplo: a) Que las labores a desempeñar por el contratista sean propias de su profesión o técnica, b) Que las mismas sean de carácter profesional o técnico, c) Que aún cuando dichas labores sean de carácter profesional o técnico no constituyan una actividad regular y continua dentro del organismo contratante, y, d) Que no haya en la Ley de Salarios plaza vacante con iguales funciones a la que se contrata.
(Sala de lo Civil, Ref.: 531-2005, 42-AP-2006).

II. Que si una de las condiciones mencionadas no se cumple y se contrata a plazo se incurre en fraude laboral pues es una máscara para privar al trabajador de la estabilidad que le hubiese correspondido.

(Sala de lo Civil, Ref.: 74-C-2004, 14-AP-2005, 42-AP-2006).

III. Que cuando el personal contratado presta servicios que no tienen carácter de profesionales o técnicos o que aún siéndolo, no son de carácter eventual el contrato debe de considerarse por plazo indefinido.

(Sala de lo Civil Ref.: 74-C-2004, 14-AP-2005).

IV. Que no puede hacerse valer la voluntad de las partes involucradas en contra de los derechos expresados por la Constitución.

(Sala de lo Civil Ref.: 14-AP-2005).

V. Que importa más lo que suceda en la práctica que lo que han pactado las partes (principio de realidad).

(Sala de lo Civil. Ref.: 14-AP-2005, 42-AP-2006).

Ricardo Mena Guerra

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

A

AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 109-110.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, v. I, t. I, 12ª ed., Barcelona, Bosch, 1991, p. 136.

ALVARADOROLDAN, M.–HERNANDEZ RODRÍGUEZ, M.,-SALASCHAVARRIA, E., *El Arbitraje Administrativo*, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 37.

ÁLVAREZ-GENDÍN, S., *Tratado General de Derecho Administrativo*, t. I, Barcelona, Bosch, 1958, p. 245.

ALLI ARANGUREN, J., *Derecho Administrativo y Globalización*, Madrid, Thomson-Cívitas, 2004. p. 43.

APARISI MIRALLES, A., “Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° IX, 1992, pp. 249-265.

ARANA GARCÍA, E., *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo*, Granada, Editorial Comares, 2003.

ARAGÓN REYES, M., “Competencias del Tribunal Constitucional”, en AA. VV., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XII, Madrid, Edersa, 2006, pp. 210-222.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, p. 9.

ATIENZA, Manuel- RUIZ, Juan, “Sobre Principios y Reglas”, en *DOXA*, 1999, N° 10, p. 109.

AYALA, José María y otros, *Manual de Justicia Administrativa*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, pp. 27-74.

B

BACHOF, Otto., *Jueces y Constitución*, (trad. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Civitas, Madrid, 1985, p. 23 y ss.

BACIGALUPO Enrique, “Jurisprudencia y Seguridad Jurídica” en AAVV, *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 132.

BALLBÉ, Manuel, “Jurisprudencia Administrativa”, t. 171, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril, 1942, pp. 422-423.

BARRAZA, Javier Indalecio, “La impugnación de actos de alcance general” en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, Director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 1015-1028.

BARRIERE AYALA, J., *Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y su Reglamento*, Comentados, San Salvador, El Salvador, FESPAD, 2006, p. 152.

BATIZA, Rodolfo, *Codificación y supervivencia del Common Law*. Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, No. 15, Sección de Doctrina, 1952, p. 43 – 65.

BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 449.

BERNAL PULIDO, C., “La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia en el Orden Jurídico Colombiano” en *Precedente*, Anuario Jurídico, Calí, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad ICESI, 2003, p. 19

BERTRAND GALINDO, F., TINETTI, José Albino y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, t. I, San Salvador, El Salvador, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1992, pp. 518 y 524.

BIELSA RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1955, p. 103.

BIDART, CAMPOS, G., *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, t. I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 237-638.

- *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II-B, Buenos Aires, Ediar, 2005. 646-658.
- *El Derecho Constitucional del Poder*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1967, pp. 269-270.
- *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 383-384.

BLASCO GASCÓ, F., *La norma Jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, p. 28.

- “Funciones y Eficacia de la Norma Jurisprudencial”, en AA.VV. “*La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*”, Estudios de Derecho Judicial, No. 34-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 187-192.

BOBBIO, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, (trad. por Rafael de Asís) Madrid, Debate, 1998, p. 215.

- *Teoría General del Derecho*, trad. por ROZO ACUÑA, E., Madrid, Debate, 1998, p. 244.

BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho* (trad. al castellano por Vicente Herrero), Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 305.

BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, 12ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 97.

BOQUERA OLIVER, J., “La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los Reglamentos”, en *RAP*, número 149, Mayo-Agosto 1999 pp. 26-30.

BREWER-CARÍAS, A., “La aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el orden interno. Estudio de Derecho constitucional comparado latinoamericano” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 6, 2006, pp. 59-63.

BULLRICH, Rodolfo, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, 1942, p. 84.

BURGOA, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, 6ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 258.

BURNHAM, William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, 2ª ed., Minnesota, West Group, 1999, p. 63.

C

CÁDER, CAMILOT, A., *El Amparo en El Salvador: Un abordaje desde la óptica procesal*, San Salvador, El Salvador, CSJ, 2003, pp. 11-47.

CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil, historia y legislaciones*, t. II, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, p. 84

CALDERÓN, Hugo Haroldo, *Derecho Administrativo Guatemalteco*, México, Porrúa, 2004, p.33

CALVO ESPIGA, A., “Sobre el Método en el estudio del Derecho Civil: una aproximación a la historia”, en *ADC*, 2005, Vol. 58, N° 4, pp. 1599 y ss.

CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 93.

CALVO VIDAL, F., *La Jurisprudencia, ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, Lex Nova, 1992, pp. 89–90.

CANARIS, Claus, *El Sistema en la Jurisprudencia*, (trad. Juan García Amado), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 131 y 175.

CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, trad. Manuel M. Zorrilla Ruiz, t. I, v. I, Barcelona, Bosch, 1960, p. 138.

CARDOZO, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial* (trad. al castellano por Eduardo Ponsa), Granada, Comares, 2004, p. 63.

CARELLO, Luis Armando, “Amparo, Medidas autosatisfactivas y tutela de los intereses difusos: la situación Santafesina”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 319-327.

CARMONA CUENCA, E., “El Principio de Igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *RAP*, Abril-Junio 1994, N° 84, p. 265 y ss.

CARRASCO DURÁN, M., “El Concepto Constitucional de Recurso de Amparo: Examen de posibilidades para una reforma de la Regulación y la Práctica del Recurso de Amparo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001, N° 63, p. 120-126.

CARRO, José Luis, y FERNÁNDEZ VALMAYOR. A., “*La Doctrina del Acto Político*”, en *RAP*, España, No. 53 mayo-agosto 1967, p. 76.

CASCAJO CASTRO, J., “Los derechos invocables en el recurso de amparo”, en AA VV, (dirigido por Miguel Ángel García Herrera), *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, Salamanca, Universidad del País Vasco, 1996, pp. 54 -63.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 6ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot, 2000, p. 172.

- “El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria” en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp.1010-1013.

CAZORLA PRIETO, L., *Temas de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Madrid, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, 1983, p. 79.

CIMMA SILVA E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*” 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 268.

CLAVERO ARÉVALO, M., “La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las lagunas del Ordenamiento Administrativo”, en *RAP*, enero-abril 1986, 1952, p. 52.

COCA PAYERAS, M., *La Doctrina Legal*, Barcelona, Bosch, 1980, pp. 1, 2, 6 y 8.

COLIN, Ambrosio- CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, (trad. de la 2ª ed. Francesa por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia), t. 1º, 4ª ed., Madrid, Reus, 1975, p. 64.

CÓRDOBA ORTEGA, J., *Ley General de la Administración Pública -Con jurisprudencia constitucional, laboral, penal y contencioso administrativa-*, 4ª ed., San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2008, pp. 95-96.

CORREA, ÁNGEL, D., *El Arbitraje en el Derecho Administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 38-42.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I., 17ª ed., Navarra, España, Thomson-Civitas, 2006, p. 142.

CLARÁ RECINOS, M., *Ensayos y Batallas Jurídicas*, San Salvador, El Salvador, Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, 2006, p. 101.

CUESTAS, Guillermo Humberto, “Breve Reseña histórica del establecimiento del Tribunal Contencioso Administrativo”, en *Sentencias. Quince años de jurisdicción contencioso administrativa*, 2ª ed. San Salvador, El Salvador, CSJ, 1996, p. I-XI.

CUETO RÚA, J., “La Jurisprudencia como Fuente del Derecho”, *Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología*, 1961, Anuario, II, p. 78.

D

DAVID, Gregory, *Dworkin, precedente, confidence, and Roe V. Wade*, University of Pennsylvania, Law Review, vol. 152, No. 3 (enero 2004), pp. 1221-1253.

DE BUEN, Demófilo, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, 2ª ed., México, Porrúa, 1977, pp. 291 y 292.

DE CASTRO Y BRAVO F., *Compendio de Derecho Civil*, t. I., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 96.

- “El Recurso en interés de la ley y el valor de la jurisprudencia” en *ADC*, julio-septiembre 1970, t. XXIII, p. p 620 y 621.

DE COSSÍO Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil, 1ª*, Madrid, Alianza Editorial, 1977, p. 63.

DE DIEGO, Felipe Clemente, *La Jurisprudencia como Fuente de Derecho, Madrid, Reus, 1925, p. 40.*

DE LA RIVA, Ignacio, “Procesos Colectivos” en AAVV, *Cuestiones del Contencioso Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abelado Perrot, 2007, pp. 145.

DELPIAZZO, Carlos, *Derecho Administrativo Uruguayo*, México, Porrúa, 2005, pp. 3-6.

DE LA OLIVA SANTOS A., “La Jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código Civil”, en *ADC*, t. XXVIII, fasc. II, abril-junio 1975, p.p 440 y 441.

DE LAUBADÈRE, André, *Manual de Derecho Administrativo*, (trad. al castellano por Jesús Villamizar Herrera), Bogotá, Colombia, Temis, 1984, p.15.

DE PÉREZ CORTÉS, M., “El Amparo y el Recurso Extraordinario Federal”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 41 a 50.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, (trad. Claudia Herrera), México, UNAM- Segretariato Europeo per le pubblicazioni scientifiche, 2004, pp. 83-86.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, L., *Elementos de Derecho Administrativo*, t. I, 2ª ed., México D.F., Limusa, 2000, p. 78.

DELGADO BARRIO, J., “Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE: El control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho”, en AAVV, *Estudios Sobre la Constitución Española, t. III*, Madrid, Civitas, 1991, p. 2313.

DESDENTADO BONETE, A., “Problemas de la jurisprudencia en el orden social: vinculación, cambio, conflictos jurisprudenciales y relaciones con la ley”, en AA.VV., *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, No. 34-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 425.

DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos su impugnación en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 66-67.

DÍEZ-PICAZO, L., “Reflexiones Sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (La Jurisprudencia en broma y en Serio)”, en *RDPR*, enero-diciembre, 1964, tomo XLVIII, p. 929.

- “La Doctrina del Precedente Administrativo”, en *RAP*, Núm. 98, mayo-agosto, 1982, pp. 9, 10 y 22.
- *Estudios sobre la jurisprudencia*, 2ª edición, vol. I, Madrid, 1979, p. 7

DÍEZ- PICAZO, L. y GULLON, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, v. I, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 151.

DIEZ Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, pp. 114-115.

- *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, pp.442 y ss.

DÍEZ SASTRE, S., *El precedente administrativo. Fundamento y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 25 y 26.

D’ORS, Álvaro, “Principios para una teoría realista del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. I, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1953, pp. 313 y ss;

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, p. 224.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, trad. por Marta GUSTAVINO, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 147-149.

E

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t.III, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 287.

EMILI, Eduardo, “El Equilibrio Contractual” dirigido por Ismael Farrando, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 620.

ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, 12ª ed., Madrid, Tecnos, p. 135;

- “El principio de igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho Administrativo”, en *RAP*, Enero-Abril, 1962, N° 37, pp. 63-64.

F

FAIRÉN GUILLÉN, V., “Notas sobre el valor de la jurisprudencia (en el título preliminar del Código Civil)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 509, julio, 1975, p. 830.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS S. - LEONARDI DE HERBÓN H., *El Arbitraje*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1998. p. 11

FERNÁNDEZ ARGÜELLO, H., y otros, *Código Procesal Contencioso Administrativo*, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto S.A., 2008, pp. 581- 599.

FERNANDEZ FARRERES G., “*El Recurso de Amparo según la jurisprudencia constitucional*”, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 30.

FERRAJOLI Luigi, “Jurisdicción y Democracia”, en *Revista Justicia de Paz*, Enero-Abril 2000, N° 5, pp. 4 y 5.

FERNANDO PABLO, M. y RIVERO ORTEGA, R., *La Publicidad de las Sentencias en el Orden Contencioso Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 31- 32.

FERRER MAC-GREGOR, E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional”, en AA.VV. *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., t.II, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, pp. 1571-1585.

FERRERES COMELLA, V., “El papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado”, en AAVV *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Boch, 2006, p. 76.

FERRERES COMELLA, V. – XIOL RÍOS, J., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 103-107.

FINE, Toni, *An introduction to the Anglo-American Legal System*, Navarra, 2007, p. 67.

FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 71.

G

GALÁN VIOQUE, R., “El arbitraje de las obras públicas”, en *AAVV Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público*, (coordinadora Carmen Carretero Espinosa de los Monteros), Sevilla, Junta de Andalucía, 2003, pp. 291-308.

GAMERO CASADO, E., *Derecho Administrativo: La jurisdicción Contencioso Administrativo. El acto administrativo*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2001, pp. 22-135.

GAMERO CASADO, E. - FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 2003., p. 98.

GARCÍA AMADO, J., *Interpretación y Argumentación Jurídica*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, p. 40.

GARCÍA CUADRADO, A., “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho Constitucional Español”, en *RGD*, mayo 1990, N° 548, p. 3177.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983, p.57.

- “La Posición Jurídica del Tribunal Constitucional en el Sistema Español: Posibilidades y Perspectivas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, enero-abril 1981, p. 44.
- “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, en *RAP*, N° 40, enero-abril, 1963, pp. 189-222.
- *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed. Madrid, Civitas, 1994, p. 66.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Cursos de Derecho Administrativo*, t. I, 9ª ed. Madrid, Civitas, 1999, p.83.

GARCÍA Enrique, “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, en *RAP*, Enero-Diciembre 1983, Núms. 100-102, p. 25.

GARCÍA, J., “Un caso Jurisprudencial”, en AA. VV., *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 53-65.

GARCÍA MÁYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, 44ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 68.

- *Lógica del Raciocinio Jurídico*, México D.F., Fontamara, 2002, p. 39.

GARCÍA OVIEDO, C., *Derecho Administrativo*, 7ª ed., Madrid, E. I. S. A. Pizarro, 1959, p. 111.

GARCÍA PELAYO, M., “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril 1981, vol. I, núm. I, pp. 11-34.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J., *Tratado de Derecho Administrativo, t. I*, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 319.

GARCIA PULLÉS, F., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 167.

- *Tratado de lo Contencioso Administrativo, v. II*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 693.

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, v. I, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 301.

- “La Administración y el Método Jurídico”, en *RAP*, mayo – agosto, 1961, pp. 52 y 53.
- “Los cambios de jurisprudencia del Tribunal Constitucional: el carácter subsidiario del recurso de amparo y el artículo 240 LOPJ”, en *REDA*, 1998, N° 97, pp. 5- 14;

GARRO, Alejandro M., “Eficacia y Autoridad del precedente constitucional en América Latina: Lecciones del Derecho Comparado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 24, Año 8, septiembre-diciembre 1988, pp. 102-123.

GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, C. Bermejo Impresor, 1952, pp. 150-151.

GASCÓN ABELLÁN, M., “La Justicia Constitucional: Entre Legislación y Jurisdicción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 41, año 14, mayo- agosto, 1994, pp. 70 y 71.

- “Igualdad y respeto al precedente”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas*, año I, número 2, pp. 211-215.

GIL ECHEVERRY J., *Curso Práctico de Arbitraje*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1993. pp. 13-14.

GIRON, José, “Consideraciones al Recurso de Casación en materia civil”, en *Revista del Ministerio de Justicia*, octubre 1959, pp. 76 y 77.

GIULIANO, Diego A., *Derecho Municipal: Autonomía y Regionalización Asociativa*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 15-31.

GLENN, Patrick, “El Common law en Canadá”, en *Rev. Der. Priv.*, 1996, N° 20, pp. 4 y ss.

GOLDSTAIN, Laurence, *Precedent in law*, New York, Oxford University Press, 1987, pp. 1705 – 1711.

GÓMEZ ABELLEIRA, F., “La Jurisprudencia como fuente, el Recurso de Casación para unificación de doctrina y la primacía del Derecho Comunitario (A propósito de una STS de 17 de diciembre 1997)”, en *Anuario de facultad de Derecho de Universidad de Coruña*, 1998, N° 2, p. 680.

GÓMEZ -FERRER, RINCÓN, R., “Recurso de Casación y Unidad del ordenamiento Jurídico” en *RAP*, No 174, septiembre-diciembre 2007, 613.

GÓMORA COLÍN, J., *Jurisprudencia en México*, México, Porrúa, 2006, pp. 89-93.

GONZÁLEZ MARTÍN, N., *Common Law: especial referencia a los restatement of the law en los Estados Unidos*, Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. II, Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado, Temas diversos, 2006, pp. 373-407.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El Método en el Derecho Administrativo”, en *RAP*, enero-abril 1957, No 22, pp. 60 y 61.

- “*Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*”, Bogotá, 1985, p. 181.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. VII-68.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 4ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. XVI-4.

GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional. Amparo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 476.

GRANILLO OCAMPO R., Distribución de los riesgos en contratación administrativa, Buenos Aires, Astrea, 1990, 119 y 120.

GUECHÁ MEDINA, C., Derecho Procesal Administrativo, Bogotá, Colección Investigando, 2004, p. 47.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, P., “El Valor de la jurisprudencia una mirada federal”, dirigido por Gustavo Boullade, en AAVV, *Fuentes de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 116-117.

GUTIÉRRES DELGADO, J. y otros, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativo de 1998*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 797.

GUTIÉRREZ SIRVENT, C. y VILLANUEVA CLÍN, G., *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Oxford University Press, Harla, 1998, p.69.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *La Jurisprudencia Como Fuente de Derecho*, San José, Costa Rica, Juricentro, 1982, pp. 134 y ss.

GUZMÁN FLUJA, V., *El Recurso de Casación Civil*, T Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 39 y ss.

H

HART, Herbert, *El Concepto de Derecho*, (trad. Genaro R. Carrió) 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 176 y 190.

- “Postscriptum”, en *La decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Colombia, Universidad de los Andes, 1997, p. 136-137.

HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la Aplicación de Potestades Administrativas de Gravamen: Remedios Jurídicos”, en *RAP*, No. 137, mayo-agosto, 1995, p. 193.

HUTCHINSON, Tomás, “La legitimación en el proceso contencioso administrativo” en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo t. I*, Director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 535-536.

I

IGLESIAS CANLE, I., *Los Recursos Contencioso-Administrativos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 100 – 102.

IGLESIAS, Juan, *Las Fuentes del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 1989, p. 54.

IHERING, Rudolf, *El espíritu del Derecho Romano* (trad. al castellano por Enrique Príncipe y Satorres), t. II, México, Oxford University Press, 2001, pp. 298-301.

IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, (Trad. Luis de Rojo Ajuria), Barcelona, Bosh, 1992, p.37.

ITURRALDE, Victoria, “Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law: El caso español”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII, 1995, p. 406.

IVANEGA, Miriam Mabel, “El Amparo por mora”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 93-107.

J

JELLINEK, GEORG, *Teoría general del Estado*, Cap. XVIII, México, Oxford University Press, 1999, p. 365.

JIMÉNEZ MEZA, M. y otros, *El Nuevo Proceso Contencioso-administrativo*, t. I, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 13-29.

JINESTA LOBO, E., *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2009, pp. 287-289.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 2ª ed., San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2009, pp. 296-302.

JAÉN VALLEJO, M., “El principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General*, Marzo-Abril, 1987, N° 2, p. 13.

K

KELSEN HANS, *La Teoría Pura del Derecho*, San Salvador, El Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 2004, p.79.

LALAGUNA, Enrique., *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, Aranzadi, 1969, pp. 54 y 55.

L

LAGO, Daniel, “El Amparo ambiental”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 109-133.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil tomo I*, 4ª. ed., Madrid, Trivium, p. 83-84.

LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, 11ª ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 61.

LEGAZ Y LACAMBRA L, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed. Barcelona, Bosh, 1979, p. 559.

LEVI, Edward, *An Introduction to legal reasoning*, University of Chicago Law Review, Vol. 15, No. 3 (1948), p. 501-574.

LOIANNO, Adelina, “Los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho interno: habilitación de instancia y acceso a la justicia” (dirigido por Carlos Botassi) en AA.VV. *Temas de Derecho Administrativo*, Platense, Buenos Aires, 2003, p. 425-428.

LÓPEZ GUERRA, L., “La fuerza Vinculante de la Jurisprudencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 442, junio, 2000, p. 1.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, 2ª Edición, Bogotá, Legis, 2007.

LÓPEZ PIETSCH, P. “Objetivizar el Recurso de Amparo: Las recomendaciones de la comisión Benda y El Debate Español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 53, Mayo-Agosto 1998, p. 142.

LÓPEZ RODÓ, L., “El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *RAP*, Enero-Diciembre 1983, N° 100-102, p. 331.

LÓPEZ VILAS R., *La Jurisprudencia y su Función Complementaria del Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Civitas, 2002, p. 145.

LUMIA Giuseppe, *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, (trad. por Alfonso Ruiz Miguel), Madrid, Debate, 1989, p. 65.

LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión Judicial de la actividad administrativa*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 82.

LLUIS Y NAVAS, J., *Elementos de Teoría General del Derecho*, Barcelona, Librería Bosch, 1988, p. 70.

M

MAGALONI KERPEL, A., *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw Hill, 2001, p. 42.

MAGALLÓN IBARRA, J., *Los Sonidos y el Silencio de la jurisprudencia Mexicana*, México, UNAM, 2004, 179.

MARCO COS, J., “El juicio plenario” en AAVV, *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, San Salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia – Agencia Española de Cooperación Internacional, 2000, p. 872.

MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 305.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 305.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., Instituciones de Derecho Administrativo, Madrid, Thomson – Civitas, 2007. pp. 196 y 197

MARTÍNEZ DE VELASCO, J., *Contestaciones de Derecho administrativo al Programa de Judicatura*, 3ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2001, p. 52.

MARTÍNEZ, MOYA, J., “La Realidad del Precedente Jurisprudencial. Especial Referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia”, en AA.VV., *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, No. 34-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 512-514.

MARTÍNEZ ROLDÁN, L., y FERNÁNDEZ SUÁREZ J., *Curso de Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 170.

MATA, Ismael, “Caracterización General del Amparo”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 13-15.

MAURIN, ANDRÉ, Derecho Administrativo Francés, (trad. al castellano por BUSTILLOS, Julio), México, Editorial Porrúa, 2004, p. 36

MOLINA MÉNDEZ, J., “El Precedente Constitucional salvadoreño y su proyección hacia la jurisdicción ordinaria”, en *Ventana Jurídica*, número 4, año II, v.2, julio-diciembre y enero, 2004, p. 7.

- *El Principio Stare Decisis en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 2.

MOLINS GARCIA-ATANCE, J., “Los Recursos de Casación en interés de la ley en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *LL*, 2005, N° 5, pp. 943- 951.

MOLTÓ DARNER J., “La doctrina legal: Nuevo Planteamiento en el ámbito administrativo”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, año XCIX, No 1, 2000, 205-206.

MONTALVO, Leonilo, “Dos Palabras sobre la Ley de Casación”, en *Revista del Ministerio de Justicia*, octubre 1959, p.p 17 y 18.

MONTECINO GIRALT M., *El Amparo en El Salvador*, San Salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005, p.56.

MONTI, Laura, “Amparo contra leyes”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp.67-76.

MONTORO BALLESTEROS, A., “Ideologías y Fuentes del Derecho”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, julio-agosto, 1984, N° 40, p. 82.

MORAL SORIANO, L., *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 15.

MORALES AGUILAR DE FERNÁNDEZ, M., “Fuentes del Derecho Administrativo”, dirigido por Manuel Ballbé y Marta Franch, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo. Una perspectiva desde los Ordenamientos Jurídicos de Guatemala y España*, Catalunya, Universidad Rafael Landívar y otros, 2002, p. 81.

MORINEAU, Marta, *Una Introducción al Common law*, México, UNAM, 2004, pp. 23-29.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 482 y ss.

MURILLO ARIAS, M., *Ensayos de Derecho Público*, v. IV, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 2008, pp. 67-73.

N

NAZARRE AZNAR, S., “Seis temas de Common Law”, en *L Not.* Febrero 2003, N° 2, p. 46.

NIETO Alejandro, “Valor Legal y Alcance Real de la Jurisprudencia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2001, número 8-9, p. 104.

- “El Positivismo Jurídico y la Constitución de 1978”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, mayo-agosto, 1989, N° 26, pp. 25 y ss.
- *El Arbitrio Judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 16.
- “Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional”, en *RAP*, Enero-Diciembre 1983, Núms. 100- 102. pp. 390-393.

- “La Administración de Justicia y El Poder Judicial”, en *RAP*, Septiembre-Diciembre, 2007, N° 174, p. 44.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Enero-Diciembre 2000, N° 4, pp. 264-265.

NUNES DE ALMEIDA, L., “El Tribunal Constitucional y el Contenido, Vinculatoriedad y Efecto de sus decisiones”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, abril-septiembre, 1988, N° 60, p. 882.

O

O’CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, t. I, 5ª ed., Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 2004, p. 181.

- “Problemáticas de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo” en AAVV *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

OGAYAR Y AYLLON T., *Creación Judicial del Derecho*, Real Academia de jurisprudencia y legislación, Madrid, 1975, pp. 21 y ss.

OLLERO, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p.23.

ORTIZ DÍAZ, J., “El precedente Administrativo”, en *RAP*, España, Núm. 24, septiembre-diciembre 1957, p. 79.

ORTIZ ORTIZ, E., *Tesis de Derecho Administrativo*, t. I, San José, Costa Rica, Biblioteca Jurídica DIKE, 2002, pp. 296-306.

P

PANTOJA BAUZÁ, R., *El Derecho Administrativo. Clasismo y Modernidad*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp.14-21

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, 15ª ed., España, Marcial Pons, 2004, pp. 73, 74 y 76.

PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Madrid, Ariel, 2003, pp. 353-355.

PAREJO ALFONSO L.,- DROMI Roberto, *Seguridad Pública y Derecho administrativo*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina - Marcial Pons, 2001, pp. 200 y ss.

PECES MORATE, J, “Valor de la Jurisprudencia”, en AA.VV., “*La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*”, Estudios de Derecho Judicial, No. 34-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 56.

PEDRAZ PENALVA, E., y otros, *Comentarios al Código Procesal Penal*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, p. 85.

PENDAS GARCIA, B., “Procedimiento Legislativo y calidad de las leyes”, en *REDC*, Núm. 28, 1990, pp. 81-82.

PÉREZ HUALDE, A., “Amparo y Control de Constitucionalidad”, en AA VV, *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 26-37.

PÉREZ LUÑO, A., *La Seguridad Jurídica*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1994, pp. 23 y ss.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 961.

PÉREZ TREMPS, P., *El Recurso de Amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 29-32.

PERRY, Stephen, *Judicial Obligation, Precedent and the Common Law*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 7, no. 2 (1987), pp. 215 – 257.

PETTI, Eugene, *Derecho Romano*, traducido de la 9ª ed., francesa por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José, San Salvador, El Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 2002, p. 31.

PIZA ESCALANTE, R., *La Justicia Constitucional en Costa Rica*, San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2004, pp. 171-175.

POLLOCK, Frederick, *The Continuity of the Common Law*, Harvard Law Review, vol. 11, no. 7, (febrero 25, 1898), p. 423 – 433.

POUND, Roscoe, *What Is the Common Law*, The University of Chicago Law Review, Vol. 4, No. 2 (Feb., 1937), pp. 176-189.

POZO GOWLAND, H., “Proceso Administrativo y Control Judicial de la discrecionalidad administrativa”, en AAVV, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 275-292.

PUIG BRUTAU J., *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1981, p.243.

– *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2006, p. 184.

PUCINELLI, Oscar, “Acerca de los derechos de incidencia colectiva y sus medios judiciales de tutela en el derecho argentino”, en AA VV, *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 366 y 367.

Q

QUIROGA LEÓN, A., “Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno: Nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 4, 2005, p. 280-285.

R

RECASENS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 3ª ed., México, Porrúa, 1980, p. 232.

REQUEJO PAGES, J., “Juricidad, Precedente y Jurisprudencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 29, Mayo-Agosto, 1990, p. 231.

RIVERO Jean, “Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo Francés Contemporáneo”, en *RAP*, Septiembre-Diciembre, 1951, N° 6, p. 290.

– *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Colombia, Temis, 2002, p. 153.

RIVERO ORTEGA, R., “Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en derecho público: Reconsideración de las sentencias como fuente del derecho”, en *RAP*, número 157, 2002 pp. 101 y 114.

- “Igualdad, Unidad y Seguridad en la Interpretación del Derecho Administrativo”, en *RAP*, Mayo-Agosto, 1998, No 146, p. 96.

RIVERO SÁNCHEZ, J., *Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado*, San José, Costa Rica, Biblioteca Jurídica Dike, 2001, pp. 195-198.

ROCA TRÍAS, E., “La codificación o el mito del derecho estático frente al dinamismo de la jurisprudencia” en AAVV., *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2006, p.p 41-44.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., *Derecho Administrativo Colombiano*, México, Porrúa, 2004, pp. 14 -20.

ROJAS AMANDI, V., *Las fuentes del Derecho en el Sistema Jurídico Angloamericano*, México, Porrúa, 2005, pp. 29-34.

- “La aplicación del Derecho en la familia del Derecho neorrománico y en el Common Law” en *Perspectivas del Derecho en México, concurso nacional de ensayo jurídico 2000*. UNAM, México, 2001, pp.73-108.

ROJAS FRANCO, E., *Derecho Administrativo de Costa Rica*, México, Porrúa, 2006, p. 79-83.

ROMERO PÉREZ, J., *Derecho Administrativo General*, San José, Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1999, p. 49.

RUBIO LLORENTE, F., “El Procedimiento Legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril 1986, N° 16, p. 110.

RUIZ VADILLO, E., “Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil”, en *ADC.*, 1977, t. XXX, p. 107.

S

SÁNCHEZ AGUILAR, M., *Derecho Administrativo, Sustantivo y Procesal*, Madrid, Colex, 1999, p. 38.

SÁNCHEZ BLANCO, A., “La unidad de doctrina en la jurisprudencia Contencioso-Administrativa”, en RAP, enero- diciembre 1983, N° 100-102, pp. 1555- 1590.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 49.

SAÍNZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F., “La Jurisprudencia desde la práctica forense”, en AA.VV., *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, No. 34-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 179 y 180.

SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1993, 121.

SANTAMARÍA PASTOR, J., *Principios de Derecho Administrativo*, v. I 4ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 166.

SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil*, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p.p 184 y 185.

SANTOFIMIO GAMBOA, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 3ª ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 443.

SARMIENTO GARCÍA, J., “La Constitución como fuente del Derecho Administrativo”, dirigido por Gustavo Boullade, en AAVV, *Fuentes de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 354-360.

SAYAGUES LASO E., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 563.

SORIANO RODRÍGUEZ, SALVADOR, “De la Justificación Judicial en la Jurisdicción”, en *Revista Justicia de paz*, mayo-agosto 2002, v. II, pp. 49 y 50.

SUAY RINCÓN, J. “La igualdad en la aplicación de la ley. La doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Rev. Poder Judic.*, Diciembre, 1986, N° 4, pp. 95-106.

SYMMONS, Clive, *The Aftermath of Herrington v. B. R. B.*, *The Modern Law Review*, Vol. 37, No. 4 (Jul., 1974), pp. 468-472.

T

THEIS, J.H., “Aspectos de la Jurisprudencia actual del Consejo de Estado Francés” en *RAP*, enero-abril, 1956, N° 19, p. 303.

TINETTI, José–SORIANO, Héctor–RODRIGUEZ MELENDEZ, R., *Igualdad Jurídica*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, p. 5 y ss.

TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 13ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 346-347.

V

VALLET DE GOYTISOLO J., *La interpretación según el título preliminar del Código Civil*, Madrid, Real Academia de jurisprudencia y legislación, 1996, pp. 17 y 18.

VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, (trad. al castellano por J. Rincón Jurado), 6ª ed., España, Aguilar, 1980, p 46.

VEGA LABELLA, J., y otros, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativo de 1998*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 110.

VILAR BADIA, R., “La Sentencia Judicial, Proceso Creador del Derecho”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, núms. 2-3. p. 688.

VILLACORTA GAVIDIA, C., “Comentarios en torno a la llamada doctrina legal del Código Tributario emanada del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos como fuente del Ordenamiento Tributario”, en *Cuaderno de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia*, Núm. 1, abril-junio, 2004, p. 112.

W

WEIL, Prosper y otros, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, (trad. al castellano por TORRES CALDERÓN, L. y MORA OSEJO, H.), Bogotá, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 2000, p. 18.

X

XIOL RIOS, J., *El Precedente Judicial y otros Estudios sobre el Proceso Administrativo. Técnicas de evitación del proceso contencioso administrativo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, pp. 217-218.

- *El principio de igualdad en la Constitución española*, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, No. 122, Madrid, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1991, pp. 243- 287.
- *El Principio de Igualdad en la Constitución Española*, v. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, 273.

Z

ZAVALA EGAS, J., *Introducción al Derecho Administrativo*, Guayaquil, Ecuador, Edino, 2003, p. 244.

ZOCO ZABALA, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias*, J. M. Bosh, Barcelona, 2003, p. 19.

ÍNDICE LEGISLATIVO

1. EL SALVADOR

Código Civil (DL de 23 de agosto de 1859, DO de 14 de abril de 1860)

Ley Orgánica del Poder Judicial (DL S/N, DO N° 108, 109 y 110 de 7, 9 y 10 de mayo de 1898)

Código Procesal Civil y Mercantil (DL N° 712 del 14 de noviembre de 2008, DO N° 224, t. 381 del 27 de noviembre de 2008)

Ley Orgánica del Poder Judicial (DL N° 63 de 9 de junio de 1939)

Constitución Política de la República de El Salvador (del 7 de septiembre de 1950, publicada en el Diario Oficial No. 196, t. 149 de 8 de septiembre de 1950)

Ley Orgánica del Poder Judicial (DL N° 1136 de 2 de septiembre de 1953)

Ley de Casación (DL N° 1135 de 31 de agosto de 1953, DO N° 161, t. 160 de 4 de septiembre de 1953)

Ley de Servicio Civil (DL N° 507 de 24 de noviembre de 1961, DO N° 239, t. 193 de 27 de diciembre de 1961)

Ley de Procedimientos Mercantiles (DL N° 360 de 14 de junio de 1963, DO N° 120, t. 239 de 29 de junio de 1963)

Código de Trabajo (DL N° 15 de 23 de junio de 1972, DO N° 142, t. 236 de 31 de julio de 1972)

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (DL N° 81 de 14 de noviembre de 1978, DO N° 236, t. 261 de 19 de diciembre de 1978)

Constitución de la República de El Salvador (Emitida DL. No. 38 del 15 de diciembre de 1983, publicada en el D.O. No. 234, tomo 281, del 16 de diciembre de 1983)

Ley Orgánica Judicial (DL N° 123 de 6 de junio de 1984, DO N° 115, t. 283 de 20 de junio de 1984)

Código Municipal (DL N° 274 de 31 de enero de 1986, DO N° 23, t. 290 de 5 de febrero de 1986)

Código Procesal Penal (DL N° 904 de 4 de diciembre de 1996, DO N° 11, t. 334 de 20 de enero de 1997)

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) (DL N° 868 de 5 de abril del 2000, DO N° 88, t. 347 de 15 de mayo de 2000)

Código Tributario de El Salvador (DL N° 230 de 14 de diciembre de 2000, publicado en el DO N° 241 de 22 de diciembre de 2000)

Ley de la Corte de Cuentas de la República (DL N° 438, de 31/VIII/1995, publicado en el DO. N° 176, tomo 328, del 25/IX/1995)

Ley Orgánica de Aviación Civil (DL N° 582 de 18 de octubre de 2000, DO N° 198, t. 353 de 19 de octubre de 2001)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948

Declaración Universal de los Derechos Humanos, San Francisco, 10 de enero de 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York de 19 de diciembre de 1966

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969

2. ESPAÑA

Real Decreto de 4 de noviembre de 1838

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Código Civil del 14 de julio de 1889

Constitución Española (31 de octubre de 1978, BOE 29 de diciembre de 1978)

Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 noviembre, BOE No. 285, de 27 noviembre)

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, (Ley 29/1998, BOE No. 167, de 14 julio 1998)

Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de enero, BOE N° 7, de 8 de enero)

3. COSTA RICA

Constitución Política de la República de Costa Rica (del 7 de noviembre 1949)

Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica (DL N° 7333 del 31 de marzo de 1993, publicado el 1 de julio de 1993).

Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (DL N° 6227 del 28 de Abril de 1978)

Código Procesal Contencioso – Administrativo de Costa Rica (DL N° 8508 del 28 de abril de 2006, publicado en Gaceta N° 120 del 22 de junio de 2006).

4. ARGENTINA

Constitución Nacional de Argentina (del 22 de agosto de 1994)

Código Procesal Administrativo de Neuquén (Ley N° 1305, sancionada el 10 de julio de 1981)

Ley 19.549, Ley de Procedimientos Administrativos (del 3 de Abril de 1972, publicado en BO el 27 de abril de 1972).

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

1. EL SALVADOR.

1.1. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad ref. 3-92 ac. 6-92, el 17/XII/1992
- Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad ref. 1-2010/27-2010/28-2010, el 28/VIII/2010
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 408-2010, el 27/X/2010.
- Sentencia pronunciada en el proceso de amparo ref. 4-N-93, el 24/XI/1995
- Sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad ref. 17-1995, el 14/XII/95
- Sentencia dictada en el proceso bajo de habeas corpus ref. 1-B-95, el 13/II/1996
- Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad ref. 1-92, el 19/VII/96.
- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 38-S-93, el 14/I/1997.
- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 317-97 acumulado 318-97/410-97/412-97, el 26/VIII/1998.
- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 32-C-96, el 10/XI/1998
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 384-97, el 9/II/1999
- Sentencia de la Sala de lo Constitucional emitida en el proceso de amparo ref. 20-2000 del 23/II/2000

- Sentencia pronunciada en el proceso de amparo ref. 171-97, el 27/IV/1999
- Sentencia pronunciada en el proceso de amparo ref. 255-98 el 24/V/1999
- Sentencia de emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad ref. 5-99, el 20/VII/1999
- Sentencia del proceso de habeas corpus, bajo Ref. 319-99 el 28/X/1999
- Sentencia emitida en el proceso de amparo ref. 366-99, el 11/XII/1999
- Sentencia pronunciada en el proceso de amparo ref. 89-99 el 20/XII/1999
- Sentencia pronunciada en el proceso de amparo ref. 177-98 el 4/I/2000
- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 105-2000 el 28/II/2000
- Sentencia pronunciada en el proceso de amparo ref. 194-99, el 9/V/2000
- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 948-2002 el 11/VII/2003
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 787-99, el 11/VII/2000
- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 330-2000, el 23/IX/2000
- Sentencia emitida en el proceso de amparo ref. 82-99, el 19/X/2000
- Sentencia pronunciada en el proceso bajo ref. 149-M-99, el 19/ XII/2000.
- Sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad ref. 12-99/2-2000 del 10/VI/2001
- Sentencia de la Sala de lo Constitucional emitida en el proceso de inconstitucionalidad ref. 7-2005 del 18/IV/2006
- Sentencia emitida en el proceso de habeas corpus ref. 420-2000, el 25/VI/2001
- Sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad ref. 41-2000 Ac. 2-2001/3-2001/4-2001 del 13/XI/2001
- Sentencia pronunciada en el proceso de amparo ref. 245-2000, el 30/XI/2001
- Sentencia pronunciada en el habeas corpus ref. 246-2000 el 30/X/2001
- Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad ref. 9-97, el 15/II/2002
- Sentencia pronunciada en el proceso de amparo ref. 330-2000, el 23/IX/2002
- Sentencia pronunciada en el proceso de habeas corpus ref. 14-2002, el 23/X/2002
- Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad ref. 28-2002, el 8/IV/2003

- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 947-2002, el 7/VII/2003
- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 741-2002, el 11/VII/2003
- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 946-2002, el 11/VII/2003
- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 945-2002, el 7/VIII/2003
- Sentencia emitida en el proceso de amparo ref. 681-2001, el 20/XI/2003
- Sentencia pronunciada en el proceso de amparo ref. 311-2001/491-2001, el 14/IX/2004
- Sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad ref. 9-2003, el 22/X/2004
- Sentencia dictada en el proceso de amparo ref. 648-2003, el 24/V/2005
- Sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad ref. 10-2005 del 15/III/2006
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad ref. 10-93, el 20-V-1993.
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 177-98, el 4 de enero de 2000.
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 3-S-92, el 9-III-1993.
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de hábeas corpus ref. 7-Q-96, de 20-IX-1996.
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad ref. 41-2000, de 13-XI-2001.
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de habeas corpus ref. 426-2000R, el 30-X-2001.
- Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 145-M-91, el 20-VIII-1992.
- Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 89-99, el 20-XII-1999.
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de habeas corpus 175-98 del 22/VI/98
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de habeas corpus 426-00R acumulado 57-2001 del 30/X/2001

- Sentencia de la Sala de lo Constitucional emitida en el proceso de habeas corpus ref. 183-99 del 12/VII/1999
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 241-2000, el 08/VI/2000
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 191-2001 del 03/IV/2002
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 691-2000 del 30/IV/2002
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 449-2000 del 22/I/2002
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 256-99 del 03/V/2000
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 119-2000 del 15/VI/2001
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad ref. 65-2007 del 20/I/2009.
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 140-2000 del 12/XI/2002
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de habeas corpus ref. 106-2003 del 03/X/2005
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 330-2000 del 23/IX/2002
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de habeas corpus ref. 379-2000 del 20/III/2000
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad ref. 46-2005 del 11/VIII/2005
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad 22-98 del 19/III/2002
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 383-2000 del 24/I/2002
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo 635-2003 del 29/XI/2005

- Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional en el proceso bajo de habeas corpus ref. 101-1998, el 6/III/1998.
- Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la CSJ en el proceso bajo de habeas corpus ref. 336-1997 acumulado, del 5/XI/1999.
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad ref. 21-2006 del 5/XII/2006
- Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad ref. 75-2006, del 8/II/2007
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 1147-2002 del 07/XI/2002
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 39-M-94 del 24/I/1997
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 198-98 del 06/X/1998
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 495-98 del 05/XI/1998
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 500-98 del 23/XI/1998
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 490-98 del 04/XII/1998
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 133-97 del 23/VIII/1997
- Resolución de improcedencia emitida en el proceso de amparo ref. 32-A-95, el 29/I/1996
- Auto emitido en el proceso de amparo bajo ref. 133-97 el 22/VIII/1997
- Resolución de improcedencia emitida en el proceso de amparo ref. 89-2001, el 26/III/2001
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 390-2000, el 04/VII/2000
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 382-2000, el 04/VII/2000

- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 370-2000, el 29/VI/2000
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 242-2000, el 12/VI/2000.
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 529-2000, el 09/XII/2000
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 1088-2002 del 01/XI/2002
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 368-99 del 04/04/2000
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 169-2002 del 14/III/2002
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 203-2001 del 15/I/2002
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 128-2002 del 01/III/2002
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 168-2002 del 08/IV/2002
- Resolución de improcedencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo ref. 327-2002 del 08/IV/2002

1.2. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Sentencia pronunciada en el proceso ref. 29-H-1995, el 17/I/1997
- Sentencia interlocutoria 75-S-97 del 16/I/1998
- Sentencia emitida en el proceso ref. 75-A-95, el 20/III/1998
- Sentencia emitida en el proceso ref. 8-T-92, el 27/X/1998
- Sentencia dictada en el proceso ref. 99-P-2000, el 19/XII/2001
- Sentencia dictada en el proceso ref. 66-H-1999, el 27/X/2002
- Sentencia pronunciada en el proceso ref. 28-U-2001, del 9/XII/2002

- Sentencia pronunciada en el proceso ref. 288-A-2003 el 15/XI/2004
- Sentencia dictada en el proceso ref. 271-M-2002, el 23/XII/2004
- Sentencia dictada en el proceso ref. 161-R-2001, el 3/I/2005
- Sentencia dictada en el proceso ref. 87-V-2002, el 20/VI/2005
- Sentencia dictada en el proceso ref. 177-S-2003, el 29/VIII/2005
- Sentencia dictada en el proceso ref. 111-L-2005, el 7/XI/2005
- Sentencia dictada en el proceso ref. 334-2008, el 13/ I/2009
- Sentencia dictada en el proceso ref. 160-R-2001, el 9/III/2006
- Sentencia dictada en el proceso ref. 177-P-2004, el 29/V/2006
- Sentencia dictada en el proceso ref. 102-E-003 el 19/I/2006
- Sentencia dictada en el proceso ref. 160-R-2001, el 9/III/2006
- Sentencia pronunciada en el proceso ref. 98-T-2004, el 31/V/2008
- Sentencia dictada en el proceso ref. 50- 2006, el 28/IX/2006.
- Sentencia dictada en el proceso ref. 474-2007, el 19/VI/2008.
- Sentencia dictada en el proceso ref. 376-2007, el 24/I/2008.
- Sentencia dictada en el proceso ref. 301-2006, el 9/II/2007.
- Sentencia dictada en el proceso ref. 22-E-1995, el 16/XII/1996.
- Sentencia dictada en el proceso ref. 83-D-2000, el 9/X/2003.

1.3. SALA DE LO CIVIL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Sentencia dictada por la Sala de lo Civil en el proceso ref. 1649-2003, el 31/VII/2003

1.4. SALA DE LO PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Sentencia emitida, en el recurso de casación ref. 12-CAS-2006, el 27-VI-2007

2. ESPAÑA

2.1. TRIBUNAL SUPREMO.

- 8 mayo 1979 (Sala de lo Contencioso Administrativo) (Ar 2387)
15 julio 1988 (Ar. 5722)
24 enero 1989 (Ar. 121)
5 julio 1989 (Ar. 5399)
3 mayo 1990 (Ar. 4535)
23 junio 1990 (Ar. 4888)
22 julio 1993 (Sala de lo Civil) (Ar. 6274)
7 noviembre 1995 (Ar. 8079)
14 octubre 1996 (Ar. 7543)
26 noviembre 1996 (Ar. 8170)
9 diciembre 1996 (Sala de lo Contencioso Administrativo) (Ar 9621)
13 octubre 1998 (Ar. 8266)
16 octubre 1998 (Ar. 10561)
9 marzo 1999 (Sala de lo Civil) (Ar. 1408)
18 marzo 1999 (Ar. 3154)
22 octubre 2001 (Ar. 8386)
15 de julio de 1988 (ref. 9445/1988)
20 de octubre de 1988 (ref. 9690/1988)

2.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 16 junio 1982 (RTC 1982/37)
6 julio 1982. (RTC1982/43)
22 julio 1982 (RTC 1982/52)
11 abril 1984 234/1984 (Ar. 234)
21 mayo 1984 (RTC 1984/63)
21 mayo 1984 (RTC 1984/64)
26 diciembre 1984 (RTC 1984/127)

18 diciembre 1985 (RTC 1985/177)
20 diciembre 1985 (RTC 1985/183)
12 julio 1988 (RTC 1988/144)
30 mayo 1994 (RTC 1994/152)
11 junio 1996 (RTC 1996/104)
15 julio 1997 (RTC 1997/132)
10 abril 2000 (RTC 2000/102)
26 junio 2000 (RTC 2000/176)
15 enero 2001 (RTC 2001/4)
12 febrero 2001 (RTC 2001/37)
14 febrero 2005 (RTC 2005/29)
23 mayo 2005 (RTC 2005/132)
6 junio 2005 (RTC 2005/146)
30 enero 2006 (RTC 2006/27)
27 febrero 2006 (RTC 2006/58)
24 septiembre 2007 (RTC 2007/2001)

2.3. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA PROVINCIALES

ANDALUCÍA (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO)

21 noviembre 2000 (*Ar.* 51663)
26 febrero 2001 (*Ar.* 126968)
8 octubre 2001, (*Ar.* 14786,14787)
7 enero 2003 (*Ar.* 65387)

3. FRANCIA

3.1. CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

- Sentencia Compañía General de Iluminación Burdeos 30 de marzo de 1916 cit. por BERCAITZ, Miguel Ángel, op cit. p. 449
- Sentencia *Lesbats* 25 de febrero de 1864 cit. por WEIL, Prosper y otros, op. cit. p. 18.
- Sentencia *Laffite* 1 de mayo de 1822 cit. por CARRO, José Luis, y FERNÁNDEZ VALMAYOR. A., op cit. p. 76
- Sentencia *La Fleurette* 14 de enero de 1938 cit. por WEIL, Prosper y otros, *op. cit.*, p. 217
- Sentencia Blanco de 8 de febrero de 1873 cit. por BÉJAR RIVERA, L., op. cit. p. 12

4. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- Sentencia emitida por la Corte Suprema de California sobre el caso *Moradi-Shalal vs. Fireman's Fund Ins. Companies* (46 Cal. 3d 287, 296, 1988).
- Sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *United States vs. Washington* (872 F. 2d 874, 880, 9 Cir. 1989).
- Sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos, sobre el caso *Marlin vs. Waddell's Lesse* (41 U.S. 367, 1842).
- Sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos, sobre el caso *Bremen vs. Zapata of Shore Co.* (407 U.S. 1, 1972).
- Sentencia emitida por la Corte de Apelaciones sobre el caso *Young vs. Brisitol, Aeroplane Co.* (K.B. 718, 1944).
- Sentencia emitida la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre el caso *Burnet vs. Colorado Oil E gas Co.* (285 U.S., 393, 406-408, 1932).
- Sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre el caso *Patterson v. McLean Credit Union*, 485 U.S. 617 (1988).

- Sentencia emitida por el Tribunal Superior de Primer Instancia sobre el caso *Chysky vs. Drake Bros. Co.* (235 N.Y. 512).
- Sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, Governor of Pennsylvania*, No. 91-744, del 29/VI/1992.

4. INGLATERRA

- Sentencia emitida por la Cámara de los Lores sobre el caso *Barrington vs. Lee* (1971, 3 All E.R. 1231) y, *Salmon in Gallie vs. Lee*, (1969, 1 All E.R. 1062).

5. ARGENTINA

CSJN, Fallos 307: 1094.
 CSJN, Fallos 304: 1459.
 CSJN, Fallos, 169:111.
 CSJN, Fallos, 169:120.
 CSJN, Fallos, 177: 314.
 CSJN, Fallos, 182:5.
 CSJN, Fallos, 239:459.
 CSNJ, Fallos, 241:291.
 CSJN, Fallo: 328:175.
 CSJN, Fallos, 190:98.
 CSJN, Fallos: 313-630.

OTROS DOCUMENTOS

1. Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Administrativa, Asamblea Legislativa de El Salvador, abril de 2008.
2. Acuerdo número 724 de la Corte Suprema de Justicia del 27 de noviembre de 1997.
3. Acuerdo número 50-bis de la Corte Suprema de Justicia del 8 de febrero de 2001
4. Acuerdo número 51-bis de la Corte Suprema de Justicia del 8 de febrero de 2001
5. Líneas y criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo, CSJ, San Salvador, El Salvador, 2001, pp. 1-144.

Informe N° 105/99, caso 10.194, Narciso Palacios vs. Argentina, 29 de septiembre de 1999. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.cidh.org/annualrep/99span/de/%20fondo/argentina10.194.htm>. Página web oficial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.