

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO



FACULTAD DE DERECHO
SEMESTRE DE
DE DERECHO INTERNACIONAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ALFONSO CASTAÑEDA SALGADO

MEXICO, D. F.

MCMLXIX



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A la memoria de mi padre
PEDRO CASTAÑEDA ROMAN
como ejemplo de honradez
y trabajo



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

A mi querida mamacita
SRA. TOMASA SALGADO Vda. de CASTAÑEDA
Como un testimonio
de mi gratitud y respeto

A mi compañera de trabajo que tanto me ayudó para el logro de éste ideal con todo el cariño que le profesó.

A mi Hijo:

ALFONSO CASTAÑEDA TRUJILLO.
como un estímulo y ejemplo para su vida.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

A mis pequeñas y adoradas gemelas
NORMA Y VERONICA
Dos de mis más grandes ilusiones
con profundo cariño.

A mis hermanos y sobrinos con
fraternal estimación.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL.

A la Familia Trujillo con mi
particular afecto.

Al Lic.

ESTEBAN LOPEZ ANGULO

con sincero afecto.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

Al Doctor en Derecho

SR. ROBERTO VIDALES GUERRERO

con respeto y estimación

Al Doctor en Derecho.

SR. ERNESTO FLORES ZAVALA

Director de la Facultad de Derecho
de la U.N.A.M.
con respeto y admiración.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

Al Lic.

VICTOR CARLOS GARCIA MORENO

con gran afecto y reconocimiento
por su valiosa orientación

AL C. GRAL. DE DIV.
BALTASAR R. LEYVA MANGILLA,
SENADOR DE LA REPUBLICA.
Como un homenaje a su calidad humana



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

Al Lic.

PINDARO URIOSTEGUI

En ... reconocimiento a su
capacidad intelectual.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

AL H. JURADO CON TODO RESPETO:



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

I N D I C E

- INDICE -

| | |
|---------------|------------|
| PROLOGO | Pág. XV |
|---------------|------------|

CAPITULO I

CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL.

| | |
|---|---|
| A) Estudio Especulativo. | 1 |
| B) Doctrina acerca de las fuentes del Derecho. | 8 |

CAPITULO II

DISTINTAS CLASES DE FUENTES

| | |
|------------------------------|----|
| A) Materiales o reales | 20 |
| B) Formales | 23 |
| C) Históricas | 25 |

CAPITULO III

LAS FUENTES DEL DERECHO POSITIVO.

| | |
|---|----|
| A) La legislación | 26 |
| B) La costumbre | 39 |
| C) La jurisprudencia | 42 |
| D) La doctrina | 58 |
| E) Los principios generales del Derecho | 60 |

CAPITULO IV

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

| | |
|--|----|
| A) Concepto y definición | 63 |
| B) Objeto del Derecho Internacional Privado | 66 |
| C) La nacionalidad de las personas | 69 |
| D) La condición de los extranjeros | 76 |
| E) El conflicto de leyes y la soberanía de los Estados | 79 |
| F) El extranjero en el Derecho Positivo Mexicano | 83 |

CAPITULO V

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1.- FUENTES FORMALES NACIONALES:

- INDICE -

| | Pág. |
|----------------------------|------|
| A) La ley | 90 |
| B) La jurisprudencia | 92 |
| C) La costumbre | 94 |

2.- FUENTES FORMALES INTERNACIONALES:

| | |
|--|-----|
| A) Los tratados internacionales | 96 |
| B) La jurisprudencia internacional | 99 |
| C) La costumbre internacional | 101 |

- CAPITULO VI -

CONCLUSIONES



P R O L O G O

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

Exponer en un breve trabajo los elementos fundamentales del Derecho Internacional Privado, y relacionarlos con las instituciones jurídicas, y con los problemas sociales inherentes a la materia, tal ha sido el feliz propósito que nos hemos encomendado sobre LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

No desconociendo lo escabroso y complejo del tema que me he propuesto a desarrollar, por lo mucho que sobre él se ha escrito a través de las plumas de los más eminentes y célebres tratadistas, por la actualidad que representa en la época que vivimos, de múltiples valores tanto éticos, como jurídicos, etc. y, finalmente, por las múltiples polémicas que en torno al mismo Derecho Internacional Privado se han suscitado.

Por la extensión que merecería el estudio integral del mismo, trataré de suplir, ese gran acopio de conocimientos y de madurez intelectual que requeriría un completo y correcto estudio de éste; con el deseo sincero de hacer análisis sobre el Derecho Internacional Privado, así como de las fuentes que lo integran.

Pretendiendo establecer un orden lógico, las fuentes que estudiaremos primero serán las fuentes formales de carácter nacional, y que corresponden a la ley, la jurisprudencia y la costumbre; y, en el segundo ordenamiento colocamos a las fuentes formales internacionales, entre las que figuran: los tratados internacionales la jurisprudencia internacional y la costumbre internacional.

Una vez establecida la clasificación anterior, resulta no menos importante colocar a dicha materia en el plano correspondiente.

En el Derecho Internacional Privado, como se establece en páginas posteriores, no están en juego los intereses de los Estados, sino, intereses de particulares; estos intereses, no necesariamente se dan en las personas de los extranjeros, pudiendo presentarse conflictos de leyes, entre nacionales del país del juez; estas resoluciones, se dan a países con sistema Federal como el nuestro. De donde resulta que, las normas de Derecho Internacional Privado, no pueden ser materia del Derecho Internacional Público.

Para ilustrar el fenómeno de las fuentes, tanto dentro de la filosofía del Derecho, como en el Derecho mismo; nos dice el maestro Gutierrez y González, piensese, en un depósito artificial de agua, como la fuente de las ranas en Chapultepec, la cual se alimenta por una sola tubería, pero ésta a su vez se bifurca en tubos de menor diámetro que arrojan el agua a través de la boca de las diversas ranas que como adorno circundan la fuente; el tubo general, representa para nosotros, el punto de partida de una norma jurídica, el momento gestativo, el tránsito evolutivo, el

valor y sentido de la fuente de Derecho. Los tubos menores que terminan en la boca de cada rana son las fuentes particulares, y el espejo de agua es la vida social-jurídica.

Si la palabra fuente, significaba el manantial de agua que brota de la tierra. Dicha palabra se tomó en forma metafórica y fué llevada al campo del Derecho, y es así frecuente encontrar que se habla de "Fuentes" en el campo de la filosofía del Derecho, para buscar de donde brota o emana este producto social que rige la conducta de los hombres.

Si hemos conceptuado, como fuente de Derecho el punto de partida de una norma jurídica, el momento gestativo de lo espontáneo a lo obligatorio, el tránsito evolutivo por el que se vinculan lo socialmente necesario y lo jurídicamente indispensable, ese punto de partida representa para nosotros un fenómeno de capital importancia para poder entender o aquilatar el momento inicial de la fuente de Derecho.

El Derecho es algo que el hombre hace, el hombre norma su conducta externa para poder convivir en sociedad, las normas de conducta no pueden entenderse sino es rigiendo conducta humana en sociedad.

Por otra parte, si la palabra Derecho proviene del latín *directum*—dirige, que significa lo que es justo, derecho, recto, conforme a una regla; el Derecho por consiguiente se manifiesta, ya concretamente en la ley, en la norma jurídica, que como sabemos, cuenta con las características de ser bilateral, externa, heterónoma y coercible.

Quizá muchos sean los errores que tiene éste trabajo y muchas también las lagunas que faltarían por llenar. Pero, sirva de escudo la preocupación que tuvimos siempre por apegarnos en lo mayor posible a la verdad y la predisposición a aceptar todas las indicaciones que se le hicieren ya que, de ninguna manera nos atribuimos el derecho de imponer soluciones de propia autoridad.

Tengo la plena seguridad, no faltará quién corrija mis yerros e inunde mis lagunas.

Si en algunas ocasiones cumple éste trabajo profesional la finalidad que le he destinado, entonces quedaré satisfecho, si no es así, al menos sé que como universitario y como mexicano he cumplido en parte mi propio deber.

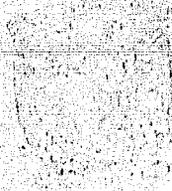


FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

C A P I T U L O - I -

CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL

- A) Estudio Especulativo.
- B) Doctrina acerca de las Fuentes del Derecho.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL



CONCEPTO DE "FUENTES DEL DERECHO" EN GENERAL

A) Estudio especulativo.

Para encontrar el verdadero significado del concepto "Fuentes del Derecho", se requiere previamente establecer el conocimiento de lo que es una fuente para saber cuáles competen al Derecho.

"La palabra fuente, tiene su raíz etimológica en el término latino -- "Fons", "Fontis", con el cual se significaba el manantial de agua que brota de la tierra.

Esta palabra se tomó metafóricamente y fué llevada al campo del Derecho, y es así frecuente encontrar que se hable de "fuentes" en el campo de la filosofía del Derecho, para buscar de donde brota o emana este producto social que rige la conducta de los hombres."

Ha sido preocupación constante del hombre preguntarse el porqué y de dónde de las cosas que le rodean. En aras de ésta curiosidad inherente a su propia naturaleza, ha tratado de encontrar los motivos, las causas de los hechos y de los fenómenos que lo circundan; ya en el terreno especulativo ha podido establecer aquellas condiciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas mediante la Ley de la Causalidad.

Por medio de esta Ley expresa la estrecha relación que existe de causa a efecto, de antecedente a consecuente.

Con apoyo en la causalidad, los estudiosos del Derecho, los filósofos, han realizado profundas investigaciones para encontrar la etiología de ese conjunto de normas que gobiernan la conducta externa de los hombres en sociedad, y que se llama Derecho.

En efecto, las sociedades modernas gozan de un complejo de disposiciones jurídicas adecuadas a sus propias necesidades que les permite convivir pacíficamente en un ambiente de seguridad y justicia social o, expresado en otra forma, en un régimen de Derecho.

Sin embargo, no siempre ha sido de esta manera. Los grupos humanos primitivos, obviamente carecían de normas precisas que imprimieran certeza a sus incipientes relaciones gregarias, o, aún también carecían de la conciencia de sus más elementales deberes para con sus semejantes. Esto nos obliga a meditar por ahora, acerca de cual fué el impulso que determinó a los grupos primitivos a organizarse, a normar sus relaciones, a establecer un cierto orden interno.

Hemos de indicar inicialmente que el hombre siempre ha sido un sujeto de necesidades. Este carácter lo acompaña desde que aparece en la faz de la tierra, desde que lleva una vida rudimentaria hasta las complicadas formas de vida contemporánea. Asimismo, al situarse frente a tales necesidades, aparece en su conciencia, a manera de constante, su inquietud o inquietudes para darles una solución adecuada y satisfactoria.

No sólo por instinto, sino como una necesidad inquebrantable, aparece aquella por la cual se vé precisado a convivir dentro del seno de la grey o de la horda. Este imperativo, que lo sitúa inicialmente en un medio de promiscuidad absoluta, se acentúa cuando abandona su calidad de nómada para ingresar al sedentarismo.

Una vez que sus actividades se hallan concentradas en un lugar determinado, bien podemos decir que asistimos a la aurora de la civilización, -

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

pues el hombre, circunscrito a un radio de acción mucho más estrecho, tiene oportunidad de desarrollar ampliamente sus facultades, sus pensamientos, sus sentimientos y su voluntad. Los lazos de la descendencia afirman aún más - ese carácter sedentario por el que se integran los primitivos grupos humanos.

Concomitantemente, al entablar relaciones con los demás miembros de la grey, van surgiendo otros tipos de necesidades que una vez satisfechas, le permiten al hombre coordinar sus actividades. Así surgen la distribución - del trabajo, el concepto de propiedad privada, la exigencia de que ésta sea respetada, la noción de las relaciones familiares, el reconocimiento de una autoridad máxima (el patriarca), así como el convencimiento de que las órdenes de tal autoridad deban ser respetadas, lo que implica un principio de - obediencia.

Todas estas expresiones de la vida primitiva dentro de la comunidad van repercutiendo en el fuero interno colectivo conformándose en ésta el criterio de lo que es debido, a la par que lo de aquello que por indebido turba la tranquilidad de los hombres.

Si hemos conceptualizado como fuente de Derecho el punto de partida de una norma jurídica, el momento gestativo de lo espontáneo a lo obligatorio, el tránsito evolutivo por el que se vinculan lo socialmente necesario y lo jurídicamente indispensable, ese punto de partida representa para nosotros un fenómeno de capital importancia para poder aquilatar el valor y sentido de la Fuente de Derecho. También consideramos de suma importancia ese momento de referencia, pues en cuanto aparece en el grupo social la sensación de - que tales conductas invariablemente se sujeten al criterio prevaletente a -

el consensu general.

Al propio tiempo, surge otro nuevo problema que se halla estrechamente relacionado con el anterior: cuando el obligado no ejecuta los actos que le son debidos en forma espontánea. Este es otro de los instantes de la evolución del Derecho en que se perfila claramente la fuente, el nacimiento de lo que jurídicamente constituye en nuestros tiempos la "coercibilidad" de la ley, como un elemento esencial a toda norma jurídica.

De tal manera, estamos introduciendo insensiblemente al análisis sociológico, pues conociendo la naturaleza propia, característica de los grupos humanos, estaremos en posibilidad de relacionarnos más estrechamente con una concepción de lo que fué o es la norma jurídica que rige la convivencia de todo grupo humano.

Por las razones que hemos expuesto, consideramos que dicho análisis es la "conditio sine qua non", para lograr una concepción más precisa del elemento jurídico. Tal procedimiento se nos ofrece suficientemente lógico por cuanto que, si lo accesorio sigue la suerte de lo principal, hemos de posar nuestra atención sobre las sociedades ya que éstas, mediante su razón y su voluntad, fijan las bases idóneas para poder lograr su propia armonía. Conociendo las formas de vida sociales, conoceremos la razón de ser de los contenidos jurídicos.

Para ser congruente con lo anterior, haremos la siguiente reflexión: - si en una sociedad determinada aparecen por la naturaleza intrínseca - de toda colectividad, nuevas estructuras sociales, nuevas necesidades, entonces los hombres reaccionan ante las exigencias que les plantea el medio del que

forman parte.

Hemos de señalar que los contenidos jurídicos se producen en un medio ambiente determinado y en un tiempo también determinado.

Consideramos que la investigación, en tal caso, habrá de contraerse a la observación de los hechos producidos en tal medio y en tal momento histórico para desentrañar su verdadero significado, su realidad, para poder interpretar la profunda raigambre que las Fuentes del Derecho manifiestan en el constante devenir de la humanidad.

Todas las ideas y doctrinas que aparecen en el panorama histórico acerca de las fuentes de tal o cual disciplina, el jurista no debe interpretarlas como simples acontecimientos, sino que, deberá concederles su verdadero valor dialéctico e indagar a la vez, cuales fueron los móviles que determinaron su nacimiento, o sea, que habrá de saber diferenciar cuidadosamente lo que representa una concreta realidad vivida y su correspondiente realidad pensada.

Por una parte, tenemos que en los grupos sociales, los hechos de su convivencia, así como las tendencias que tratan de controlar normativamente tales hechos, no aparecen aislados unos de los otros. Muy por el contrario, existe una verdadera interdependencia, esto es, que las tendencias de los hombres a normar una cierta conducta, no pueden ir encaminados hacia una solución apriorística, so pena de caer en la utopía.

Por otra parte, los hechos, en una sociedad, no pueden aparecer y subsistir incoherentes y desordenados, sino que deben quedar sujetos a un método, a un sistema, ostentando la expresión más clara del intelecto humano.

De esta manera, el hecho y el pensamiento se van entrelazando en el tiempo y en el espacio, dando lugar así al constante desenvolvimiento de los sis temas jurídicos, de las Instituciones, de la ciencia del Derecho en general. Es evidente que el Derecho, es el resultado de dos factores indisolublemente unidos de una misma realidad.

Ahora bien, el análisis elemental que se ha hecho en relación con estos dos factores que florecen en el seno de toda colectividad, justifica la fun dación de la crítica jurídica enderezada alrededor de las fuentes del derecho. El afán creador del hombre, ante la contemplación directa de los hechos y de los conceptos jurídicos, la sitúan frente al imperativo de continuar en la búsqueda de estadios superiores de coexistencia, siempre con fundamento en la ética y en la lógica.

El jurista, debe adoptar una posición dinámica mediante la cual, una vez que ha realizado observaciones y análisis sobre situaciones concretas que surgen a la realidad, procede a la integración doctrinaria de lo jurídi co, y cuyo vértice angular prescriba el respeto a la libertad y dignidad humanas, prescriba la igualdad de todos los hombres ante la ley.

Quedarían inconclusas éstas breves consideraciones acerca de las Fuen tes del Derecho, si no tocásemos, aun cuando sea de soslayo, ese carácter inmanente a toda normatividad jurídica y que es la ética.

Recasens Siches, nos dice que "..... la ética se ocupa de la fundamen tación de las normas absolutas del obrar humano" (1) y agrega ".....pero los valores éticos son diversos de los estrictamente morales, en sentido riguroso, es decir, distintos de los concernientes al cumplimiento de la suprema

misión del hombre; pues los valores éticos que deben inspirar al Derecho no son los de la honestidad del hombre, sino los que se refieren a la convivencia y solidaridad sociales, es decir, los que afectan al bien común y a la honestidad pública" (2)

Con fundamento en los conceptos antes mencionados, estimamos que la -
eticidad encierra el fin superior a que los hombres aspiran en cuanto a la
vida en común. A su vez, ese fin debe responder a la realización de los va-
lores en una humanidad que es perfectible, y que se hallan latentes en toda
colectividad y son innatos a ella. Es necesario meditar sobre la valorización
atribuible a los fines que persiguen los hombres en sociedad, meditación que
contiene una importancia extrema, pues es el resultado, por decirlo así, -
del criterio que sostenemos de Fuentes del Derecho;

Para que un acto emanado de la voluntad del poder, o una norma, una de-
cisión judicial o un reglamento pueden ser considerados como auténticamente
jurídicos, en strictu sensu, no basta que reúnan las formalidades esenciales
para su integración, como tales, es necesario, además que respondan a las -
exigencias vertebrales de la ética, o mejor, a las exigencias del juicio -
ético mayoritario, de aquello que es reputado como el ideal ético de la con-
ciencia colectiva.

(1) Recasens Siches, Luis. "Filosofía del Derecho" 3a. ed. México
Uthea. 1946; Pag. 55

(2) Recasens Siches, Luis. Op. Cit. Pag. 204.

B) Doctrina acerca de las Fuentes del Derecho.

Es innegable que para conocer con certeza lo que es el Derecho o cualesquiera de sus complejas manifestaciones, es necesario acudir a las luces doctrinales.

Veamos inicialmente lo que al respecto nos dice Claude Du Pasquier, citado por García Maynez : " El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica, es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del Derecho". (3).

De los conceptos vertidos por Du Pasquier hemos de advertir, que el Derecho encuentra su lugar de nacimiento en la propia sociedad, es un producto de los grupos humanos y que, además se revierte sobre los propios hombres para regir u ordenar sus actividades. Pero, para tener una concepción más completa en relación con la génesis del Derecho, resulta imperativo emprender algunas elucubraciones más:

Hemos hecho mención al fenómeno que se opera en el fuero interno de las colectividades primitivas y que les permite, bien que haya sido en forma rústica, distinguir lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo perecedero de lo eterno. Ya en etapas posteriores, las ideas se van consolidando y el criterio se generaliza.

=====

(3) García Maynez, Eduardo. "Introducción al estudio del Derecho".
1a. ed. México, Porrúa, 1956. Pag. 52.

"El Derecho, producto de un trabajo social.- Dice Trinidad García - Nace en la conciencia de los individuos y después se exterioriza objetivamente y se convierte en reglas formales precisadas por medios o procedimientos, - elaboración que acusan el carácter obligatorio de aquellas". (4)

Así pues el Derecho solo se puede concebir como el producto de una colectividad consciente. O sea, que su primera manifestación se localiza en la conciencia individual. Posteriormente, y con el transcurso del tiempo, pasa a - desenvolverse en el grupo social tomando forma de mera actividad. Es así como aparecen los matices primeros del Derecho. Inundan sus preceptos la conciencia colectiva. Así, estas iniciales expresiones del Derecho en lo colectivo, lenta pero positivamente, se afirman cada vez mejor para convertirse mas tarde, en normas generales de observancia obligatoria.

Cosentini en acertada crítica, de razonamientos contundentes: "...Las necesidades sociales, por tanto, se convierten en impulsos y tendencias que orientan de una manera determinada la conciencia colectiva; se manifiesta - así una manera de determinarse que, en la conciencia individual, establece - la norma de la acción individual, en la conciencia colectiva, la norma de la acción común". (5).

(4) García Trinidad, "Derecho Civil". Cap. II. Pag. 13.

(5) Cosentini Francisco, "Filosofía del Derecho". 2a. ed. E. "Cultura". México. 1930. Pag. 49.

Por nuestra parte, si preguntásemos cual es el factor que psíquicamente interviene para que el Derecho se haga realidad, sin ambages diríamos que la voluntad humana. Esto en cuanto al factor intrínseco del hombre. Extrínsecamente, la elaboración del derecho encuentra sus motivos en un complejo de necesidades que, expresadas lato sensu, consisten en lo imprescindible que resulta para el ser humano su convivencia con los otros hombres.

Por otra parte diríamos que, situado el hombre en el recinto social, - por inercia y por convencimiento propio, necesita encuadrar sus actos dentro de la normatividad imperante. Consideramos estos actos congruentes con la normatividad cuando están a tono con la realidad prácticamente vivida por el grupo.

Cuando la actuación del grupo se va ejecutando en forma retirada entonces se puede decir que ha tomado carta de naturalización en la conciencia de la comunidad. Así, actuando en forma constante, llega a adquirir tal vigor - potencial, que se matiza de nuevas características, para convertirse en una orden de la comunidad.

"Las fuentes del Derecho son, por consiguiente, desde el punto de vista psico-social, expresión de la conciencia colectiva, orientada de cierta manera, hacia una forma de mando para toda una colectividad". (6)

Del Vecchio se pronuncia en sentido similar aduciendo que "Todo pueblo - tiene necesariamente un Derecho positivo propio, que corresponde a la voluntad que es en él preponderante".

=====

(6) Cosentini Francesco, Op. Cit. Pag. 50

"Los modos de manifestación de esta voluntad social predominante, se llaman fuentes del Derecho". (7)

Si analizamos con mas detenimiento, este interesante tema, nos daremos cuenta que se va gestando lo normativo y así encontramos una primera fase - por la que descuellan actos aislados que van encaminados a la solución de cier to problema social. Cuando esa forma de solucionar la cuestión pasa a ser - una opinión generalizada, ingresa el grupo a su segunda fase.

Y así comprendemos que la tercera estaría representada cuando el pensamiento jurídico se codifica.

Esto no es mas que la razón de que el hombre va logrando perfeccionar, cada vez con mas precisión, el criterio del deber, hasta concluir axiomaticame nte con que ese deber es del hombre.

En el mismo orden de ideas la historia se va saturando de un verdadero mosaico de ideales, pero también es cierto que de esta variedad de ideales - va quedando un remanente que cada vez, se perfecciona más, como quedó asentado: en este proceso evolutivo vemos caer la esclavitud, que es substituida por la servidumbre, Superada ésta última por el liberalismo, se enfrenta la humanidad posteriormente a la tesis individualista, que al perfeccionarse, - deviene en capitalismo, el cual, a su vez, desemboca en el imperialismo. Esta última etapa política económica que se halla en verdadera transformación, es tá siendo desalojada por nuevas estructuras fincadas en la solidaridad - -

=====

(7) Del Vecchio, Giorgio. "Filosofía del Derecho". 1a. ed. México. Uthea Pag. 249.

social, como base de la auténtica independencia económica de los pueblos, tanto en el aspecto nacional, como en lo internacional.

Este proceso nos conduce a reflexionar acerca del producto jurídico y su correspondiente contenido sustancial. Tal es así, que la regulación normativa de los actos de trascendencia social, en cuanto aparece en la realidad, lleva consigo un espíritu de eticidad.

Todo cambio sufrido en las sociedades habrá de reflejarse en los contenidos éticos como ya se expuso, y al modificarse éstos, necesariamente habrán de modificarse las normas del Derecho positivo.

Sin embargo, habrá que advertir, que los ideales éticos no son categorías que espontáneamente surgen a la vida social. Hemos de seguir insistiendo en el sentido de que son las transformaciones de la realidad social las que determinan la orientación de los actos de la colectividad hacia fines circunscritos a la ética, y ésta hacia la integración del Derecho.

Si el hombre es el creador del ordenamiento jurídico, es a la vez el propio destinatario del Derecho.

El hombre busca certeza entre las múltiples relaciones que le plantea la convivencia, esto es, que en la firmeza de tales relaciones desaparezca el peligro de que algún miembro o miembros de la colectividad no se conduzca de conformidad con el sentimiento de la generalidad. Esto hace prueba plena, que se trata de que prevalezca la seguridad social.

Así mismo, un conjunto de principios jurídicos que es enarbolado por un pueblo, por definición se infiere que es justo, de acuerdo con la calidad o coeficiente de eticidad que haya alcanzado ese pueblo en la etapa histó-

rica que está viviendo.

Por otra parte y sabiendo que el fin del Derecho es lograr la justicia entre los hombres, se observa que cuando en una sociedad se violentan estos dos grandes pilares del orden social en detrimento de su estabilidad, como consecuencia natural sobreviene el caos, la desorganización. Frente a este fenómeno del cual surgen multitud de ejemplos, podemos sin embargo, precisar que, a través de la justicia y de la seguridad, el Derecho trata de lograr el bien común.

Justicia, Seguridad y Bien Común, son fines del Derecho con carácter intemporal, dado que, immanentes a la naturaleza humana, se hallan en constante renovación. Esta fundamentación del Derecho, sin embargo, puede ser interrumpido por gobernantes autócratas, por políticos deshonestos que destruyen durante su gestión o influencia, los inalienables derechos de la humanidad, privando a los ciudadanos de "la vida, la libertad, propiedades, posesiones" y otras garantías tanto individuales como sociales.

Estas anomalías que suelen ensombrecer a los pueblos, aún por varias generaciones, acaban por derrumbarse estrepitosamente bajo el imperio de la razón, enderezando al respecto movimientos revolucionarios.

Sin embargo, un cuerpo jurídico que realice efectivamente estos tres fines del Derecho, deberá estar atento, por un lado, a las necesidades de lo estrictamente individual y por el otro, a los problemas inherentes a la colectividad.

Como podemos observar, que después de haber obtenido en el inciso A) una primera conclusión que arrojó luz referente a lo que en rigor se entiende

por "Fuentes del Derecho" y que en síntesis diríamos que: cuando se integran los grupos humanos, van realizando una serie de actividades encaminadas a resolver sus problemas de convivencia. Posteriormente esas mismas actividades se fijan en la conciencia general, siendo este momento cuando el sentimiento de la colectividad se transforma en una orden para todos los integrantes de la misma, en el sentido de que todos y cada uno de sus integrantes se comporten de conformidad con esa "forma de mando para toda una colectividad", después de haber llegado a esta conclusión, en el presente inciso, hemos expuesto parte de la doctrina, elaborada en relación con este tema que nos ocupa. Además, se han hecho algunas consideraciones que se han estimado de gran importancia para obtener una visión un poco más amplia de lo que a nuestro juicio es la fuente de Derecho, consideraciones que se enfocaron directamente hacia los fines que persigue el Derecho, o dicho mejor, se ha establecido en forma elemental al carácter inmanente de las fuentes jurídicas.

Para darle mayor explicación a este contenido doctrinario, objeto de este tema, volvamos nuestra atención sobre otras especulaciones no menos importantes.

Jiménez de Asúa, al hablar de las fuentes del Derecho nos dice:

"Harto sabido es que fuente se llama al lugar de donde surte o mana un líquido, y aplicado al Derecho, se podría decir que es el origen de éste.

Cuando el jurista toma esa expresión para llenarla de contenidos puede atribuirle significado doble: fuente de producción y fuente de conocimiento.

La primera se refiere a la voluntad que dicta las normas jurídicas; la otra, a la manifestación misma de esa voluntad, a la forma que el Derecho - objetivo asuma en la vida social". (8)

Jiménez de Asúa, alude a la voluntad creadora del Derecho en primer término; en segundo, se refiere al Derecho mismo en cuanto se transforma en Derecho objetivo como expresión de aquella voluntad. En este mismo sentido nos habíamos pronunciado, pero con la diferencia de que por nuestra parte, aludimos en su oportunidad, al nacimiento del sentimiento jurídico en la conciencia colectiva y, en cambio, "la voluntad que dicta las normas jurídicas" es una expresión que nos da la sensación de etapas jurídicas más avanzadas en las que ya encontramos órganos especiales avocados a la elaboración del Derecho.

De Pina aborda la cuestión de las fuentes del Derecho aduciendo que "esta expresión (la de las fuentes) tiene realmente un valor y sentido puramente convencional. Con ella se alude, no exactamente, a la fuente del Derecho, sino al Derecho mismo.

Cuando se dice, por ejemplo, que la ley o la costumbre son fuentes del Derecho, lo que se afirma en realidad es que son manifestaciones del Derecho, - partes del Derecho".

"La ley y la costumbre, en efecto, son Derecho, no fuentes del Derecho. En último término solo pueden ser consideradas como fuentes de las facultades que de ellas pueden derivarse en relación con los sujetos del Derecho positivo, es decir, que la ley o la costumbre, solo pueden ser consideradas como fuentes de los llamados Derechos subjetivos, pero no del Derecho positivo objetivo".

"Como posibles fuentes del Derecho positivo se suelen considerar por los tratadistas la ley, los principios generales del Derecho, la costumbre y los usos, la equidad, la analogía, la doctrina y la jurisprudencia. Los legisladores toman de éstas fuentes aquellas que consideran convenientes, según las

circunstancias de cada país".

"Los juristas y los filósofos no han logrado ponerse de acuerdo sobre la fijación de las llamadas fuentes del Derecho, existiendo una gran diversidad de opiniones sobre esta materia entre las diferentes escuelas y orientaciones filosófico-jurídicas. Se consideran como tales, según los diferentes puntos de vista adoptados para señalarlas, la naturaleza humana (Del Vecchio), la voluntad del Estado (Kelsen), la razón subjetiva (Adickes), los hechos normativos (Gurvitch), el espíritu del pueblo (Hugo, Savigny), etc., etc.

"En realidad, en los países, como México, en los que se cuenta con un órgano Legislativo, es decir, Poder Legislativo, la fuente única del Derecho es la voluntad normalmente mayoritaria de la Cámara (o de las Cámaras), expresada de acuerdo con las formalidades establecidas en la Constitución y en los Reglamentos de debates".

Sin embargo, "La Fuente Única del Derecho es, la voluntad del Órgano Legislativo". (9).

De Pina, afirma que suelen confundirse los términos "fuentes del Derecho" y el Derecho mismo". Modestamente, estamos de acuerdo con esta primera afirmación. Efectivamente, con bastante frecuencia nos percatamos de que muchos Juristas y Filósofos del Derecho, se refieren a la Ley, a la costumbre, a los principios generales del Derecho, etc., cayendo así en un lamentable error, pues se están refiriendo al propio derecho. Agrega con bastante acierto, que la ley y la costumbre sí pueden ser fuentes del Derecho, pero del Derecho

=====
(8) Jiménez de Asúa Luis. "La Ley y El Delito". E. "Andrés Bello". Caracas. 1945, Pag. 96.

recho subjetivo, considerado éste último como una facultad; postura que García Máynez lo expone, y que refiere como sigue: "Al definir el Derecho subjetivo como la facultad que una persona tiene de hacer u omitir algo, usamos el término facultad en su acepción normativa, nó en el sentido de facultad - natural". (10).

Y, en cambio, para el Derecho objetivo, De Pina, concede como Fuente Única de ese Derecho, la voluntad del órgano legislativo.

Para fijar nuestra manera de entender el concepto "Fuentes del Derecho", me permito hacer algunos razonamientos:

Del criterio sustentado por De Pina nos inclinamos a creer que el fundamento del mismo es unilateral en cuanto afirma que, en forma exclusiva, compete al órgano legislativo la calificativa de ser Fuentes de Derecho. Tal afirmación, nos induce a pensar que el órgano legislativo es absoluto, autónomo en sus elaboraciones jurídicas.

Creemos que si las Cámaras están integradas por ciudadanos representantes del pueblo, en ellas se han delegado las facultades interpretativas de los problemas sociales para proceder a su correcta solución mediante la creación de normas jurídicas idóneas.

Por otra parte, nos detenemos un poco para meditar respecto del mismo problema, visto de un ángulo diferente:

¿Cual o quien es el elemento que sirve de inspiración al legislador en

=====

(9) De Pina Rafael. "Derecho Civil Mexicano". 4a. ed. México. Porrúa. 1966. Pag. 87.

la elaboración de la ley?

¿Qué fin está persiguiendo el órgano legislativo cuando trata de construir o reconstruir o adicionar un cuerpo de leyes determinado?

La respuesta que se dé a éstas interrogantes indudablemente que nos conducirá a un terreno más amplio desde el cual vamos a tener una mejor oportunidad de despejar esta incógnita.

En primer término, encontramos que el órgano Legislativo está investido de una personalidad Representativa y su función primordial es la de legislar. Además, para que cumpla su cometido, debe someterse a cierto procedimiento.

En segundo, se impone desentrañar esa personalidad Representativa y, para analizar un caso concreto, veámos lo que a éste respecto establece nuestra Constitución Mexicana.

Al presentarse una iniciativa de Ley, tres son los únicos conductos por los que puede dicha iniciativa ingresar al Congreso de la Unión: primero, - a través del Presidente de la República; segundo, de los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión y, tercero, de las Legislaturas de los Estados. (Artículo 71 de la Constitución Federal).

Puesta a la consideración del Congreso una determinada iniciativa, alrededor de ella se abre la discusión, con apego al Reglamento de Debates y, en caso de ser aprobada, pasa al Poder Ejecutivo para su "Sanción" y su "publicación" respectivas (Artículo 72 de la Constitución).

=====

(10) García Maynez. Op. Cit. Pag. 17.

Ahora bien, cuando el Presidente de la República envía un proyecto de ley, es porque ha tenido oportunidad de conocer de cerca los problemas o necesidades que aquejan a su Pueblo, bien que al efecto esté rodeado de un grupo de técnicos que lo ilustran, lo compenetran debidamente de los diversos fenómenos sociales. De esta manera conforma su criterio. A su vez, el Primer Mandatario, así como los colaboradores de referencia, han podido elaborar su iniciativa de Ley con base en la observación directa de los fenómenos que aparecen en la sociedad, escuchando el clamor de los grupos humanos por el que piden a sus legítimos Representantes se aboquen al conocimiento de los hechos.

Pues ese clamor, esas peticiones implican nada menos que estamos frente a una orden emanada del grupo social, pues en éste se ha integrado una conciencia colectiva en el sentido de que las nuevas formas sociales queden encuadradas dentro de la legalidad. Pues bien, tanto el Presidente de la República, como los Diputados y los Senadores, como Representantes, como mandatarios del pueblo, deben razonadamente escuchar a su mandante y proceder a una justa estructuración del precepto legal correspondiente.

Para concluir, expresamos, que tanto las nuevas formas, sociales como la conciencia colectiva surgida de esas formas, son el antecedente directo de las fuentes del Derecho, y que, el otro elemento de las fuentes del Derecho, es el Órgano Legislativo que es quien se encarga de dar al fenómeno social el tono de la legalidad.

=====

C A P I T U L O " I I "

DISTINTAS CLASES DE FUENTES.

- A) Materiales o Reales.
- B) Formales.
- C) Históricas.

DISTINTAS CLASES DE FUENTES

A) Materiales o Reales.

Como ya dejamos asentado en renglones precedentes, la denominación genérica de la palabra "Fuentes", bien sea desde el punto de vista material, formal o histórico, evoca la idea de origen o principio.

La enciclopedia Jurídica Omeba expresa que "el vocablo en cuestión no es unívoco ya que, bajo la denominación de "Fuente" han sido planteadas y resueltas cuestiones substancialmente diversas". (11).

En sentido filosófico, la palabra Fuente designa la facultad inmanente en el hombre social de estructurar su propia existencia dentro de un orden jurídico.

Sociológicamente, la misma expresión hace referencia a la serie de condiciones fácticas que determinan, en un proceso causal generalizable por vía de inducción a las instituciones jurídicas comunes a toda sociedad humana y a las variaciones constantes que en ellas se operan.

Por otra parte, haremos notar, que, el sentir del pueblo es analizado detenidamente por determinados ciudadanos que se interesan en ordenar sistemáticamente las manifestaciones normativas de la conciencia popular, y cuando éstos juristas van separando las complicadas relaciones sociales, las formas de vida en común, estamos proyectando insensiblemente a la formación del precepto jurídico.

(11) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII. Pag. 751

Es evidente, que en los tiempos modernos existen dentro de los Estados constituidos, órganos especializados en la elaboración de las leyes, y como ya lo expresamos esos ciudadanos constituidos en órganos de investigación, tienen como base fundamental de apoyo la "Heurística", que es la disciplina científica que proporciona las reglas y experiencias conducentes a la búsqueda, individualización, clasificación, crítica, interpretación, aprovechamiento y registro de las "Fuentes del conocimiento jurídico o científico, así como los datos que en ella contienen".

Ahora bien, esa búsqueda, en las manifestaciones de la comunidad de índole normativo y que adquieren la expresión de exigibilidad, pues en ello les va el respeto a sus derechos, la certeza en las transacciones, la paz social, etc., son otras tantas partes constitutivas de la norma jurídica, son el elemento material, o por decirlo así, son el ingrediente al cual se le ha dado el calificativo de contenido de la norma.

Para ser congruente con lo antes expuesto, conviene analizar los conceptos de algunos autores:

García Maynez nos dice que "llamamos fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas". (12).

Sin tener que entorpecer el concepto dado por García Maynez, por mi parte, considero que, las "fuentes Reales", son las que determinan el contenido de las normas jurídicas; constituyen "el porque" de cada ley individualmente considerada.

(12) García Maynez. Op. Cit. Pag. 51.

Desde otro punto de vista expresamos también que, si las "Fuentes Reales" son las que están constituidas por los factores o elementos determinantes del contenido de las normas jurídicas, son las que efectivamente integran el Derecho, en virtud de que se forman por los actos humanos que requieren de la tutela jurídica.

De la Cueva alude específicamente a las "Fuentes Reales", entendiendo por tales las conclusiones que obtiene después de analizar la norma: "Toda norma jurídica consta de dos elementos, Material y Formal; siendo, aquel el imperativo mismo que la norma contiene, la regla de conducta, mandato o prohibición", (13).

En realidad, ese imperativo de la norma, ese mandato o prohibición, o sea la exigibilidad que mencionábamos, proviene del pueblo y se incrusta en la Ley; y el legislador recoge ese sentir popular para hacer la norma de Derecho. Tal es así, que cuando una disposición jurídica no cuenta con el sentir de ese pueblo, la norma de Derecho resulta ser letra muerta en todos sus aspectos.

Para terminar con éste inciso nos queda por expresar que, existe un gran acierto en denominar a estas "Fuentes Materiales o Reales" (del latín Res: cosa material), pues son el manantial que da plasticidad a las normas jurídicas; o como dijera Bonetase "Son las Fuentes Reales de las reglas de Derecho, las que proporcionan la sustancia de la norma" (14).

=====

(13) De la Cueva Mario. "Derecho Mexicano del Trabajo". 8a. ed. México, Porrúa, 1954, Pag. 350.

(14) De la Cueva, Op. Cit. Pag. 351.

B) Formales

Las fuentes formales, a decir del maestro García Maynez, "Son los procesos de manifestación de las normas jurídicas constituyen las fuentes a las que principal y necesariamente, debe acudir el juez para objetivar su decisión". (15)

Para continuar con el análisis respecto de los conceptos que algunos autores nos ofrecen, necesitamos antes saber qué es o en qué consiste lo formal.

El Diccionario enciclopédico dice al respecto: "Formal" (del lat. formalis): Adj. perteneciente a la forma . (16)

Lo anterior nos envía a la indagación de la forma.

El propio Diccionario expresa "Forma; Fil. la forma de las cosas y de los seres equivale a la posición que tienen, a como se revelan y manifiestan" (17).

Dentro de la teoría jurídica, según vamos a constatarlo mas adelante, por fuentes del Derecho se alude tanto a la voluntad creadora de normas jurídicas como al acto concreto de creación normativa y al modo específico de manifestarse las normas mismas.

Los romanos distinguieron previamente al Derecho escrito del no legislado o consuetudinario y consideraron como fuentes del primero a las leyes o decisiones votadas por el pueblo en los comicios; a los plesbicitos o decisiones votadas por la plebe; a los senado-consultos o decisiones votadas

(15) García Maynez. Op. cit. Pag. 51.

por el senado; a los edictos de los magistrados y a las respuestas de los prudentes. Encontraron con que la única fuente del Derecho no escrito era la costumbre.

Con fundamento en estas ideas, vamos a recurrir a la opinión de algunos tratadistas para estar en la posibilidad de normar nuestro criterio y estar dispuestos a emitir nuestro modo de entender las "Fuentes Formales del Derecho".

"El Derecho, producto de un trabajo social, nace en la ciencia de los individuos, y despues se exterioriza objetivamente y se convierte en reglas formales precisadas por medios o procedimientos de elaboración que acusan el carácter obligatorio de aquéllas".

Estos procedimientos o modos de carácter formal, por medio de los cuales se concreta la regla jurídica y se señala su fuerza obligatoria, son las fuentes del Derecho, que constituyen el signo a que nos hemos referido; aún cuando la palabra Fuente incluye otras acepciones, la que hemos indicado se refiere solo a las fuentes formales". (18).

En efecto, las fuentes formales, son los procedimientos por medio de los cuales se concreta la regla jurídica, precisándola, podemos decir, su signo exterior, para poder conocerla y aplicarla, y por ende ser obedecida.

(16) Diccionario Enciclopédico Hispano Americano. T. IX. Pag. 562.

(17) Idem. T. IX. Pag. 559.

(18) Trinidad García. Op. Cit. Pag. 21.

Son requisitos indispensables en la formación de todo precepto de Derecho.

Entrelazados, correctamente agotadas las formalidades, estaremos frente a un Derecho vigente que esté en congruencia con las ideas de justicia, seguridad y Bien Común.

C) Historicas.

Para tener una visión panorámica de cualesquiera de las manifestaciones de la cultura, será necesario retrotraernos al pasado. Otro tanto habría de intentarse al meditar sobre las disciplinas jurídicas si es que queremos poseer un concepto más o menos exhaustivo del Derecho.

Compenetrados de los fenómenos e instituciones jurídicas pretéritas, estaremos en posibilidad de aquilatar sus errores y, sus aciertos y, a la vez, de intuir con claridad si las instituciones jurídicas del presente están acordes con los fines trascendentales del Derecho.

Para ser congruente con lo anterior, expondremos lo que se entiende por fuentes históricas; y, así mismo, analizar lo que al respecto nos dicen algunos autores.

Las fuentes históricas, se encuentran integradas por los documentos o libros, que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes, como por ejemplo las Institutas, el Digesto, etc.

Dicho de otra manera por fuentes históricas entendemos a todos aquellos factores que actualmente tenemos al alcance de nuestro conocimiento pero que pertenecieron al pasado, esto es, de los cuales surgió el Derecho que rigió la vida de grupos humanos en épocas pretéritas.

"El término fuente histórica, dice García Maynez, aplicase a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjuntos de leyes. En este postrer sentido se dice, por ejemplo, que las instituciones, el Digesto, el Código y las novelas, son fuentes del Derecho romano" (20).

"En este sentido la fuente histórica del Derecho es el momento, también Histórico, que nos enseña el Derecho pretérito. Son fuentes del Derecho romano los pasajes de Cicerón que han permitido conocer fragmentos de las XII tablas, ley que tiene como inicio la historia auténtica de ese Derecho". (21).

Pues en el tiempo y en el espacio ese Derecho está en un continuo devenir, como creación que es del espíritu humano.

Ahora bien, entendiendo que la misión del jurista, no debe ser meramente contemplativa, antes bien, sus reflexiones deben llevar el matiz del dinamismo para que, conociendo el pasado, puede modular el presente y prevea el futuro con la suficiente visión, es decir; que el legislador, como tal, habrá de volver los ojos al pasado, allegarse a las fuentes históricas del Derecho para estructurar con mejor precisión su criterio en pro de la elaboración de toda norma jurídica.

=====
(20) García Maynez. Op. Cit. Pag. 51

(21) Trinidad García. Op. Cit. Pag. 22 y ss.

C A P I T U L O " I I I "

LAS FUENTES DEL DERECHO POSITIVO.

- A) La Legislación.
- B) La Costumbre.
- C) La Jurisprudencia.
- D) La Doctrina.
- E) Los Principios Generales del Derecho.

LAS FUENTES DEL DERECHO POSITIVO

A.- La Legislación.

En la mayoría de los Estados modernos la formulación del Derecho es casi exclusivamente obra del legislador; solamente en Inglaterra, E.U., y países - que han seguido el sistema Anglosajón, predomina la costumbre jurisprudencial.

La tendencia siempre creciente, hacia la codificación del Derecho, es una exigencia de seguridad jurídica. A pesar de su espontaneidad, el Derecho consuetudinario carece de una formulación precisa, lo que hace difícil su aplicación y estudio.

El legislado, en cambio, además de su precisión y carácter sistemático, - puede modificarse con mayor rapidez, y se adapta mejor a las necesidades de la vida moderna.

"En los países de Derecho escrito, la Legislación es la más rica e importante de las fuentes formales. Podríamos definirla como el proceso por el cual uno o varios Organos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de Leyes".(22)

Como quedó explicado en el capítulo anterior, la Legislación como fuente formal del Derecho, está sujeta a una serie de etapas que deben realizarse para que pueda válidamente ser considerada como fuente productora de Derecho.

De acuerdo al moderno proceso legislativo, se incluyen seis diversas etapas en la creación de una ley:

(22) García. Maynez. Op. Cit. Pag. 52 y 53.

INICIATIVA, DISCUSION, APROBACION, SANCION, PUBLICACION E INICIACION -
DE LA VIGENCIA.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Título Tercero, Sección II, y bajo el subtítulo "De la iniciativa y formación de las Leyes", el art. 71 establece:

"Art. 71.- El Derecho de iniciar Leyes o Decretos corresponde:

- I.- Al Presidente de la República.
- II.- A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión.
- III.- A las Legislaturas de los Estados".

Ahora bien, las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las Legislaturas de los Estados o por las Diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión y las que presentaren los Diputados o los Senadores, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates.

"Art. 72.- Todo proyecto de Ley o Decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

a) Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra.

Si esta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

b) Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus

sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

o) El proyecto de Ley o Decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por ésta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será Ley o Decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.

Se observa que las votaciones de Ley o Decreto serán nominales.

d) Si algún proyecto de ley o decreto fuese desechado en su totalidad por la Cámara de revisión, volverá a la de su origen con las observaciones que aquella le hubiese hecho. Si examinado de nuevo fuese aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes, volverá a la Cámara que lo desechó, la cual lo tomará otra vez en consideración, y si lo aprobase por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción a); pero si la reprobase, no podrá volver a presentarse en el mismo período de sesiones.

e) Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión de la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado, o sobre las reformas o adiciones, sin poder alterarse en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren aprobada por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Cámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo para los efectos de la fracción a). Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren aprobadas por la mayoría de votos en la -

Cámara de su origen, volverán a aquella para que tome en consideración las razones de ésta, y si por la mayoría absoluta de votos presentas se desecharen en esta segunda revisión, dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras., se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción a). Si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto con los artículos aprobados y que se reservan los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

f) En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

g) Todo proyecto de ley o acuerdo que fuere desechado en la Cámara de su origen, no podrá volver a presentarse en las sesiones del año.

h) La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versan sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, los cuales deberán discutirse primeros en la Cámara de Diputados.

i) Las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la Cámara en que se presenten, a menos que transcurra un mes desde que se pasen a la Comisión dictaminadora sin que ésta rinda dictamen, pues en tal caso el mismo proyecto de Ley o Decreto puede presentarse o discutirse en la otra Cámara.

j) El Ejecutivo de la Unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de algunas de las Cámaras cuando ejerzan funciones de cuer

po electoral o de jurado, lo mismo que cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios por delitos oficiales.

Tampoco podrá hacerlas al decreto de convocatoria o sesiones extraordinarias que expida la Comisión Permanente".

Me he permitido hacer la transcripción literal de los artículos 71 y 72 de nuestra Constitución, ya que; en ellos se contienen las reglas que norman a las cinco primeras etapas que forman el Proceso Legislativo, para tratar posteriormente los artículos 3º y 4º del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, que fijan las reglas sobre iniciación de la vigencia como última - etapa que comprende el proceso legislativo.

Ahora bien, el fenómeno legislativo comienza cuando el Presidente de la República, Diputados y Senadores al Congreso de la Unión o las Legislaturas de los Estados, envían un proyecto de Ley o Decreto a las Cámaras; esto configura la iniciativa.

Cuando la iniciativa de Ley, es presentada a una de las Cámaras, la que la recibe se llama Cámara de Origen, en donde se establece la primera discusión que se hace sobre el proyecto, y, en caso de que haya un acuerdo mayoritario, se procederá a su aprobación; desde luego, este otro momento representa la primera aprobación del proyecto.

Una vez que el proyecto ha sido aprobado en la Cámara de Origen, pasa a la otra para su discusión, siendo ésta la segunda discusión que sufre el proyecto y después de haberlo revisado, a esta Cámara se le da el nombre de "Revisora", y si la aprobase, se remitirá al Ejecutivo, "quien, sino tuviera observaciones que hacer", la publicará inmediatamente.

El derecho atribuido por la ley al Ejecutivo para hacer observaciones al proyecto, constituye la facultad de vetarlo. A este respecto me permito hacer referencia al criterio que sustenta Trinidad García.

"El derecho que el Ejecutivo tiene para hacer observaciones, se llama de derecho de veto y determina una cooperación constitucional de aquel Poder en la función legislativa".

"Todo proyecto de ley aprobado por las Cámaras y no objetado por el Ejecutivo o ratificado por el Congreso, debe ser promulgado".

"La promulgación es, en términos comunes, la publicación formal de la ley. De esta definición se infiere que no hay lugar a distinguir gramaticalmente entre la promulgación y la publicación. Las dos palabras tienen el mismo significado cuando a la ley se refieren y así lo demuestra el empleo que se les ha dado y se les da en el lenguaje corriente y en el jurídico; la Constitución y los Códigos de 70 y 84 emplean indistintamente los dos términos para expresar la misma idea (artículos 70, 72 a) y 89, fracción I de aquella y 2 a 4 de éstos)".

"Como se vé, la intervención del Ejecutivo en la formación de las leyes tiene tres fases independientes, con fines diversos y efectos propios cada una. Por esta causa, deben jurídicamente distinguirse los actos correspondientes a cada una de estas fases y darles nombre especial. Esta necesidad no se sentía en el antiguo derecho, cuando un solo órgano de gobierno hacía la ley y la publicadaba; se impone, en cambio, actualmente, por las complicaciones producidas por los nuevos sistemas de Derecho Público. Consecuentes, pues, con la realidad presente de las cosas, emplearemos tres diversos términos para referirnos a estos actos serán los de: a).- Sanción, para la aprobación, de la ley por el Ejecutivo; b).- Promulgación para el reconocimiento formal por éste de que la

ley ha sido aprobada conforme a derecho y debe ser obedecida; c).—Publicación, para el efecto de hacer posible el conocimiento de la ley, por los medios establecidos para ello". (23).

Para tener visión mas amplia de las etapas en que normalmente se divide la función legislativa, haremos el análisis correspondiente a las funciones del Presidente de la República:

"La fracción I del art. 89 señala como facultades y obligaciones del Presidente de la República, las de "Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia".

"Consideremos en primer lugar la facultad de promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión".

"El acto legislativo concluye en el punto en que la ley emanada del Congreso ya no es objetable por el Ejecutivo, sin que éste hubiere formulado objeciones, o bien por que, habiéndolas presentado, el Congreso, no las aceptó o, al contrario modificó de acuerdo con ellas el proyecto original.

El acto legislativo, es entonces definitivo y perfecto, mas para que sea obligatorio es menester que se inicie, mediante promulgación, la actividad del Poder Ejecutivo".

"Promulgar (pro-vulgere) significa etimológicamente llevar al vulgo, a la generalidad, el conocimiento de una ley. Sin embargo, es posible doctrinariamente distinguir un acto de otro. Por la promulgación el Ejecutivo autentifica la existencia y regularidad de la ley, ordena su publicación y manda a sus agentes

que la hagan cumplir; en esa virtud, la ley se hace ejecutable, adquiere valor imperativo, carácter que no tenía antes de pasar de la jurisdicción del Congreso a la zona del Ejecutivo. No obstante, la ley promulgada no es obligatoria todavía para la generalidad, mientras ésta no quede notificada de su existencia; en efecto, sería injusto imponerla obligación de cumplir una disposición a quienes no la conocen ni están en condiciones de conocerla. La publicación, es, pues, el acto del Poder Ejecutivo por lo cual la ley votada y promulgada se llevará al conocimiento de los habitantes, mediante un acto que permite a cualquiera el conocimiento de la ley y que establece para lo futuro la presunción de que la ley es conocida por todos". (24)

A pesar de lo que ya se expuso, hemos de indicar, lo siguiente: desde luego, sin que esto vaya en detrimento de los conceptos ya vertidos; sino, como corolario de valiosas ideas que hemos analizado:

El contenido real de toda norma jurídica, antes de perfeccionarse ésta como tal, y de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional, es conocido y enjuiciado en forma reflexiva por el Presidente de la República, los diputados y senadores al Congreso de la Unión o las Legislaturas de los Estados. Si lo juzgan pertinente, envían a las Cámaras las conclusiones a que se haya llegado después de analizar ese contenido real o sean las nuevas modalidades surgidas en el seno de la colectividad. "Dándole forma de proyecto para que sea debidamente conocido y adquiera así el calificativo de iniciativa de ley.

=====
(24) Tena Ramirez Felipe. "Derecho Constitucional Mexicano". 8a ed. México, Porrúa. 1967. Pag. 397.

Si el proyecto ha ingresado a las Cámaras (a la de origen y a la revisora, respectivamente,) se presentan las deliberaciones relativas al contenido de la iniciativa o proyecto presentado; desde luego, esas deliberaciones, se harán con apego y de conformidad con lo que prescribe el Reglamento de Debates. En estas deliberaciones referentes a la idoneidad o no idoneidad del proyecto, representa la etapa de la discusión.

Si la iniciativa está totalmente discutida, se procede a la votación de ambas Cámaras, y, si reúne el número de votos requeridos se da la tercera etapa que es la aprobación, y que puede ser total o parcial.

Cuando esta etapa del proceso legislativo ha sido agotada, es enviada al Ejecutivo para su consideración; el Ejecutivo puede, o vetar la iniciativa o darle su aceptación. En este último caso, procederá a su promulgación.

Ahora bien, en nuestra Constitución Política, se establece en el art. 89, la expresión: "Promulgar y ejecutar las leyes", si relacionamos ésta disposición de carácter jurídico con la parte del inciso a) del art. 72 del mismo ordenamiento, la que refiriéndose a las facultades del Ejecutivo, nos dice: - ".... Quien, si no tuviere observaciones que hacer lo publicará inmediatamente". Consideramos que de lo contenido en los anteriores preceptos Constitucionales, se sintetiza la llamada Publicación.

Sin embargo, no basta que el proyecto de ley, haya pasado por cada una de las etapas que hemos mencionado, para que pueda considerarse como obligatoria desde ese preciso instante; falta su vigencia, a la que aludiremos inmediatamente:

En la última etapa del moderno proceso legislativo, nos explica García - Maynez, "existen dos sistemas de iniciación de la vigencia: El sucesivo y el

sincrónico.

Las reglas que norman al sistema sucesivo, están contenidas en el art. 3º, del Código Civil del Distrito y Territorios Federales. Este artículo establece: "Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después, de su publicación en el periódico oficial.

En los lugares distintos del en que se publique el periódico oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean oblatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurran cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad".

El segundo sistema que se ha mencionado, lo contiene el art. 4º. del mismo Código y dice: "Si la ley, reglamento circular o disposición de observancia general fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día con tal de que su publicación haya sido anterior.

Por lo tanto, si consideramos por una parte lo accidentado del relieve y por la otra, la extensión misma de nuestro suelo patrio, son factores que entorpecen el conocimiento de una nueva ley por parte del pueblo, por lo cual, se hizo necesario establecer lapsos razonables entre la publicación de la ley y la iniciación de su vigencia.

"De acuerdo con las ideas que establece nuestro derecho positivo, respecto a su sistema de iniciación de la vigencia de ley, se contiene en las siguientes reglas:

a).- La misma ley puede fijar la fecha en que deba entrar en vigor, siempre que sea después de su Publicación, para evitar su aplicación retroactiva (art. 3º, del Código del 84 y 4º del 28).

Debemos decir, de paso, que aunque el legislador no está jurídicamente obligado a ello, debe, para no obrar injustamente fijar una fecha que permita el previo conocimiento de la nueva ley en todo el territorio sujeto a ella.

b).- A falta de declaración especial de la nueva ley, debía entrar en vigor conforme al código de 84, el día de su publicación en el lugar en que se hiciera ésta, y en otros lugares, después de que transcurriera un plazo de un día por cada veinte kilómetros de distancia entre estos lugares y el de su publicación; a ese plazo se agregaría un día más por una fracción en la distancia, excedente de diez kilómetros (artículos 2o. y 4o.).

c).- El Código de 28, cambió el sistema anterior; si la ley no fija la fecha en que deba entrar en vigor, obligará tres días después de su publicación en el lugar en que esta se haga; tratándose de otros lugares, se agregará al plazo antes dicho un día por cada cuarenta kilómetros de distancia entre estos lugares y el de la publicación, mas otro día por fracción que exceda de veinte kilómetros (art. 3o.).

La ley no entra en vigor simultáneamente en todo lugar conforme a estos sistemas; los efectos de su publicación son progresivos.

El sistema del Código de 28, es superior del de 84, puesto que hace más fácil el conocimiento de la ley antes de que entre en vigor concediendo para ello un tiempo que no otorgaba este último código.

Sería de desear que el término establecido fuera más amplio, pues no son suficientes en todo caso los tres días que lo constituyen. Pero esta insuficiencia es remediada frecuentemente, porque tratándose de leyes de cierta entidad, es común que el legislador conceda un plazo mayor, señalando una fecha alguna para que entren en vigor; así ha sucedido con algunos de los últimos Códigos.

gos expedidos. (El código Penal de 13 de agosto de 1931 entró en vigor el 17 de septiembre del mismo año". (25).

B) La Costumbre.

Antes de examinar algunos conceptos sobre la costumbre como fuente formal del Derecho Positivo, conviene analizar su trayectoria histórica, aunque en forma somera.

La costumbre como fuente formal del Derecho, tiene sus inicios en el Derecho romano; después, es objeto de estudio en el Derecho francés y anglosajón; desde luego que, en este último aún no pierde su importancia.

En la primera legislación estuvo formada originalmente con los usos y costumbres propias de Roma, el sistema de jurisprudencia que crearon los romanos y que cristalizó en el Corpus Juris Civilis, difundió; y, perfeccionado por la escuela de los glosadores y comentaristas del siglo XII y de ahí transmitido a toda Europa, Francia, y España, este último país, lo llevó posteriormente a sus colonias americanas, se le reconoce por distinguidos jurisconsultos como el origen y la fuente del Derecho Privado Mexicano, aún, cuando en sus principios fué la primera y más importante fuente del Derecho, actualmente y pese a los conceptos que vamos a analizar, en nuestra legislación se le coloca en un segundo renglón.

La etimología del vocablo "Costumbre" se encuentra en el término latino consuetudine, hablativo de consuetudo-inis: hábito, práctica.

El término costumbre en su acepción gramatical, significa práctica muy usada que ha adquirido fuerza de precepto.

=====

(25) Trinidad García. Op. Cit. Pág. 97 v 98.

Según el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia "de Escriche, nos da el siguiente concepto: "La práctica muy usada, y recibida que ha adquirido fuerza de ley; o el Derecho no escrito que se ha introducido por el uso".

Colin y Capitant,"Distingue las fuentes legislativas, que comprenden la ley y la costumbre, de las fuentes interpretativas que se refieren a la Doctrina y a la jurisprudencia". (26)

Distinción en la que estaríamos de acuerdo si se agregara en un tercer grupo a los llamados Principios Generales del Derecho.

García Maynez, nos dice: "Que la costumbre es un "uso" implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el Derecho nacido consuetudinariamente". (27).

Geny, citado por García Maynez, la define como "un uso existente en un grupo social que expresa un sentimiento jurídico de los individuos, que componen dicho grupo". (28).

En nuestra opinión y pese a las concepciones que de costumbre tienen los tratadistas mencionados, no se deben confundir los términos "costumbre" y "uso" pues la costumbre es una norma de derecho objetivo que tiene la misma función que la ley como medio de formación del Derecho; y los usos son cláusulas podemos decir, tácitas, en los contratos que valen no como principios de derecho objetivo, sino como condiciones a las que las partes quisieron referirse.

(26) Colin y Capitant. "Curso elemental de Derecho Civil", 2a. ed. T. 1. E. Reus. Madrid. 1949. Pag. 19.

(27) García Maynez. Op. Cit. Pag. 61.

(28) García Maynez. Op. Cit. Pag. 62.

Pugliatti, afirma: "...Mientras que la costumbre da nacimiento a una norma jurídica, a la que una determinada comunidad de personas debe obedecer, el uso, interpretativo, tiende a poner en evidencia la voluntad real de los sujetos que han dado vida a un determinado negocio jurídico". (29).

Por otra parte, conviene determinar que en relación con la costumbre se ha distinguido, si ésta es según ley, fuera de ley, o, si incluso, es en contra de la ley.

La costumbre según ley, es cuando se realiza una constante aplicación de la norma legal, sin contradecir sus exposiciones ajustándose a su letra.

La costumbre fuera de ley es la que trata de corregir los errores o deficiencias que presenta la norma legal o la que preve lo que no está regulado por la ley; y, la costumbre contra ley, es la que puede derogar la ley perjudicial.

Así pues, dentro de la esfera del Derecho Positivo, la Ley y la Costumbre constituyen las fuentes formales mas importantes. En la actualidad, la Jurisprudencia e inclusive la doctrina y los principios generales del Derecho revisitan singular importancia como fuentes de carácter formal, como lo veremos adelante, respecto de estas últimas figuras jurídicas.

Por último, debemos dejar establecido, que cualquiera que sea el criterio o doctrina que se adopta, siempre resultará que la costumbre tiene su origen en las entrañas mismas de la sociedad y es un algo espontáneo, al contrario - de la ley que es creación reflexiva y consciente del órgano Legislativo.

Ahora bien, la costumbre se convierte en Derecho escrito desde el momento en que el legislador le dá cabida en los códigos; y la ley se transforma en - su costumbre, cuando habiendo sido derogada continúa a pesar de ello, regulando las relaciones sociales. No se crea por ello que la Legislación ha tenido -

siempre por origen la costumbre, pues en ocasiones las leyes y códigos han sido productos de la ciencia jurídica, pero en general no cabe desconocer el influjo de la costumbre. En el mismo código de Napoleón ha entrado como uno de sus elementos la costumbre, representado por el Derecho Consuetudinario de las provincias septentrionales.

C.- La Jurisprudencia.

Nos hemos permitido exaltar en el desarrollo de este modesto trabajo, uno de los caracteres más significativos e inherentes a la naturaleza de los grupos humanos: su constante mutabilidad. Si damos una mirada retrospectiva comprobamos con ello, que los pueblos suelen avanzar hacia planos sociales de positivo progreso.

Dentro de esa movilidad constante, esa transformación también constante de los grupos humanos y que se traduce en nuevas exigencias que surgen de la convivencia social, se encuentra la ley.

Ahora bien, la ley se encarga de resolver la situación jurídica de los particulares cuando éstos satisfagan los supuestos previstos por aquélla. Y cuantas veces sean satisfechos los supuestos de referencia, así tendrá lugar la aplicación de la norma jurídica.

Por otra parte, esta mutación; que también es de la índole de los grupos humanos, pero que necesariamente necesita transformarse, so pena de caer en el estancamiento; esta mutación decíamos, en un momento dado ya no encuadra

=====
(29) Pugliatti Salvador, "Introducción al estudio del Derecho Civil",
2a. ed. E. Porrúa. México. 1943. Pag. 97.

dentro de los casos previstos por la ley, ésta, con toda su rigidez, resulta anacrónico e incapaz de resolver las nuevas situaciones que la realidad le plantea; siendo en éste momento culminante y oportuno en el que hace su aparición la jurisprudencia.

En nuestro derecho mexicano, la jurisprudencia emana del mas alto tribunal y que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los tribunales Superiores de las diversas entidades federativas también producen jurisprudencia, y, otro tanto podemos decir del Tribunal Fiscal de la Federación.

Así pues, siendo estos órganos, los encargados de elaborar este aspecto técnico del Derecho, diríamos: Que por jurisprudencia debemos de entender el conjunto de tesis sustentadas en las ejecutorias de los tribunales, representando ésta forma, un medio técnico de interpretación y elaboración del Derecho.

"...La ley de amparo define la jurisprudencia obligatoria como el criterio sustentado en cinco ejecutorias del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no interrumpidos por otro en contrario, siempre que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce Ministros; el de las salas de la misma, contenido en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, aprobadas por cuatro ministros, por lo menos, y el mantenido por el pleno o por la Sala a que corresponda cuando deciden qué tesis debe prevalecer cuando las de los Tribunales Colegiados de Circuito o las de la Suprema Corte son contradictorios. (artículos 193 y 193 bis., 195 y 195 bis. de la Ley de Amparo)".

Esta jurisprudencia puede interrumpirse o modificarse se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por catorce Ministros, si se trata de asuntos en Pleno, y por cuatro,

si es de Sala.

Para que la modificación surta efectos de jurisprudencia, se requiere que se expresen las razones que se tuvieron para variarla, las cuales deberán referirse a las que se tuvieron presentes para establecer la que se modifica, debiendo abonarse, además, los requisitos señalados para su institución (art. 194).

La definición legal de la jurisprudencia obligatoria, no niega el carácter de jurisprudencia (no obligatoria) al criterio de interpretación del Derecho - mantenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con anterioridad al momento en que se reúne el número de sentencias que sustente el criterio uniforme que llega a imponerse como obligatorio para las Salas que lo componen, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, Jueces de Distrito, Tribunales de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Juntas de Conciliación y - Arbitraje" (30).

Respecto al concepto de jurisprudencia el propio tratadista nos dice: -
".....La palabra jurisprudencia tiene diversas acepciones. Ciencia del Derecho es la mas antigua; en la actualidad, se denomina así a la "interpretación que la autoridad judicial da ordinariamente a una ley, y así se opone la jurisprudencia a la doctrina como expresión de la ciencia". (escribió Covian). Añade este autor que la "jurisprudencia es al derecho lo que la práctica en todos - los ramos del conocimiento humano, es a la teoría. Cuando se perpetúa uniforme en la sucesión de los tiempos, adquiere por decirlo así, la importancia de fuente legal, y aún huyendo de toda exageración ha de reconocerse que no deja de suministrar las mas útiles y fecundas enseñanzas, y merece, por tanto, todo respecto sin que por ello deba excluirse en ningún caso la libertad de examen"(31).

Así pues, son cinco ejecutorias no interrumpidas por una en contrario, para -
santar jurisprudencia, y esta será obligatoria solo cuando su contenido se refiera
a la interpretación que se establezca con relación al articulado de la Constitución
o en relación con cualquiera de las leyes federales: Ley Orgánica del Poder Judicial
de la Federación, Código Federal de Procedimientos Penales, Código de Comercio, Ley
Orgánica del Ministerio Público Federal, Código Federal de Procedimientos Civiles, Ley
Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, reguladora del Ju-
cio de Amparo, Ley de Quiebras y suspensión de Pagos, Código Fiscal de la Federación
y el Código Agrario de los Estados Unidos Mexicanos.

La Jurisprudencia, continúa siendo inapreciable instrumento de investigación -
como forma de manifestación del Derecho procesal; por lo tanto, conviene examinar
las siguientes valoraciones ésta figura jurídica:

"El concepto de Jurisprudencia es multívoco; etimológica e históricamente de-
signó la opinión de los autores, pero paulatinamente se le ha transformado en la -
opinión de los tribunales a través de sus decisiones judiciales. Como fuente ma-
nifestación del Derecho y en especial, del Derecho Procesal, la acepción más acep-
table es la que considera la jurisprudencia como la reiterada y habitual concordan-
cia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado sobre situaciones
jurídicas idénticas o análogas.

(30) Rafael de Pina. Op. Cit. Pág. 143 y 144.

(31) Rafael de Pina. Op. Cit. Págs. 141 y ss.

Se polemiza aún sobre si la jurisprudencia es o no fuente-manifestación del Derecho; la posición racionista afirma que la jurisprudencia no es fuente de derecho; una variante racionalista sostiene que se trata de una fuente subsidiaria; domina empero la opinión que sostiene que la jurisprudencia es fuente de producción dogmática del derecho procesal. Es innegable que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho procesal y como tal contribuye al proceso de formación jurídica en tanto a ella se acude para objetivar el sentido jurídico de un fenómeno procesal.

El presupuesto estructural de la jurisprudencia consiste en una jerarquía jurisdiccional encargada de mantener el sentido constante y uniforme de las decisiones judiciales. Este presupuesto puede ser interpretado desde distintos puntos de vista:

Para algunos, especialmente en los países dotados de tribunales superiores con funciones casatorias, solamente es jurisprudencia la emanada del tribunal superior.

Para otros conviene distinguir entre "jurisprudencia" y "usos forenses"; solamente es "jurisprudencia" la actividad decisoria material y sería uso forense la decisión o el conjunto de decisiones del tribunal referentes a las cuestiones procesales.

La problemática.- La problemática de la jurisprudencia, se condensa en torno al estudio de la función de la jurisprudencia, del valor de la jurisprudencia y de la técnica de la jurisprudencia.

La función de la jurisprudencia.- La jurisprudencia tiene una función integradora del ordenamiento jurídico y en este sentido, continúa la obra del legislador adecuando e individualizando el mandato contenido en la norma jurí

dica, mediante un proceso de subsunción que requiere una actividad específica para explicar, para suplir o para renovar de ahí que se hable de la jurisprudencia explicativa, la jurisprudencia supletoria o la jurisprudencia renovadora, incluso de la jurisprudencia deformante, especímenes que solamente son la consecuencia de un fenómeno intelectual de mayor envergadura y que se enuncia en el conflicto entre jurisprudencia interpretativa y jurisprudencia creadora.

Esta contraposición profundiza la cuestión hacia cuál es la función de la jurisprudencia: O, conservando el primado dogmático de la norma jurídica, se limita la función de la jurisprudencia a la interpretación. O, revolucionando la ingénita desconfianza del legislador liberal, se posibilita que la actividad decisoria judicial adquiera la vigencia de la norma jurídica. La decisión no es fácil ni sencilla, pues cualquiera sea la solución, no está exenta de peligrosas e inadvertidas proyecciones hacia campos no precisamente jurídicos; por otra parte, el problema resulta complicado porque, en el segundo supuesto, ya se puede hablar de la jurisprudencia como fuente-creación de derecho.

La jurisprudencia siempre es interpretativa, dicen los partidarios del sistema liberal emanado del absolutismo legal del siglo XVIII. Herederos de los despojos de una derrocada monarquía de derecho divino, traspasaron su adoración mítica del rey hacia el pueblo soberano y de éste, a la ley; pero, frente al hecho concreto del fracaso práctico del casuismo legal, se vieron precisados a reconocer la posibilidad de la interpretación: "El juez debe siempre resolver según la Ley; nunca le es permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la Ley" (Art. 59 del CPC): dura lex, sed lex, frase en la cual se ha sintetizado la ingénita desconfianza del legislador hacia el juez.

Este planteo originario ha sido superado por los juristas del constitucionalismo que, fundados en el dogma de la división de los poderes del Estado crean un sistema idealmente hermético donde cada poder tiene una esfera absolutamente delimitada de actividad, sin posibilidades de confusión: el Poder Legislativo hace la ley, el Poder jurisdiccional aplica la ley; cualquier tentativa de éste para inmiscuirse en la labor de aquél, constituiría un abuso de poder y con servando la prohibición axiológica del cit., art. 59 CPC., Cf., le agregan el inexplicable "se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen", pues "solo al poder legislativo compete interpretar la ley de modo que obligue a todos" (Arts. III y IV, Tit. preliminar C. de Comercio); que se define como la autodefensa del Poder Legislativo contra el avance del Poder Jurisdiccional.

Es mucho lo que la posición tradicional en su apego por las fórmulas consagradas deja sin explicar. La división de los poderes del Estado es un lugar común constitucional que ha sido desplazado por el concepto científico de división de funciones como medio de explicar los actos de un Poder que tiene hipótesis de otro, v. gr.: la actividad reglamentaria (normativa) del Poder administrador, la actividad judicial del Poder Legislativo, la actividad administrativa del Poder Judicial.

Pero el embate crítico ha estado a cargo de la jusfilosofía, que partiendo de una premisa funcional, ve en los llamados "poderes del Estado", momentos, etapas o estadios de un proceso de integración del ordenamiento jurídico, en los cuales la misión del legislador, cuando emite un mandato abstracto y general, es continuada por el juez cuando concreta e individualiza el mandato, -

previniendo que esta concreción e individualización es algo más que una mera aplicación en cuanto es la manifestación de un momento dinámico en la formación del orden jurídico, y por lo tanto, crea Derecho.

La doctrina tradicional por no admitir otro mandato que el del legislador, desemboca en el concepto, tal vez infecundo, de jurisprudencia-opinión, que si bien resuelve simplísticamente el problema de las funciones del legislador y del juez, no alcanza a establecer una distinción dogmáticamente válida entre la función de la jurisprudencia y la función de la doctrina de los autores.

El manifiesto antagonismo hacia la doctrina tradicional tiene sus exageraciones: v. gr.: la llamada "escuela de derecho libre" según la cual el juez no es una máquina de subsunciones, sino que frente a las situaciones que debe juzgar, debe estar más preocupado por la prevalencia del valor "justicia" que del valor "orden" establecido por la legalidad, pero se ha señalado acertadamente que esta tendencia, "al despreocuparse en demasía de la vinculación necesaria del juez a la ley, elimina toda seguridad jurídica".

La "escuela de derecho libre" reacciona contra el culto de la legalidad, factor que no ha preocupado intensamente a los juristas angloamericanos, quienes partiendo de un ordenamiento jurídico distinto, postulan que únicamente será derecho lo que el juez declare (judge made law).

En resumen, la jurisprudencia es mera interpretación de la norma jurídica, para la teoría tradicional; es creadora de normas, para la escuela de derecho libre y los analistas anglo-americanos; es creadora de Derecho para los juristas filósofos kelsenianos y egológicos. Otros sostienen que la jurisprudencia participa en una etapa de la producción jurídica.

El problema de la función de la jurisprudencia tiende a transformarse en una polémica de palabras: la contraposición tradicional creación de Derecho-aplicación de la ley, es neutralizada por los conceptos creación-individualización y aun por creación-interpretación.

Si de creación se quisiera hablar con alguna precisión terminológica, incluso podría discutirse la creatividad del legislador; salvo que se conciba algo; ex nihilo nihil fit, su creatividad siempre parte de materiales existentes que le son impuestos por las circunstancias. Lo que generalmente se denomina creatividad de la jurisprudencia, es en realidad el descubrimiento y reconocimiento de situaciones jurídicas, que no han sido expresamente previstas por el legislador, pero que en virtud de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia incorpora al mundo jurídico; la jurisprudencia no ha logrado crear - todavía una institución que no haya sido prevista por el legislador, aunque dentro de las estructuras normadas por el legislador haya descubierto y reconocido situaciones jurídicas que no se encontraban expresamente previstas: si a esta ponderable función de la jurisprudencia se la denomina creación, entonces la jurisprudencia es creadora de soluciones jurídicas para situaciones no previstas por el legislador.

Valor de la jurisprudencia.- ¿Qué valor tiene la jurisprudencia?, o en otras palabras, ¿qué significado adquiere, dentro del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia?

Ya no se trata de establecer cuál es la función de la jurisprudencia, sino que la cuestión consiste en determinar si la reiterada decisión concordante de los tribunales superiores sobre un punto de derecho, impone a los inferiores de

la jerarquía jurisdiccional el deber de mantener inalterable ese sentido interpretativo.

Si la respuesta fuera negativa, se estaría en presencia de una institución que difícilmente podría diferenciarse de la doctrina de los autores; la jurisprudencia-opinión, cuya significación dentro del ordenamiento jurídico, como forma de manifestación del Derecho Procesal, dependería del poder de convicción del antecedente.

Si la respuesta fuera afirmativa, se estaría en presencia de la jurisprudencia-normativa, equiparable a la norma en cuanto a la obligatoriedad, que si por un lado choca contra la independencia volitiva de los jueces inferiores, por otro lado erige al juez en legislador quebrando el equilibrio de los poderes del Estado.

Dentro del conjunto de valores que se involucran en el problema del Derecho, la jurisprudencia encuentra su concordancia dentro de la estimación orden, que presupone la estabilidad jurídica, cuya ruptura importaría una seria perturbación en la vida jurídica de la comunidad, que no estaría compensada por la discutible incoercibilidad de la independencia volitiva de los jueces inferiores.

Conceptualmente, hablar de jurisprudencia obligatoria es pleonástico. Cuando es obligatoria para los jueces que dependen jerárquicamente de aquél, no hace sino dar forma normativa a lo que constituye un elemento esencialmente conceptual de la jurisprudencia. Esta implica la expresión de una valoración vigente, que debe ser acatada por los componentes de la jerarquía jurisdiccional en tanto no exista una modificación substancial de esas valoraciones; la imperatividad del acatamiento puede tener o no forma normativa, pero ninguna conclusión jurídica válida puede deducirse según que ese acatamiento tenga o no concreción legal:

siempre existirá la imperatividad en tanto es de la esencia del instituto.

El acatamiento de la jurisprudencia imperante es distinto a la imperatividad (obligatoriedad) de la ley. Esta, como acto de poder-autoridad obliga sin razonar y aunque no convenza: *dura lex sed lex*; la jurisprudencia obliga en tanto, como expresión del sentir de la comunidad, adquiere un positivo poder de convicción; el juez está obligado a su acatamiento, no porque el legislador así lo disponga, sino porque la jurisprudencia significa un nuevo tipo de autoridad; su apartamiento solamente es justificable cuando medien razones muy poderosas y se las demuestre.

La incoercibilidad de la libertad espiritual del juez es un problema académico; la realidad indica que los jueces aceptan y acatan la jurisprudencia de los tribunales superiores y más aún, la desean.

El juez se encuentra inmerso en la comunidad; es sensible a sus vivencias y la sentencia siempre es la expresión de un plexo de ideas que le vienen dadas por la comunidad, estableciéndose en el juez una intimidad con la conciencia social, lo que con frase feliz se ha denominado la premisa mayor inarticulada. El juez trata de interpretar, a la vez, el sentir de la comunidad y el sentido del caso particular, para lo cual descubre las valoraciones vigentes en los hechos externos que traducen esas valoraciones colectivas, especialmente en las determinaciones de conducta (ley-costumbre-jurisprudencia) que ponen de manifiesto aquellas valoraciones mediante un proceso de conceptuación para el cual está -habilitado porque el legislador le ha impuesto el deber de administrar justicia. El juez busca y descubre esas valoraciones vigentes con el objeto de adquirir por comprensión el sentir de la comunidad y cuando aquéllas surgen de la jurisprudencia, se imponen inexorablemente al juez con la fuerza de un imperativo -

categorico, siempre que su sensibilidad espiritual no acuse la mutación de las valoraciones que el legislador expresamente prevé cuando permite dejar a salvo la opinión personal.

No se pretende ignorar el valor de las disidencias fecundas que acusan siempre una exquisita sensibilidad del fenómeno jurídico; pero no puede admitirse que la ruptura del equilibrio solamente tenga por objeto mantener flameante la bandera de la independencia volitiva del juez.

No existe peligro en que el juez se transforme en legislador utilizando como instrumento la jurisprudencia normativa; en tal sentido se ha dicho que ella conculca el principio de la separación de los poderes.

Esta opinión pudo tener origen en quienes, buscando la fundamentación de la jurisprudencia normativa, la equipararon a las llamadas leyes interpretativas (rectius: leyes aclaratorias): el juez, sin embargo, no aclara la ley ni fija su interpretación auténtica; la interpreta y la aplica en la sentencia.

El valor de la jurisprudencia consiste en su uniformidad, independientemente de la forma de manifestación de esa interpretación, o del tribunal del cual emana tal interpretación. El problema que se presenta en la administración de justicia cuando dentro del organismo un juez o un grupo de jueces, quiebran la uniformidad, opinando y sentenciando en forma distinta que los restantes, es un problema de técnica, que el legislador resuelve creando un procedimiento para uniformar la jurisprudencia a través de la decisión de un tribunal especial, la cual decisión se impone obligatoriamente para sus componentes por el principio de mayoría y para los jueces inferiores, por el principio de jerarquía.

En el régimen actualmente imperante "la interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma Cámara y

para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de Cámara dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse aquélla por medio de una nueva sentencia plenaria".

Lo que en la norma transcrita se ha destacado es su predicado referente a la aplicación obligatoria, relativizada, por una parte a los miembros de la jerarquía jurisdiccional, y por otra, mientras subsisten las condiciones (valoraciones colectivas) que motivaron su implantación; esta relatividad bastaría para acallar las críticas que la equiparan a la obligatoriedad de la ley. Aún más, se observa que el valor óntico de la jurisprudencia no reside en su obligatoriedad impuesta normativamente, sino en su uniformidad: la jurisprudencia es obligatoria porque es uniforme. El enunciado inverso: "la jurisprudencia es uniforme porque es obligatoria", es un problema de técnica de la jurisprudencia .

Técnica de la jurisprudencia.— La jurisprudencia tiene una técnica cuya preo cupación es la de mantener la constancia y repetición de la interpretación de la ley y de la llamada "doctrina legal", mediante un sistema de procedimientos tendientes a obtener ese resultado; dentro de esta técnica corresponde al estudio de las mutaciones jurisprudenciales (cambios o virajes de la jurisprudencia y variantes de la jurisprudencia), para concluir, después de analizar los efectos de la jurisprudencia, con el estudio de los peligros de la jurisprudencia.

Sistemas de procedimiento.—Para obtener la Unificación de la jurisprudencia y eventualmente, para mantener la uniformidad de la jurisprudencia, el legislador debe necesariamente establecer un tribunal superior que por vía de recurso extraordinario tenga la potestad de fijar unitariamente la interpretación de la ley, sea por:

a) La casación, que es el método más perfecto para obtener la unificación de la jurisprudencia, del cual se está carente en el orden nacional, a pesar de las reiteradas recomendaciones de los congresos y conferencias.

b) La casación se ejercita tanto sobre la inteligencia e interpretación de la ley o de la llamada "doctrina legal", efectuada por los tribunales de las instancias ordinarias, es decir, por los errores in judicando por vía del recurso de inaplicabilidad de la ley, como por los vicios de la sentencia de los tribunales de la instancia ordinaria o por las violaciones u omisiones de las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, los errores in procedendo por la vía del recurso de nulidad extraordinaria o de casación por quebrantamiento de las formas del juicio.

c) La sentencia plenaria es el sistema adoptado por aquellos ordenamientos jurisdiccionales que carecen de un tribunal superior con funciones casatorias; condicionada bajo la denominación de salas o de cámaras.

Las mutaciones jurisprudenciales. El problema de las mutaciones de la jurisprudencia produce en el mundo jurídico, fenómenos más inquietantes que el de las mutaciones legales; la hipótesis de la mutación de la jurisprudencia es que, bajo el imperio de una misma ley y de idénticas instituciones, aquélla es interpretada en forma distinta sea a través del tiempo, sea a través del espacio.

La mutación de la jurisprudencia no significa el reconocimiento del error de la jurisprudencia anterior, sino "un cambio de valoración dentro de las varias que permite el marco legal", debiéndose distinguir entre las variantes de la jurisprudencia y los cambios de la jurisprudencia.

Las variantes de la jurisprudencia son de su misma esencia, en tanto, dentro de la multiplicidad de los casos judiciales, la perfecta identidad es rara; en la

variante, el aspecto valorativo es contingente, por cuanto la apreciación y estimación de una situación particular adquiere fundamental importancia.

Los cambios de la jurisprudencia (también llamados virajes) tienen gran importancia en el desenvolvimiento y progreso del derecho: dos situaciones particulares análogas, una misma norma concreta y, por hipótesis, un mismo tribunal, son los actores en este drama judicial, que termina, en la distancia del tiempo, dando a uno lo que al otro negó. La ley prevé el cambio de la jurisprudencia: "sólo podrá modificarse aquella (sentencia plenaria) por medio de una nueva sentencia plenaria". (D.L. 1285/1958, Art. 27)* la inmutabilidad de la jurisprudencia puede ser más peligrosa que un cambio de la jurisprudencia.

Los efectos de la jurisprudencia. El problema de los cambios de la jurisprudencia se vincula a la de los efectos de la jurisprudencia. Frente a un cambio de la jurisprudencia, ¿qué suerte corren las situaciones jurídicas realizadas conforme a una jurisprudencia anterior, pero que aún no han tenido una decisión judicial o no han derivado en el planteamiento judicial?

Se dice que la jurisprudencia que viene a modificar una situación jurídica imperante con anterioridad, tiene carácter irretroactivo, de tal manera que las situaciones jurídicas que han quedado fijadas durante el tiempo de vigencia de una jurisprudencia, no podrían ser juzgadas por la nueva jurisprudencia, aunque el proceso se ventile íntegramente durante la vigencia de ésta.

Pero esta tesis, ¿no significa una verdadera contradicción? Si por el carácter irretroactivo de la jurisprudencia se entiende que la nueva jurisprudencia es inaplicable a la situación jurídica nacida, desarrollada o en conflicto durante la vigencia de la jurisprudencia anterior, y si la hipótesis se da durante este lapso, ello significa que el tribunal deberá aplicar la vieja jurisprudencia,

de tal manera que el tribunal podría dictar simultáneamente dos fallos absolutamente opuestos y contradictorios, según que las situaciones jurídicas hubieran tenido su perfeccionamiento durante una u otra jurisprudencia.

Es cierto que una situación jurídica se perfecciona o formaliza en un ambiente dominado por un plexo de valoraciones colectivas que son interpretadas en un sentido determinado por la jurisprudencia imperante, y que al ajustarse a ella, los individuos se crean su propia norma individual con el convencimiento que su conducta concuerda exactamente con el derecho vigente. El cambio de la jurisprudencia imperante produce el fenómeno de revolucionar aquel derecho vigente: lo que no era debido, ahora es o puede ser debido, inclusive, en estos casos, la pregunta que surge espontáneamente es: ¿Existe un derecho adquirido a que se considere la situación existente como definitivamente concluida?.

No existe un derecho adquirido a ser juzgado según determinada jurisprudencia; una tesis de esta índole concluiría en la equiparación de la jurisprudencia y la ley, y no es tanto el problema de la conducta valiosa o disvaliosa del causante, sino el de la ultractividad de una jurisprudencia superada.

No es, pues, que se admita la retroactividad de la jurisprudencia; lo que no se permite es la ultractividad de la jurisprudencia cambiada.

No se puede concluir este esquema, sin advertir los peligros del culto de la jurisprudencia, aspecto negativo que tiene particular importancia para no recaer, después del culto idolátrico de la ley, en la adoración fetichista de la jurisprudencia.

Esta posición de injustificado corte hedonista, lleva hacia un estado de estancamiento o de involución, negativo del progreso del derecho: la jurisprudencia no da una receta infalible para resolver todos los casos, ni compendia todo

el Derecho: se ha llegado a hablar así, del carácter científico de la jurisprudencia, en el sentido de la eliminación del elemento sistemático que determina el carácter científico de una rama del saber humano; otros señalan su carácter contingente y casuístico, a lo cual se agrega su notoria ineficacia para lograr resultados concretos y tangibles, finalmente, se acota que la jurisprudencia es el pabellón que encubre toda clase de mercancía incluso la ilícita." (32).

D) La Doctrina.

En la teoría general de las fuentes del Derecho, se ha concedido singular importancia a la Doctrina.

La Doctrina es, a nuestro parecer, el conjunto de estudios técnicos o científicos en torno del Derecho, que procediendo de los particulares, determina el alcance de las normas jurídicas, su interpretación o su aplicación.

Sin embargo, por ser abstracta y en ocasiones variable, se ha dicho que no constituye una verdadera fuente formal del Derecho, aunque de la Cueva estima que en todo caso es una fuente excelente de inspiración.

Ahora bien, se piensa por otra parte; que, siendo la Doctrina punto de partida y base de muchas costumbres jurídicas sí debe de otorgársele el carácter de fuente formal.

Creemos que en la medida en que los estudiosos del derecho aportan sus ideas en beneficio de la legislación Positiva, la doctrina adquirirá relevancia como fuente formal del Derecho.

A la par que la jurisprudencia, la doctrina debe colmar todas las fallas legislativas, lagunas y omisiones de los textos en vigor.

Expresamos lo anterior, a un cuando en nuestro medio, la doctrina, parece no haber cuajado todavía; pues en los tribunales, antes que recurrir a ella, se acude a los principios Generales del derecho en los casos de duda.

Dicho de otra manera, los principios de la doctrina pueden servir para inducir al juez a interpretar el Derecho en determinado sentido, cuando descansan en razonamientos que se imponen al criterio judicial o se sustentan en la autoridad que hayan adquirido o por el prestigio mismo de sus autores; la doctrina, sin embargo, es de trascendental importancia y pueda transformarse en fuente formal del derecho.

Para ilustrar lo expresado en párrafos precedentes, me permito transcribir el siguiente contenido:

"Se dé el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación". (33).

Para Trinidad García, la doctrina es el "conjunto de principios que expresan el resultado del estudio meramente especulativo de las normas jurídicas y, en especial de los preceptos del Derecho Positivo, con el fin de comentarlos o interpretarlos. Cuando los estudios doctrinales tienen por objeto comentar o interpretar las normas vigentes, su naturaleza se asemeja a la de la aplicación del Derecho a un caso concreto, porque en ambos casos se interpretan normas jurídicas. Pero en tanto que el autor, al emitir su opinión y elaborar la doctrina, formula conclusiones sin fines utilitarios inmediatos y sin que tengan carácter obligato

rio, el juez busca el sentido del derecho para aplicar éste al caso de contro
versia que se ha sometido a su conocimiento, imponiendo su decisión a las par
tes con fundamento a la autoridad de que está investido". (34).

A pesar del aspecto un tanto negativo, por parte de los autores antes mencionados; pensamos, que es un factor fundamental la cultura o condiciones de cultura jurídica de los abogados y profesores de Derecho. La ciencia cultivada en las universidades y centros de cultura es un aspecto importantísimo respecto al perfeccionamiento del Derecho.

Ahora bien, aunque el derecho actual y la ciencia contemporánea, se inclinan a considerar a la doctrina científica, a las opiniones de los jurisconsultos, como una fuente de autoridad moral, pero no legal; y, aunque no constituya una fuente legal obligatoria, creemos que sí puede considerarse como una fuente de interpretación que influye en el desarrollo y aplicación del Derecho.

E) Los principios generales del Derecho.

En el Diccionario Enciclopédico, en la palabra principio se lee:"Las verdades generales o principios, han recibido distintos nombres. Las han denominado los filósofos verdades primeras, en el sentido de la jerarquía y superioridad respecto a otras particulares que por ellas son explicables verdades de sentido común por la universalidad con que se aceptan" (35).

=====

(32) Díaz A. Clemente. "La Justicia". Revista Mensual. T. XXVI. 1968. Pag. 46 y ss.

(33) García Maynez. Op. Cit. Pag. 77.

(34) Trinidad García. Op. Cit. Pag. 34 y s.

Antes de adentrarnos al tema objeto de estos renglones, considero pertinente dar unas nociones que vengán a proyectar el contenido acerca de los principios generales del Derecho.

Algunos sistemas legislativos, como el italiano y el español, han considerado que los principios generales del Derecho, no son otra cosa más que los principios generales del sistema jurídico positivo obtenidos por procesos de generalización creciente de los criterios que informan los distintos preceptos.

Si el juez se remite a los principios ideales del Derecho, principios de derecho natural que están inculcados en el corazón de todos los hombres y que constituyen los Principios generales del Derecho, para normar su criterio y resolver como lo estime debido en conciencia, dichos Principios, adquieren realmente la categoría de Derecho Positivo, y en tal situación deben de ser considerados como fuentes formales del ordenamiento jurídico.

De lo anterior resulta que no es aventurado sostener que ante la constante lucha de fundamentación por parte de autores en la materia que nos ocupa; efectivamente, los juristas, no se han puesto de acuerdo para elaborar una definición clara y precisa, de aceptación, acerca de lo que debe entenderse por Principios Generales del Derecho:

Dichos principios son reconocidos como fuentes formales del Derecho, en distintos países entre ellos México.

En nuestra legislación se alude a ellos en el Art. 14 Constitucional y en el precepto 19 del Código Civil, considerándolos como el último de los recursos de que el Juez puede valerse para resolver una situación jurídica concreta.

Sin embargo, las legislaciones de todos los países, al invocar los "Principios Generales del Derecho", como fuente formal del ordenamiento jurídico, no señalan cuáles son dichos principios, qué características deben tener, para ser considerados como tales, y qué criterio debe seguirse en la fijación de los mismos; por lo que, el problema de determinar lo que debe entenderse por "Principios Generales de Derecho", siempre ha presentado varios escollos y dificultades puesto que, se trata de una expresión de sentido vago e impreciso, que ha dado motivo para que los autores de Derecho Civil hayan dedicado conjuntamente su actuación al estudio del problema, tratándose de definir o apreciar lo que debe constituir la esencia o índole de tales Principios.

Los tratadistas más destacados del Derecho Civil, en su mayoría admiten que los "Principios Generales de Derecho", deben ser verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter General, como su mismo nombre lo indica, elaborados o seleccionados por la Ciencia del Derecho, mediante procedimientos filosóficos, de generalización, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiera estado presente.

Así pues, la legislación común así como las de diversos Estados de la República, y el Art. 19 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, autoriza que se recurra a los Principios Generales de Derecho, para resolver toda clase de Controversias Judiciales del Orden Civil. Universalmente se conviene en la absoluta necesidad que hay de resolver las contiendas judiciales sin aplazamiento alguno, aunque el legislador no haya previsto todos los casos posibles de controversia; pues lo contrario es decir, dejar sin resolución esas contiendas Judiciales, por falta de ley aplicable, sería desquiciante y monstruoso para el orden Social, que no puede existir sin tener como base la Justicia garantizada por

el Estado, y por ello, es que la Constitución Federal en su Art. 17, establece como garantía individual, la de que los Tribunales estén expeditos para administrar justicia, en los plazos y términos que fija la ley, y en los Códigos Procesales Civiles, en consecuencia, con este mandato Constitucional, preceptúan que los jueces y Tribunales no podrán bajo ningún motivo ni pretexto, aplazar, dilatar ni - negar la resolución de las Cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito.

De lo anterior se desprende que: Los principios Generales del Derecho, tienen una trascendental importancia dentro del orden jurídico; y, por lo tanto, deben, con bastante razón, considerarse como fuente formal del Derecho positivo; ya que, el juzgador puede acudir en auxilio de los citados principios, en la medida en que aparezca una insuficiencia, laguna u oscuridad en el orden Positivo.

El ordenamiento de "Los principios Generales del Derecho", en la "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", se analizan en su Art. 14, parrafo 4º "En los Juicios del Orden Civil, la Sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios Generales del Derecho".

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en su Art. 19, se ordena: "Las controversias Judiciales del Orden Civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su Interpretación jurídica. A Falta de Ley se resolverán conforme a los Principios Generales del Derecho".

A manera de comentario hemos de decir que es de la esencia del Derecho resolver todas las situaciones controvertidas que puedan presentarse en las complicadas relaciones interhumanas.

Esto surge como un verdadero imperativo social, pues la no regulación jurídica por parte del Derecho arrojaría, como ya lo hemos expresado, la inseguridad,

la injusticia y el malestar común al seno de la colectividad.

Como se observa, el tema de los "Principios Generales de Derecho, a suscitado enconadas discusiones, tanto en los parlamentos como entre los propios tratadistas del Derecho.

"....Es obvio, que cuando el legislador se refiere a los Supremos Principios del orden Jurídico, denota un criterio de estimación ideal, puesto que es te le ha servido a él de estrella Polar para la elaboración del Derecho formulado. Si examinamos atentamente los sistemas jurídicos contemporáneos de los pueblos de occidente, veremos como los Principios Generales que los informan responden a un concepción jusnaturalista y como contienen gran número de preceptos derivados inmediatamente de ella (Los derechos absolutos de la personalidad; la igualdad ante la ley; la obligatoriedad de los Contratos; que nadie puede enriquecerse indevidamente a costa de otro; que al que pertenecen las ventajas de una cosa deben corresponderle también las desventajas; la legítima defensa etc." (36)

Es así, que a través de la historia misma el juzgador para definir el rumbo hacia el cuál se inspira el orden jurídico que rige a las colectividades, va depu rando los ideales, ideales que, en la época presente, han llegado a constituir los cimientos sólidos del Derecho Positivo.

.....

(36) Recasens Siches. Op. Cit. Pag. 301.

C A P I T U L O " I V "

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

- A) Concepto y Definición.
- B) Objeto del Derecho Internacional Privado.
- C) La Nacionalidad de las Personas.
- D) La Condición de los extranjeros.
- E) El Conflicto de Leyes y La Soberanía de los Estados.
- F) El extranjero en el Derecho Positivo Mexicano.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A) Concepto y Definición.

La disciplina jurídica, cuyo estudio hemos pretendido, abre un ancho campo respecto a las discusiones teóricas que dan inicio con el concepto mismo del Derecho Internacional Privado.

Esta rama del Derecho, es una de las más pobres en normas positivas; desde luego que, esto implica, una mayor especulación en el ámbito doctrinal para lograr así una mejor sistematización de dicho ordenamiento jurídico.

Es un principio admitido por los juristas y los sociólogos, el de "ubi societas, ibi jus", donde hay una sociedad existe Derecho, solamente que de este principio no se han sacado todas las consecuencias. Así, por ejemplo, no se ha sacado la simple conclusión de que puede ponerse en plural con el resultado de que donde hay sociedades existe un Derecho; precisamente, por esta razón, durante largo tiempo se ha considerado que el Derecho Internacional es una ciencia - jurídica de aparición relativamente reciente.

En forma tradicional se ha venido designando a ésta disciplina jurídica con el nombre de Derecho Internacional Privado, y, el término, aunque criticable - por algunos tratadistas a sido universalmente adoptado, en virtud, de que su equivalente en otros idiomas es literal.

....."Se atribuye a Story, el tratadista Norteamericano de las primeras décadas del siglo XIX, haber usado por primera vez el término "Private International Law", en el año de 1834. Posteriormente, Foelix, en 1843 usa su traducción francesa "Droit International Privé". Y desde entonces todos los idiomas del mundo Occidental, consagran éste nombre, por lo que, la fuerza tradicional del mismo, es incontrastable" (36)

Las tres materias de importancia que recoge esta definición son:

1º.- La Nacionalidad de las personas; 2º.- La condición de los extranjeros; 3º.- El conflicto de Leyes y el Respeto de los Derechos adquiridos.

Consideramos pertinente hacer un breve comentario respecto del término - "Derecho Internacional Privado".

Es un Derecho, precisamente porque es una disciplina que contiene normas obligatorias.

Es Internacional, porque regula relaciones que exceden de la esfera de acción de un Estado.

Es Privado, porque las relaciones a él sometidas afectan a personas individuales ó jurídicas.

Nada remoto es pensar, que si el Derecho Internacional ha sufrido una transformación, ha sido precisamente porque su ámbito se ha extendido hasta el grado de hacer suyas Instituciones, como la Declaración de los Derechos Humanos aprobada por la organización de las Naciones Unidas, el convenio europeo de Roma sobre los Derechos Humanos, que contienen normas bastante precisas acerca de la Nacionalidad y de la condición de los extranjeros.

A pesar de los errores que el término de Derecho Internacional Privado tenga, no es fácil encontrar una designación que sirva para reemplazar a la usualmente empleada. Esto se debe a que,....."En cada País las Leyes determinan los Derechos de las personas y la situación jurídica de los bienes. Esas Leyes varían de un Estado a otro, y tal diversidad, es un hecho natural y necesario.

Es un hecho natural, porque las Leyes deben conformarse a las circunstancias peculiares de cada país, las cuales resultan de la situación topográfica,

de las condiciones climáticas, de las tradiciones nacionales, de las costumbres, de los habitantes, de la religión que éstos profesen, y del grado de civilización y cultura que hubieren alcanzado. De ahí que una ley adecuada para un Estado, puede ser inconveniente para otro. De ahí que una Ley cuyos efectos sean benéficos en cierto país, en otro los produzcan desastrosos.

Es un hecho necesario, porque la diferencia de las Legislaciones es la base del progreso del Derecho. Sin ella, el Derecho permanecería estacionario, inmutable, sin que fuera posible adoptarlo a las exigencias del desenvolvimiento de la vida social". (39).

De la opinión que nos da Caicedo Castilla a no dudarlo, es como el Derecho Internacional Privado, a manera de finalidad inmediata tiende a resolver todos y cada uno de los problemas que surgen en la vida social.

B) Objeto del Derecho Internacional Privado.

Al hacer el análisis de la definición de Derecho Internacional Privado, observamos que dicha definición recoge un triple objeto: 1º.- La nacionalidad; 2º.- La condición de los extranjeros; y 3º.- Los conflictos de Leyes.

Si estos problemas que son el objeto del Derecho Internacional Privado, se presentan en forma sucesiva, el resultado es el siguiente:

Primer problema; ¿Cuál es la nacionalidad de un individuo?.

Segundo problema: ¿Cuáles son los Derechos de que gozan?. (Problema de la condición de los extranjeros).

Tercer problema por definición: ¿Cuál es la Ley competente para regular los Derechos a adquirir ó a extinguir ó para hacer respetar los derechos ya adquiridos?. (Problemas del conflicto de Leyes).

Pensamos que si el objeto principal del Derecho Internacional Privado es el de resolver los conflictos de leyes; más, para que estos se presenten, se requiera que en la relación jurídica intervenga un elemento extranjero, que en muchos casos consistirá en la diferente nacionalidad. Entonces, para poder realizar el análisis del conflicto, es indispensable determinar previamente la nacionalidad de las personas interesadas en él. Verificada esa determinación hay que examinar qué derechos se conceden a los extranjeros y qué conflictos pueden derivarse de su ejercicio.

Pillet, citado por Caicedo Castilla, nos dice:....."Hay otra cuestión que es objeto del Derecho Internacional Privado: La de asegurar el respeto Internacional, de los derechos adquiridos. Si una persona adquiere en un país un Derecho particular ó una situación jurídica compleja que es fuente de Derechos, hay que investigar en qué medida esa persona puede reclamar en otros países el Derecho o la condición jurídica que así ha adquirido". (40).

Según este autor, no se trata de una cuestión de goce de derechos, por que el acto jurídico se ha verificado, el derecho se ha ejercido, y de lo que se trata es de saber si ése derecho puede ser invocado en el extranjero.

Antes de entrar al estudio de las materias que son el objeto fundamental de ésta disciplina, (nacionalidad de las personas, la condición de los extranjeros y el conflicto de leyes) hacer un análisis aunque en forma somera, del objeto principal tanto del Derecho Internacional Privado, como del Derecho Internacional Público, como disciplinas que son más afines.

(39) Caicedo Castilla. Op. Cit. Pág. 2.

(40) Caicedo Castilla. Op. Cit. Pág. 4.

Sabido es ya, que el Derecho Internacional Privado trata de la condición jurídica de los extranjeros. Se relaciona con el Derecho Internacional Público, porque todos los extranjeros deben gozar precisamente de un mínimo de Derechos, sin los cuales lógico es, que no podrían vivir y además negárselo sería tanto como atentar contra la persona de ese particular, contra los Derechos del Estado al cual pertenece; inclusive, sería distorcionar al mismo comercio internacional.

No debemos desconocer que los conflictos de Leyes en realidad, son conflictos de soberanía, puesto que, se trata de saber bajo el dominio de cual de las Leyes en conflicto debe estar la relación jurídica que ha ocasionado dicho conflicto.

Tomando como ejemplo cuestiones como la ejecución de una sentencia extranjera, tal vez siempre se vacila en darle efecto a ésta sentencia; por el temor de violar la soberanía del Estado, la decisión tiene que ser así.

Otro ejemplo que es razón contundente de dicha relación, es el por qué se exigen determinados requisitos para la ejecución; como el execuatur, la revisión, etc.* naturalmente que, con ello se pone a salvo el principio de la soberanía. Hay, pues, con todas estas razones una cuestión de soberanía relacionada con el Internacional Público.

Los asuntos que pertenecen al Internacional Público, generalmente se resuelven por medio de tratados y de negociaciones entre los Estados.

Los conflictos del Derecho Internacional Privado, se resuelven por los órganos judiciales del respectivo país.

El Derecho Internacional Privado, se refiere a cuestiones privadas y a las relaciones jurídicas entre particulares pertenecientes a diversos Estados.

El Derecho Internacional Público, se refiere a las cuestiones políticas y a las relaciones mutuas de los Estados.

Como ya lo hemos advertido en renglones anteriores, trataremos de estudiar las materias que para mí forman un triple objeto del Derecho Internacional Privado.

C) La Nacionalidad de las Personas.

Etimológicamente, la palabra "Nacionalidad" proviene del sustantivo-nación, y, nación, es un concepto más bien sociológico que jurídico.

Si la palabra nación, es el conjunto de individuos que hablan la misma lengua, tienen los mismos antecedentes históricos y se proponen alcanzar fines comunes.

De estas mismas afirmaciones se desprende que, la nacionalidad de un individuo sería su identificación con éste grupo social.

Sin embargo, no es este aspecto sociológico de la nacionalidad el que nos interesa, si no la nacionalidad como característica jurídica del individuo.

Niboyet nos dice:....."La nacionalidad es el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado". (41).

Si aceptamos que la nacionalidad desde el punto de vista jurídico, sea un vínculo entre el sujeto y el estado; por otra parte, se podría considerar que también los extranjeros están vinculados jurídicamente al estado de su residencia ó domicilio independientemente del que mantengan con su estado de origen.

Habríamos de concluir que la noción de "vínculo" no resulta muy claro =

(41) Niboyet . Op. Cit. Pág. 1.

como parece.

Sin embargo, ocurre así en todos los campos del Derecho, dar la definición estricta de un concepto básico, como es el de "Nacionalidad", si no resulta imposible, por lo menos resulta sumamente difícil elaborar. Es por eso que los estados, en sus leyes positivas, lejos de definir la nacionalidad, se limitan a decir quiénes son sus nacionales, con lo que el problema de la definición queda resuelto.

"Los Estados, no pueden fijar a los individuos en forma arbitraria su nacionalidad; ya que, deben seguir determinadas pautas que no está en sus manos determinar o variar.

Basta recordar las disposiciones dictadas en alguna época de su historia por países como Brasil y Venezuela, imponiendo su nacionalidad y la respuesta unánime de la comunidad jurídica internacional que rechazó esta postura, para convencernos de que mucho tienen que decir el Derecho Internacional Privado en la fijación de la nacionalidad de los individuos (Ley Brasileña de 15 de Noviembre de 1899 y Ley Venezolana de 18 de marzo de 1857, ambas imponiendo nacionalidad sin el consentimiento de los afectados" (42).

Para ilustrar lo anteriormente expresado, diremos que: México en su Constitución de 1857, en su artículo 30, incurrió en la misma falta al declarar nacionales mexicanos a los extranjeros que adquieran bienes inmuebles en la República, salvo que manifestaran expresamente su deseo de conservar su nacionalidad de origen.

Tan errónea era esta postura, que el constituyente de 1917 se vio -

(42) Gaxiola Ramos Jorge, "Apuntes de Derecho Internacional Privado" México, 1966, Pag. 14.

obligado a reformar los artículos correspondientes, suprimiendo la fracción relativa, y substituyéndola por la cláusula "Calvo" en el art. 27.

Cierto es que en 1857, dicha doctrina ó cláusula no existía, pero en cualquier forma otorgar nacionalidad a un extranjero por el hecho de adquirir bienes inmuebles en un país, es una forma podemos decir heterodoxa de concederla.

La Doctrina se ha preocupado por elaborar ciertas reglas fundamentales e materia de nacionalidad, que deben ser observadas por todos los estados civilizados.

Dichas reglas que pretendemos estudiar son las siguientes:

1º.- Todo individuo debe tener una nacionalidad.

2º.- Todo individuo debe tener una nacionalidad, desde su nacimiento.

3º.- Todo individuo debe ser libre de cambiar su nacionalidad.

La historia nos demuestra que no siempre los individuos han tenido nacionalidad; y aún en la actualidad se comprueba que existen individuos que tienen una doble nacionalidad.

Gracias a los procesos de desnaturalización todavía consagrados en infinidad de Estados, entre ellos México, hay individuos que pueden ser despojados de su nacionalidad, sin adquirir otra.

La doctrina ha visto siempre con repugnancia este tipo de procesos y ha insistido en que los Estados busquen formas más efectivas de castigar a aquellos nacionales suyos que infrinjan ciertas normas fundamentales del Estado, sin necesidad de convertirlos en una carga para la comunidad jurídica internacional. Porque efectivamente cuando un individuo es desnaturalizado, y, necesariamente, tiene que acudir a otro estado para radicarse en él.

Si el estado desnaturalizante impusiera a este individuo un castigo de otro tipo, la comunidad jurídica de Estados no tendría porqué recibir en su seno a un sujeto que ha sido penalizado por razones estatales internas a las cuales élla es totalmente ajena.

Al lado de estos problemas que afortunadamente se dan cada vez con menos frecuencia, tenemos el caso de aquellos individuos que no tienen nacionalidad ya sea porque se ignora su origen y carecen por lo tanto de documentos probatorios que pueden darles el derecho de reclamar una nacionalidad, o bien, el de aquellos individuos que han vivido fuera de su residencia, y han perdido por el solo hecho de su ausencia, la nacionalidad de origen.

Ha habido, algunos intentos tendientes a resolver el problema de referencia; y así, en el año de 1910, Suiza tomó la iniciativa de convocar una conferencia europea, para tratar de resolver los problemas de apátridas; especialmente el de ciertos grupos migratorios que habitan en la Europa central como los gitanos, los bohemios, etc., y que creaban problemas serios a los países en que se establecían.

Infinidad de estados, sobre todo latinoamericanos (entre ellos México), provocan problemas de doble nacionalidad por la forma en que están redactadas sus legislaciones.

Así el art. 30 de la Constitución Política Mexicana, dispone que son mexicanos tanto los nacidos en territorio nacional, cualquiera que sea la nacionalidad de sus padres, como los nacidos en el extranjero de padres mexicanos, de padre mexicano y madre extranjera ó de madre mexicana y padre desconocido. Ahora bien; basta que otro estado disponga exactamente lo mismo, para que un individuo nacido en México de padres extranjeros tenga doble nacionalidad, la mexicana y la de sus padres.

En esta forma, el individuo con doble nacionalidad conservará su calidad de tal hasta en tanto llegue a una edad en que deba optar por alguna de las dos; pero entre tanto, infinidad de problemas pueden presentarse, tales como problemas en caso de sucesión durante su minoría de edad, problemas de incapacidad para contraer matrimonio, sobre servicio militar, sobre cuestiones fiscales, etc.

Sin embargo, hasta la fecha los estados no han logrado ponerse de acuer

do sobre una manera uniforme de conceder nacionalidad, así que mientras esta situación subsista, los problemas de doble nacionalidad serán frecuentes y de difícil solución.

Todo individuo debe tener una nacionalidad desde su origen. A pesar de que la vía mas expedita para que los individuos no carezcan de nacionalidad, es la de que los estados la tribuyan en el momento del nacimiento del sujeto. Esta afirmación resulta contradictoria, aún cuando se afirma que es una facultad inherente a la soberanía del estado, señalar quienes son sus nacionales; pero esta facultad, solo puede ser ejercida en el momento del nacimiento de los individuos. Fuera de estos casos, para que un sujeto cambie de nacionalidad, debe contarse con su consentimiento.

Las formas tradicionales de conceder nacionalidad son a través del "jus soli" y del "jus sanguinis".

"Por la primera forma los individuos adquieren la nacionalidad del Estado en donde nacen, independientemente de la nacionalidad de sus padres.

Por la segunda forma, los individuos siguen la nacionalidad de sus padres, esto es, el lugar de su nacimiento en nada afecta este aspecto de su esfera jurídica". (43)

Consideramos que la forma más antigua de conceder la nacionalidad, es la del "jus sanguinis".

En efecto, en el siglo pasado todas o casi todas las naciones consagraban en sus leyes al "jus sanguinis".

México, no fué una excepción a este respecto, ya que en sus leyes constitucionales consagró siempre el principio del "jus sanguinis".

Al respecto mencionamos las leyes constitucionales de 1836, artículo primero; bases orgánicas de 1843, artículo once y Constitución de 1857 artículo treinta.

"Sin embargo, durante los primeros años del siglo XX, los países de inmigración, que son todos los de América Latina y aún los mismos Estados Unidos, se dieron cuenta de que continuar aceptando el "jus sanguinis", llegaría un momento que el pueblo de sus estados estaría compuesto por un número mayor de extranjeros que de nacionales.

Fué así como empezó a arraigar en estos estados la idea de otorgar la

nacionalidad con base en el territorio del estado en que se nace, y no por el derecho de la sangre". (44).

En lo que a nuestra legislación se refiere, se principió por reformar la fracción XVI del art. 73 de la Constitución para facultar el congreso para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, - ciudadanía, naturalización colonización, emigración e inmigración.

Así mismo, se modificó el art. 30 dividiendo en dos partes, la parte A, que se refiere a los mexicanos por nacimiento, y la parte B, que se refiere a los mexicanos por naturalización.

No solo México incorporó a su sistema jurídico el "jus soli", diversos Estados latinoamericanos, se incorporaron a éste nuevo movimiento y otorgan la nacionalidad tomando en cuenta el lugar en que se nace y no la nacionalidad de los padres.

Consideramos que tal vez la solución podría encontrarse en un término medio:

Todos los individuos debían seguir, en principio, la nacionalidad de sus padres, a menos que el nacimiento de un sujeto en un Estado corresponda a una situación de permanencia indefinida de sus padres en el territorio de dicho estado.

Resulta absurdo, que el hijo de dos turistas que nace en México por mero accidente, durante una semana de estancia de ambos en este país, sea considerado mexicano. Por el contrario, es muy lógico que el hijo de españoles que tienen 15 ó 20 años de vivir en México, sea mexicano puesto que la estancia de sus padres en el país, rebela una intención clara de permanecer en el interior de él indefinidamente.

Es evidente que detrás de estas consideraciones que incluso son de carácter jurídico, se mueven intereses políticos.

=====

(43) Niboyet. Op. Cit. Pág. 108 y ss.

(44) Gaxiola Ramos. Op. Cit. Pág. 17.

Los países de emigración temen perder en un momento dado sus vínculos con un número considerable de sus nacionales, por lo que prefieren seguirlos protegiendo tanto a ellos como a sus hijos, a través del "jus sanguinis".

En cambio los países de inmigración, ante el temor de que sus nacionales se vean excedido en número por los extranjeros, prefieren incorporar, a través del "jus soli", el mayor número posible de sujetos al grupo de sus nacionales.

Todo individuo debe ser libre de cambiar su nacionalidad. Hemos venido sosteniendo, que la voluntad del individuo en la adquisición de su nacionalidad, es un factor decisivo en esta materia.

Se ha sostenido así mismo, que el estado puede atribuir nacionalidad exclusivamente en el momento del nacimiento del sujeto. Todo cambio posterior en este aspecto de su esfera jurídica, debe contar con la anuencia del mismo.

Las personas físicas, tienen derecho, a cambiar su nacionalidad cuando así lo deseen y, desde luego, si el estado adoptante está dispuesto a concedérsela.

Por las razones ya expuestas, se advierte que, la Comunidad Jurídica Internacional, haya considerado como una regla fundamental en materia de nacionalidad el que los individuos pueden variarla libremente.

"....Históricamente no siempre ha ocurrido esto, ya que, en el siglo pasado, países como Inglaterra y Rusia consideraban la solicitud de uno de sus súbditos para cambiar de nacionalidad, como un delito de lesa patria; sin embargo, el transcurso de los años y dada la enorme corriente migratoria que se produjo a fines del siglo XIX y principios de XX, los estados no pudieron menos que admitir el derecho de los individuos de cambiar su nacionalidad - so pena de lesionar seriamente las relaciones internacionales, al seguir con servando como súbdito a un sujeto que ya lo era de otro estado.

Es preciso hacer constar que esta facultad, de lo que gozan los individuos para cambiar de nacionalidad puede coartarse legítimamente en casos excepcionales:

Un estado no puede permitir que grandes masas de población pretendan - cambiar simultáneamente su nacionalidad, ya que sería tanto como admitir la segregación del estado afectado. Tenemos el caso de Texas, en el que un gran

sector de inmigrantes se coludieron con malos mexicanos para arrancarnos así gran porción de nuestro territorio". (45)

Así pues queda claro que el estado puede conceder cambios individuales de nacionalidad, más no cambios en masa.

Otro motivo de restricción, radica en que, en caso de emergencia, como guerras, revoluciones, catástrofes nacionales, el estado puede negarse a conceder un cambio de nacionalidad y evitar que los individuos recurran a este expediente para soslayar el cumplimiento de sus obligaciones.

Fuera de los casos ya expuestos, que como se ve son verdaderamente excepcionales, se conserva el principio de que es facultad del individuo cambiar su nacionalidad, cuando así lo desea y las circunstancias lo permitan.

D) La Condición de los Extranjeros.

La doctrina ha elaborado un conjunto de principios que se suponen deben ser respetados por los estados que forman la comunidad jurídica internacional.

El Derecho Internacional impone a los estados que concedan a los extranjeros un mínimo de Derechos, aunque esto resulta contradictorio con la afirmación que se sostiene en el sentido de que ".....Los extranjeros quedan en principio equiparados a los nacionales....".

De los Derechos de los extranjeros que se fundan en el Derecho Internacional; parte la idea de que los Estados están obligados entre sí a respetar, en la persona de los extranjeros, la dignidad humana.

Los individuos se dividen en dos categorías: Los nacionales y los extranjeros.

La primera categoría fue tratada en renglones anteriores, por lo que es preciso determinar cuales son los derechos de que los extranjeros gozan en cada país; aún cuando estos derechos son hasta cierto punto limitados, ya que de otorgar a los extranjeros derechos demasiados amplios, se correría el riesgo de provocar una inmigración excesiva de ellos con gran perjuicio para la vida nacional.

En cambio estamos seguros de que si los extranjeros encuentran inconvenientes serios, se decidirán a solicitar la naturalización.

Por lo que se refiere a la condición de los extranjeros resulta que: -
".....Negar a un estado el Derecho de determinar en su territorio con absoluta independencia los derechos de que han de gozar los extranjeros, sin preocuparse de las legislaciones de los demás países, implicaría una restricción de la soberanía del mismo en lo que ella tiene de más sagrado. Conviene, sin embargo, asegurar al extranjero el mínimo de derechos". (46)

De la anterior opinión puede decirse que ése mínimo de derechos no son, sino, la esfera jurídica inviolable del extranjero. Desde luego que, esta afirmación, es congruente con la opinión que a continuación transcribimos.
"....En el sentir de los pueblos civilizados los derechos respecto a la condición de los extranjeros, se puede reducir a 5 grupos:

1º.- Todo extranjero ha de ser reconocido como sujeto de Derecho.

2º.- Los derechos Privados adquiridos por los extranjeros han de respetarse en principio.

3º.- Han de concederse a los extranjeros los derechos esenciales relativos a la libertad.

4º.- Han de quedar abiertos al extranjero los procedimientos judiciales.

5º.- Los extranjeros han de ser protegidos contra delitos que amenazen su vida, libertad, propiedad y honor". (47)

Por otra parte, si bien es cierto que el extranjero está sometido a la supremacía del estado de residencia, no le está a la totalidad de su poder público, ya que, el estado de residencia, tiene la obligación de respetar el vínculo de fidelidad del extranjero para con su estado patrio. De aquí que los extranjeros no pueden ser obligados a prestar servicios militares ó de otra índole en la defensa del país ni que se les pueda ordenar que ejecuten actos dirigidos contra su estado patrio. Cabe sin embargo utilizarlos para combatir peligros locales, tal y como lo proviene la Ley de Nacionalidad y Naturalización mexicana en su capítulo cuarto.

=====

(46) Niboyet. Op. Cit. Pag. 4

(47) Gaxiola Ramos Op. Cit. Pag. 54.

"El Derecho Internacional impone, además, el deber de conceder a los extranjeros aquellos derechos de libertad que según la concepción común de los pueblos civilizados son imprescindibles para una existencia humana digna de tal nombre, ni tampoco se les puede impedir el ejercicio de una determinada religión.

Hay que distinguir, así mismo, los derechos públicos de los derechos políticos, los cuales no pueden ser ejercidos por los extranjeros.

Todos los derechos antes detallados, serían letra muerta si no pudiesen hacerse valer; por lo que, el Derecho Internacional obliga a los Estados a poner a disposición de los extranjeros la vía judicial.

Los extranjeros han de tener la posibilidad de presentar una demanda o tener el derecho de servirse, como demandantes ó acusados de los medios de defensa corrientes en los estados civilizados. Aún más, los Estados están también obligados a cuidar de que el procedimiento judicial sea debidamente ordenado.

Por lo que se refiere a la protección penal, los estados están obligados a defender a los extranjeros de ataques delictivos teniendo que castigar las ofensas a la vida, la libertad, la propiedad y el honor de los extranjeros y a adoptar disposiciones de policía necesarias.

La medida del cuidado exigible en este aspecto la determina la concepción general de los pueblos civilizados mediante el llamado principio del "stan-dard" internacional.

Los estados han de adoptar aquellas medidas de seguridad que se acostumbra en Estados debidamente organizados. Por regla general, un estado cumplirá este deber si protege a los extranjeros de la misma manera que ha sus

nacionales, si por excepción, un Estado está organizado tan deficientemente que no puede proteger convenientemente a sus súbditos, ello no lo eximirá de responsabilidad.

El Derecho Internacional prohíbe a los estados disponer y llevar a cabo su arbitrio la expulsión de extranjeros. Por consiguiente la expulsión de un extranjero, solo es lícita en Derecho Internacional si hay motivos suficientes para ello, tales como los de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado de residencia, la ofensa inferida a dicho Estado, las amenazas u ofensas a otros Estados.

Finalmente y de acuerdo con la doctrina, una expulsión aún cuando sea decretada legítimamente, se transformará en expulsión ilegal por la manera de ejecutarse si se infringen los principios que los Estados civilizados consideran como mínimos; pero si la expulsión se ha hecho en debida forma, el Derecho Internacional no concede al extranjero expulsado un recurso jurídico contra la expulsión". (48)

E) El conflicto de Leyes ante la soberanía de los Estados.

Esta cuestión no pueda quedar sin respuesta, porque su solución presenta un interés fundamental para determinar la ley competente.

A pesar de que entre los diversos conflictos de leyes que existen hay puntos de coincidencia, también difieren estos, por su propia finalidad que persiguen.

Los conflictos de leyes internacionales, no son más que los conflictos entre leyes de estados independientes los unos de los otros; es decir, es un

(48) Gaxiola Ramos Jorge. Op. Cit. Pág. 55

conflicto de soberanía; desde luego, no se puede creer que las soberanías van a establecer una lucha en la cual una triunfa y la otra será vencida. Consideramos que, como consecuencia lógica de su definición, cada soberanía es independiente en su territorio, no permitiendo en él, la aplicación de las leyes extranjeras más que en la medida que considere conveniente.

Expresado de otra manera se dirá: Que los conflictos de leyes internacionales, son aquellos que surgen entre las leyes de países plenamente soberanos; por ejemplo: los conflictos entre leyes francesas y leyes mexicanas.

Además, en los estados federales como la República Mexicana, los conflictos de leyes, se presentan entre los estados y el Distrito Federal y los territorios; lo mismo sucede en los estados que tienen colonias, los conflictos se presentan también entre las leyes del Estado y de las colonias.

Las razones que hemos expuesto son las necesarias para considerar que hay variedad de conflictos de leyes y se pueden darlas siguientes:

- a) Conflicto de Leyes Internacionales que surgen entre leyes de estados soberanos.
- b) Conflictos que nacen dentro de los estados cuando la legislación no es uniforme.
- c) Conflicto de leyes entre los estados anexantes y los territorios anexados.
- d) Conflicto entre leyes de la metrópoli y leyes de las colonias.

Ante tales problemas, nos inspira advertir que cada Estado tiene sus reglas propias de solución de conflictos; y así, se advierte también un ligero concepto de leyes territoriales y leyes extra territoriales.

Una ley es territorial, cuando se aplica a todos los que están en el -

territorio, sea cualquiera la cuestión de que se trate.

Una ley es extraterritorial, cuando se aplica fuera del territorio en que está en vigor.

".....En efecto, estos conflictos, no solamente difieren en cuanto a su objeto, sino también son diferentes por su propia naturaleza.

En los conflictos de leyes internacionales, surgen entre países plenamente soberanos; cada soberanía es independiente en su territorio. Los límites fijados por ella a este respecto es tan poderosamente influidos por esta doble consideración: primera, que las leyes de las demás soberanías son para ella leyes extranjeras; segunda, que, no existe una autoridad superior para asegurar en los diversos países una solución uniforme de los conflictos.

En los conflictos interprovinciales (conflictos de leyes entre los estados como yo prefiero llamarles), estos no se presentan bajo una forma única.

En un estado federal como los Estados Unidos, cada estado miembro del Estado Federal conserva su propia legislación con una autonomía casi completa. Este conflicto se asemeja mucho a un conflicto internacional; sin embargo, no es posible, por lo tanto, identificar este caso con el del conflicto de leyes entre soberanías independientes. En efecto; en este último caso, cada estado resuelve los conflictos con absoluta independencia y sin tener en cuenta soluciones adaptadas entre estados, de donde resulta una pluralidad de soluciones. Así, mientras en Francia se someten las sucesiones inmobiliarias a la Ley del lugar de la situación de los bienes, en otros países se aplica, la Ley Nacional del difunto.

Existen también conflictos entre las Leyes de diferentes provincias de un mismo estado políticamente unificado, como en Francia antes de la revolución;

es este el conflicto interprovincial tipo, ya que hay un solo estado, pero con pluralidad de leyes.

En los conflictos de leyes entre los estados anexantes y los territorios anexados es el que surge a consecuencia de una anexión, las leyes del país anexante se hacen extensivas al territorio anexado.

Tenemos en este caso un conflicto mixto, es decir, que se plantea, a la vez, en el tiempo y en el espacio: En el tiempo porque tiene lugar entre dos leyes sucesivas; y en el espacio, porque se refiere a dos territorios distintos.

El conflicto de anexión difiere esencialmente de los conflictos internacionales, en que en el no interviene dos soberanías si no solamente la del Estado anexante, el cual determina con completa independencia la manera de resolver el conflicto entre sus leyes y las que este vigentes en el territorio anexado.

El conflicto entre leyes de la metropoli y leyes de las colonias. — Existe, además, un tipo muy característico del conflicto de leyes que no se asemeja a ningún otro y que no tiene lugar más que en los países no cristianos (En el imperio Otomano), en las colonias y países de protectorado etc. Así, en un mismo territorio colonial coexisten de una parte las leyes de la metropoli aplicables a los ciudadanos y de otra parte las leyes indígenas aplicables a los indígenas. De modo que, todas las leyes tienen aplicación en todo el territorio, pero solamente son aplicables a las personas para las cuales se dictaron: Sólo en las remotas épocas históricas de las invaciones barbaras encontramos una situación análoga; la tribu estaba sometida a sus propias leyes — cualquiera que fuese el lugar en que se encontrase, pues dichas leyes no son

inherentes al territorio, sino al grupo de donde el individuo es originario".(49)

Por lo que resulta, que sin contrariar el nombre de Derecho Internacional, cada estado decida sobre sus reglas propias de solución; dicho de otra manera cada estado tiene una concepción particularista, inclusive para la aplicación de doctrinas admitidas comúnmente.

F) El extranjero en el derecho positivo mexicano.

De acuerdo con lo que estipulan los artículos primero y treinta y tres - constitucionales, conceden al extranjero todas las garantías que la misma otorga a los nacionales.

El primer artículo sostiene un criterio más amplio; ya que, está basado en los mismos principios filosófico-jurídicos que posteriormente inspiraron la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de la Naciones Unidas de 1948. Establece la supremacía de la dignidad de la persona humana sobre el estado, concediendo al propio estado, un derecho preeminente de autoprotección en casos de emergencia en que su existencia misma se vea amenazada.

El artículo primero establece en su parte conducente que: "Todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución".

Por la expresión transcrita se advierte que no se establecen diferencias entre nacionales y extranjeros. La garantía protectora que se inserta en el espíritu de este precepto, es precisamente que la persona humana, por el hecho de encontrarse dentro del territorio nacional, goza de todas las garantías, constitucionales sin ninguna excepción y solo el estado, podrá restringirlas o suspenderlas en los casos y bajo las condiciones que la constitución establece

=====
(49) Niboyet. Op. Cit. Pág. 22.

en su artículo 29.

El art. 33 se refiere a los extranjeros y consta de cuatro partes, las cuales me permito transcribir para hacer el análisis correspondiente:

"Son extranjeros los que no poseen las calidades determinadas en el art. 30". Como se observa, no se da ninguna definición en este precepto; solo se advierte que, es extranjero el que no es nacional, y, para saber que es lo uno tenemos que saber que es lo otro. Pues también el art. 30, sólo hace una relación de las calidades jurídicas que debe reunir una persona para considerarse mexicano y, de acuerdo con el concepto que nuestra constitución aporta, tan es extranjero el nacional de otros países, como el considerado apátrida.

La segunda parte dice: "Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, Título I de la presente constitución". Se reitera en esta disposición, que los extranjeros no están exentos de la protección legal que el estado mexicano otorga a sus habitantes, entendiéndose por habitantes no solo a los residentes que lo sean permanente o semipermanentemente, sino aún a los transeúntes.

Esta afirmación constitucional, la corrobora el art. 12 del Código Civil - para el Distrito y Territorios Federales que dice: "Las Leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la república, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes".

Como se observa de lo expresado, las leyes en nuestro derecho positivo mexicano dan plena protección al extranjero, reservándose para el ejecutivo facultades exclusivas como las que se contienen en la tercera fracción que dice:

"Pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el Territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de juicio previo,

a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente". De lo expresado por esta fracción se advierte que, los extranjeros no tienen un derecho absoluto a permanecer dentro del territorio mexicano.

Es justificable y se afirma, que el estado que expulsa debe justificar dicha expulsión por actos antisociales o antijurídicos realizados por el extranjero.

El art. 32 no obliga al ejecutivo a fundar y motivar la causa de la expulsión, inclusive este derecho ha sido ejercido por el poder ejecutivo en la forma literal en que se expresa dicho artículo.

Por otra parte, la Suprema Corte de la Nación, se ha ajustado también a la interpretación de este criterio y existen cantidad de ejecutorias que sostienen que el juicio de amparo no procede contra la expulsión de un extranjero.

Según la jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia apéndice al tomo XCVII, nos dice: "conforme al art. 33 constitucional, el Presidente de la República tiene la facultad exclusiva de hacer abandonar el país inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente; y contra el ejercicio de esa facultad es inprocedente conceder la suspensión porque se trata del cumplimiento de un precepto constitucional del que puede hacer uso discrecionalmente el ejecutivo; siendo la detención en tal caso, solo una medida para completar las ordenes dadas en virtud de esa facultad".

Para integrar tales conceptos me permito apuntar, en relación con esta tercera parte del art. 33 constitucional, que la ley de Secretarías y Departamento de Estado, publicada en el Diario oficial el 24 de diciembre de 1958 dá facultades a la Secretaría de Gobernación para aplicar el art. 33 de la -

constitución (art. 2 Fracción VI) por lo tanto son las autoridades de Gobernación las que por delegación legislativa pueden ejercitar el derecho de expulsión a que nos hemos venido refiriendo.

Para hacer la cita completa del art. 33 constitucional, incluimos la cuarta fracción en la cual se expresa lo siguiente:

"Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país".

El comentario que a ésta fracción corresponde, nos obliga para corroborar la expresión constitucional, a transcribir el art. 36 de la ley de extranjería y naturalización, en el que se inserta lo siguiente:

"Los extranjeros no gozan de los derechos políticos que competen a los ciudadanos mexicanos; por tanto no pueden votar ni ser votados para cargo alguno de elección popular ni nombrados para cualquier otro empleo o comisión propios de las carreras del estado, ni pertenecer al ejército, marina o guardia nacional; ni asociarse para tratar de los asuntos políticos del país; ni ejercer el derecho de petición en esta clase de negocios. Esto se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos I. fracción XII y 19 de esta ley".

La ley de nacionalidad y naturalización, que es reglamentaria de los artículos 30, 33 y 37 constitucionales, abordan en su capítulo IV el problema de los derechos y obligaciones de los extranjeros. Los extranjeros gozan de las garantías que otorgala propia constitución con las restricciones que la misma impone.

Observamos por lo tanto que, de acuerdo con la doctrina, al extranjero se le exime del servicio militar; pero a los domiciliados les impone la obligación de hacer el de vigilancia cuando se trate de la seguridad de las propiedades

y de la conservación del orden de la misma población en que estén radicados.

El art. 32 de la Ley citada, impone la obligación tanto a las personas físicas como a las morales extranjeras de pagar las contribuciones ordinarias o extraordinarias y satisfacer cualquiera otra prestación pecuniaria, siempre que sean ordenadas por las autoridades y alcancen a la generalidad de la población donde residen. Es decir, todo impuesto que llene los requisitos constitucionales debiendo ser cubiertos por igual, por nacionales y extranjeros, sean individuos o sociedades. Por otra parte, los extranjeros no están obligados a pagar impuestos especiales, lo cual no debe confundirse con los derechos que deben cubrir a la nación por internación, refrendos, etc.

El art. 33 de la ley que nos ocupa impone la obligación no solo a los extranjeros y a las personas morales extranjeras, si no también a las sociedades mexicanas que tengan o puedan tener socios extranjeros, de pedir permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores para obtener concesiones o celebrar contratos con los ayuntamientos, gobiernos locales o autoridades federales. La Secretaría otorgará discrecionalmente dicho permiso siempre que los intereses conengan ante la propia Secretaría en considerarse como mexicanos respecto de dicho contrato, y en no invocar por cuanto a ello se refiere la protección de su gobierno bajo la pena que en cada caso establecerá la Secretaría de Relaciones.

En este precepto existe una aplicación "suigeneris" de la llamada cláusula Calvo, sin embargo, es bien sabido que ni aún la cláusula Calvo, tal y como lo pensó el ilustre tratadista argentino, es aceptada como un principio de derecho internacional.

El art. 33 de la ley que comentamos, por lo que ha extranjero se refiere, sus disposiciones son un tanto redundantes, en virtud de que ya el art. 32 ha dejado establecido que los extranjeros están obligados a obedecer y respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, sujetándose a los fallos y sentencias de los tribunales, sin poder intentar otros recursos que los que las leyes conceden a los mexicanos, pudiendo solamente apelar a la vía diplomática en los casos de denegación de justicia o retardo voluntario y notoriamente malicioso en su administración.

La idea del art. 33 relativo sólo a las concesiones y los contratos con los ayuntamientos, gobiernos locales y autoridades federales y de no requerir el permiso de relaciones iban a quedar los extranjeros exentos de cumplir con la obligación de obedecer y respetar las leyes y autoridades del país. Ante este delicado comentario, pensamos que, el legislador cayó en una lamentable redundancia.

Pasando a examinar el art. 34, haremos el análisis fundamentalmente de carácter jurídico. El cual me permito transcribir:

"Las personas morales extranjeras dice, no pueden adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, ni obtener concesiones para explotación de minas, aguas o combustibles minerales en la república mexicana, salvo en los casos en que expresamente lo determinen las leyes".

Este precepto adolece de una enorme contradicción,

Se podría objetar que el propio artículo agraga: "Salvo en los casos en que expresamente lo determinan las leyes". Esta contradicción estimo que es anticonstitucional, porque ninguna ley podrá permitir algo que la constitución, en su art. 27 prohíbe.

C A P I T U L O " V "

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1.- FUENTES FORMALES NACIONALES;

- A) La Ley.
- B) La Jurisprudencia.
- C) La Costumbre.

2.- FUENTES FORMALES INTERNACIONALES:

- A) Los Tratados Internacionales.
- B) La Jurisprudencia Internacional.
- C) La Costumbre Internacional.

ferante a las sucesiones, a las obligaciones, al contrato de matrimonio, etc. etc. Esta jurisprudencia puede ya considerarse en la mayor parte de los países, como un verdadero monumento de la actuación de los tribunales". (54)

A la jurisprudencia jamás podríamos negarle el carácter de fuente formal; ya que, en la práctica nos dice Miaja de la Muela....."El tribunal supremo español, ha declarado reiteradamente, que la aplicación por los tribunales, de los principios generales del Derecho, está condicionada a su estricta observancia y que ésta observancia se manifiesta en su reconocimiento por la jurisprudencia del propio tribunal supremo.

Además de este, la Dirección General de los Registros y del Notariado dicta resoluciones que, de hecho, revisten carácter jurisprudencial, especialmente en materia de nacionalidad". (55)

Haciendo incapié en este sugestivo tema, tan solo hemos de agregar que es frecuente localizar en el panorama jurídico de un cierto Derecho vigente, disposiciones normativas que se contráen a una realidad social que ya no existe, o que siguen rigiendo para una forma social que se halla matizado de nuevas características.

En éste último supuesto, la jurisprudencia juega un papel importantísimo por cuanto que interpreta justamente una norma jurídica que deviene insuficiente en un momento determinado ante la fuerza dinámica de los procesos sociales.

=====

(54) Niboyet. Op. Cit. Pág. 40

(55) Miaja de la Muela. Op. Cit. Pág. 46.

C) La Costumbre.

"La costumbre, por no estar codificada la materia referente a los conflictos de leyes, la costumbre ha conservado aquí una importancia que las grandes codificaciones modernas le han hecho perder en otras esferas. Los tribunales de muchos países aplican diariamente reglas puramente consuetudinarias que tienen fuerza de ley. Se citan entre otras, la regla *Mobilia sequuntur personam* en materia de sucesión de bienes muebles, regla que, en la jurisprudencia francesa tiene tanta autoridad como si fuese deducida de un texto formal; o la regla *Nomina osibus debitoris inhaerent*, o también la regla *Locus regit actum*". (56)

Una de las principales particularidades de la materia referente a los conflictos de leyes, está en la intervención de la costumbre, siendo esto precisamente lo que constituye el gran interés de nuestro estudio.

La costumbre en efecto, "No ocupa un lugar secundario sino que aparece en primer lugar. El método que por lo tanto conviene adoptar es precisamente, el método defendido por los representantes de la escuela histórica que con Savigny, se declararon partidarios decididos de la costumbre y adversarios no menos decididos de las codificaciones.

La materia referente a los conflictos de leyes, al no estar reglamentada en textos formales, puede evolucionar libremente, por lo cual la doctrina puede ejercer sobre ella una influencia más considerable que en otros dominios. Es cierto que su carácter consuetudinario presenta el inconveniente, de la insertidumbre en las soluciones; pero este inconveniente, queda compensado si se tiene en cuenta la -

(56) Niboyet. Op. Cit. Pág. 45.

posibilidad de mejoramiento que a causa de dicho carácter lleva consigo". (57).

Pensamos que existe, una delicada contradicción cuando al respecto se establece, que la costumbre es una muy dudosa fuente formal de nuestro derecho internacional que, sino existe una previa disposición legal que autorice a considerarla, es razón suficiente para que la costumbre por sí misma no opere.

A pesar de éstas delicadas opiniones, creemos que entre las instituciones jurídicas modernas nuestro derecho es el más reciente vestigio de un derecho no codificado o muy poco codificado, razón por la que los estudiosos del Derecho deben poner mayor atención.

2.- FUENTES FORMALES INTERNACIONALES.

Trataremos de estudiarlas siguiendo el mismo orden en que hemos examinado - las fuentes nacionales; pues las fuentes internacionales, son también fuentes - escritas, consuetudinarias y jurisprudenciales.

Al respecto conviene analizar algunas clasificaciones dadas por tratadistas de mayor competencia en la materia:

Caicedo Castilla nos dice: "Que las fuentes del Derecho Internacional Privado son: Los tratados, la costumbre internacional, la legislación y - la jurisprudencia de los estados y por último la doctrina de los autores". (58).

En virtud de que la clasificación establecida por el autor antes mencionado presenta el problema de un estudio que en forma global trata de expresar el contenido sobre las fuentes de carácter internacional.

(57) Niboyet. Op. Cit. Pág. 47.

(58) Caicedo Castilla. J. Joaquin. "Derecho Internacional Privado". 5a. ed. Bogotá. E. Temis. 1960. Pág. 9.

Podríamos estar de acuerdo con dicha clasificación, si se hubiese agregado como fuentes de obligaciones contractuales entre los Estados, a las con ven cion es, los prot ócol os, los carte les, las de clar acion es y los camb ios de no ta; ya que son como lo hemos expresado, instituciones jurídicas de conocimiento que influyen en la formación de nuestra disciplina.

Miaja de la Muela, divide a las fuentes internacionales en "Tratados internacionales y fuentes internacionales de carácter general". (59)

La clasificación a la que hemos sujetado este trabajo por parecemos más adecuada, es la que nos hace Niboyet, este dice que: "Las fuen tes inter nacion ales son los trat ados inter nacion ales, la juris prudencia inter nacion al y la cost umbre inter nacion al". (60)

De acuerdo con la norma que nos hemos trasado, trataremos de analizar la clasificación hecha por Niboyet:

A) Los tratados internacionales .

Los tratados internacionales, se han ocupado de las mas diversas materias, desde la nacionalidad y la condición de los extranjeros, hasta los conflictos de leyes en su mas amplia acepción.

Los tratados como fuentes del Derecho Internacional Privado, "Son bilaterales y colectivos: lo primero cuando son dos los contratantes, y lo - segundo, cuando son varios o numerosos.

Es bilateral el tratado de Derecho Internacional Privado de 1903, entre Colombia y el Ecuador. Son colectivos los tratados firmados en el Congreso in tern acion al Suramericano, cuyas sesiones se realizaron en Montevideo, a fines

=====

(59) Miaja de la Muela. Op. Cit. Pa. 49 . ss.

de 1888 y principios de 1889, en los cuales se hicieron representar la Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Peru, Brasil y Bolivia.

Los tratados son especiales, cuando se refieren a determinada materia como el relativo a la ejecución de sentencias extranjeras vigentes entre España y Colombia. Son generales cuando incluyen disposiciones sobre la totalidad o la mayoría de los problemas que se presentan entre los Estados, en lo relativo a las relaciones jurídicas de carácter privado. Ejemplo: el tratado Colombo-Ecuatoriano ya citado, cuyos títulos versan sobre lo siguiente:

1º.- De la ley que rige el estado y la capacidad jurídica de las personas; los bienes situados en la república y los contratos celebrados en país extranjero. 2º.- De los matrimonios celebrados en país extranjero y de los celebrados por los extranjeros en la república. 3º.- De la sucesión. 4º.- De la competencia de los tribunales nacionales sobre los actos jurídicos ejecutados fuera de la República y sobre los celebrados por los extranjeros que residan en ella. 5º.- De la jurisdicción nacional sobre los delitos cometidos en el otro Estado y sobre las falsificaciones en perjuicio de él. 6º.- De la ejecución de sentencias y otros actos jurisdiccionales y de las legalizaciones". (61).

Los tratados internacionales, son en toda forma, la fuente específica del Derecho Internacional tanto en materia pública como en la privada.

"Es doctrina generalmente aceptada la de la superioridad del tratado sobre la ley interna, tanto por las remisiones que muchos preceptos legales hacen a los tratados internacionales, como por reiterada jurisprudencia del tribunal supremo". (62).

Es evidente por una parte que la gran influencia que tienen los tratados internacionales, ante el Derecho Internacional Privado, es fundamentalmente la razón de que al no existir autoridad superior que pueda dictar leyes que fuesen obligatorias para los diversos países; lo cual, es suficiente para considerar que la única ley internacional escrita son los tratados. Tratados que según Niboyet, "Han sido notablemente generalizados en el siglo XIX, ya bajo la forma bilateral, ya en forma de convenios de unión, englobando un gran número de países". (63).

Para ser congruente con las opiniones expresadas diremos que en nuestro país, al reformarse en 1934 al art. 133 de la Constitución Federal, subordinó, por lo menos en un sentido gramatical, los tratados a la carta fundamental. Precisamente, el texto original del art. citado era como sigue:

"Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos y que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso serán la ley suprema de toda la unión".

A partir del 18 de enero de 1934, el texto quedó en la siguiente forma:

"Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados QUE ESTEN DE ACUERDO CON LA MISMA, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema en toda la Unión."

(60) Niboyet. Op. Cit. Pág. 47

(61) Caicedo Castilla. Op. Cit. Pág. 10

(62) Miaja de la Muela. Op. Cit. Pág. 55

(63) Niboyet. Op. Cit. Pág. 48.

"El examen de la práctica mexicana revela que no ha existido ninguna norma que trate de limitar el cumplimiento de un tratado Internacional, ni la jurisprudencia mexicana se ha encaminado, en caso alguno, a colocar la constitución por encima de los tratados. También es cierto que el Estado mexicano ha cumplido con toda fidelidad sus obligaciones resultantes del orden jurídico internacional, aún cuando con ello se afecten algunos intereses internos.

La consecuencia lógica es, pues, que en lo general ha privado el Derecho Internacional por encima del orden estatal mexicano". (64).

Consideramos que los Tratados Internacionales son los que más se aproximan a lo que las corrientes modernas de nuestra materia llaman un Derecho Privado Internacional Supranacional.

B) La jurisprudencia Internacional.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia internacional no resulta muy atrevido establecer que en materia de Derecho privado Internacional, su importancia es bastante relativa, ya que como es bien sabido, ante las cortes internacionales litigan normalmente estados y no individuos; además, los laudos dictados por las comisiones mixtas de reclamaciones, contienen algunas veces sanos principios de derecho Internacional Privado; solamente que, es discutible hasta que grado pueden sentar jurisprudencia, dichos laudos.

"En cada país hay normas legales relativas a asuntos de Derecho Internacional Privado. A los tribunales corresponde aplicar esas normas, interpretarlas, ajustarlas a las necesidades de la vida social en los casos concre-

(64) Sepúlveda Cesar "Derecho Internacional Público". 1a. Ed. E. Porrúa. México. 1960. Pág. 70

tos que deciden. De ahí la influencia de la jurisprudencia en la ciencia Internacional ". (65)

Frente a un conflicto de leyes, debería existir una autoridad superior que tuviera como función fundamental la solución de los litigios de orden privado.

Es fácil predecir que tales obligaciones internacionales aumenten y adquieran un carácter más preciso en su futuro próximo, en virtud de que el Derecho Internacional Privado va recogiendo y haciendo suyos los problemas que deriven acerca de la nacionalidad y de la condición del extranjero, como de los problemas peculiares sobre el conflicto de leyes.

"Los estados se obligan por medio de tratados; pero fuera de ellos, a ninguna autoridad superior corresponde solucionar los litigios de orden privado ni menos aún, ejecutar estas decisiones.

Ya se ha emitido la idea un tanto vaga todavía de constituir, una jurisdicción para los litigios entre particulares, pero la realización de esta idea presenta las más grandes dificultades, solamente en hipótesis muy limitadas es como pueden organizarse jurisdicciones internacionales para esta clase de litigios.

1o.- Así, para la aplicación de los tratados de paz, han sido instituidos diversos Tribunales Arbitrales Mixtos, ante los cuales los particulares tienen acceso para litigar contra estados extranjeros o contra otros particulares.

2o.- Ciertas comisiones fluviales internacionales como la Comisión Central del Rin, conocen de diversas cuestiones que, relacionadas con la navegación --

(65) Caicedo Castilla, p. cit. Pág. 11.

surgen entre particulares.

Exceptuando únicamente las dos hipótesis especiales que acabamos de mencionar no existen realmente una verdadera justicia internacional.

No basta, en efecto con codificar el Derecho Internacional por medio de los tratados, pues la uniformidad que con ellos se busca queda destruida ante la ausencia de un tribunal regulador". (66).

A) La Costumbre Internacional.

La costumbre internacional si se hace presente en algunos casos, sobre todo en materia judicial, en donde con cierta frecuencia se ve que, con base precisamente en la costumbre se atiendan exhortos y suplicatorios de procedencia extranjera.

Al respecto, analizaremos la opinión de algunos autores en quienes encontramos la gran importancia que se le atribuye a la costumbre como fuente internacional dentro de esta rama del Derecho que nos ocupa.

Caicedo Castilla, nos dice que ".....Los usos adoptados por las naciones, la línea de conducta a que se someten respecto de una determinada cuestión, indican la existencia de un acuerdo en cuanto al modo de resolver el problema jurídico respectivo. Por eso la costumbre es fuente del Derecho Internacional Privado". (67)

Podemos establecer que, de acuerdo con la exigencia del Derecho Internacional Privado, no se puede descartar la presencia de reglas que en un momento dado vienen a resolver el conflicto de que se trate.

=====

(66) Niboyet. Op. Cit. Pág. 61.

"Durante mucho tiempo ha florecido la esperanza de que por medio de reglas de Derecho Internacional común; se ha tratado de resolver cuestiones - substanciales en esta materia, la misma coincidencia entre diferentes legislaciones en unos pocos puntos es expresiva de la existencia de una costumbre internacional reconocida por todos, o, al menos por un número considerable de Estados". (68)

Por la razón misma, de que cada país tiene su propia costumbre, puede aplicarse una costumbre internacional común a varios países.

"En Derecho de gentes hay muchas costumbres; pero en Derecho Internacional Privado hay muy pocas, a pesar de ésta escasa proporción, no por eso deja de ser la costumbre una fuente de Derecho Internacional Privado, y es élla, -- precisamente, la que puede contribuir a un desenvolvimiento verdaderamente internacional. Entre estas costumbres podemos citar: la obligación reconocida - por los Estados de ejecutar las sentencias dictadas en sus respectivos Territorios con arreglo a las condiciones que ellos fijan; la regla de la mutua ayuda jurídica entre las autoridades judiciales para la comunicación de determinados actos; y, por último, la aplicación de las leyes extranjeras, en una cierta medida, por lo menos". (69).

=====

(67) Caicedo Castilla. Op. Cit. Pág. 11.

(68) Miaja de la Muela. Op. Cit. Pag. 56

(69) Niboyat. Op. Cit. Pág. 59.

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

En relación con el estudio hecho en capítulos precedentes, es necesario desprender del mismo, las siguientes conclusiones:

1.- El Derecho, encuentra su lugar de nacimiento en la propia sociedad, es un producto de los grupos humanos y que, además, se revierte sobre los propios hombres para regir u ordenar sus actividades. Así, estas iniciales expresiones del Derecho en lo colectivo, lenta pero positivamente, se afirman cada vez mejor para convertirse más tarde, en normas generales de observancia obligatoria.

2.- El desacato hacia la conciencia popular, es el antecedente directo de la gestación del elemento "coercibilidad" en el Derecho.

3.- Justicia, seguridad y Bien común, son fines del Derecho con carácter intemporal, dado que, inherentes a la naturaleza humana, se hallan en constante renovación. Esta fundamentación del Derecho, sin embargo, puede ser interrumpida por gobernantes autócratas, por políticos deshonestos que destruyen durante su gestión o influencia, los inalienables derechos de la humanidad, privando a los ciudadanos de "la vida, libertad, propiedades, posesiones" y otras garantías tanto individuales como sociales.

4.- No se deben confundir los términos "costumbre" y "usos", pues la costumbre, es una norma de Derecho Objetivo que tiene la misma función que la ley, como medio de formación; y los usos, son cláusulas tácitas en los contratos que valen no como principios de Derecho objetivo, sino como condiciones a las que las partes quicieron referirse.

5.- Consideramos a la doctrina científica, a las opiniones de los juris consultos, como una fuente de autoridad moral; y, aun que no constituya una fuente legal obligatoria, creemos que sí puede considerarse como - una fuente de interpretación que influye en el desarrollo y aplicación del Derecho.

6.- Los principios generales del Derecho, son fuentes formales de Dicho, ordenamiento, en virtud de que, son reglas universales de razón, inherentes a la naturaleza humana, y que informan y señalan las directrices de la ciencia del Derecho.

Los principios generales del Derecho, tienen una función supletoria de la ley positiva, y, su vigencia, es efectiva, cuando aparezca una insuficiencia, laguna u oscuridad en la ley; casos en los cuales el juz gador puede acudir en auxilio de los citados principios.

7.- A las fuentes formales, dentro de la disciplina jurídica que nos ocupa, les hemos dado el siguiente ordenamiento:

Fuentes formales de carácter nacional: La ley, la jurisprudencia y la costumbre.

Fuentes formales de carácter internacional; Los tratados internaciona les, la jurisprudencia internacional y la costumbre internacional.

8.- Si el objeto principal del Derecho internacional Privado, es el de resolver los conflictos de leyes; más, para que estos se presenten, se requiere que en la relación jurídica intervenga un elemento extranjero, que en muchos casos consiste en la diferente nacionalidad.

Entonces, para poder realizar el análisis del conflicto, es indispensa

ble determinar previamente la nacionalidad de las personas interesadas en él. Verificada esa determinación hay que examinar qué derechos se conceden a los extranjeros y qué conflictos pueden derivarse de su - ejercicio.

9.- No menos importante resulta el análisis hecho al art. 34, de la ley de nacionalidad y naturalización.

"Las personas morales extranjeras no pueden adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones ni obtener concesiones para explotación de minas, aguas o combustibles minerales en la República mexicana, salvo en los casos en que expresamente lo determinan las leyes".

Dicho precepto adolece de una enorme contradicción, en virtud de que se puede objetar que el propio artículo agrega:

"Salvo en los casos en que expresamente lo determinen las leyes".

Esta contradicción, estimo que es anticonstitucional, por que ninguna ley podrá permitir algo que la constitución prohíbe en su art. 27.

10.- No existe autoridad superior que resuelva los litigios que se dan en el Derecho Internacional Privado. Sería un caso de fundamental interés, si en lo sucesivo se llegaren a cerrar jurisdicciones internacionales de caracter permanente, destinadas a interpretar los tratados y a procurar la uniformidad de la jurisprudencia.

11.- Los tratados internacionales, son en toda forma, la fuente específica del Derecho Internacional, tanto en materia pública como en la privada; son además, los que más se aproximan o están de acuerdo a lo que las corrientes modernas de nuestra materia, llaman un Derecho Privado de caracter supranacional.

12.- De acuerdo con la exigencia del Derecho Internacional Privado, es frecuente encontrar con base precisamente en la costumbre, al que se atiendan exhortos y suplicatorios de procedencia extranjera.

Es por esta razón, por la que consideramos, que pueden existir reglas de Derecho Internacional Común; es decir, que cada país tiene su propia costumbre, por este mismo hecho, puede aplicarse una costumbre internacional común a varios países.

B I B L I O G R A F I A

- ALFONSIN QUINTIN "Teoría del Derecho Privado Internacional". Montevideo 1955.
- ARCE ALBERTO E. "Derecho Internacional Privado". Guadalajara, Jal. 5a. ed. 1965
- CAICEDO CASTILLA JOSE JOAQUIN "Derecho Internacional Privado" E. Témis. Bogotá 5a. Ed. 1960.
- COODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. México E. Andrade. 12a. ed. 1964.
- COLIN Y CAPITANT "Curso elemental de Derecho Civil". 2a. ed. T.I. E. Reus Madrid 1949.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. E. Andrade. 12a. ed. 1964
- COCCENTINI FRANCIS CO. "Filosofía del Derecho". 2a. ed. E. Cultura. México 1930
- QUEVA MARIO DE LA. "Derecho Mexicano del Trabajo". 6a. ed. México. E. Porrúa 1964
- DE PINA RAFAEL "Derecho Civil Mexicano". 4a. ed. México. Porrúa. 1945.
- DIAZ A. CLEMENTE. "La Justicia, Revista Minúscula" [. XVI. 1968
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO HISPANO AMERICANO. T. IX.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. T. XII.
- GARCIA MAYNEZ EDUARDO. "Introducción al estudio del Derecho". 1a. Ed. México E. Porrúa. 1956.
- GARCIA TRINIDAD "Derecho Civil". Cap. II.
- GAXIOLA RAMOS JORGE. "Apuntes de Derecho Internacional Privado". 1966. México
- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO "Derecho de las obligaciones". E. José Ma. Cajica Jr. Puebla, Pue. México. 1962.
- J.P. NIBBYET. "Principios de Derecho Internacional Privado". 2a. ed. E. Nacional. México. 1965.
- JIMENEZ DE ASIA LUIS. "La Ley y el Delito". E. Andres Bello, Caracas. 1945
- LEGISLACION DE AMPARO. 6a ed. E. Porrúa México. 1968.
- LEY DE NACIONALIDAD Y NATURALIZACION. 6a. ed. E. Porrúa. México. 1968.
- LEY GENERAL DE POBLACION. 6a. ed. E. Porrúa. México. 1968.

MANUAL DEL EXTRANJERO. E. Porrúa. México 1968.

MIAJA DE LA RUELA ADOLFO. "Derecho Internacional Privado". T. I. ed. Madrid 1966.

PUGLIATTI SALVADOR "Introducción al estudio del Derecho Civil". 2a. ed. - E. Porrúa. México 1943.

RECASENS SICHES LUIS. "Filosofía del Derecho". 3a ed. E. Porrúa. México 1946.

SEPULVEDA CESAR "Derecho Internacional Público", 1a. ed. E. Porrúa. México. 1960.

TENA RAMIREZ FELIPE. "Derecho Constitucional Mexicano". 8a. ed. E. Porrúa. México. 1967.

VECCHO DEL GIORGIO. "Filosofía del Derecho". 1a. ed. E. Uttea. México 1960.