

20721
59



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLÁN"

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE
FORMAL DEL DERECHO Y LAS TESIS DEL
CONSEJO DE MENORES Y SU APLICACIÓN

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JULIO CÉSAR CONTRERAS CERVANTES

ASESOR: LIC. JORGE ALTAMIRANO BELTRÁN



MARZO, 2003

1



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.

EN MEMORIA A MIS PADRES.

Cira Cervantes Rivera

Roberto Contreras Pérez

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impresa el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Contreras

Cervantes Julio Cesar

FECHA: 2-04-03

FIRMA: PA

A MIS HERMANOS.
Con fraternal cariño.

A mi hermano
ROBERTO CONTRERAS,
Por su guía y apoyo
con cariño y respeto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A MI COMPAÑERA.
Incansable en la
dura jornada.

A mi Amigo
Lic. JORGE ALTAMIRANO BELTRÁN,
con toda sinceridad.

A MIS MAESTROS.
Por sus luces y conocimientos
que me impartieron.

A mi Amigo y paisano
Lic. GABRIEL MARQUEZ COBOS,
con sinceridad y respeto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A MI PATRIA.
Por las libertades que gozamos.

AL HONORABLE JURADO.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA

1.1 ACEPCIONES DEL TÉRMINO JURISPRUDENCIA	1
1.2. NOCIÓN DE JURISPRUDENCIA TÉCNICA	19
1.3. LA JURISPRUDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE UNA COSTUMBRE JURÍDICA.	29
1.4 LA JURISPRUDENCIA COMO INTERPRETACIÓN DE LA NORMA GENERAL	48

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS FUENTES DEL DERECHO

2.1 CONCEPTO	56
2.2 FUENTES REALES Y FORMALES	59
2.3 CRÍTICA FILOSÓFICO-JURÍDICA DE LA DENOMINACIÓN "FUENTES DEL DERECHO"	73

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO TERCERO

LA JURISPRUDENCIA Y LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO

- 3.1 DOCTRINAS QUE NIEGAN A LA JURISPRUDENCIA EL
CARÁCTER DE FUENTE FORMAL 79**
- 3.2. DOCTRINAS QUE CONSIDERAN A LA JURISPRUDENCIA
COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO. 108**

CAPÍTULO CUARTO

LAS TESIS DE LA SALA SUPERIOR DEL CONSEJO DE MENORES CONSTITUYEN UNA FUENTE FORMAL DEL DERECHO

- 4.1 LOS ÓRGANOS JUDICIALES QUE TIENEN LA POTESTAD
DE CREAR O SENTAR JURISPRUDENCIA 115**
- 4.2 OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN LA LEY
DE AMPARO 122**
- 4.3 ASPECTO POLÍTICO DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA
JURISPRUDENCIA Y LAS TESIS DEL CONSEJO DE MENORES
..... 132**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO QUINTO

LA PROBLEMÁTICA DE LA EDAD PARA CONSIDERAR A UNA PERSONA COMO SUJETO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES E IMPUTABLE

5.1 MINORÍA DE EDAD DE ACUERDO CON EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL	178
5.2 DEFINICIÓN DE MENOR INFRACTOR	180
5.3 LOS MENORES COMO SUJETOS IMPUTABLES	187
CONCLUSIONES	195
BIBLIOGRAFÍA	198

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

Al concebir y diseñar una obra que nos entusiasma, imaginamos estructurarla y concluiría perfectamente, mas llegada la hora de valorar lo realizado, comprendemos que la materia prima que aportamos y el apresuramiento que nos impone el tiempo al limitar nuestro propósito, muestra aun lo perfectible de esta tarea.

Así, mientras yo me complacía al planear esta tesis, las fronteras de meditación que dispuse para ella, eran de espacioso perímetro; pero, a mi pesar, se encuentran innumerables oquedades en el cuerpo de este trabajo que solo es un bosquejo de los temas.

Se integran en estas tesis una síntesis y un punto de partida:

Una síntesis por culminar en ella más de cinco años en el estudio del Derecho; un punto de partida, porque solo concibo este trabajo como una etapa que permite y permitirá en lo sucesivo, futuras reflexiones.

El valor de la Jurisprudencia como fuente formal del Derecho y las tesis del Consejo de Menores y su aplicación, es mi tema. Estoy muy lejos de poseer la madurez o solvencia intelectual con que un estudio de este género debe ser tratado. Se conscientemente que solo aportó una buena intención.

El horizonte, aunque promisorio, se cubre de interrogantes al enfocar el pensamiento sobre tan importante cuestión; algunos problemas saltan a la vista, otros permanecen más allá de las apariencias. Me percató que la profundidad y trascendencia de tan abundante problemática es superior a mis reducidas posibilidades, ya que el tema es complejo y fecundo por encontrarse articulado en problemas generales de la vida jurídica.

Aun así, perplejo por las considerables dimensiones del asunto, no con seguridad, pero si con la mejor voluntad y alentado por la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

bondad del tema, señalaré causas y formularé comentarios que estimo pertinentes a esta materia.

No es posible desentrañar todas las interrogaciones, por lo que pretenderé hacerlo en las que considero más útiles, siendo imposible para mi abordarlas todas; para ello me guiaré en el pensamiento de prestigiados hombres que le dan rumbo y sentido a esta investigación, cuya huella sigo fiel en lo que considero cierto; criterios que me han dado luz para vislumbrar aspectos superiores del conocimiento a través de la filosofía Jurídica. Vasto campo en que todo estudioso del Derecho debería incursionar ya que esta constituye la espina dorsal en la formación del jurista; y para que éste sea tal, necesariamente debe abordar el conocimiento total y omnicomprendivo que ella suministra; que lejos de ser un perturbador en los trabajos profesionales del Derecho, el saber filosófico capacita al abogado para cumplir con mas amplia visión y eficacia su cometido, para incansable intento procurar la realización del ideal jurídico, y no claudicar, que será un adelanto y alivio para el hombre mitigar sus necesidades y elevar su condición al lograr en alguna medida el Derecho anhelado y por ende acercarse a la mas grande meta para la raza humana que es el de la libertad y de la justicia.

Por ello en el presente trazado, se analiza jurídicamente el papel que juega la jurisprudencia como fuente formal del Derecho en la legislación mexicana, frente a otros organismos públicos como el Consejo de Menores, el cual de conformidad con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, depende de la Secretaría de Gobernación, pero actualmente se encuentra incorporado a la Secretaría de Seguridad Pública del Gobierno Federal, mismo que tiene facultades para emitir antecedentes y tesis, criterios que sirven de base para que los Consejeros Unitarios y los integrantes de la Sala Superior, resuelvan las litis que estuvieran bajo su competencia. Esto a simple vista suena sencillo, pero ya en el mundo real del Derecho, ha llevado a constantes choques de criterios, lo anterior en virtud de que los Consejeros en la práctica no aceptan las

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

jurisprudencias emitidas por los tribunales federales para resolver los asuntos que tienen bajo su potestad, argumentando que ellos resuelven inspirados en las tesis emitidas por la Sala Superior del Consejo de Menores.

Esto nos convoca reflexionar sobre la supremacía que deben guardar los criterios emitidos por nuestro máximo tribunal de justicia, el cual necesariamente, en todo Estado de Derecho, debe ser obligatorio acatarlos, sobre todo porque el referido Consejo es órgano jurisdiccional, al dirimir litis de carácter penal, enfocado a la Materia de Menores Infractores y que se enfrenta a situaciones que ya han sido analizadas y resueltas, y no podría haber jurisprudencias para menores infractores y otra para adultos.

Redundando en lo anterior, esto daría seguridad jurídica que beneficiaría la sagrada misión que tiene encomendada dicho tribunal, quien al decir el Derecho, al resolver sus asuntos jurídicos, donde se encuentra relacionado un infractor, acepte la supremacía mediante la consideración de la Jurisprudencia emitida por el Órgano de Control Constitucional.

Es así que se recomienda que al momento en que la Sala Superior del Consejo de Menores al resolver sobre las resoluciones inicial o final emitidas por los Consejeros Unitarios y que fueran materia de apelaciones, estas sean motivadas en las jurisprudencias emitidas por el Poder Judicial, respetando así la división de poderes, y que al hacer uso de sus facultades de emitir antecedentes y tesis, verificar si la Suprema Corte de Justicia o los Tribunales Colegiados de Circuito se han pronunciado al respecto mediante alguna jurisprudencia y evitar así contradicciones entre estas y las tesis del Consejo, y que en todo caso a los que afectarían sería a los Menores Infractores, quienes necesariamente tendrían que solicitar el amparo en los casos que se sientan agraviados.

En el análisis de esta problemática se ha establecido la estructura del presente trabajo:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el capítulo primero abordamos primeramente las acepciones del término jurisprudencia, y nos trasladamos a su origen, hasta el Derecho Romano, donde se le significaba como la Ciencia del Derecho en general; como el conjunto de tesis judiciales importantes; conjunto de opiniones emitidas por famosos jurisconsultos y las doctrinas e ideas que se exponen. También mencionamos la concepción más antigua que se encuentran en el Derecho Romano en dónde se definía como “ciencia del Derecho”; y la definición que Justiniano nos hereda como el “conocimiento de las cosas divinas y humanas, y ciencia de lo justo y de lo injusto”. Una vez comprendido lo anterior, abarcamos el proceso que se sigue para elaborar la jurisprudencia técnica, como una exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y lugar determinados y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación. Así también se resalta la determinación de una costumbre jurídica, haciendo un recorrido en el Derecho anglosajón y nuestro Derecho que es el Romano-Germánico, cuyas tradiciones provienen de diversas raíces, el primero encuentra su fundamento en el Derecho consuetudinario aplicándose a través de los precedentes, no codificado como el nuestro y las similitudes son que en el primero sus resoluciones se denominan “precedentes” y en el mexicano es la “jurisprudencia”. A continuación analizamos a la jurisprudencia como interpretación de la norma, donde resolvemos que es un instrumento de organización e interpretación del Derecho Objetivo, sin olvidar que el artículo 14 Constitucional, es el fundamento de la actividad interpretadora e integradora por parte de los tribunales, destacando que la interpretación de la ley criminal debe de aplicarse en forma estricta, prohibiendo imponer por simple analogía en alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata; por lo que hace a los juicios de orden civil, la interpretación de la ley deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de esta se fundará en los principios generales de derecho.

En el segundo capítulo nos enfocamos a las fuentes de derecho y las denominamos como el conjunto de causas y procedimientos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que dan origen a la creación del ordenamiento objetivo. Una vez hecho esto, nos introducimos en las fuentes reales y formales, y decimos que las primeras son las razones o motivos que consideró el legislador para crear la norma; en el segundo caso se habla de un proceso previamente establecido por la ley para la creación de normas jurídicas, siendo las fuentes formales la legislación, la costumbre y la jurisprudencia. Y para concluir tenemos la crítica filosófica-jurídica de la denominada "fuentes de Derecho" cuyo expositor, el jurista alemán Hans Kelsen, califica que el empleo de la denominación fuentes del Derecho es extremadamente plástica, figurativa, ambigua e inadecuada para designar lo que constituyen en realidad las fuentes. Afirma que se debe tomar este concepto en un sentido más amplio en el cual cada norma legal es fuente a su vez de otra norma, en cuanto regula su creación y determina el procedimiento de su generación, así como de su contenido. No aportando un nuevo concepto que lo supla y por ello estamos de acuerdo en que la terminología adecuada para establecer el origen del Derecho es "fuentes del Derecho".

La jurisprudencia y las fuentes formales del Derecho -como tercer capítulo- nos sumerge al análisis de las doctrinas que niegan a la jurisprudencia el carácter de formal y las mismas varían según la ideología dominante en las diversas épocas. Para algunos, la ley tiene un predominio absoluto como fuente exclusiva del Derecho, otros consideran que la jurisprudencia es un auxiliar en la creación del Derecho, pero que no la genera por si misma. Unos terceros han sostenido que el juez al resolver no puede crear Derecho, pues si así fuera estaría invadiendo funciones del poder legislativo que no le corresponden; y desde otro punto de vista más reciente, hay quienes dan a la jurisprudencia el valor de una auténtica fuente formal del Derecho. Al respecto concluimos que la jurisprudencia es fuente formal del Derecho, y los que niegan tal carácter apoyan su postura en corrientes y teorías antiguas, que en nuestro Derecho moderno son obsoletas. Para afirmar lo anterior no podíamos soslayar las doctrinas que consideran a la jurisprudencia fuente formal del Derecho.

Siguiendo el desarrollo del presente trabajo, nos encontramos ante el cuarto capitulo –Las tesis de la Sala Superior del Consejo de Menores constituyen una fuente formal del Derecho- y para ello revisamos a los órganos judiciales que tienen potestad de crear o sentar jurisprudencia, esto en atención al titulo cuarto de la Ley de Amparo, donde se hace referencia a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados del circuito, donde precisamente se señala que estos órganos colegiados les corresponde la formación y la elaboración de la jurisprudencia; señalando además el procedimiento y requisitos que se tienen que seguir para la elaboración. En contraposición a dichos artículos consideramos la necesidad imperativa, que dentro de dicho ordenamiento, además de señalar las autoridades para las cuales es obligatoria la jurisprudencia, donde solo refiere a tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, se incluya también a los Tribunales para menores. Esto en atención a que dicho Consejo de Menores, en casi todos los casos deja de observar los criterios jurisprudenciales, dando lugar con ello a que sus decisiones constituyen verdaderas apreciaciones subjetivas, alejados de la realidad jurídica, y como no hay ningún órgano jurisdiccional jerárquicamente superior que lo revise, la inseguridad jurídica propagada por este tipo de actuaciones prevalecerá y, por ende, sus tesis no constituyen fuente formal. Siguiendo en la misma tesitura, al abordar el punto de la obligatoriedad de la jurisprudencia en al Ley de Amparo, no podemos dejar de apreciar que es una apariencia puesto que la referida ley no establece sanción efectiva para las autoridades judiciales, administrativas y del trabajo, que la dejen de observar; aun cuando el espíritu de nuestro mas alto tribunal se traduce que debe aplicarse obligatoriamente.

Por ultimo podemos señalar que los fallos de la Sala Superior del Consejo de Menores, son recurribles a través del amparo directo a efecto de que se examine su constitucionalidad y evitar así que estos sean arbitrarios o caprichosos, obligándose a dicho organismo a apegarse a la jurisprudencia emitida por los colegiados de Circuito y la Suprema Corte de Justicia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para finalizar, hemos considerado necesario analizar la problemática de la edad para considerar a una persona como sujeto de Derechos y Obligaciones e imputable - Capítulo Quinto del presente trabajo-, y lo anterior en virtud de que las resoluciones que se emiten por el Consejo de Menores tienen como destinatario a una persona menor de edad, sobre todo por que la sanción que impregna puede en muchos casos privar de la Libertad a una persona, claro esta, que en el caso de menores, existen Instituciones diferentes. Por ello primeramente analizaremos que el Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece que la mayoría de edad comienza a los 18 años de edad cumplidos; estableciendo que el que no ha cumplido 18 años carece de madurez mental, pero en la actualidad es discutible dado la información que se les proporciona, pero para fortalecer mejor esta propuesta, sugerimos que la madurez mental de un sujeto deberá establecerse mediante un examen pericial de psicología.

A si también nos adentramos en la definición del menor infractor, y es aquella persona que no ha alcanzado la edad de 18 años y que por tal razón, su desarrollo físico y psíquico no tiene la capacidad de auto determinación del hombre para comprender el alcance de sus actos. En consecuencia el menor infractor es aquel sujeto menor de 18 años de edad y mayor de 11 que ha quebrantado una disposición penal y se le determine una medida de orientación y de tratamiento por resolución dictada por el Consejo de Menores. Por ultimo afirmamos que el problema relativo a la edad para determinar si un sujeto es imputable, deberá atenerse al criterio de discernimiento, de tal suerte que se puede establecer que el sujeto posea el desarrollo psíquico para distinguir sobre el alcance y consecuencias de sus actos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO Y LAS TESIS DEL CONSEJO DE MENORES Y SU APLICACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

1.1 ACEPCIONES DEL TÉRMINO JURISPRUDENCIA

La palabra jurisprudencia no es un concepto moderno, sino que su concepción dista desde el Derecho Romano, y ha sido entendida en diversos sentidos. En Roma a la palabra jurisprudencia se le daba diversos significados, se le conocía como la ciencia del derecho en general; como el conjunto de tesis judiciales importantes; como el conjunto de opiniones emitidas por famosos jurisconsultos y las doctrinas e ideas que se exponen.

En Roma la jurisprudencia se formaba por las opiniones que sobre determinadas cuestiones de Derecho emitían los jurisconsultos romanos, dando lugar, con ello, a la formación o creación del derecho; los primeros jurisconsultos eran sacerdotes y esto se debió, más que nada, a la íntima relación que existía entre el derecho y la religión.

Los jurisconsultos o sacerdotes romanos se encargaban de proporcionarles consultas jurídicas al público, por tanto,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

monopolizaban la aplicación del derecho, debido a que éstos eran los únicos que sabían leer y escribir.

La concepción más antigua del concepto de jurisprudencia la encontramos en el Derecho Romano en donde se definía como la "ciencia del derecho". Justiniano la definía como "el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y ciencia de lo justo y de lo injusto"¹, sin embargo, aun cuando no dejamos de reconocer la notable influencia que ha tenido hasta nuestros días la definición proporcionada por Justiniano a raíz de que el derecho ha evolucionado a través del tiempo como ciencia, debemos decir que la concepción proporcionada por el jurista romano, no es aplicable en nuestros días, como más adelante lo comentaremos.

El Derecho Romano se fundaba en las Doce Tablas promulgadas por magistrados republicanos hacia el 450 a. C.. Las Tablas fueron la primera compilación de reglas legales para gobernar la administración de la justicia. Eran una serie de disposiciones concretas referentes a acciones entre los tribunales, leyes familiares, testamentos, derechos de propiedad y comportamiento público de los ciudadanos.²

La interpretación de la ley de las Doce Tablas tuvo lugar en Roma y nació durante la República en 450 a.C. con X Tablas, y posteriormente se le agregaron dos en 449 a. C. Los jurisconsultos romanos dieron origen a la elaboración de resoluciones de

¹ Citado por Miguel Villoro Toranzo, Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, 1980, p. 177.

² Hadas, Moses, *La Roma imperial*, Ediciones culturales internacionales, 1983, pág. 165.

Derecho, ya que aun cuando dicho ordenamiento no preveía muchos casos surgidos de la realidad, los jurisconsultos romanos, interpretando dicha ley, creaban precedentes para su futura aplicación, es decir, realizaban una función interpretativa aplicando el ordenamiento de las Doce Tablas para resolver diversos casos concretos en el marco del derecho.

Dicha interpretación dio lugar al florecimiento de la jurisprudencia romana, pero todos los criterios aportados por los sacerdotes fueron recopilados por ellos en donde se establecían fórmulas jurídicas, a las cuales no tenía acceso el público, sino solamente ellos, de esta forma, cualquier conflicto entre particulares o entre el Estado y ellos, únicamente podía ser resuelto por los jurisconsultos o sacerdotes, de lo que se observa que el monopolio en la aplicación del derecho estaba a cargo de los pontífices.

Ejemplo de lo anterior lo es la disposición de las Doce Tablas referentes a la patria potestad del padre hacia su hijo por ventas sucesivas de este último, los sacerdotes al interpretar esta disposición permitieron que cuando el padre vendiera con tres ventas ficticias del hijo, este último podría lograr su emancipación. Otro ejemplo: las Doce Tablas disponían que el demandado que no se defendiera perdería el proceso.

Los jurisconsultos o sacerdotes, interpretando esta norma, señalaron que si el adquirente y el enajenante sostenían ante el

pretor un pleito ficticio y como el enajenante-demandado no se defendía, el *pretor* reconocía que el derecho por transmitir correspondía al adquirente-actor, figura que se conocía como *in iure cesio*, pero esto no era exclusivamente para las transmisiones de propiedad sino para otra clase de figuras jurídicas como la liberación de un esclavo, la constitución de servidumbres o el traspaso de la patria potestad.

Los jurisconsultos romanos, ante la ausencia de normas casuísticas para resolver un conflicto entre particulares o entre el Estado y éstos, procedían a interpretar las Doce Tablas de acuerdo con algunos principios y razonamientos que se apegaran a la justicia y a la equidad.

La monopolización de la justicia por parte de los sacerdotes llegó a su fin cuando el plebeyo Cneo Flavio secretario del ciego sacerdote plebeyófilo Apio Claudio publicó las recopilaciones de los sacerdotes que contenían fórmulas jurídicas, a fin de que las partes que entraran en conflicto, las invocaran en sus actos jurídicos aconsejadas por sacerdotes.

El plebeyo Tiberio Coruncanio, del colegio de sacerdotes, dio consultas públicas sobre problemas jurídicos apoyándose en los archivos sacramentales en donde constaban las fórmulas jurídicas empleadas por los sacerdotes para resolver situaciones jurídicas que se les presentaran.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Y así fue como durante el Imperio, Roma estaba influida por el pensamiento griego, época en la que nace la literatura jurídica clásica que duró aproximadamente 200 años. Por eso Guillermo F. Margadant S. dice que: "A partir del siglo II a.C. salimos de la fase arcaica del Derecho Romano y entramos en una etapa preparatoria del Derecho clásico que recibe de la gran obra de Shulz el nombre de fase helenística. De ella poco sabemos, ya que no nos dejó una literatura jurídica. Después desde Augusto, comienza el Derecho clásico con sus tres periodos: el juvenil, el evolutivo y el de culminación; este último tuvo una fase de epígonos o sucesores".³ En esta etapa, el derecho llegó a ser un deporte intelectual para los romanos, los viejos, mediante su ejercicio, evitaban el aburrimiento y a la vez lograban prestigio; los jóvenes aristócratas procuraban el conocimiento del derecho para obtener mejores perspectivas de vida. Las casas aristocráticas eran sitios de fuente de información jurídica, así se lograba un gran auge en la economía romana, ya que al no cobrar por el asesoramiento jurídico que prestaban procuraban terminar los procesos lo más rápido posible.

Los jurisconsultos se dedicaban a la docencia (scribere), a elaborar contratos (cavere), asesorar a las personas (respondere) y a darles asistencia procesal (agüere), Guillermo F. Margadant comenta que Tubero señala: "que transiit a causis agendis ad ius (primero se dedicó a "arreglar asuntos" y después al derecho) o,

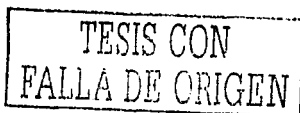
³ Floris Margadant S., Guillermo. *El derecho privado romano*, Editorial Esfinge, 1989, pág. 56.

en otras palabras, de simple conocedor de trámite o leguleyo se convirtió en jurista.⁴

Durante el Imperio, Augusto consideró necesario reglamentar la actividad de los jurisconsultos porque éstos confundían el arte de analizar situaciones jurídicas y el de charlar con exceso; Julio César, con anterioridad a Augusto, percibió la necesidad de establecer una codificación del Derecho por ser una disciplina tan importante, y no dejar su interpretación y aplicación a las discusiones de los jurisconsultos quienes en muchas ocasiones, con pensamientos filosóficos impregnados de oratoria, resolvían diversas situaciones de Derecho, percibiendo con ello que habría mayor seguridad codificando determinadas situaciones con conceptos jurídicos, es decir, consideró que era necesaria, por medio de la legislación, la creación y fijación del Derecho; sin embargo. Su hijo adoptivo Augusto prefirió seguir la tradición romana de que los jurisconsultos siguieran resolviendo y aplicando el derecho mediante las interpretaciones que éstos hicieran para cada caso en particular.

La fase evolutiva se inicia en los tiempos del emperador Adriano que se caracteriza porque las opiniones de los juristas llegan a ser obligatorias para los jueces (*pretore*s), en donde surgió la discusión política, lo que fue favorable para la ciencia del derecho y fue en esta época en donde surgieron dos escuelas opuestas de jurisconsultos: la de los sabinianos y la de los

⁴ Floris Margadant S., Guillermo. *El derecho privado romano. Editorial Esfinge. 1989. pág. 58.*



proculeyanos, dando nacimiento a la literatura clásica, con los comentarios a Sabino y al Edicto, sus colecciones de *responsa* y *questiones* y sus panorámicos *Digesta*.

Guillermo F. Margadant S. Señala que "desde entonces los textos ya no sufrieron muchos cambios y como el *Corpus iuris* contiene muchos fragmentos de la literatura sabiniana y proculeyana tomadas de tales copias postclásicas, podemos tratar de formarnos una idea de los puntos de discusión y discrepancia entre ambas escuelas. Sin embargo, no es factible encontrar radicales diferencias de espíritu en general. La antigua opinión de que los sabinianos fueron más conservadores, y los proculeyanos más progresistas, resulta hoy insostenible.⁵

Labeón fue el fundador de la escuela proculeyana, enemigo del joven Imperio y Capitón, fue el fundador de la escuela sabiniana, partidario del Imperio y amigo personal de Augusto. No obstante que existían discrepancias entre ambas escuelas, las dos se encontraban sustentadas por los mismos principios y métodos, en esta fase, en el periodo comprendido entre Augusto y Alejandro Severo (235 d.C.) está imbuido de resoluciones consideradas como jurisprudencia romana.

Los jurisconsultos clásicos analizan con detalle todos los casos que se les presentaban en la realidad jurídica y procuran llegar a soluciones basados en la equidad, libertad, de seguridad y

⁵ Floris Margadant S., Guillermo. *El derecho privado romano*, Editorial Esfinge, 1989, pág. 59.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

responsabilidad individual, floreciendo así el enriquecimiento de la jurisprudencia clásica, señalándose en ella criterios que sirven de guía en la aplicación de las reglas tradicionales e inclusive son principios que prevalecen hoy en día.

Con relación a lo anterior, Guillermo F. Margadant S. comenta: "los discípulos de estos dos juristas dieron a la escuela sus nombres: Próculo era discípulo de Labeón; Sabino de Capitón. Sólo la siguiente generación de juristas advirtió que las diferentes opiniones de Labeón y Capitón estaban originando dos distintas corrientes de jurisprudencia fundadas en las *pietas* de otros tantos grupos de juristas hacia dos grandes pensadores jurídicos de un pasado inmediato"⁶

Uno de los jurisconsultos más sobresalientes de la época clásica fue Celso, de la tercera generación, quien elaboró frases que hasta la fecha son acogidas por el Derecho Moderno. Define al Derecho como *ars boni et aequi* (el arte de lo bueno y lo equitativo); señala que *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (para conocer las leyes, no basta con el conocimiento de sus palabras, sino que debemos penetrar en la fuerza y el alcance de éstas, es decir: debemos buscar el espíritu de la ley, tras de la fachada de sus palabras); que *impossibilium nulla obligatio est* (a lo imposible nadie está obligado), y que *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere* (es indebido emitir

⁶ Floris Margadant S., Guillermo. *El derecho privado romano*, Editorial Esfinge, 1989, pág. 62.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

un juicio o dar una consulta basándose en alguna frase de una ley, sin haberla estudiado en su totalidad). Presenta la famosa fórmula de que *nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi* (la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir mediante un juicio el derecho que le corresponde a uno)".⁷

Resumiendo, durante la Monarquía el jurista era un ciudadano de la clase noble, y al principio, pontífice, quien respondía las preguntas de las personas que tuvieran un problema jurídico para seguir aquellas reglas que servían para resolver los casos, en la labor del jurista no había lucro y su actividad se basaba en su prestigio personal.

En esta etapa el jurista y la jurisprudencia se guiaban por una lógica realista y práctica, y por una gran simplicidad en todas sus decisiones; los pontífices formaban el máximo colegio sacerdotal y por ende, eran los únicos intérpretes entre lo divino y lo humano que guardaban herméticamente el calendario judicial.

En la antigua Monarquía los sacerdotes eran miembros de la clase patricia; y no fue sino hasta que se llevó a cabo el proceso democrático, en la República, cuando los plebeyos empezaron a integrarse en el sacerdocio. La jurisprudencia republicana conserva las mismas características y funciones de los antiguos pontífices, los jurisconsultos pertenecen a la nobleza y muchos son pontífices,

⁷ Floris Margadant S., Guillermo. *El derecho privado romano*, Editorial Esfinge, 1989, pág. 64.

aunque después sobresalieron algunos juristas de las clases de los caballeros (*ordo equester*) en los últimos años de la República.

Pontífice fue el famoso Quinto Mucio Escévola que, en frase de Pomponio, es el primero en sistematizar el Derecho Civil en una obra de 18 libros, sirviéndose del método de la dialéctica griega mediante la distinción en géneros según este orden de materias: Herencia, Personas, Cosas, Obligaciones.

Discípulo de Quinto Mucio fue Aquilio Galo, a quien se atribuye la acción de dolo o culpa, propósito de causar daño a otro. Discípulo de Galo fue Servio Sulpicio Rufo, verdadero creador de la dialéctica jurídica y de la escuela serviana.

La jurisprudencia tuvo su esplendor durante el Imperio que se inicia con Augusto. Éste se hacía asesorar por jurisconsultos, igual que Adriano; el primer periodo de formación inicia con la etapa final de la constitución republicana del 130 a. C, al 30 a.C., caracterizada por la lógica y dialécticas griegas.

El segundo periodo que es considerado como el del apogeo de la jurisprudencia coincide con el principado del 30 a.C al 130 d.C. cuyos máximos exponentes fueron Labeón y Juliano.

El tercer y último periodo, conocido como el de la decadencia, etapa final del principado, del 130 d.C al 230 d.C. Adriano inicia la fase de la jurisprudencia burocrática, la cual consiste en la práctica

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de hacerse asesorar por jurisconsultos al crear un consejo en un órgano permanente.

El jurisconsulto emitía dictámenes basados en las *auctoritas* o prestigio personal y llevaba los casos ante el *pretor* en la fase *in iure*; el *pretor* autorizaba o negaba según le parecieran o no fundadas las alegaciones de los litigantes.

El Orador manejaba la causa en la fase de *iudicium* ante el juez o tribunal, mostrando y desarrollando las pruebas, examen de testigos y cuestiones similares.

Ambas funciones estuvieron separadas y fueron fundidas en el proceso *cognitio extra ordinem*, al plantearse al mismo tiempo las cuestiones jurídicas con los supuestos de hecho y con las pruebas.

Con base en lo anterior, para los romanos la jurisprudencia era el conjunto de opiniones jurídicas emitidas por famosos jurisconsultos, aun cuando la concepción más antigua de su concepto nos la proporcionó Justiniano como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto.⁸

En la actualidad el concepto de jurisprudencia está impregnado de la concepción romana pero con diferentes matices. Con relación a este punto Eduardo García Máynez señala que "la

⁸ Citado por Miguel Villoro Toranzo, Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, 1980, p. 177.

palabra jurisprudencia posee dos acepciones distintas: en un de ellas equivale a ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo.⁹ En la otra, sirve para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.¹⁰

Miguel Villoro Toranzo al referirse al concepto de jurisprudencia dice: "Hay que distinguir entre tres acepciones de la palabra 'Jurisprudencia'. La acepción más antigua, pues se remonta al Derecho Romano, entiende por jurisprudencia la 'Ciencia del derecho'. Justiniano la definía como 'el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto'. Poco a poco se extendió el sentido a la ciencia del derecho en cuanto a criterio de aplicación del derecho por los tribunales. Jurisprudencia es entonces la labor de los tribunales. Por ej. La jurisprudencia francesa, un tercer sentido, que es el que tomamos cuando hablamos en especial de jurisprudencia como fuente formal del derecho, designa la labor de determinados tribunales en cuanto a que el sentido de sus sentencias es obligatorio para los tribunales que les son inferiores"¹¹

El diccionario de la lengua española señala que jurisprudencia

⁹ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México, Editorial Porrúa, 1995, pág. 68. "La jurisprudencia implica el conocimiento del derecho y en este sentido, se ha tomado para significar no un conocimiento cualquiera, sino el conocimiento más completo y fundado del mismo, es a saber, el científico. Como sinónima de ciencia del derecho ha corrido entre tratadistas y legisladores. Así los romanos la definían: *rerum divinarum atque humanarum notitia, justis atque injustis scientia*. *Vera non simulata philosophia* que decía Ulpiano". F. Clemente de Diego, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Madrid, 1925, pág. 46.

¹⁰ "En la práctica normal del derecho llevada a cabo coactivamente por los órganos del Estado constitucionalmente ordenados al restablecimiento del derecho, a su cumplimiento forzoso previa declaración concreta del mismo, es donde se vincula especialmente la formación de la jurisprudencia, porque la aplicación del derecho incumbe a los tribunales como órganos específicos de esa función y de aquí que la jurisprudencia se refiera per eminentiam a la actividad de los jueces y tribunales". De Diego, obra citada, pág. 57.

¹¹ Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al estudio del derecho*. México, Editorial Porrúa, 1980, pág. 177.

es: "1. Ciencia del derecho. 2. Enseñanza Doctrinal que dimana de las decisiones o fallas de autoridades gubernativas o judiciales. 3. Norma de juicio que suple omisiones de la ley y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos."¹²

Con relación a esta última definición, Héctor Gerardo Zertuche García comenta que: "Destacan en lo anterior tres notas a saber: la primera en cuanto a la generalidad de la misma como ciencia del derecho, la segunda en un plano más restringido refiriéndose al ente estatal que puede emitir la jurisprudencia, y finalmente la tercera que estima se requiere un elemento de reiteración a casos idénticos o similares para que se dé esta noción".¹³

Joaquín Escriche nos dice en su diccionario al referirse a la jurisprudencia que "la ciencia del derecho Justiniano la definió: *Divinarum atque humanarum rerum notitia justi injustique scientia*; el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto. Las primeras palabras de esta definición pertenecen a la definición de la filosofía de manera que el sentido es que la jurisprudencia no consiste sólo en el conocimiento de las leyes, usos y costumbres, sino que exige también una noticia general de todas las cosas sagradas y profanas a que pueden aplicarse las reglas de la justicia. Otros definen la jurisprudencia diciendo ser: el hábito práctico de

¹² *Diccionario de la lengua española*, Décimo novena edición, volumen IV, Real Academia Española, Espasa Calpe, S.A., 1981, p. 783.

¹³ Zertuche Ggarcía, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. México, Editorial Porrúa, 1992, pág. 4.

interpretar rectamente las leyes y de aplicarlas oportunamente a los casos que ocurren. También se llaman jurisprudencia los principios que en materia de derecho se siguen en cada país o en cada tribunal; el hábito que se tiene de juzgar de tal o cual manera una misma cuestión; y la serie de juicios o sentencia uniformes que forman uso o costumbre sobre un mismo punto de derecho".¹⁴

Los conceptos antes mencionados son coincidentes en algunos aspectos, pero discrepan en otros, ya que para el autor citado en primer término, el concepto de jurisprudencia lo concibe en dos acepciones distintas, mientras que el segundo autor la concibe en tres conceptos, en tanto que el tercer autor hace referencia a tres conceptos difiriendo de lo expresado por Eduardo García Máynes. El diccionario de Escriche la concibe en forma diversa atendiendo a cuestiones filosóficas. Expondremos la postura que consideramos correcta.

La definición que nos proporciona García Máynes en cuanto a que la jurisprudencia es la ciencia del Derecho o teoría del orden jurídico positivo estamos de acuerdo en que así lo es, ya que ello implica conocimiento del derecho como un conjunto de conocimientos ordenados y sistematizados para tratar de establecer sus postulados, podemos decir que es el conocimiento completo del Derecho, además de que esta concepción, como ya lo mencionamos, es la más antigua que conocemos debido a las

¹⁴ Escriche, Joaquín, Jurisprudencia, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Tomo III*, México, Manuel Porrúa, S.S.A., 1979, pág. 1174

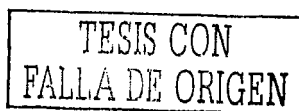
ideas del emperador Justiniano.

En cuanto al concepto que nos proporciona referente a la teoría del orden jurídico positivo precisamos lo siguiente: de acuerdo con el Diccionario de filosofía al referirse a la teoría, establece que: "La verdad de una teoría consiste en su validez y su validez depende de su capacidad para cumplir las funciones a las que está llamada".¹⁵

Aplicando la idea anterior al tema que nos ocupa, afirmamos que la teoría es el conjunto de conocimientos de Derecho ordenados y sistematizados cuyo objeto es satisfacer las exigencias y necesidades de una sociedad, para que a través de determinadas reglas jurídicas se resuelvan los problemas suscitados entre particulares y entre éstos y el Estado, ya que de esta manera se argumenta que las teorías jurídicas elaboradas cumplen con la función para las que fueron creadas.

La doctrina está conformada por las teorías elaboradas por diversos estudiosos del Derecho, es decir, son opiniones sustentadas por los tratadistas respecto a las cuestiones del mundo jurídico, carece de valor jurídico porque los autores no tienen autoridad para elaborar el Derecho, función propia de los legisladores, luego entonces, la teoría tiene un valor intelectual para auxiliar en la aplicación e interpretación de la ley.

¹⁵ Abbagnano, Incola. *Diccionario de filosofía*. México, FCE, 1987, pág. 1128.



Los dos conceptos proporcionados por García Máynez están limitados en cuanto a la nueva concepción que se tiene del término jurisprudencia porque, coincidiendo con Miguel Villoro Toranzo de que la jurisprudencia no puede estar limitada por dos acepciones pues se le puede designar a ésta, considerándola como fuente formal del Derecho, a que las decisiones de los tribunales superiores son obligatorias para los tribunales inferiores.

Aun cuando pudiera afirmarse que esto último no es propiamente jurisprudencia, sino una técnica de ella, estamos de acuerdo con esta tercera concepción porque es un término empleado en nuestros tribunales nacionales que emanan da la Ley de Amparo y de los criterios sustentados con nuestro más alto tribunal al señalar lo siguiente:

"JURISPRUDENCIA, CONCEPTO Y OBLIGATORIEDAD DE LA. No se puede equiparar la jurisprudencia con el 'uso', 'costumbre' o 'práctica en contrario' de que habla el artículo 10 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales en virtud de que la jurisprudencia de la Suprema Corte no se origina ni se funda en ellos, sino que emerge de la fuente viva que implica el análisis reiterado de las disposiciones legales vigentes, en función de su aplicación a los casos concretos sometidos a la consideración de este alto tribunal, conforme a su competencia; y precisamente porque la jurisprudencia es fuente de derecho, de ahí dimana su obligatoriedad en los términos del artículo 193 bis de la Ley

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de Amparo.

Amparo en revisión 4085/61. Cía. De Fianzas México, S.
A. 15 de marzo de 1968. 5 votos. Ponente. Jorge Iñarrítú¹⁶

Al respecto Rafael de Pina dice: "La jurisprudencia es la manifestación de criterio uniforme con que un tribunal supremo interpreta por medio de sus sentencias, el derecho nacional y que aún no teniendo carácter legal obligatorio, cuando es producto de una magistratura culta y prudente, ejerce sobre las resoluciones de los tribunales 'inferiores una influencia ordenadora'.¹⁷

Así obtenemos, que la jurisprudencia cumple una función orientadora en la interpretación del ordenamiento jurídico independientemente de que es un acto jurídico porque produce consecuencias de derecho.

En relación con la definición que nos proporciona Escriche, en cuanto a que "la jurisprudencia es el hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y de aplicarlas oportunamente a los casos que ocurren", precisamos que el arte de interpretar el ordenamiento jurídico no es exclusivo de la jurisprudencia, sino de la técnica jurídica, sin embargo, estamos de acuerdo en que la jurisprudencia es un acto jurídico porque produce consecuencias de derecho, porque a través de ella se interpreta el ordenamiento

¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen CXXIX, Tercera Parte, pág. 28.

¹⁷ De Pina, Rafael, *Pedagogía Universitaria*, en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo XII, Número 46, México. UNAM, Abril-Junio de 1958, pág. 53.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

jurídico ante la omisión de la ley o la poca claridad de ella.

Miguel Villoro Toranzo dice: "La ciencia es un conjunto sistemático y metódico de conocimientos fundados de las cosas por sus causas próximas. Es un 'conjunto de conocimientos', pues uno o varios conocimientos aislados no llegan a constituir una ciencia. Ese conjunto de conocimientos debe de ser 'sistemático y metódico', es decir, debe de ser organizado formando un cuerpo ordenado o sistema de conocimientos, conforme al método o métodos propios de la ciencia. Los conocimientos no pueden ser meras opiniones o creencias sino que deben 'fundarse' ya sea en demostraciones, ya en explicaciones de las relaciones de una o varias cosas con 'sus causas próximas'. Precisamente por ser un conocimiento fundado, el conocimiento científico produce certeza, que podrá ser mayor o menor, según el método de fundamentación propio de cada ciencia".¹⁸

En conclusión: La jurisprudencia como ciencia del Derecho, es un conjunto de conocimientos jurídicos ordenados y sistematizados con el propósito de cumplir, mediante la creación de normas, con las funciones exigidas en una sociedad, para lo cual se requiere que los lineamientos jurídicos plasmados en todo ordenamiento tengan la capacidad de hacer cumplir esa función.

¹⁸ Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al estudio del derecho. México, Editorial Porrúa, 1980, pág. 133.

1.2. NOCIÓN DE JURISPRUDENCIA TÉCNICA

Antes de dar una definición de jurisprudencia técnica, es conveniente definir ¿qué es técnica?, ya que el concepto de jurisprudencia lo definimos anteriormente. Al respecto, Miguel Villoro Toranzo afirma que: "Técnica es aquella actividad humana que aplica diestramente los conocimientos científicos en la realización práctica de un fin determinado".¹⁹

El Pequeño Larousse Ilustrado define el término técnica como "El conjunto de procedimientos y métodos de una ciencia, arte, oficio, industria".²⁰

Eduardo García Máynez señala que "el objeto de la jurisprudencia técnica es la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación".²¹

El mismo tratadista señala que la definición anterior ofrece dos aspectos fundamentales: uno teórico o sistemático y otro técnico o práctico. En el primero es una exposición de las reglas jurídicas que pertenecen a un ordenamiento temporal y espacialmente circunscrito; en el segundo, el arte de la interpretación o aplicación de las normas (legales o

¹⁹ Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al estudio del derecho*. México, Editorial Porrúa, 1980, pág. 135.

²⁰ *El Pequeño Larousse Ilustrado*. México, Editorial Larousse, 1996, pág. 960.

²¹ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1995, pág. 124.

consuetudinarias) que la integran.

De los conceptos anteriores se desprende que todo ordenamiento jurídico debe de estar elaborado en forma lógica-sistemática, de tal suerte que no represente ningún problema para su interpretación, a esa conclusión se llega cuando en su concepto señala que la exposición de los preceptos jurídicos debe de ser ordenada y coherente, pero ¿cómo es factible lograr ese propósito? Tomando el legislador en consideración aquellos aspectos o hechos de la realidad que son trascendentales y fundamentales en los valores socioculturales de una sociedad, es decir, previamente a la creación de una norma, el legislador debe considerar los aspectos o hechos que son esenciales para hacer posible la vida en sociedad por transgredir valores fundamentales de ella, luego entonces, el legislador procede a 'conceptualizar', mediante normas, aquellos hechos o aspectos de la realidad que deben ser tutelados por el Estado, ya que son valores fundamentales de ella, y los conceptualiza al definir el lenguaje jurídico esas conductas.

Es importante determinar que la exposición ordenada y coherente de los preceptos se logra no sólo mediante un método lógico-sistemático con el objeto que halla congruencia en un determinado ordenamiento jurídico, sino que además es importante tratar lo relativo a las causas del derecho. ¿Cuál es la causa que da nacimiento al sistema normativo jurídico? El hombre con su inteligencia y su voluntad libre, al respecto Rudolf Stammler señala que "Quien seriamente medita sobre ello no

podrá ver en la formación de un orden jurídico sino una misión impuesta por Dios al hombre; pero el derecho en cuanto tal, es necesariamente obra humana. Sólo los hombres son responsables de las normas jurídicas y en su propia voluntad la que en estas normas jurídicas se manifiesta".²²

El derecho es producto de la actividad cultural del hombre porque los preceptos jurídicos están impregnados de estructuras sociales y manifestaciones intelectuales que caracterizan a una sociedad.

La formulación de los preceptos jurídicos no está a cargo de todos los hombres que conforman una sociedad, sino de un grupo reducido, por tanto, la formación de dichos preceptos está a cargo del legislador, por ello, la causa del derecho positivo es la voluntad del legislador que como representante de la autoridad debe ser acatada por los súbditos, pero para que un ordenamiento sea acatado por ellos, deben estar conformados por los ideales de justicia; pero ¿qué datos debe tomar en consideración el legislador al crear la norma de tal forma que pueda construir la realidad jurídica de determinados aspectos o hechos?, es indudable que los datos a considerar por el legislador deben ser de carácter cultural, social, moral, etcétera, abstrayendo aquellos hechos que pueden transgredir los valores fundamentales de una sociedad, y ante ello, emplear su poder coercitivo cuando se dejen de observar.

²² Stammer, Rudolf. *La Génesis del Derecho*. (Trad. De Wenceslao Roces). 2ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1936.

La jurisprudencia técnica es una doctrina de orden positivo que no se ocupa sobre la esencia del derecho ni estudia los valores supremos del mismo, sino que su papel se reduce a tratar de establecer determinadas reglas sistematizándolas y en qué forma pueden ser resueltos los problemas para su aplicación. La jurisprudencia técnica versa estableciendo métodos para la interpretación y aplicación de las normas.

A las ramas de la jurisprudencia técnica se les conoce como sistemática-jurídica, es decir, a la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y lugar determinado, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación se le denomina técnica jurídica o doctrina de la aplicación del derecho.

De acuerdo con la clasificación de las ciencias a ¿Cuál pertenece la jurisprudencia técnica?

El filósofo alemán Wilhelm Windelband dice que hay dos clases de disciplinas científicas, nomotéticas e ideográficas. Las del primer grupo (ciencias de leyes) expresan las relaciones necesarias que existen entre los fenómenos naturales; las del segundo (ciencia de sucesos) estudian los hechos pretéritos en su individualidad característica, a estas últimas suele dárseles la denominación de ciencias históricas.²³

²³ García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México, Editorial Porrúa, 1995, pág. 126. Citado por Augusto Meccer en su obra la Filosofía actual, pág. 74 de la trad. castellana J. Xirau.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La nomotéticas no desdeñan el examen de los hechos, pero cuando los toman en cuenta, lo hacen con el deseo de descubrir lo que tienen en común con otros, o a fin de establecer sus efectos y sus causas. Para los cultivadores de las ciencias de la naturaleza (física, química, biología etc.), los fenómenos son casos particulares de una ley, ejemplares -en sí indiferentes- de una clase; porque la fijación de lo individual y particular les sirve sólo como medio para la consecución de su propio fin cognoscitivo, que es la aprehensión de relaciones generales, el conocimiento de leyes. El historiador, en cambio, se atiene a lo particular, a lo único, a lo intuitivo; su problema consiste "en dar nueva vida y actualidad ideal a determinadas formas del pasado, con la totalidad de su fisonomía individual". El investigador de la naturaleza intenta hacer abstracción de los objetos sensibles que continuamente aparecen y desaparecen para comprender las leyes válidas de todo acontecer, en su intemporal invariabilidad, construye como "verdadera esencia" de las cosas "un mundo de átomos incoloros y mudos, sin el frescor de las cualidades sensibles". El historiador se sumerge gustoso en lo concreto y temporal, y "no da cuadros de hombres y vidas humanas con toda la riqueza de sus peculiares formas, con la plenitud de su vida individual".

De lo anterior se deduce que la jurisprudencia técnica no corresponde a ninguna disciplina científica denominada nomotética porque la jurisprudencia técnica no formula leyes que corresponden a las disciplinas científicas nomotéticas, ni tampoco

describe sucesos como las ideográficas, por lo que se concluye que la clasificación del filósofo alemán es incompleta.

Kelsen sostiene que las disciplinas científicas deben de clasificarse en explicativas y normativas: las primeras corresponden a las ciencias naturales, y las segundas consisten en el conocimiento de las normas, de las reglas de conducta que postulan deberes, coincidiendo las nomotéticas con las explicativas.

Con base en la explicación expuesta por el filósofo alemán y el filósofo checoslovaco, podemos concluir que hay tres grupos de disciplinas: 1. nomotéticas y explicativas; 2. ideográficas e históricas y 3. normativas.

Eduardo García Máynez dice que "la combinación precedente no forma todavía una clasificación completa, porque en ella no aparecen las ciencias matemáticas.. En efecto: estas no estudian hechos, ni causas ni normas. Creemos que es posible definir las como ciencias de axiomas ya que están integradas por proposiciones que se obtienen deductivamente partiendo de una serie de principios necesarios o evidentes. Hay, por ende, cuatro clases de disciplinas: 1. ciencia de leyes; 2. ciencia de sucesos; 3. ciencia de axiomas y 4. disciplinas normativas."²⁴

La jurisprudencia técnica corresponde a las disciplinas

²⁴ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México, Editorial Porrúa, 1995, pág.127.

normativas porque a través de ellas se lleva a cabo la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos.

Ya comentamos que la sistemática jurídica es la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos, pero ¿de qué forma debe de realizarse? Los romanos inicialmente hicieron la división en derecho público y derecho privado, a la vez estas ramas se subdividieron en leyes especiales, por ejemplo, el derecho público abarca al derecho constitucional, administrativa, penal y procesal; el privado en civil y mercantil, por lo que hace a este último se hace alusión al derecho interno. Por lo que respecta al derecho público y al derecho privado encontramos relaciones de naturaleza interestatal, así obtenemos que puede haber derecho público internacional y derecho privado, estos a su vez se clasifican en derecho penal internacional, derecho internacional administrativo y derecho mercantil internacional etcétera.

La función de sistematización no se limita clasificando las normas de derecho en disciplina especiales, sino además debe de hacerse en función de ellas, es decir, una regla especial se divide en varias partes, y cada una de ellas es un sistema, por ello se forman grupos de reglas jurídicas denominadas instituciones.

Al respecto García Máynez comenta que "institución es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza. Podemos mencionar como ejemplos las normas relativas a la hipoteca, el matrimonio, la filiación, el contrato de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

seguros, la sociedad mercantil, etcétera. Las instituciones pueden ser (según la clasificación de Du Pasquier) secundarias o principales. Las primeras agrúpanse alrededor de las segundas y representan subdivisiones o especies de un género común. El contrato de aprendizaje, verbigracia, es institución secundaria en relación al trabajo, y este a su vez, una clase especial del negocio jurídico al lado de otras".²⁵

Creemos que con la exposición anterior queda perfectamente explicado lo que es la sistemática jurídica.

En cuanto a la técnica jurídica el maestro Eduardo García la define como "el arte de interpretación y aplicación de los preceptos del derecho vigente".²⁶

El diccionario de la lengua española señala que por el término interpretar debe entenderse:

"1. Explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos fallos de claridad. 2. Tratándose de una lengua a otra. 3. Entender o tener en buena o mala parte una acción o palabra. 4. Atribuir una acción a determinado fin o causa. 5. Comprender y expresar bien o mal el asunto o materia de que se trata. Dícese de los actores o de los artistas en general".²⁷

²⁵ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México, Editorial Porrúa, 1995, pág. 128.

²⁶ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México, Editorial Porrúa, 1995, pág. 129.

²⁷ Diccionario de la Lengua Española, Ob. Cit., pág. 761.

Con base en lo anterior, señalamos que Interpretar una norma no es más que desentrañar su sentido, su significación, sin limitarse a tomar en consideración únicamente el aspecto gramatical, sino combinando una serie de métodos que nos pueda indicar con toda certeza cual fue la voluntad del legislador al crear la norma; la jurisprudencia juega un papel importante en la interpretación de las normas porque como acto jurídico que produce consecuencias de derecho constituye una guía o orientación en la interpretación de la ley, ya sea porque existen lagunas en ella o el legislador fue omiso para resolver determinados hechos concretos.

Nuestro más alto tribunal ha sostenido qué:

“JURISPRUDENCIA, NATURALEZA. La jurisprudencia en el fondo, consiste en la interpretación correcta y válida de la ley que necesariamente se tiene que hacer al aplicar ésta.

Amparo directo 7971/60. José G. Romo. 20 de febrero de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente Manuel Rivera Silva.”²⁸

Al respecto Luis Recasens Siches señala que: “No puede existir ningún orden jurídico sin función Interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, aplicadas”.²⁹

²⁸ *Seminario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XLIVA, Segunda Parte, pág. 86.

²⁹ Recasens Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Octava Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1983, pág. 627.

Nuestro máximo tribunal ha sostenido el siguiente precedente:

"INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Es principio de hermenéutica jurídica el de que cuando exista contradicción entre dos disposiciones legales, debe investigarse si una de ellas no contiene un principio general, y la segunda un caso de excepción, pues en caso afirmativo, no existe en realidad contradicción entre ellas, ya que pueden aplicarse a los casos que respectivamente prevén.

Amparo penal, revisión del auto que desechó la demanda 3393/50, Rojas Guadalupe, 13 de noviembre de 1950, mayoría de 3 votos."³⁰

De lo que se colige que en nuestro sistema jurídico la interpretación y aplicación de las normas son funciones de los órganos judiciales y administrativos, empleando métodos de interpretación para fijar en su caso, mediante esta actividad, la jurisprudencia.

La interpretación sólo puede realizarse cuando existe un precepto que pueda ser interpretado, pero cuando no existe precepto para resolver un caso concreto, entonces se dice que existe una laguna en la ley, y por ende el juzgador debe llenarla; esta forma de aplicar la ley se denomina integración.

³⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CVI, pág. 1354.

En consecuencia, estamos de acuerdo con el concepto que nos proporcionan los tratadistas como la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y lugar determinados y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación, limitándonos exclusivamente en este apartado a señalar lo conducente a la jurisprudencia técnica, y con posterioridad en el tema correspondiente ampliaremos todo lo relativo a la interpretación de la jurisprudencia de la norma en general.

1.3. LA JURISPRUDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE UNA COSTUMBRE JURÍDICA.

De acuerdo con el tema anterior, podemos afirmar que la jurisprudencia es un acto jurídico que produce consecuencias de derecho al jugar un papel de orientación en la aplicación de la ley, consideramos que es fuente del derecho, como un conjunto de principios contenidos en las decisiones de los tribunales, pero para el presente tema es conveniente establecer, el papel que juega la jurisprudencia en las distintas familias jurídicas, aun cuando queremos dejar perfectamente claro que por no ser tema de este trabajo, no entraremos en el estudio del derecho comparado, sino que haremos una breve referencia con el objeto de comprender el presente capítulo.

René David comenta lo siguiente: "El derecho comparado –y en ello reside su principal interés, a juicio de muchos- constituye

un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación de nuestra ciencia jurídica; debe servirnos para conocer mejor, comprender y profundizar en nuestro propio derecho. Cuando los juristas se repliegan sobre su derecho nacional, corren el riesgo de convertirse en simples técnicos, incapaces de dirigir, como su misión, el desarrollo de su derecho.

El derecho, en cuanto ciencia social, no puede, al igual que ocurre con la historia, la economía, la teoría o la sociología, ser estudiado exclusivamente desde una perspectiva puramente nacional. El nacionalismo jurídico es mas bien provincianismo, inconciliable con el auténtico espíritu científico y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del derecho nacional".³¹

De lo que se colige, que para la evolución del derecho en cualquier país, es necesario compararlo con las legislaciones de otras naciones, pero se hace una breve referencia para establecer el papel que juega la jurisprudencia dentro de las diferentes familias jurídicas; para ello, trataremos de explicar qué es un sistema de derecho.

René David comenta lo siguiente: "Se llaman generalmente sistemas de derecho aquellos tipos a los que resulta posible reducir lo derechos existentes, pero no nos parece acertada dicha expresión, porque sistema de derecho es la expresión que nos

³¹ David, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, España, Editorial Aguilar, S. A., 1969, pág. 9.

sirve al margen de toda comparación, para designar el conjunto de ramas que, en un país dado, se combinan para formar el derecho nacional. Una nomenclatura menos empleada, pero más adecuada a nuestro juicio es la de familias jurídicas".³²

Del comentario anterior deducimos que el sistema jurídico es precisamente el derecho objetivo que rige en un determinado país y que no es comparable con la legislación de otras naciones.

El mismo jurista francés dice que "existen dos cuestiones fundamentales a las que hay que atender, siendo una de éstas en razón de la técnica jurídica cuando nos percatamos si un jurista formado en un sistema jurídico determinado puede desenvolverse con cierta comodidad en otro sistema jurídico, si esto no es así, es muy factible que se trata de sistemas jurídicos que no pertenecen a la misma familia, ya sea que esto se deba a los distintos métodos de estudio realizados, la jerarquía de las fuentes del derecho o incluso al vocabulario jurídico cuando expresan distintos conceptos."³³

El mismo David René señala que tampoco puede hablarse de sistemas que pertenezcan a una misma familia cuando éstos se funden en principios filosóficos, económicos o políticos y pretenden realizar tipos de sociedades diferentes.³⁴

³² Ibidem, págs. 10-11.

³³ Ibidem, pág., 13.

³⁴ Ibidem, pág., 13

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El comentario del jurista francés es muy ilustrativo para tratar de establecer la diferencia existente entre sistemas jurídicos y familias jurídicas, siendo este último una acepción más amplia que el primero, y nos quedan claros los criterios a seguir para tratar de ubicar cuándo un sistema jurídico pertenece a una misma familia, como lo dice el jurista, debe de atenerse a los métodos de estudio, a las jerarquías de las fuentes del Derecho, al vocabulario jurídico, a los principios filosóficos, económicos y políticos que imperan en una determinada sociedad, luego entonces, la familia jurídica encuentra su sustento en su "tradición".

Al respecto, el jurista John Henry Merryman señala que "una tradición jurídica, como el término lo indica, ... Son mas bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural".³⁵

Resulta elocuente la exposición anterior, por lo que a continuación aplicaremos los conceptos que se mencionan, al sistema jurídico mexicano y a la familia jurídica del Common Law.

³⁵ Merryman, John Henry. *La tradición jurídica Romano-Canónica*. México, FCE, 1979, pág. 15.

La familia jurídica del Common Law pertenece a los ordenamientos que rigen en Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica.

Con relación a lo anterior, René David dice: "Comprende esta segunda familia el derecho de Inglaterra y los derechos que han tenido como modelo el inglés. Las características del Common Law son totalmente diferentes de las de la familia romano-germánica. El Common Law ha sido elaborado por los jueces en el curso de dirimir los litigios entre particulares, y este origen es hoy todavía evidente. La norma jurídica del Common Law, menos abstracta que la de los derechos romanos-germánicos, es una norma que proporciona solución a un proceso, así como las relativas a la ejecución de las decisiones judiciales, tienen el mismo rango, si no superior, para los juristas ingleses, que las normas que se refieren al fondo del derecho, debido quizá a que su preocupación inmediata es establecer la paz, no echar las bases del orden social. Además el Common Law está vinculado en sus orígenes al poder real; se ha elaborado en los casos en los que la paz del reino estaba amenazada, o cuando alguna otra consideración exigía o justificaba la intervención del poder real; se presenta esencialmente como un derecho público, y los litigios entre particulares 'sólo interesan' a los tribunales del Common Law en la medida en que afectan al interés de la corona o del reino. En la formación y elaboración del Common Law, especie de derecho público surgido del procedimiento, la ciencia de los romanistas, fundada sobre el derecho civil, sólo ha desempeñado un papel de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

segundo orden. Las divisiones del Common Law, los conceptos que emplea y el vocabulario de sus juristas difieren totalmente de las divisiones, conceptos y vocabularios propios de la familia romano-germánica."³⁶

Los lineamientos establecidos por el Common Law ha dado lugar a señalar que no es un derecho codificado y de origen consuetudinario y cuya interpretación se basa en métodos realistas o sociológicos; por éso el jurista Salvio de Figueiredo Teixeira explica: "El Common Law, también llamado 'case law', es cuerpo de principios, precedentes y reglas, que procuran cimentarse, no en normas fijas sino en principios inspirados en la justicia, en la razón y el buen sentido, determinados por las necesidades de la comunidad y por las transformaciones sociales a partir de la premisa de que esos principios, deben ser susceptibles de adaptación a las nuevas condiciones, a los intereses, relaciones y usos impuestos o requeridos por el progreso de la sociedad."³⁷

De los comentario de los tratadistas se desprende que la familia jurídica del Common Law en cuanto a su interpretación es inminentemente práctico con una metodología de carácter sociológico.

Al respecto, el jurista Eduardo J. Couture escribe:

³⁶ Ibidem, pág. 16.

³⁷ De Figueiredo Teixeira, Salvio. *Consideraciones y Reflexiones sobre el Derecho Norteamericano*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXIX. Número 113, México. UNAM, Dirección General de Publicaciones, Mayo-Agosto, pág. 366.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

“Dice Roscoe Pound, tratando de expresar el sentido de esa concepción norteamericana de la interpretación de la ley: nuestro método es histórico y no lógico; nosotros no buscamos hacer lógica jurídica, sino desentrañar mediante el hallazgo de una ley, el sentido de una solución jurídica; no aspiramos a que el derecho sea completo, porque nuestra experiencia nos dice que no lo es, sino que buscamos en el tesoro de nuestros precedentes la ley escrita o consuetudinaria que solucione el caso particular”.³⁸

Con base en el comentario de este jurista, se determina que la interpretación y aplicación de la ley no se hace a través de la lógica jurídica, sino por medio de los precedentes de la ley escrita consuetudinaria para solucionar determinado caso particular, es decir, no se trata de desentrañar el sentido de la ley, sino desentrañar el hallazgo de la ley para solucionar las cuestiones planteadas por conducto de los precedentes.

En cuanto a la aplicación del Common Law, Carlos de la Vega Benayas dice: “La técnica de aplicación en el ‘Common Law’ se basa en la ‘force of decided cases’, en el principio ‘stare decisis’ y también entre la distinción entre la llamada ‘ratio decidendi’ y el ‘obiter dicta’. Estos últimos, es decir, lo que podríamos traducir por argumentos circunstanciales que ayudan a formar la decisión, no tienen fuerza vinculante mas que para el caso particular, mientras que los principios –razón decisiva- que fundaron una resolución

³⁸ Couture, Eduardo J. *Interpretación e Integración de las Leyes Procesales*, en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Tomo XI, Número 43, México, UNAM, Julio-Septiembre 1949, pág. 92:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

obligan a todos los jueces siempre que procedan de determinados altos tribunales y el juez no califique el hecho de modo distinto".³⁹

De acuerdo con lo anterior, los principios rectores en las técnicas de aplicación del Common Law se fundamentan en el '*force of decided cases*' y en el principio '*stare decisis*' y '*ratio decidendi*' y el '*obiter dicta*', que se utilizan como argumentos para soportar las decisiones judiciales, mediante el método inductivo, por lo que a continuación estudiaremos los principios de referencia.

Respecto al '*stare decisis*' Gerardo Federico José Puertas Gómez escribe: "La regla del '*stare decisis*' es la política judicial mediante la cual, una decisión de un tribunal competente, que determine un punto, una regla o un principio de derecho surgido y aplicable a un conjunto determinado de hechos (casos concreto), debe ser seguido y aplicado en las resoluciones de todos los casos posteriores con los mismos puntos, reglas o principios, y semejantes hechos".⁴⁰

El '*stare decisis*' es un principio que rige en el Common Law, en el sentido de que debe ser aplicado para casos posteriores que contengan los mismos puntos, reglas o principios, permitiéndose en la técnica de aplicación la similitud, pero hay que resaltar que el

³⁹ De la Vega Benayas, Carlos. *Introducción al derecho judicial*, Madrid, España, Editorial Montecorvo, 1970, pág. 30.

⁴⁰ Puertas Gómez, Gerardo Federico José. *El Precedente Judicial y La Jurisprudencia en los Sistemas Jurídicos Norteamericano y Mexicano*. Tesis en opción al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Monterrey, División de Ciencias Jurídicas, Monterrey, México, Marzo de 1981, pág. 13.

principio de referencia debe basarse en un conjunto determinado de hechos; pero, ahora bien, ¿cómo se logra lo anterior?, es decir, ¿cómo se buscan los precedentes que deben de observarse para el caso concreto mediante el método inductivo?, la respuesta la obtenemos mediante la llamada "técnica de las distinciones", al respecto el citado Puertas Gómez refiere que "estudia los hechos del caso que está decidiendo. Los puntos del derecho que presenta, y los compara con los hechos y puntos controvertidos de derecho de los precedentes, para determinar la similitud entre ambos casos y el grado de aplicabilidad de la solución anterior al conflicto actual. La técnica de las distinciones presenta los puntos de coincidencia y divergencia entre ambos juicios; y tiene por objeto la adaptación de los precedentes a la nueva situación o en su caso, el establecimiento de que el punto de derecho y los hechos del proceso anterior no son similares a los que se está conociendo y por tanto, aquél no tiene obligatoriedad '*stare decisis*' sobre de éste".⁴¹

La técnica de las distinciones se basa entre la coincidencia y contradicción entre ambos juicios, es decir, entre los hechos y puntos controvertidos para tratar de establecer si hay similitud, nótese que aquí la similitud juega un papel trascendental ya que en caso de que los juicios contradictorios o coincidentes no se adapten a los precedentes por similitud, no existirá obligatoriedad '*stare decisis*'.

⁴¹ Ibidem, págs. 48-49.

Rolando Tamayo y Salmorán al referirse a la "*ratio decidendi*" (razón de decisión) expone que: "... '*ratio decidendi*' se usa para referirse a los argumentos que motivaron la sentencia, los cuales pueden encontrarse en sus considerandos. Sin embargo, la '*ratio decidendi*' de una decisión judicial no es necesario que sea expresamente anunciada, ni contenida en una frase u expresión del tribunal, ni necesariamente hecha pública en un informe judicial (el reporter pudo malinterpretar la sentencia). La '*ratio decidendi*' tiene que ser descubierta determinando qué hechos fueron considerados relevantes para la decisión y qué argumentos jurídicos justifican tal decisión. La determinación de la '*ratio decidendi*' es tarea de un tribunal posterior, el cual debe determinar si el caso es un precedente del asunto que conoce o no. Si es así, y no encontrando elementos que permitan distinguir el caso de su conocimiento el tribunal se encuentra vinculado por la decisión anterior".⁴²

De acuerdo con lo anterior, señalamos como caso similar a nuestra legislación que hay resoluciones judiciales tanto en el derecho anglosajón como en el romano-germánico que causan precedentes y que por ello tienen obligatoriedad para determinados tribunales, sin embargo, la '*ratio decidendi*' es determinada por un tribunal superior el cual señalará si constituye o no un precedente el asunto planteado.

Rolando Tamayo vuelve a señalar que: "Todo aquello en la

⁴² Tamayo y Salmorán, Rolando. "Ratio Decidendi", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VII, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, pág. 327.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sentencia que no es parte de la '*ratio decidendi*' es considerado '*obiter dicta*' (casos hipotéticos, explicaciones. Aclaraciones, etc.)"⁴³

Una vez precisado qué es un precedente que en el Derecho anglosajón adquiere obligatoriedad en su aplicación para casos posteriores, por existir similitud entre éstos y los hechos planteados, es conveniente precisar cómo deja de tener obligatoriedad un precedente denominado el "*Overrule*".

Dos caminos son factibles para ello, el legislativo y el jurisdiccional, por lo que hace al primero de ellos el procedimiento es muy sencillo y no representa ninguna complejidad porque basta que el poder legislativo estatal o local establezcan una ley o principio distinto al contenido en un precedente federal o local según sea el caso.

En cambio, la jurisdiccional es más complicada, al respecto Gerardo Federico José Puertas Gómez señala como formas de terminar con la obligatoriedad de un precedente, las siguientes:

1. Porque la razón que dio origen al precedente ya desapareció.
2. Porque la decisión anterior postule un error o esté equivocada.
3. Porque la sentencia predecesora vaya en contra

⁴³ Ibidem, pág. 327.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de principios claros de derecho.

4. Porque la resolución sea contraria a la justicia.
5. Por cambios en las circunstancias sociales, económicas y políticas que hagan carente de validez el principio que fundamentó la decisión.⁴⁴

El derecho anglosajón aún cuando difiere de la familia jurídica romano-germánica son coincidentes ambas familias en que sus decisiones deben de estar inspiradas en la justicia y se rigen por principios de derecho.

En conclusión, la familia jurídica del Common Law se inspira en la justicia en principios claros de derecho que están plasmados en precedentes que tienen su origen en la costumbre y que tienen obligatoriedad cuando los casos son similares pero para ello no atienden a los razonamientos lógicos jurídicos, sino que la técnica de aplicación, como ya se dijo, se basa en los precedentes como ley escrita o consuetudinaria.

Es conveniente determinar cuándo estamos en presencia de una costumbre jurídica, por decirlo así, ya que de acuerdo con nuestra legislación, en esencia no podríamos denominarlo de esta manera, sino que debemos de hacer referencia a la reiteración de resoluciones judiciales que contienen determinados principios, que debido a ello, es obligatoria su observancia, constituyendo así, una

⁴⁴ Ibidem, pág. 54.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

costumbre jurídica.

Anteriormente mencionamos que la jurisprudencia es el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales, pero es importante distinguir entre tesis y ejecutoria para comprender mejor lo que se expone.

Si la Corte funcionando en pleno, formula una interpretación del artículo 16 constitucional y la ejecutoria o sentencia es aprobada, es una tesis aislada que no es jurisprudencia obligatoria, pero si el pleno aplica la misma interpretación en cinco resoluciones no interrumpidas por otra en contrario y son aprobadas las ejecutorias por más de 13 ministros la norma jurisprudencial queda formada y decimos que es "norma jurisprudencial" porque de conformidad con el artículo 192 de la ley de Amparo la propia corte y los tribunales inferiores tienen el deber de acatarla, por eso se dice que la jurisprudencia tiene la misma fuerza que la ley y juega el mismo papel.

Si la jurisprudencia no está formada, ni la Corte ni los Tribunales Inferiores tienen la obligación de acatarla, pero cuando tiene obligatoriedad, su función es interpretativa y deben acatarla de acuerdo con los lineamientos plasmados en ella los tribunales inferiores.

De conformidad con el artículo 192 de la Ley de Amparo "las ejecutorias de las salas de la Suprema Corte de Justicia

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hallan sido aprobadas por lo menos por cuatro ministros".⁴⁵

El artículo 194 de la Ley de Amparo establece que "La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por 14 ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por 4, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito. En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa. Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas para esta ley, para su formación".⁴⁶

Las expresiones empleadas por el legislador "se interrumpe" y "modificación" son poco afortunadas porque la jurisprudencia ni se interrumpe ni se modifica sino se deroga, porque al surgir una nueva tesis que contradiga las cinco ejecutorias que prevalecían, con ello dejan de tener carácter obligatorio, luego entonces, se insiste: la jurisprudencia anterior se deroga y por ende deja de tener observancia.

⁴⁵ Trueba Urbina, Alberto Y Jorge Trueba Barrera. *Nueva Legislación de Amparo Reformada*, Ed. Porrúa, México 2000, págs 178-179.

⁴⁶ Ob, Cit., pág. 179.

El artículo 197 establece que "Cuando los tribunales colegiados de circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, los ministros de la suprema corte de justicia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la sala correspondiente de la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá qué tesis debe prevalecer. El Procurador General de la República, por sí o por conducto de la gente que al efecto designe podrá, si lo estima pertinente exponer su parecer dentro del plazo de diez días".⁴⁷

En los preceptos en cita, el legislador empleó los términos "contradictorias y contradicción", es importante resaltar que la voluntad del legislador al utilizar estas expresiones, no sólo se quiso referir a la contradicción en sentido lógico, sino también a aquellas cuestiones en donde exista discrepancia o contrariedad. Al respecto Eduardo García Máynez dice que "Expliquemos la anterior distinción por medio de ejemplos. Si en las tesis de dos diferentes salas de la Suprema Corte se establece, en relación con un mismo precepto legal que señala un término, por un lado, que en dicho término deben incluirse los días feriados y, por otro, que tales días no deben incluirse en ese término, entre dichas tesis existe contradicción en sentido lógico, puesto que una de ellas ordena y la otra prohíbe la misma conducta. No existe en consecuencia la posibilidad de una tercera solución: en el término legal del ejemplo

⁴⁷ Ob. Cit. pág. 181.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

o deben o no deben incluirse los días festivos, *'tertium non datur'*. A menudo las tesis que forman la jurisprudencia no son contradictorias en sentido lógico, sino simplemente discrepantes o contrarias. Supongamos que la diversidad consiste en lo siguiente: Tesis A: 'Las condiciones que en el estado de Jalisco deben llenarse para obtener el título de Contador Público y Auditor son *a*, *b*, *c* y *d'*'; Tesis B: 'Las condiciones que en el estado de Jalisco deben llenarse para obtener el título de Contador Público y Auditor son *a*, *d*, *f* y *g'''*'.⁴⁸

Lo anterior se sustenta en el principio lógico tercero-excluido pues señala que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos o falsos, por tanto, y de acuerdo con lo mencionado, los elementos de la jurisprudencia son dos: a) el subjetivo, relativo a la decisión reiterada por parte de los tribunales de cinco ejecutorias sin ninguna en contra, y b) el objetivo que se actualiza a través de la votación que la ley prevé tratándose del mecanismo de reiteración (catorce votos del pleno, cuatro votos de las salas y unanimidad por lo que toca a los colegiados) y con la presencia de por lo menos la mayoría del quórum de instalación del pleno (ocho contra seis) y de las salas (tres contra uno).

En conclusión, la reiteración en un mismo sentido de las decisiones de los tribunales de cuando menos cinco ejecutorias tiene su origen o formación en una costumbre jurídica que aun cuando no consideramos que el término empleado es el correcto,

⁴⁸ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 1995, pág. 72.

porque nuestra legislación es una ley codificada y no consuetudinaria, de alguna manera la reiteración de cinco decisiones en un mismo sentido al adquirir el rango de obligatoriedad con ello se denota una forma de costumbre jurídica, lo anterior lo afirmamos porque de acuerdo con Du Pasquier "la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatoria, es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*".⁴⁹

Sin embargo, existen relaciones entre el Derecho consuetudinario y el legislado, para Walter Heinrich las relaciones que median entre la costumbre y la ley, se dan por medio de tres formas del derecho consuetudinario: 1. *delegante*; 2. *delegado*; 3. *derogatorio*.⁵⁰

El delegante consiste en que mediante una norma jurídica no escrita se faculta determinada instancia para crear derecho escrito, en estos casos la costumbre jurídica está por encima de la ley, como ejemplo la monarquía, que se encuentra regulada consuetudinariamente expidiendo leyes de carácter general.

El delegado consiste en la codificación de la ley, la cual nos remite a la costumbre para la solución de determinadas cuestiones, es decir, es costumbre jurídica secundaria, como característica principal de esta forma, resaltamos que la costumbre

⁴⁹ Du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, pág. 36.

⁵⁰ Citado por García Máynez, Eduardo en *Introducción al estudio del derecho*. México, Editorial Porrúa, 1995, pág. 64.

no puede ser contraria a la ley, ni puede estar por encima de ella, sino que se utiliza para resolver cualquier duda que no pueda resolver la ley.

La costumbre derogatoria opera en sentido opuesto a los textos legales, es decir, existe la posibilidad de que ésta prevalezca aun cuando el legislador no le conceda validez.

Por eso se dice que en nuestro sistema jurídico la costumbre, juega un papel secundario y sólo es jurídicamente obligatoria por la disposición de la ley; en este orden de ideas, la costumbre en el derecho mexicano es fuente supletoria de nuestro ordenamiento positivo, con relación a este punto, el artículo 10 del Código Civil del Distrito Federal establece que "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".⁵¹

El ordenamiento invocado señala que:

"Artículo 996 y 997. El usufructuario de un monte disfruta de todos los productos que provengan de éste, según su naturaleza". "Si el monte fuere talar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o cortes ordinarios que haría el dueño, acomodándose en el modo, porción o época a las leyes especiales (legislación forestal) o a las *costumbres* de lugar."

El precepto en cita hace referencia a la aplicación de las costumbres del lugar en el caso de que las leyes especiales no

⁵¹ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Editorial Sista, S. A. De C. V., México, 1989. Pág. 1

prevengan determinada situación.

"Art. 2607. Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularan atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieran regulados por arancel, este servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados"⁵²

Como se aprecia de la disposición en comento, la costumbre juega un papel importante. El artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo establece que:

"A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta ley o en sus reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6º., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales de derecho, los principios generales de justicia social que deriven del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad".⁵³

De los preceptos en cita, se deduce que la forma de costumbre que opera en nuestro sistema jurídico es el delegado,

⁵² Ibidem. Pág. 82 y 189.

⁵³ Ley Federal del Trabajo. Editorial Sista, S. A. de C. V. México. 1989. Pág. 3.

porque la ley lo permite pero siendo cuidadosa de que no sea contraria a ella, por tanto, la jurisprudencia juega un papel importante en la interpretación de los preceptos del orden civil, atendiendo a la costumbre para determinados casos, y que por disposición de la ley sea factible su aplicación, formándose así una costumbre jurídica.

Las tradiciones que soportan el Derecho anglosajón y nuestro Derecho que es el romano-germánico provienen de diversas raíces, el primero encuentra su fundamento en el derecho consuetudinario, su aplicación se da por medio de los precedentes, no es un derecho codificado como el nuestro, las similitudes son que en ambos ordenamientos legales existen resoluciones, en el anglosajón "precedentes" y en el mexicano "jurisprudencia" que son obligatorias para los tribunales de igual jerarquía o inferiores.

1.4 LA JURISPRUDENCIA COMO INTERPRETACIÓN DE LA NORMA GENERAL

La jurisprudencia es un instrumento de orientación e interpretación del Derecho objetivo, sin embargo, nos preguntamos ¿cómo se interpreta una norma?, ¿quién interpreta una norma?, para responder tales preguntas, los tratadistas han clasificado la interpretación jurídica bajo tres enfoques: 1. en razón de su alcance y 2. en atención a sus elementos o métodos, y 3. en razón de los sujetos que la realizan.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La primera clasificación se subdivide en tres: a. declarativa cuando la letra de la ley concuerda con la voluntad del legislador; b. Restrictiva, cuando la letra de la ley va más allá de la voluntad del legislador, por lo que es conveniente restringirla, c. Extensiva, cuando la descripción literal de la ley expresa menos que la voluntad del legislador. Los principios antes señalados son normalmente aceptados por los tratadistas porque responden a la realidad social.

En cuanto a sus elementos o métodos se subdivide a la vez en a) interpretación gramatical; b) interpretación lógica sistemática; c) la interpretación histórica y d) interpretación teleológica.

En lo que se refiere a la interpretación gramatical, el interprete para desentrañar el sentido de una norma, de tal forma que se pueda establecer su significación jurídica atiende exclusivamente al significado de las palabras, al respecto Luis Jiménez de Asúa escribe: "La interpretación gramatical trata de desentrañar la voluntad de la ley atendiendo al significado propio de las palabras con que está expresado y comprende tanto el elemento literal como el sintáctico".⁵⁴

Como apoyo a lo anterior, nuestro más alto tribunal sustenta el siguiente criterio:

⁵⁴ Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Cuarta Edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada, S.A., 1977, pág. 444.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES. Una de las reglas más usuales prescribe que las palabras de la ley deben entenderse según su significación propia y natural, a no constar que el legislador las entendió de otro modo.

Amparo Civil en revisión, Pérez Emilio, 10 de mayo de 1924, unanimidad de 9 votos"⁵⁵

Por lo que hace a la interpretación lógica-sistemática es la que atiende al sentido racional de la ley comparando todo el ordenamiento positivo de una rama de derecho determinada con el objeto de establecer cuál fue la voluntad del legislador, de tal suerte que exista congruencia entre unos y otros, observándose que este método surge como una reacción en contra de la interpretación literal, pero consideramos que en el método gramatical ni el lógico-sistemático agotan la actividad del interprete para desentrañar con toda pulcritud el sentido de una norma; con relación a este método la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado el siguiente criterio:

"INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES. El sentido y alcance de un precepto legal, debe determinarse estudiándolo con relación a las disposiciones de que forma parte.

Amparo penal directo, Sánchez Manuel, 1º de marzo de 1929, unanimidad de 5 votos."⁵⁶

Posteriormente para sustentar su criterio, la Suprema Corte

⁵⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XIV, pág. 1458.

⁵⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, Tomo XXV, pág. 1126.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de Justicia estableció lo siguiente:

"INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES. La función interpretativa del juzgador no se limita a la aplicación servil e inconulta de la letra del dispositivo legal. La interpretación a de ir a desentrañar la intención normativa del precepto de la cual la letra no es siempre la expresión cabal del propósito del legislador. De ahí que sea obligatorio para el juzgador que interprete en forma sistemática la totalidad del ordenamiento y que no fracciones éste en forma que, por la aplicación servil de un precepto se violara el sistema normativo estatuido en el ordenamiento legal.

Amparo administrativo en revisión 67772/51, G. Kesel y Cía., S.A., 13 de agosto de 1952, unanimidad de 5 votos".⁵⁷

La interpretación histórica es el factor o la razón determinantes que consideró el legislador al crear la norma, que pueden ser políticos, económicos, sociales, culturales, etc., en todos los métodos de interpretación hay un punto de coincidencia, para tratar de establecer el sentido de una norma la voluntad del legislador, por ello, afirmamos que el interprete no debe limitar su actividad atendiendo únicamente al método gramatical y lógico-sistemático, porque el método histórico es de vital importancia aun cuando no dejamos de aceptar que cuando la letra de la ley coincide con la voluntad del legislador, no es necesario emplear los demás métodos de interpretación.

⁵⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Segunda Sala, Tomo CXIII, pág. 494.

En lo relativo a la interpretación Finalista Teleológica, es la adoptada por los sistemas anglosajones tomando en consideración factores de carácter político, sociales, económicos, morales, etc. Que prevalecen durante el tiempo de su aplicación y son adoptados por la familia jurídica del Common Law que pretenden encontrar los fines para los cuales sirve la ley, pero fundamentalmente desde el punto de vista sociológico.

Método de interpretación que es ajeno a nuestro sistema jurídico por las razones que ya fueron señaladas, sin embargo, se insiste en el Derecho anglosajón que la interpretación consiste en desentrañar, mediante el hallazgo de una ley, el sentido de una solución jurídica que se busca en los precedentes de la ley escrita o consuetudinaria.

En lo concerniente a la interpretación jurídica en razón de los sujetos que la realizan la doctrina la ha subdividido en tres: a) doctrinaria; b) legislativa o auténtica, y c) judicial.

La doctrinaria es la realizada por los tratadistas o estudiosos del derecho como personas en lo particular, y aun cuando parece sencilla la explicación, no pasamos por alto el comentario de Eduardo J. Couture:

“Se acostumbra hablar de interpretación doctrinal para referirse a la interpretación que dan los jurisconsultos a una ley;...

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La interpretación que se ha llamado doctrinal es en realidad una actividad jurídica mucho más profunda, porque no es sólo la que hacen los jurisconsultos, sino la interpretación que de la ley hace la vida misma.

¿Qué manera más viva de 'interpretar' la ley, esto es de determinar su significado, que el que consiste en ajustar el comportamiento, libremente y sin coacciones materiales a una provisión anteriormente determinada en la norma?".⁵⁸

Consideramos que es exagerada la postura adoptada por el tratadista, porque sólo los que conocen la ciencia del derecho pueden interpretar una norma atendiendo a sus métodos, por tanto, discrepamos de este criterio en cuanto a que la interpretación debe hacerse extensiva a la que realiza la sociedad en la aplicación cotidiana de su orden normativo.

La interpretación legislativa es aquella que realiza el legislador al elaborar las leyes.

La interpretación judicial es aquella que realizan los órganos estatales encargados de la impartición de justicia, es decir, el órgano jurisdiccional cuando aplica la ley sobre una cuestión de derecho planteada.

Como último comentario, el artículo 14 constitucional es el fundamento de la actividad interpretadora e integradora por parte

⁵⁸ Couture, Eduardo J. *Interpretación e Integración de las Leyes Procesales*, en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo XI, Número 43, México, UNAM, Julio-Septiembre 1949, págs. 95-96.

de los tribunales, pero destacamos que la interpretación de la ley criminal debe de aplicarse de forma estricta, prohibiendo imponer por simple analogía pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; por lo que hace a los juicios de orden civil la interpretación de la ley 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 de derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS FUENTES DEL DERECHO

Tradicionalmente los tratadistas han aceptado que las fuentes del Derecho se clasifican en fuentes formales, reales e históricas, a la vez las fuentes formales se subdividen en tres: la legislación, la costumbre y la jurisprudencia, por ello, al estudiar las fuentes formales es necesario analizar el proceso legislativo, el consuetudinario y el jurisprudencial, las fuentes formales son indispensables par la creación del derecho positivo, pero aclaramos que por lo que hace a la jurisprudencia existen divergencias de opiniones atribuyéndoles unos el carácter de fuente formal, mientras que otros no la consideran así, tema que abordaremos con profundidad en el capítulo correspondiente.

El estudio de las fuentes reales no representa mayor dificultad, porque para poder comprenderlas y explicarlas hay que atender las razones y motivos que consideró el legislador para crear la norma, basándose para ello en preceptos que han operado en el pasado, es decir, es una forma consuetudinaria como costumbre jurídica de crear nuevos preceptos legales v que deben de adecuarse a las necesidades de la sociedad en una época determinada, tomando en consideración aspectos de carácter socioeconómicos y políticos, tema del cual nos ocuparemos en su momento, precisado lo anterior pasaremos a exponer el concepto de fuentes del Derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1 CONCEPTO

Aun cuando existen diversas opiniones por parte de los tratadistas para definir las fuentes del derecho, abordaremos este tema resaltando las opiniones que consideramos más importantes, ya que en lo relativo a este tema, la literatura jurídica es extensa y rebasaría por mucho la finalidad de la presente tesis.

Desde el punto de vista etimológico, fuente proviene de *fons*, *fontis*, y esta de *fondo*, *is ere*, que significa derramar, indica la ley del punto donde aparece, se derrama o brota el agua en la superficie de la tierra, por ende, fuente es el origen, el punto donde brota o procede una cosa.

De acuerdo con el diccionario El pequeño Larousse Ilustrado, fuente es "el manantial de agua que brota de la tierra o sitio, hecho u ocasión de donde procede algo".⁵⁹ Aplicando el concepto al ordenamiento jurídico, existe la necesidad de tratar de desentrañar de dónde nace el derecho.

Anteriormente mencionamos que para crear una norma mediante la actividad legislativa, el legislador debe de tomar de la realidad aquellos hechos o aspectos que resulten de trascendental importancia para proteger bienes jurídicos tutelados de una sociedad, para hacer posible la vida gregaria.

⁵⁹ *El Pequeño Larousse Ilustrado*. México, 1996, pág. 468.

Con base en lo anterior el legislador, al captar determinados aspectos o hechos de la realidad, debe de conceptualizarlos mediante normas jurídicas, entonces se dice, que el legislador abstrae esos hechos elaborándolos en lenguaje jurídico al incorporarlos a la norma.

Sólo unos cuantos hombres son los que elaboran el derecho, los que pertenecen al poder legislativo, y comentamos que la causa del derecho no es mas que la voluntad del legislador que debe de estar complementada por el acatamiento de los súbditos.

Du Pasquier al referirse al problema de la definición del tema que nos ocupa, señala: "el término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río, es llegar al lugar en donde 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".⁶⁰

Puntos de Vista Causales. Un considerable grupo de autores considera que la palabra "origen" hace referencia a un fenómeno creado o generador. Así como el manantial da nacimiento al río, el jurista debe preguntarse qué es aquello que da nacimiento al derecho, es decir, cuál fue su causa, por tanto, los estudiosos que apoyan esta corriente, lejos de tratar de encontrar una definición de las fuentes del derecho, enfocaron su esfuerzo para buscar su

⁶⁰ Flores García, Fernando. *Todavía sobre las fuentes del derecho*. Jurídica. 5 de julio de 1973, pág. 235.

causa.

Los partidarios de esta teoría han tratado de encontrar en los mecanismos productores de las normas jurídicas su fuente, tomando en cuenta aspectos de carácter social, ético, económico, político que influyeron en la creación de las normas, y sustentan sus argumentos en que la creación del derecho debe de estar inspirado en la justicia, los valores e ideales.

PUNTO DE VISTA NO CAUSALES. Hans Kelsen, al abordar este tema, se pregunta: ¿Cuál es el fundamento lógico creador del derecho?, es decir en qué se "basa o fundamenta", la generación de nuevas normas. El autor contesta con uno de sus más famosos argumentos: "El fundamento o fuente de una norma se encuentra en una norma superior y la de ésta en otra superior, hasta llegar a la norma fundamental. En consecuencia, sólo el Derecho puede ser fuente del Derecho. (...) Fuente de derecho constituye una expresión figurada 'superlativamente ambigua' que debería desaparecer del mapa de los conceptos jurídicos"⁶¹

Como una crítica a las teorías expuestas señalamos que por lo que hace a los causalistas, aun cuando percibieron que las causas que daban origen a la creación del derecho eran importantes para el nacimiento de éste, el error en el que incurrieron es el tratar de establecer las fuentes del derecho basándose en sus causas, sin proporcionar ninguna acepción de

⁶¹ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado.* México, UNAM, 1988, pág. 155.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fuentes del derecho; estamos de acuerdo en que las causas que dieron origen a la creación de determinado ordenamiento son verdaderas fuentes del mismo y que esas causas deben de estar inspiradas en la equidad y la justicia.

En cuanto a la teoría de los no causalistas, apoyada por Hanz Kelsen, es equivocada porque identifica a la fuente del derecho con el derecho mismo, lo que equivaldría a sostener que la fuente de un río es el río mismo.

Bolio Peniche nos dice que "Fuente de Derecho será todo aquello que produce Derecho".⁶²

Por eso definimos a las fuentes del derecho como el conjunto de causas y procedimientos que dan origen a la creación del ordenamiento objetivo.

2.2 FUENTES REALES Y FORMALES

De acuerdo con Eduardo García Máynez, las fuentes formales "son los procesos de creación de las normas jurídicas".⁶³

Para Fernando Floresgómez González y Gustavo Carvajal Moreno las fuentes formales son "los hechos que dan a una norma

⁶² Peniche, Bolio, Francisco J. *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1990 p 57.

⁶³ García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 1995, pág. 51.

el carácter de derecho".⁶⁴

Julián Bonnecase ha definido a las fuentes formales como "las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del derecho".⁶⁵

De las definiciones anteriores se desprende que para la creación de las normas jurídicas se requiere de un proceso previamente establecido por la ley, es decir, una sucesión de momentos a través de los cuales se manifiestan. La concurrencia de este proceso es indispensable para la formación de los preceptos de derecho.

Retomando la definición que nos proporciona Julián Bonnecase al emplear la palabra "predeterminadas" surge la idea de que el proceso de manifestación de las normas, debe de ser cuidadoso, minucioso, es decir, de acuerdo con las exigencias establecidas por la ley, además, significa que la creación de las normas son obligatorias para los súbditos ya que ante la inobservancia de ellas el Estado puede emplear su poder coercitivo, y además, si las normas no se manifiestan de acuerdo con las formas predeterminadas, no pueden imponerse socialmente.

⁶⁴ Floresgómez González, Fernando. *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1977. pág. 48.

⁶⁵ Bonnecase, Julián. *Introducción al Estudio del Derecho*. (trad. De José Ma. Cabija Jr.) Cajica, Puebla (Méx.), 1944, pág. 131.

Las fuentes formales, como ya las mencionamos, son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia, por lo que a continuación expondremos cada una de ellas.

La legislación.- En los países de derecho escrito la legislación es la fuente más importante, porque mediante ella, a través del proceso correspondiente se manifiestan los procesos legales. La legislación es la facultad con la que cuentan determinados órganos del Estado (poder legislativo) para formular y promulgar leyes; aunque de acuerdo con nuestro Derecho Positivo, el ejecutivo posee las mismas facultades.

El proceso legislativo está consagrado en los artículos 71 y 72 de nuestra Carta Magna, y 3 y 4 de nuestro Código Civil del Distrito Federal, los preceptos constitucionales invocados se refieren al proceso de creación de las leyes, a través de la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción y la publicación; los últimos se refieren a las reglas sobre iniciación de la vigencia.

a) Iniciativa. Es el acto por el cual determinados órganos del Estado someten a la consideración del Congreso un proyecto de ley. "El derecho de iniciar leyes o decretos compete de conformidad con el artículo 71 de nuestra Carta Magna:

- I. Al presidente de la República;
- II. A los diputados y senadores al Congreso de la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Unión, y

III. A las legislaturas de los Estados.

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. Las que presentaren los diputados o los senadores se sujetarán a los trámites que designe el reglamento de debates.

b) Discusión.- es el acto por el cual las Cámaras deliberan acerca de las iniciativas, a fin de determinar si deben o no ser aprobadas. "Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de algunas 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", de conformidad con lo que dispone el primer párrafo del Artículo 72 Constitucional.

"La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados", de conformidad con lo que dispone el inciso h), del artículo 72 Constitucional.

Como comentario: la cámara donde se discute un proyecto

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de ley se le denomina cámara de origen y a la otra cámara revisora

c) Aprobación. Es el acto por el cual las Cámaras están de acuerdo con el proyecto de ley. La aprobación puede ser total o parcial.

d) Sanción.- Este término se emplea a la aceptación de una iniciativa por el Poder Ejecutivo, por ende, la sanción debe de ser posterior a la aprobación del proyecto por las Cámaras.

El presidente de la República puede o no aceptar una iniciativa, admitida ya por el Congreso (derecho de veto), pero esta facultad no es absoluta.

e) Publicación.- Es el acto por el cual una ley aprobada y sancionada se le da a conocer a quienes deben cumplirla. La publicación se hace en el Diario Oficial de la Federación, o en los diarios y gacetas oficiales de los Estados. Sobre la discusión, aprobación, sanción y publicación hace referencia el artículo 72 Constitucional que a continuación se transcribe:

"A.- Aprobado un proyecto en la cámara de su origen pasará para su discusión a la otra. Si esta la aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

B.- Se reputará aprobado por el poder ejecutivo, todo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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.

"C.- 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.

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 aquélla 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 aprobare por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A, pero si lo reprobare, no podrá volver a presentarse en el mismo periodo de sesiones.

E.- Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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 fuesen aprobadas 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 fueran reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquélla para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes 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 de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente periodo de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

F.- En la interpretación, reformas o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

establecidos para su formación.

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

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 y discutirse en la otra Cámara.

J.- El Ejecutivo de la Unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras, cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado, lo mismo que cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la Federación por delitos oficiales. Tampoco podrá hacerlas al decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias que expida la Comisión Permanente”.

f) Iniciación de vigencia. En el derecho mexicano existen dos formas de iniciar la vigencia de una ley: el sucesivo y el sincrónico, ambos se encuentran comprendidos por el artículo 3 del Código Civil para el Distrito Federal, que expresa: “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 obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad.

El tiempo que transcurre desde la publicación hasta que la norma entra en vigor se le denomina "*vacatio legis*", que de acuerdo con Eduardo García Máynez es "el término durante el cual racionalmente se supone que los destinatarios del precepto estarán en condiciones de conocerlo, y por ende, de cumplirlo".⁶⁶

El artículo 4 del Código Civil para el Distrito Federal establece que "Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general fija el día en que deba comenzar a regir, obliga desde ese día con tal de que su publicación halla sido anterior".

El artículo 3 del mismo ordenamiento establece el sistema de iniciación de la vigencia de una ley en forma sucesiva porque existe un periodo de tiempo desde su publicación hasta su vigencia, para que los súbditos conozcan la ley y la cumplan, y el artículo 4 del mismo ordenamiento establece el sistema sincrónico porque se señala el día en que empieza a regir una disposición legal con tal de que su publicación halla sido anterior, corolario, el sistema sucesivo establece un periodo de tiempo a partir de su

⁶⁶ Ibidem, pág. 57.

publicación para que la nueva disposición entre en vigor y el sincrónico, contrariamente al anterior, precisa el día en que entra en vigor.

En lo relativo a la sanción, promulgación y publicación, es pertinente acudir a lo que nos dice el maestro Trinidad García: "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 estos). Pero la promulgación de la ley encierra dos actos distintos: por el primero, el Ejecutivo interpone su autoridad para que la ley debidamente aprobada se tenga por disposición obligatoria; por el segundo, la da a conocer a quienes deben cumplirla. El primer acto implica, naturalmente, que la ley halla sido aprobada por el Ejecutivo o que, objetada por él, ha sido ratificada por las Cámaras, como se ve, 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 hay que darles nombre especial. Esta necesidad no se sentía en el antiguo derecho, cuando un solo órgano de gobierno hacía la ley y la

publicaba; 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 esos 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 acto de hacer posible el conocimiento de la ley, por los medios establecidos para el efecto".⁶⁷

Con lo anterior queda perfectamente explicado como se manifiestan las normas a través del proceso legislativo.

Para Du Pasquier la costumbre es "un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente como el *jus moribus constitutum*"⁶⁸

François Gény la define como "un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo".⁶⁹

Según la Enciclopedia del Idioma, costumbre es "el hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie" o

⁶⁷ García, Trinidad. *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 71.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 36.

⁶⁹ Gény. *Méthode d'interprétation*, 2ème., ed., 1, pág. 323.

"práctica muy usada o recibida que ha adquirido fuerza de precepto".⁷⁰

De las definiciones anteriores deducimos que la costumbre tiene dos elementos: a) la repetición de actos por parte de una comunidad, lo que implica necesariamente que éstos se den a través de cierto tiempo, y b) que debido a la repetición de sus actos dados a través del tiempo sean jurídicamente obligatorios, como si se tratara de una ley.

De acuerdo con la teoría romano-germánica la costumbre tiene dos elementos: uno subjetivo y el otro objetivo, por lo que hace al primero, es que el uso o repetición de los actos sean jurídicamente obligatorios, y en lo relativo al segundo la práctica reiterativa de sus usos durante un tiempo prolongado en el cual se pueda determinar dicho proceder.

Jorge Jellinek al elaborar su Teoría sobre la formación de la costumbre jurídica con base en la fuerza normativa de los hechos dice: "Los hechos tienen cierta fuerza normativa. Cuando un hábito social se prolonga acaba por producir en la conciencia de los individuos que lo practican, la creencia de que es obligatorio, de esta suerte, lo normal, lo acostumbrado trasformase en lo debido, y lo que en un principio fue simple uso, es visto más tarde como manifestación de respeto a un deber".⁷¹

⁷⁰ Alonso Martín. *Enciclopedia del Idioma*, Tomo I, México, Editorial Aguilar, 1998, pág. 1252.

⁷¹ Citado por Eduardo García Máynez en *Introducción al estudio del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 1995, pág. 62.

No estamos de acuerdo con el criterio sustentado por Jorge Jellinek, porque hay actos que aun cuando no se repiten en una sociedad, no por ello carecen de obligatoriedad, así como hay otros actos que aun cuando son reiterativos, son obligatorios para sus componentes.

La costumbre tiene obligatoriedad cuando el poder público así lo reconoce en forma expresa o tácita, la primera es mediante la ley, y la segunda es la aplicación de una costumbre a casos concretos, luego entonces, si el poder público no reconoce en forma expresa o tácita como obligación una costumbre, no estaremos en presencia de ella. El hecho de que la agrupación social la reconozca con cierta autoridad, le permite ser elevada a rango de norma jurídica, las normas que se originan de la costumbre en su conjunto reciben el nombre de derecho consuetudinario. Se hace efectivo aquel principio que es del dominio publico que dice: "la costumbre se hace ley".

Con base en lo anterior, estamos de acuerdo en que la costumbre es fuente formal del derecho, toda vez que ante las prácticas reiteradas de ciertos actos, implica que en una sociedad se salvaguarden aquellos hechos valorados como trascendentales, y que por ende son obligatorios para sus integrantes.

En cuanto a la jurisprudencia existen diversas opiniones entre los juristas al considerar unos, que es fuente del derecho, otros

por su parte, niegan dicho carácter, por lo que abundaremos con relación a este punto en el capítulo correspondiente, para tratar de establecer si es o no fuente del derecho.

Las fuentes reales del derecho son: las razones o motivos que consideró el legislador para crear la norma.

En referencia a estas fuentes, como su propia denominación lo indica al emplear los tratadistas el término "reales", significa que el legislador debe captar ciertos hechos de la realidad que resultan importantes para que mediante la creación de la norma se protejan ciertas situaciones que produzcan consecuencias de derecho, es decir, las razones o motivos que orillan al legislador para crear una norma deben basarse en estos aspectos, ya que el legislador que ignora estos hechos o aspectos de la realidad que deben protegerse es un legislador utópico, porque no crea normas, sino utopías.

Realidades que son captadas y abstraídas mediante la conceptualización de determinadas conductas que se incorporan a la norma; refiriéndose a este punto, Miguel Villoro Toranzo nos dice que: "El legislador utópico tarde o temprano será corregido por la realidad, entre tanto, en vez de hacer verdadero derecho, su labor es la de un demagogo, es decir, la de un político que halaga los instintos de la plebe con promesas que no puede cumplir. También lo contrario es posible y desgraciadamente bastante practicado que el legislador se niegue a ver posibilidades de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

armonización ideal y que escoja la vía más fácil de ceder a las presiones de las fuerzas sociales, aunque estas puedan ser reguladas por ordenamientos más conformes a los ideales de justicia".⁷²

De lo anterior deducimos que en la creación de la ley el legislador debe de atender las situaciones realistas, basándose en razones o motivos soportados por los ideales de justicia.

Las fuentes históricas son aquellos documentos, inscripciones, papiros, libros, etc., que encierran el texto de una ley. Como referencia citamos que las instituciones, el digesto, el código y las novelas, son fuentes del derecho romano.

2.3 CRÍTICA FILOSÓFICO-JURÍDICA DE LA DENOMINACIÓN "FUENTES DEL DERECHO"

En su Teoría del Derecho y el Estado, el jurista alemán Hans Kelsen critica: "El empleo de la denominación "fuentes del Derecho" calificándola de extremadamente plástica, figurativa, ambigua e inadecuada para designar lo que constituyen en realidad las fuentes.

Aunque sin aportar un nuevo concepto que lo supla, este autor afirma que es impropia la denominación empleada por la

⁷² Ibidem, pág. 158.



generalidad de los tratadistas y enuncia una nueva tesis sosteniendo que aparte del significado generalmente atribuido a fuente del derecho, en relación con los métodos generadores de normas generales que sirven también para caracterizar la razón de la validez del derecho, se debe tomar este concepto en un sentido más amplio en el cual cada norma legal es fuente a su vez de otra norma, en cuanto regula su creación y determina el procedimiento de su generación, así como su contenido.

Cada norma es aplicación de otra que la genera y a su vez es un acto de creación. La creación de cada norma jurídica es un hecho que está predeterminado en la norma superior, que constituye el fundamento de su validez de la norma inferior creada en el respectivo acto de creación y ejecución.

Si la norma "C" tiene su fundamento de validez en la norma "B" el acto creador de "C" la fuente formal de la misma es un hecho jurídico regulado por la norma "B" a su vez la norma "B" tiene su fundamento en la norma "A" y por consiguiente la fuente de aquella es un hecho jurídico regulado por la norma y así sucesivamente.

Continúa diciendo, siguiendo este punto de vista, cualquier norma legal superior es fuente de las leyes creadas sobre las bases por ella establecida, las leyes son a su vez fuentes de la decisión judicial en ellas basada, la resolución judicial es, en otra instancia, fuente del deber que impone a las partes, La fuente

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del derecho es siempre en si misma ,Derecho, que exige independientemente de él, la fuente del Derecho es siempre en si misma Derecho: "una norma legal superior afirma Kelsen en relación con una inferior o el método de crear una norma (inferior) determinada por otra (superior) significa un contenido específico de la ley".⁷³

Aún cuando estamos de acuerdo con que el ordenamiento fundamental como es la Constitución es la base de creación de los ordenamientos secundarios y, que debe de existir concordancia de estos con aquella, y tomando en consideración la postura adoptada por Kelsen de que la creación o determinación de unas normas jurídicas esta regulada en otras normas jurídicas, ¿qué sucedería en el caso de que en un país se creara por primera vez una Constitución? la respuesta es inmediata, no existe ordenamiento alguno que le sirva de justificación para su elaboración, entonces la postura adoptada por Kelsen es inaplicable.

A pesar de ello, el prestigiado jurista trata de apoyar su argumento mediante la fórmula de "supuesto e hipótesis" para fundamentar la validez de un sistema jurídico, con el siguiente razonamiento: "Se debe uno comportar como manda el órgano establecedor de la primera Constitución; o bien: aquello que ordena el órgano establecedor de la primera Constitución será la base positiva del Derecho vigente".⁷⁴

⁷³ Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Traducción al inglés de Anders Wedberg Harvard, 1946, pág. 43.

⁷⁴ Recasas Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 1978, pág. 293.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A este supuesto Kelsen lo ha denominado norma fundamental hipotética o Constitución en sentido lógico-jurídico para distinguirla de la primera Constitución basándose en aquélla, a la cual la denomina Constitución en sentido jurídico positivo. Como observamos, la primera Constitución no está cimentada en ningún ordenamiento jurídico, sino en razonamientos de otra índole, histórico, social, cultural, político, etc., luego entonces, el primer ordenamiento creado en un Estado se apoya en razones o motivos que de alguna manera, el constituyente debe tomar en consideración para captar hechos o aspectos de la realidad que requiera una sociedad.

La teoría sustentada por Kelsen, en la creación graduada del Derecho, encuentra su principal obstáculo, porque al erigirse el primer ordenamiento ya no constituye aplicación del derecho, por tanto, los argumentos de Kelsen "toda creación del Derecho implica una aplicación del mismo y viceversa, toda aplicación es creación del Derecho".⁷⁵

Con base en lo anterior, Kelsen no quiere reconocer que el Derecho nace de razones o motivos que tomó el legislador para plasmar los contenidos de las normas. No hay que olvidar que cuando entramos al estudio de las fuentes del Derecho, debemos de abarcar diversos aspectos; debemos determinar cuál es la fuente o la razón de validez jurídica de todo el ordenamiento. Se debe precisar cuáles son los hechos o aspectos sociales de la

⁷⁵ Ibidem, pág. 73.

realidad que debe de tomar en consideración el legislador para crear una norma, además, cuáles son las fases por las que debe de pasar una norma para ser creada; y por último, se debe evaluar si la norma que se pretende crear debe de ser codificada o basada en los principios del Derecho consuetudinario.

Kelsen, captando las necesidades expuestas, sustenta su teoría que aun cuando existen normas de diferente jerarquía y diverso alcance, todas deben de provenir de un fundamento común de validez, cuando la razón o validez de un ordenamiento provienen de una misma ley, se le denomina norma fundamental.

El estudio del Derecho Positivo le corresponde a la ciencia del Derecho analizarlo, pero el Derecho no puede escudriñarse únicamente como norma vigente, sino que su análisis es más amplio, porque al jurista le interesa saber cuales fueron los factores o motivos que tomó el legislador para crear una norma, es decir, por qué ha sido promulgada esa ley, sólo así, se podría entender y aplicar el derecho, porque tiene que ser valorado con los datos vitales que le dieron ser; en consecuencia, no se puede desatender la ciencia del Derecho del contenido de las normas ni de sus fines, ni mucho menos la ciencia del Derecho debe estudiarse desde un aspecto lógico-formal de sus normas.

Los argumentos de Kelsen, en cuanto a la jerarquización de las leyes, son aportaciones muy valiosas para el Derecho, ya que en nuestros días, en casi todos los ordenamientos jurídicos

permanece su pensamiento.

En conclusión, la crítica hecha por Kelsen a la denominación fuentes del Derecho al considerarla extremadamente plástica, figurativa, ambigua e inadecuada para designar lo que constituye en realidad las fuentes, carece de solidez, ya que como lo mencionamos anteriormente, por fuentes del derecho se entiende lo que dio origen para su creación y no en el sentido como lo entiende Kelsen. Aunado a lo anterior, a que independientemente de que critica la expresión, no proporciona ninguna nueva para reemplazar el término con eficacia, por lo que estamos de acuerdo en que la terminología adecuada para establecer el origen del Derecho es fuentes del Derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO III

LA JURISPRUDENCIA Y LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO

3.1 DOCTRINAS QUE NIEGAN A LA JURISPRUDENCIA EL CARÁCTER DE FUENTE FORMAL

¿Es la jurisprudencia una mera subsunción de los hechos a lo establecido por la ley? ¿Se concreta la actividad del juez a reproducir lo preceptuado por las normas legales?, ¿La función judicial es meramente declarativa? O bien, ¿es la jurisprudencia una fuente formal del Derecho? ¿Tiene eficacia creadora? Estas preguntas parecen haber ocupado la atención de los estudiosos del Derecho de todos los tiempos, y principalmente de aquellos que analizan el aspecto filosófico-jurídico de las diversas normas del Derecho. Las respuestas que a ellas se han dado varían según la ideología dominante en las diversas épocas.

Para algunos, la ley tiene un predominio absoluto como fuente exclusiva del Derecho; otros consideran que la jurisprudencia es un auxiliar en la creación del Derecho, pero que no lo genera por sí misma. Unos terceros han sostenido que el juez al resolver no puede crear Derecho, pues si así fuera estaría invadiendo funciones del Poder legislativo que no le corresponden; y desde otro punto de vista más reciente, hay quienes dan a la jurisprudencia el valor de una auténtica fuente formal del Derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La dirección que se tome tiene una importancia decisiva, porque la visión clara de estos problemas impedirá que la jurisprudencia caiga en el estancamiento letal de una excesiva timidez o en el vértigo de las audacias imprudentes que son los dos escollos o vicios a evitar para bien de la sociedad y de la misma jurisprudencia.

Entre las doctrinas que se oponen a otorgar a la jurisprudencia la virtud de ser creadora del Derecho, se destacan por su popularidad e influencia en el pensamiento jurídico: la Teoría Clásica que atribuye una plenitud hermética a la ley, que equipara al Derecho natural; la tesis que sostienen algunos tratadistas fundándose en la división rígida de las atribuciones de los diversos poderes que constituyen el Estado; las que consideran a la jurisprudencia como simplemente analizadora de la ley, sin que la adicione; y más próximas a nuestra época, aquellas teorías que aun cuando le reconocen ciertas influencias a la jurisprudencia, no la incluyen dentro de las fuentes formales del Derecho.

TEORÍA CLÁSICA DE LAS EXÉGESIS. Advertimos desde luego un método exegético que es muy antiguo, lo practicaron los escribas y fariseos en la época de Jesucristo, después de los glosadores y postglosadores. Este método se caracteriza por su absolutismo legal basado en el monopolio de la formación del Derecho por el Estado; el correlativo jurídico de este sistema es el principio de la codificación o dogma de la universalidad legal, esto

es, la teoría del dominio exclusivo y suficiencia absoluta de la ley sin deficiencias.

Reichel, al tratar el absolutismo político, dice: "Lo que quiere el Rey, lo quiere la ley, el monarca lo era todo, los demás eran súbditos dependientes suyos, incluso los empleados, y entre ellos el juez. Éste era sólo el ejecutor de la voluntad del señor territorial manifestada en la ley. Lo que hoy se llama interpretación no era otra cosa que averiguación de aquello que el legislador (idéntico en esto el monarca), había querido y opinado. Si el juez tenía duda sobre el sentido de la ley, o si creía encontrar en ellos alguna laguna, debía dirigirse al soberano o a su representante para buscar allí la interpretación y resolución auténtica".⁷⁶

Según el mismo Reichel, al desaparecer el absolutismo de los Reyes, quedó el sistema de la omnipotencia legal. Todo quedó sometido al imperio absoluto de la ley del Estado. Aquella era expresión del Derecho, pero Derecho era la voluntad del Estado. El juez en sus movimientos quedó aprisionado en sus redes de la ley de tal modo que ni en los tiempos del despotismo más sobrio dominó tanta confianza respecto al libre arbitrio judicial. Beradt, en expresión gráfica dice del juzgador de estos tiempos: "tú eres libre, oh juez. Solamente debes observar un millón de artículos legales". La ley quedó como única fuente del derecho, se abolió la costumbre, se suponía que aquella bastaba para resolver todos los casos posibles: al juez se le obligó a fundamentar sus sentencias

⁷⁶ Reichel, Hans. La Ley y la Sentencia, trad. Miñana y Villagrana, Madrid, 1921. pág. 40.

para ligarle más y más a la ley. A la voluntad *regis* substituyó la voluntad *legis*; la función puramente intelectual del juez quedó rebajada convirtiéndolo en un autómatas que aplica lo general a lo particular, y hace deducciones, importando poco que los resultados de su trabajo fuesen justos o injustos; bastara con que guardaran conformidad exterior con la ley, a la que, por caminos tortuosos y de encrucijadas, había que restar aquel dominio tan absoluto que conducía con frecuencia a las terrible injusticias.

Entre los rasgos característicos de esta corriente metodológica encontramos que el culto al texto de la ley reemplaza al culto del Derecho, subyugados, fascinados al decir de François Geny⁷⁷, por lo completo del Código de Napoleón producto de gran empresa legislativa en que cristalizó la filosofía de la Revolución Francesa y sus dogmas, pretendieron los exegetas entronizar en la sociedad los códigos como el Derecho mismo; discriminando en el olvido las fuentes reales del Derecho que son las que le dan su contenido apreciando sólo las fuentes formales que únicamente son sus vestidos, su envoltura, forma, y entre estas escogían únicamente a la ley con exclusión de cualquier otro medio de creación del Derecho.

Para los exegetas el Derecho Positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley, ya que en ella no vieron la expresión del Derecho, sino "el Derecho mismo". Significativas expresiones del culto a la ley formuladas por

⁷⁷ Géný, François, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, Paris, 1954, t. I, pág. 22s.



diversos juristas, nos demuestran el extremismo dogmático que alcanzó este método; Bugnet, citado por François Géný, decía: "Yo no conozco el Derecho Civil, sólo enseño el Código de Napoleón"⁷⁸; François Laurent escribió: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene por misión crear al Derecho, el Derecho está hecho"; Demelombe sostenía que "Mi divisa, mi profesión de fe, es esta: 'los textos ante todo'".⁷⁹

Otra característica de esta tesis en su índole marcadamente estatista al proclamar la omnipotencia del legislador, es decir, del Estado, admitiendo la autosuficiencia de la ley al proclamar su plenitud hermética, ya que las insuficiencias de la ley se salvan según esta escuela, a través de la misma ley, mediante la analogía. Todo está en la ley, un poco más acá, un poco más allá el problema de localizar la norma se estima exclusivamente como una cuestión de colocación del precepto dentro del cuerpo del código. La costumbre no es reconocida como fuente formal y se admite de manera absoluta la máxima: "*Dura lex, sed lex*".

Como tercer aspecto de esta doctrina tenemos su carácter ilógico al pregonar en cuanto a la existencia y a la función del Derecho su fe en el legislador y simultáneamente su adhesión al Derecho natural.

Además encontramos en ella un desmedido respeto a la autoridad y al precedente, advirtiéndose en esta escuela una

⁷⁸ *Opus cit.* pág. 30

⁷⁹ Citado Por François Géný, pág. 30.

verdadera nobleza de jurisconsultos, tales como *El Príncipe* Pothie; *El Filósofo*, Troplong; *El Polemista* Marcadé; *El Gran Comendador* Durantón y otros, Demolembé, Taulier... Cabe anotar con Julien Bonnecasse, un paralelo entre el clasicismo literario y la exégesis francesa, en cuanto coincidan en el respeto a las reglas y al precedente consagrado.

Al sentenciarse concreta el juez, según los sostenedores de esta doctrina, a reproducir lo establecido por la ley que en el Derecho mismo, interpretándola de acuerdo con el sentido que el legislador consignó en ella.

TEORÍA DE LA DIVISIÓN DE PODERES. Un considerable número de tratadistas del Derecho niega que la jurisprudencia pueda ser considerada como fuente formal del Derecho, fundándose en la teoría cuyo principal divulgador fue Montesquieu de la División de poderes. Consiste este principio, consignado en la mayoría de las constituciones, en la aseveración de que a efecto de evitar la arbitrariedad y el despotismo a que se llegaría si todo el poder se confiase a una sola persona o corporación, por la natural tendencia humana a abusar del poder, y con el propósito, además, de facilitar la actividad política, garantizando la actividad civil, el poder debe repartirse en tres órganos: el ejecutivo, el legislativo y el judicial teniendo cada uno de estos poderes una competencia delimitada, que lo inhabilita para invadir funciones que corresponden privativamente a los otros poderes.

Ya Aristóteles vislumbró la separación de poderes en su estado-ciudad realizado en Grecia, diferenciando la asamblea deliberante, el grupo de magistrados y el cuerpo judicial. El conspicuo filósofo Locke apoyaba la división de poderes, afirmando que: "Para la fragilidad humana la tentación de abusar del poder sería muy grande, si las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes tuvieran también el poder de ejecutarlas; porque podrían dispensarse entonces de obedecer las leyes que formulan y acomodar la ley a su interés privado, haciéndola y ejecutándola a la vez, y en consecuencia, llegar a tener un interés distinto del resto de la comunidad, contrario al fin de la sociedad y del Estado".⁸⁰ Pero el crédito del establecimiento de la clásica división tripartita de los poderes en ejecutivo, legislativo y judicial con sus funciones específicas, debe atribuirse a Aristóteles, quien al respecto dice

Según la forma estricta en que se contemplaba la Teoría de la División de Poderes, tocaba al juez únicamente transformar el mandato legislativo abstracto en una decisión concreta sobre relaciones también individuales de la vida. El juez es la voz de la ley, que se hace viva por su medio. Dice en concreto lo que la ley ha prescrito en abstracto.

Al juez no le corresponde producir Derecho en contra. Si lo hiciera invadiría la prerrogativa del poder legislativo que tiene en exclusiva esa competencia. La creación o producción de nuevas

⁸⁰ Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. México, Ed. Porrúa, 1995, pág. 212.

reglas jurídicas no está dentro de la competencia de los jueces y tribunales.

El principio constitucional de separación de los poderes públicos se opone a ello; así es que las decisiones de los tribunales, de cualquier orden que sean, no tienen el poder de emitir una regla de Derecho, sino que sólo se sujetarán a la aplicación de la ley. Crear estas normas jurídicas sería invadir la esfera del poder Legislativo.

El dominio del poder Judicial según este criterio, es mucho mas modesto: el de la sola aplicación del Derecho, sin crear nuevas normas jurídicas. Según estas teorías, se debe negar, en consecuencia, el poder creador de la jurisprudencia y su valor como fuente formal del Derecho.

Bonnecasse, al apoyar este criterio, afirma que: "es mas exacto decir que los tribunales tienen como función primordial ser los guardianes de la ley y asegurar la plenitud de su aplicación"⁸¹, y que la división de poderes es una precaución cuya utilidad ante los abusos posibles de un poder excesivo, han sido comprobadas por la experiencia y el buen sentido. Los abusos del poder son inevitables cuando el mandamiento y su ejecución se reúnen en la misma persona o en el mismo grupo de personas. El judicial no es un verdadero poder y no debe colocarse en el mismo rango que el legislativo y el ejecutivo.

⁸¹ Bonnecasse, Julián. *Supplément au Traité Théorique et pratique de Droit Civil de Baudry-Lacantiniere*. 6 ts., Sirey, Paris, 1924 a 1935, en particular el t. I, núms. 321 a 409 y t. III, núms. 78 a 109.

Equipara este mismo autor, en el terreno teórico, la jurisprudencia a la doctrina, ya que interpreta la ley. Pero en el terreno práctico, otorga a la jurisprudencia una superioridad sobre la doctrina, ya que aquella logra aplicar efectivamente sus soluciones en forma de decisiones judiciales.

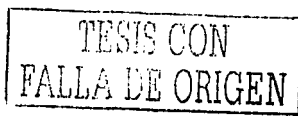
Montesquieu, principal divulgador de la Teoría de la División de Poderes, sentencia en forma energética la eficacia creadora de la jurisprudencia, en frases crudas y contundentes: "Si la sentencia constituyera la decisión personal del juez dice este teórico-entonces la sociedad viviría sin conocer las obligaciones que pesarán sobre ella; y así el poder judicial estuviera unido al ejecutivo, el juez podría tener el poder de un opresor"⁸²; el juez es sólo "la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser sin voluntad, que no puede debilitar ni la vigencia, ni el rigor de ella" y por consiguiente continúa, "el poder judicial es, en cierto sentido, igual al cero."⁸³

Teoría de la Jurisprudencia Analítica, o de la lógica-matemática deductiva.

En Francia tuvo un especial desenvolvimiento la doctrina clásica de la exégesis en virtud del indudable prestigio que despertara el código napoleónico; se pensó que en la codificación se encontraba todo el Derecho. El derecho natural estaba plasmado en los textos legales que resolvían omnimodamente las cuestiones que se

⁸² Montesquieu, *Del espíritu de las leyes I*, Edit. Sarpe, Barcelona, España, 1984, pág. 68.

⁸³ *Ibidem*, pág. 70.



suscitaban en la vida social; pero este criterio, paradójicamente, no lo encontramos sólo en aquellos países que seguían el sistema de la ley escrita, Inglaterra que tradicionalmente se ha distinguido por el régimen consuetudinario, no escrito, se adhirió a este fetichismo legal a fines del siglo XIX, aun a principios del siglo XX y los pendentistas alemanes adoptaron por su parte una actitud semejante respecto a su *Corpus iuris*.

Se continuaba sustentando en estos países la idea de que el juez, al resolver, no hacía sino formular una conclusión al silogismo en que la premisa mayor estaba formada por la norma general y la menor por los hechos. Se concretaba al juzgador a subsumir en una preposición matemática los hechos dentro de la regla general abstracta, para concluir con una resolución que constituía un mero análisis de lo anteriormente establecido por la ley.

Recansens Siches, plantea este punto de vista estableciendo un símil en el que asemeja el juez con una máquina automática con dos ranuras: se introducía en una de ellas la contestación de los hechos, la cual se creía desde luego que coincidía exactamente con la figura de determinados hechos previstos por la ley; y se introducía en otra ranura a las normas legislativas pertinentes; apretando enseguida un botón o dando vuelta a alguna manivela, la maquina soltaba el fallo, se consideraba, pues, a la función judicial como una mera función mecánica, sujeta a la rigidez de la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

lógica formal y a los principios axiomáticos de las matemáticas.⁸⁴

El juez se concretaba a realizar un análisis de la norma general, a deducir de ella determinadas consecuencias; predominaba la creencia de la hegemonía de lo general sobre lo particular. El juzgador, en este sentido, no crea, toma lo ya existente y lo produce en la sentencia sin agregarle nada nuevo.

Sucesores de Aristóteles, Bacon, Stuart Mill y aun Husserl; los tratadistas ingleses Blackstone, Beale y el eminente jurisconsulto Sir John William Salmond son prosélitos de esta Escuela Analítica que enfáticamente niega poder creado a la jurisprudencia, considerando al Common Law como un cuerpo omnicompreensivo cuya hermeticidad soluciona toda cuestión planteada.

La lógica deductiva, al decir del tantas veces citado filósofo Racasens Siches, es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni de estimación sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con determinado fin. Para ella el Derecho "es una especie de matemáticas, que puede ser manejada por conductores que viven en una especie de campana neumática sin haber tenido nunca que padecer la penosa tarea de vivir"⁸⁵. Hay una sujeción estricta a los vocablos y conceptos encerrados en la ley que, al igual que en la

⁸⁴ Recasens Siches, Ob. Cit. pág 112.

⁸⁵ Ibidem. pág. 116.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

lógica matemática de los estoicos, al ser "sumados, abstraídos, divididos, diferenciados e integrados" darán al juez un resultado correcto según lo adecuado de su ordenación y de su manejo que realiza automáticamente.

Otro punto de vista

Gmuo, Kipp y Woff Enneccerus y varios otros estudiosos del Derecho que han abordado este tema, reconocen los amplios poderes del juez en la apreciación de los hechos y en la investigación del derecho aplicable, exaltando su figura y parece como si se orientaran a la tesis de reputar a la jurisprudencia como fuente formal de Derecho Positivo.

Dada la libertad que al juez se le conoce en defecto de ley y costumbre, se establece una paridad entre el juez y el legislador, ya que aquél como éste, tiene que orientarse en el seno de la realidad social y auscultando siempre los altos principios de la justicia y determinar cómo deben ser regulados los intereses humanos que vayan implicados en el caso nuevo que se ofrece a su decisión.

Tanto en la conciencia del juez como en la del legislador, se plantea el problema de determinar qué intereses humanos son dignos de la protección jurídica y están necesitados de ella, y luego, cuál será la ordenación necesaria más justa y conveniente que haya que dar a los hechos que traduzcan aquellos intereses.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Participan en definitiva con Jordán, en la tesis de considerar al juez como participante en la formación de las reglas jurídicas, pero nunca toma a la jurisprudencia como fuente formal del Derecho.

Participa la jurisprudencia en la elaboración de las reglas jurídicas sobre todo cuando el legislador no acomete por sí mismo las reformas necesarias en las leyes, ya que entonces deja sitio a la creación o producción de Derecho por el juez. En caso de insuficiencia del texto legal, decía Jordán, el juez debe proceder y juzgar como el legislador mismo lo hubiera hecho o lo hubiera debido hacer si el hubiese tenido que pronunciarse respecto a cada uno de los casos sometidos a su decisión.

A diferencia de las anteriores doctrinas enunciadas que niega a la jurisprudencia su valor de fuente formal, aunque coincidiendo en su esencia, se da cierto predominio a la actividad del juez; ya que no se le considera como mero analizador de la ley, reproductor de los preceptos legales sino que se le reconoce cierto poder creador. Pero el hecho de que la norma creadora regule exclusivamente relaciones concretas y genere solo derechos subjetivos, niega eficacia a la jurisprudencia como fuente formal.

El legislador pronuncia juicios de modo general y abstracto para todos y un tipo común de relaciones de la vida social, *uribi et orben*, mientras el juez pronuncia su declaración, *huc et nunc*, para el caso concreto y para resolver circunstancias singulares.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El juez ha de manejar los propios elementos y materiales que el legislador. Ha de partir de las consideraciones generales de cultura, concepciones éticas, organización económica, etc., que parecían reservadas a éste. No por esto, sin embargo, el juicio del juzgador llega a ser ley, sólo lo es del caso concreto y nada más por lo que se repite y reitera la doctrina que niega a la jurisprudencia el carácter de fuente formal del Derecho Positivo.

Entre las doctrinas que con más vigor sostiene esta manera de contemplar a la jurisprudencia, encontramos la de Enneccerus, quien escribe que no para todas las cuestiones de Derecho producidas por las relaciones de la vida, es dada una contestación en la ley o en la costumbre. Algunos son expresamente sometidos al criterio discrecional del juez, otras tácitamente, en cuanto al legislador no ha dado la regulación para no anticiparse al juez ni a la ciencia, también se encuentran lagunas debidas a inadvertencia o inevitables respecto de aquellas cuestiones que se han planteado después de la publicación de la ley por el cambio de las relaciones cotidianas.

Nunca puede rehusar el juez –continúa Enneccerus- la decisión que se le pide, aunque la ley no le dé norma alguna para ella: él debe encontrar lo adecuado para el caso en el espíritu y fin de la ley, y en tanto que esto no lo alcancen en la consideración, según criterio científico de todos los puntos de vista éticos y económicos que vengan a cuento. En determinadas circunstancias es inevitable una transformación del pensamiento legal en aisladas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

relaciones o su más próxima modelación. Se abre, por lo tanto, para el juez, un amplio campo de actividad creadora. Pero Por ello sólo estructura o modela relaciones jurídicas, derechos subjetivos. No puede, en efecto, originar Derecho objetivo, reglas que sean obligatorias o vinculativas para otros jueces, ni aún para él mismo.

Geny nos dice: "Apriori, la investigación encomendada al juez en el terreno del Derecho a descubrir nos parece muy analógico al que incumbe al legislador mismo. Salvo esta circunstancia seguramente no despreciable, pero de un orden secundario aquí que el juez interviene con ocasión de una situación de hecho concreto para adaptar el derecho a esa situación, las consideraciones que deben guiarla son, desde luego, el principio superior que deben atenderse exactamente de la misma naturaleza que las que dominan la acción misma, toda vez que se trata de una y otra parte de satisfacer del mejor modo, por una regla apropiada, la justicia y la utilidad social" para luego establecer que "...la jurisprudencia sin constituir por si misma una fuente formal del derecho positivo debe ocupar entre las autoridades un lugar preferente a los ojos del jurista, y puede también, asistida de condiciones especiales, contribuir a la formación de elementos verdaderamente reductores de nuevas reglas".⁸⁶

Encontramos entonces que en estos pensadores, aún cuando elevan un poco la categoría de la jurisprudencia, todavía conciben

⁸⁶ Gény, François, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, Paris, 1954, t. I, pág. 498.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ésta como la aplicación de un derecho ya existente y formulado, y entonces la actividad jurisprudencial sigue siendo meramente reproductiva, reconocedora, individualizadora de la regla general, sin darle esa función creadora o productiva y formuladora de una nueva regla jurídica.

Crítica de los argumentos invocados en las diversas teorías mencionadas.

De las doctrinas que niegan el carácter de fuente formal del Derecho a la jurisprudencia, quizás la más desacreditada y sujeta al mayor número de críticas, es la teoría tradicional o exegética. Considerar en la actualidad que la ley es el Derecho mismo, sería un anacronismo injustificable dentro de los cánones contemporáneos del estudio del Derecho.

La ley es la ley, y como tal, vincula al cuerpo social, a los jueces y a las autoridades todas; si no, no sería ley. Pero la ley es expresión del derecho a través del Estado y de su poder legislativo, es a saber, de los órganos que constitucionalmente están llamados a eso, a la formación de la ley en la organización política de las sociedades detrás de la ley y del Estado, están en el Derecho y la sociedad misma, que no siempre encuentran su adecuada y su completa expresión en aquellos. El juez se debe a la sociedad y al Derecho.

La obediencia a la ley es un predicado de la construcción

social, de la naturaleza del hombre y de la ley, pero esta obediencia ha de ser discursiva y no ciega; la ley y el Derecho no se identifican, no son términos que se absorban ni se excluyan; hay mucho más Derecho del escrito en la ley; el monopolio de la producción jurídica a favor exclusivamente del estado está en crisis; dentro de la ley, hay Derecho que no está en ella especificado ni puede estarlo. De lo que se concluye, que si el juez se debe a la ley y al Derecho, la interpretación de aquella ha de ser inteligente, racional y científica.

Bonnetcase, al referirse a esta teoría, afirma que "al reducir el derecho positivo a la ley y a la intención del legislador necesariamente lo inmoviliza y lo condena a la impotencia". "Confundían los exegetas al Derecho con la ley", afirma, "...y en cuanto a su método -continúa- nadie podría sostener actualmente que el legislador posea un don de previsión limitado, ni tiene el atributo de una expansión indefinida".⁸⁷

La teoría Clásica fue entrando en desuso a medida que se fue adentrando en el análisis de los métodos interpretativos, hasta llegar el momento en que el propio legislador se percató de la hipertrofia legal que le afectaba. Un avance decisivo en esta vía lo ofrece el Código Civil suizo, resumiendo en un precepto de conjunto, reduciendo a principio general lo que más importa respecto a la posición del juez frente a la cuestión de derecho que está llamado a resolver. Antes sólo pueden registrarse preceptos

⁸⁷ Bonnetcase, Julián., Ob. Cit. pág 72.

particulares relativos a puntos singulares y secundarios de aplicación de las leyes; el legislador suizo ha abarcado el problema de su integridad y desde un punto de vista más general y en forma breve, ha trazado el intérprete la dirección de conjunto que haya de seguir en el vasto dominio de la interpretación del Derecho. No se trata de rebajar la tarea de intérprete, encerrando su actitud dentro de estrechos límites, como en algunas legislaciones anteriores, sino al contrario; su fin manifiesto es ampliar los poderes del juez, permitiendo y reconociéndole en medida extensa el ejercicio de su facultad de apreciación, hasta hacerle en cierto modo colaborador en las funciones legislativas, bien que señalándole alguna línea general directiva que evite el peligro del arbitrio subjetivo desenfrenado que amenazaría la seguridad y certidumbre del Derecho.

La ley se aplica, establece el artículo 1º del Código Civil suizo a todas las cuestiones de Derecho para las que contenga una disposición según su letra o espíritu. Si no se puede tomar a la ley ninguna prescripción, entonces el juez tiene que decidir según el derecho según el derecho consuetudinario y si éste también falta, según la regla que él estableciera como legislador. En esto sigue la doctrina recibida y la tradición.

El artículo en cuestión tiene una gran trascendencia al terminar el orden de las fuentes de Derecho y consiguientemente al enumerarlas, indicando el rango y límite de cada una y la general directiva que el intérprete, juzgador jurisconsulto, ha de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

seguir en la tarea de extraer del Derecho Positivo la solución justa para una especie concreta. Y se dirige principalmente al juez como órgano principal, específico y técnico de la aplicación del derecho, pero en rigor, dicen con profunda razón Grumo y Geny, se refiere a todo aplicador del Derecho y también a los mismos particulares, cuando tratan de ordenar jurídicamente su vida y sus relaciones sociales.

Todos son al fin observadores y cumplidores del Derecho, no hay más diferencia que la decisión del juez, tiene carácter oficial, como órgano del Estado que es y goza de la autoridad reconocida a sus sentencias, mientras que la decisión del particular está desnuda de aquel carácter oficial autoritario; pero como miembro de la sociedad e intérprete directo de las necesidades y convicciones de ésta, puede llevar consigo toda la fuerza que es propia del Derecho Consuetudinario, cuando reúnan sus requisitos esenciales.

Por lo pronto, lo que más nos importa es esa atribución concedida al juez, de comportarse como legislador del caso, en el supuesto de que no encuentre la decisión ni en la ley ni en la costumbre. Esto significa el conocimiento más implícito de la augusta misión encomendada a los jueces, la exaltación debida a su función sin que en este respecto sea única ni excepcional esta disposición. Véanse los artículos relativos a la buena fe, al abuso del Derecho, a la prueba, a los principios Generales del Derecho de las obligaciones, sin salir del título preliminar y se comprenderá

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cuán alto ha puesto el legislador, ya que todos esos artículos, como Geny indica, exigen la intervención personal del juez y un extenso poder de apreciación de los elementos de hecho y de Derecho entre los cuales ha de pronunciarse el juicio y dictarse la solución correspondiente.

El código civil Suizo exalta el tipo del juez legislador, pero con una prudencia y delicadeza tal que evita el entronizamiento de críticos subjetivos, meramente individuales que pueden amenazar la certidumbre del Derecho: a tal fin, invoca la doctrina recibida y la tradición como guía de los trabajos e investigaciones del juez. El legislador suizo deposita su confianza en éste para los casos controvertidos a los que él no haya llegado y que no encuentren solución en el Derecho Consuetudinario, le hace objeto de una especie de delegación y a modo de instrucciones generales de ésta, le indica que se inspire en la tradición y en la doctrina recibida. Se aminora con el precepto en cuestión la distancia que separa al juez del legislador, pero también se aproximan sus funciones, que son hermanas, y deben vivir asociadas: la ciencia jurídica y la administración de la justicia.

El eminente jurisconsulto francés Geny, tantas veces citado en nuestro estudio sobre la materia que nos ocupa, cree que el artículo 1º del Código civil suizo está llamado a regenerar la práctica y a provocar nuevos y más vigorosos esfuerzos de parte de la ciencia del Derecho por la importancia dosificada o graduada que atribuye a todos los elementos susceptibles de suministrar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

soluciones jurídicas, por la independencia que deja al juez para descubrirlos y aplicarlos y por el aire generoso y liberal que anima toda la interpretación.⁸⁸

Esta figura del juez legislador exaltador por el Código Civil suizo es la que más nos interesa con relación al tema que estamos desarrollando. La idea no es desconocida en los anales de la jurisprudencia: como hecho apareció en los primeros tiempos de la vida social y ha coexistido constantemente, más o menos, en todas las épocas de la historia pues en el periodo de formación del Derecho Positivo, el juez tiene una intervención principal en dicha formación y con sus sentencia suministra el contenido de las leyes.

Hay en la historia grandes hechos y grandes nombres que representan el triunfo de la majestad de la ley: Las Doce Tablas, Salvio Juliano, Carlo Magno, Napoleón. Pero inmediatamente siguen procesos opuestos, después de Las Doce Tablas, la *interpretatio* y el derecho pretorio, los *responsa prudentium*, después de Justiniano, las glosas. El derecho riguroso de Francia en la época clásica de la Monarquía Militar le corroe la obra asidua y perseverante de los parlamentos. Napoleón parece que hizo triunfar otra vez el imperio de los códigos y la estricta aplicación de la ley por parte de los Magistrados. Mas cuando demudado está el Código Civil francés después de un siglo de jurisprudencia y por virtud de esta. Con el trabajo sutil, diligente, continuo de la interpretación con el otro y mas avanzado, pero a menudo

⁸⁸ Gény, François, Ob. Cit., pág. 435.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

disimulado que proviene de la necesidad de suplir las deficiencias de la ley, y por fin, con el trabajo audaz de la corrección que por un proceso, aunque lento, los jueces que han puesto para aplicar leyes, crean y aplican derecho.

La teoría de la Exégesis ha quedado, pues, plenamente desacreditada y se le menciona ya como una mera reminiscencia histórica. La crítica, que la derrumbó, ha desacreditado igualmente a aquellas doctrinas que niegan el valor de la fuente formal del Derecho a la jurisprudencia, fundándose en la teoría de la división de Poderes. Este principio ha sido objeto, igual que la tesis anterior, de agudas críticas que han desvencijado su rigidez para transformarlo en un principio relativo y elástico.

Consideraban los sostenedores de esta objeción a la eficacia creadora de la jurisprudencia, como ya lo hemos visto, que si la sentencia dictada por el juez constituyera derecho, se estaría en presencia de una invasión del poder judicial en funciones que previamente corresponden al legislador, violando en esta forma el principio de la División de Poderes que establece rígidamente la competencia de cada poder en particular. La crítica se ha encargado de rebatir este criterio, aún cuando no se niega la eficacia práctica de la División de Poderes.

Se ha hecho notar que la separación no es tan severa como la presentaba Montesquieu, sino que está dotada de una amplia flexibilidad que habilita a un poder para realizar funciones que

estrictamente deberían corresponder a otro.

Kant y Rosseau, ya encuentran la tendencia de atenuar la separación de los poderes. Kant afirma que: "Los tres poderes están coordinados entre si...; cada uno de ellos es el complemento necesario de los otros dos...; se unen el uno al otro para dar a cada quien lo que es debido". Y Adolfo Posada, por otra parte sostiene: "los problemas políticos y técnicos actuales sobrepasan, y mucho, la doctrina de separación de poderes, que, por otra parte, no ha podido realizarse prácticamente nunca, por oponerse a ello la naturaleza de los Estados, organismos y no mecanismos, y la índole de las funciones de gobierno que piden, con apremio, gran flexibilidad institucional".⁸⁹

¿De que sirve el escrúpulo teórico de la División de Poderes, si la realidad constante de un solemne mentís a principio de este campo del Derecho jurisprudencial con sus innovaciones extra y aún contra *legem*. La realidad es más fuerte que la doctrina que la reprueba y pone de manifiesto continuamente la insubsistencia e imperfección de ésta. Se olvida el sano criterio de la sabiduría romana expresado en las palabras de Paulo: *non ex regula jus senatur sedes jure, quod est, regula fiat*.

De acuerdo con el pensamiento de Montesquieu, como hemos visto, los poderes correspondían de una manera absoluta y tangente a órganos diferentes. La atención a sus respectivas

⁸⁹ Tena Ramirez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, págs. 217 y 218.

funciones y su separación aseguraba el equilibrio de los poderes y evita las interferencias de competencias.

Pero esta concepción rígida de la División de Poderes obstaculiza la marcha del Estado moderno, cuya actividad requiere un mejor entendimiento y relaciones entre poderes y una mayor flexibilidad en las atribuciones de las funciones que le corresponden.

Esto no significa que se termine con el concepto de la División de Poderes; se continúa atribuyendo a los órganos típicos tradicionales las funciones específicas que se les ha asignado: pero en vista de las necesidades prácticas, se vuelve flexible esa atribución y se les conceden, además de esas funciones específicas, otras que son substancialmente diferentes, que tienen un contenido distinto a aquellas que le corresponden de acuerdo con su denominación formal. Pero esta atribución solamente se hace de manera excepcional y subsidiaria.

Esta flexibilidad en la integración de los poderes, se encuentran brillantemente expuesta por el autor francés de la Bigne de Villaneuve, quien, a decir de Tena Ramírez, desarrolla una idea de Santo Tomás de Aquino orientándose a resolver en colaboración y no en dislocación la actividad de los tres poderes. El moderno autor al que hace alusión el constitucionalista mexicano, dice en su libro el *Fin del Principio de la Separación de Poderes*: "No separación de poderes Estatales, sino unidad de poderes en el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Estado... Diferenciación y especialización de funciones sin duda... Pero al mismo tiempo coordinación de funciones, síntesis de servicios, asegurada por la unidad del oficio estatal supremo, que armoniza sus movimientos... Esto es lo que expresaba Augusto Comte, en una fórmula espléndida, cuando interpretando el pensamiento de Aristóteles, que veía como rango característico de toda organización colectiva la superación de los oficios y la combinación de los esfuerzos, definiendo al gobierno como la reacción necesaria del conjunto sobre las partes".⁹⁰

Efectivamente, si se analiza el derecho administrativo, encontramos funciones jurisdiccionales y legislativas del ejecutivo; y si escudriñamos, aún superficialmente, las funciones que desempeña el poder legislativo, veremos que realiza actividades que estrictamente debieran corresponder al ejecutivo o a los jueces; igualmente, en el Derecho Procesal se toma en cuenta la posibilidad de funciones administrativas y aun materialmente legislativas de los jueces, aun cuando la tarea fundamentalmente de esos poderes será la correspondiente al desarrollo de sus actividades específicas.

Establecido pues, que la separación de poderes no es todo lo estricto que Montesquieu y su seguidores sostenían, y despojados los poderes de esa rigidez hermética que imposibilitaba al poder jurisdiccional para realizar funciones que exclusivamente correspondían al poder legislativo, carece de base la afirmación de

⁹⁰ Ibidem, pág. 218

que el juez no pueda crear Derecho por no ser esta función de su competencia. Máxime si tomamos en consideración que si bien el órgano judicial crea, al igual que el legislativo, normas jurídicas, es fácil distinguir las leyes de los actos jurisdiccionales por su motivación, su mecanismo y fundamentalmente por su contenido.

La teoría analítica o lógico-matemática que ya hemos expuesto dentro de aquellas que niegan la jurisprudencia derivada del silogismo, establecida dentro de la premisa mayor representada por la norma general y la premisa menor formada por los hechos que han de ser subsumidos en la primera, o que matemáticamente se puede esquematizar simbolizando la norma jurídica general con la letra N, los hechos sometidos con la letra H, y la sentencia con la letra S, para formar la ecuación $N \times H = S$ que gráficamente nos representa lo sustentado en esa teoría, se sujeta asimismo a las críticas que ya se han formulado respecto a las tesis clásicas de la Exégesis.

En efecto, vemos que la sentencia no es una mera reproducción de lo anteriormente establecido por la norma general, ni puede decirse que una solución sea justa si sólo se ha deducido utilizando la lógica formal, matemática, que considera la ley escrita como un axioma inflexible. El juez, al resolver aporta algo nuevo a esa norma general, ya que ha de tomar en consideración los factores humanos así como los principios racionales que perennemente ilustran e inspiran el sentido de su resolución. Sostiene Joaquín Dualde que: "El concepto de la

interpretación analítica ha tenido la característica infantil de no darse cuenta de que el legislador y el precepto están envueltos por el mundo"⁹¹, y Ortega y Gasset refuerza este pensamiento diciendo que "Lo humano escapa a la razón físico-matemático como el agua por una canastilla".⁹²

De las teorías expuestas se aprecia que no la reconocen como creadora del derecho a la jurisprudencia ya que el juez en sus resoluciones no crea derecho a pesar de que le incorpore nuevos principios al ordenamiento legal, porque su actividad produce derechos subjetivos concretándose a individualizar en forma general y abstracta, porque la sentencia resuelve situaciones particulares a casos concretos sin que su obligatoriedad se extienda más allá de las cuestiones planteadas.

Algunos juristas modernos siguen apoyando el mismo criterio. Luis Legaz y Lacambra expone que: "Para lograr una perfecta claridad convendría tal vez no llamar fuente del Derecho a lo que sólo es un modo de expresión del Derecho (la ley, la costumbre, etc.); es decir, fuente de Derecho sería no la norma legislada, la norma consuetudinaria, etc., sino en acto legislativo, la costumbre en cuanto uso social, etc., en los que aquella norma tendría origen. El acto creador de la norma sería obra de un órgano o fuerza social reconocida por el Derecho Positivo y se

⁹¹ Dualde, Joaquín. *Una revolución en la lógica del Derecho*. Edit. Bosch, Barcelona, 1933. 79.

⁹² Citado por Recaséns Siches en sus *Estudios de Filosofía del Derecho*, pág. 33.

hallaría regulado por el propio ordenamiento".⁹³

Entre nuestros juristas, partidarios de esta corriente, Ramón Palacio Vargas escribe "...si la jurisprudencia admitiese el calificativo de fuente del Derecho, estaríamos ante una forma subsidiaria del *stare decisis*, que nuestro orden constitucional no solamente no autoriza sino que repudia. El único creador de preceptos de validez general, de observancia para todas las autoridades, es el Poder Legislativo; él puede votar la norma, reformarla o derogarla y el Poder Judicial Federal está inhibido de esta potestad, ya sea al dictar una sentencia o 5, o contrariando su jurisprudencia con un solo fallo. Las mismas limitaciones tantas veces aludidas, impuestas por el legislador a la jurisprudencia, demuestran que ésta no es fuente del Derecho y menos aún lo puede ser como 'control directo de actos legislativos ya que la ley no se deroga, la ley no perece por la jurisprudencia constante'. En último término, repitámoslo, la jurisprudencia es, como señalaba Vallarta, una recomendación al Poder Legislativo para que derogue las leyes inconstitucionales declaradas en jurisprudencia firme".⁹⁴

Hasta cierto punto, los dos últimos tratadistas citados, tienen razón cuando aducen que el acto legislativo es creador del Derecho, sin embargo, no hay que olvidar que el papel que juega la jurisprudencia en todos los países entre los que se encuentra el nuestro, como interpretadora, y en algunos casos como

⁹³ Lagaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5ª edic., Barcelona, España, Casa editorial Bosch, S.A., 1978, pág. 512.

⁹⁴ Palacio Vargas, J. Ramón. *Instituciones de Amparo*. 2ª edición, Puebla, México, Edit. José M. Cajica J., S.A., 1969, págs. 191-192.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

integradora de la ley, indudablemente que es productora de Derecho, ya que ante la omisión en algunos casos de la ley, o por presentar lagunas ésta, mediante la interpretación de ella se origina el Derecho, y más aún, cuando en países como el nuestro, la jurisprudencia es obligatoria para el Poder Judicial y cuyo espíritu se desprende de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo.

Por ello no estamos de acuerdo con Luis Legaz y Lacamba porque la jurisprudencia no sólo es una expresión del Derecho, sino productora del mismo.

Tampoco coincidimos con Ramón Palacios Vargas, porque no existe ninguna disposición constitucional que repudie a la jurisprudencia como fuente del Derecho, aunado a lo anterior, a que el Poder Legislativo no es el único poder facultado para crear leyes, sino que esta atribución también le corresponde al Poder Ejecutivo con fundamento en el Artículo 89 Constitucional, fracción I, y el hecho de que la jurisprudencia en nuestro país no es "control directo de los actos legislativos", "ya que la ley no se deroga", y no perece por una jurisprudencia constante.

Al respecto hacemos la mención del comentario de don Carlos De Silva y Nava: "Podemos poner este ejemplo: el juez aplica una norma abstracta y la hace concreta; si reinvirtiéramos el sistema, o sea, volver de lo concreto a lo abstracto, tendríamos que llegar a la misma norma, pero tan hay creación del juez (y así

se explica la jurisprudencia obligatoria), que cuando se vuelve a la abstracción, la jurisprudencia no dice exacta y literalmente lo que decía la ley. La ley se adecuó a situaciones especiales; inclusive se hizo evolucionar a la propia ley y la hizo aplicable a casos que quizá ni siquiera había previsto o podido prever el legislador, entonces, si vamos de lo abstracto a lo concreto y de lo concreto a lo abstracto, a través de la creación jurisprudencial, encontraremos que no volvemos al punto de partida, de otra manera, saldría sobrando la jurisprudencia obligatoria. Saldría sobrando, porque sería una simple repetición de lo establecido por la norma que fue aplicada por el juzgador".⁹⁵

Con la opinión sustentada por este tratadista, pensamos que en nuestro país la jurisprudencia es fuente del Derecho, y los que le niegan tal carácter apoyan su postura en corrientes y teorías antiguas, que en nuestro derecho moderno son obsoletas.

3.2. DOCTRINAS QUE CONSIDERAN A LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO.

En oposición a la corriente anterior, existen juristas que colocan a la jurisprudencia en el campo de las fuentes formales; se han expuesto diversos razonamientos para intentar demostrar que la jurisprudencia es fuente del Derecho.

⁹⁵ De Silva y Nava, Carlos. *La Jurisprudencia en curso de actualización de Amparo*. México, División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho, UNAM, 1965, págs. 111-112.

Destacamos, por considerar que son las más importantes, la de los juriconsultos de Diego y de Buen, quienes han pretendido encontrar la explicación del valor de la jurisprudencia, en su entronque con los principios, la actividad de los tribunales se acerca a la producción jurídica, siendo los mismos, en sustancia, coincidentes con los que la ley de enjuiciamiento civil española llama doctrina legal.⁹⁶

Con posturas diferentes, los anotadores de Enneccerus legitiman la jurisprudencia incluyéndola en el hábito de la costumbre al ser una de sus más importantes formas o manifestaciones, partiendo de la base de que constituye costumbre toda manifestación jurídica *rebus ipsis et factis*, exteriorizada de algún modo, que determine la posición autárquica de una regla jurídica, parecen admitir con la doctrina alemana que la voluntad general de validez jurídica, que es el primer requisito del Derecho Consuetudinario, puede manifestarse a través de los órganos de Estado, y llegan a la conclusión de que la formación consuetudinaria principal que se produce, es aquella engendrada por la jurisprudencia, y que el *uso fori* se convierte en fuente del Derecho cuando concurren todos los requisitos del Derecho consuetudinario, es decir, cuando por su reiteración la jurisprudencia forma un criterio que se impone a los tribunales en fuerza de su acotamiento a la doctrina del Tribunal Supremo.

⁹⁶ *Curso Elemental de Derecho Civil.*, trad. De Demófilo De Buen, Inst. Ed. Reus, tomo I, Madrid, 1941, pág. 98.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al respecto, Alcalá Zamora y Castillo admite como fuente jurídica a la jurisprudencia como una forma judicial del Derecho Consuetudinario. Recogiendo la distinción alemana entre el *Volksrecht* o Derecho popular y el *Gerichtsstrecht* o Derecho judicial, como manifestaciones ambos del Derecho consuetudinario, entiende que los juristas, como miembros de la comunidad, pueden, en sus fallos uniformes crear usos judiciales, que tendrán el carácter de normas consuetudinarias cuando se den todos los requisitos que éstas demandan.⁹⁷

Coinciden en estimar a la jurisprudencia como fuente formal aquellos autores que hacen depender la esencia de las fuentes formales en su "grado de autoridad" respecto a las soluciones subsecuentes. Para ellos no son jurisprudencia las opiniones doctrinarias, sino la autoridad que emerge de una larga serie de sentencias judiciales conforme "una sucesión no interrumpida de sentencias judiciales conforme una sucesión no interrumpida de sentencias análogas", decía Portalis: y para encontrar esta autoridad de las decisiones jurisdiccionales, hacen referencia al régimen legal de la Gran Bretaña y Estados Unidos. En estos países los precedentes judiciales gozan de una autoridad reconocida que se impone al jurisconsulto, toda decisión judicial nueva hace nuevo Derecho. Algunos ingleses llegan a decir que el Derecho Positivo no se concibe como tal, fuera de la forma que se asigna en defecto de las leyes, los actos de la práctica y sobre todo las decisiones judiciales. Las colecciones de sentencias

⁹⁷ "Derecho Consuetudinario y función judicial", en el volumen *Estudios del Derecho Procesal*. Madrid, 1934. pág. 482.

(Repos) forman la masa principal del Derecho.

Para ello el juez no limita su papel al de un puro intérprete, participa realmente en la confección de la ley civil. El juez inglés es libre de desentenderse del *statute law* o Derecho establecido, para dar preferencia al CommonLaw O Derecho Consuetudinario, constituyendo en consecuencia un instrumento de autoridad y por ello mismo, una fuente formal del Derecho.

Recientemente, surgen aquellos autores que catalogan a la jurisprudencia como fuente formal, fundándose en la labor creadora del juez al resolver las cuestiones que se le plantean en ausencia de una ley aplicable.

Argumentan en respaldo de esa posición que si bien el Derecho es omnicompreensivo y hermético, la ley por su parte deja una infinidad de cuestiones sin resolver, máxime si se toma en consideración que el medio social en que se va a aplicar, va variando a medida que transcurre el tiempo. Nuevas inversiones, descubrimientos, novedosas formas de contratación, de asociación, etc., da lugar a nuevas relaciones jurídicas que el legislador puede dejar sin regulación. Sin embargo, al requerirse la intervención judicial en relación con cualquiera de esas situaciones no previstas en la ley, el juez debe resolverlas subsanando las omisiones legales y al llenar esas lagunas necesariamente tendrá que crear Derecho, ya que no se puede aplicar lo que no existe.

El filósofo jurista mexicano Eduardo García Máynez se apoya en esta tesis para configurar a la jurisprudencia dentro de las fuentes formales y así vemos que en su introducción al Estudio del Derecho dice que "Cuando un fallo se dicta de acuerdo con las disposiciones ya establecidas (legisladas o consuetudinarias) sólo constituye un acto de aplicación de tales preceptos y no es por ende, fuente formal del orden positivo. Pero puede ocurrir que el juez a quien corresponde resolver un conflicto, descubra que no hay disposiciones aplicables. En esta hipótesis está obligado a recurrir a los principios generales del Derecho y a formular la norma o normas en que su decisión habrá de fundamentarse. Es decir, tendrá que llenar una laguna de la ley y , al hacerlo, dará su sentencia el carácter de fuente de Derecho. Por tanto, las resoluciones judiciales o administrativas son fuente formal del orden jurídico cuando no representan una simple aplicación de preceptos ya formulados o de costumbres jurídicamente obligatorias".⁹⁸

El maestro René David, en estrecha relación con lo expuesto en el apartado anterior nos expone que: "Tienen un particular interés los diversos procedimientos empleados para asegurar la certidumbre del Derecho, proporcionando una cierta estabilidad a la jurisprudencia. Tal preocupación, presente en numeroso países, prueba la importancia que en los mismos se reconoce a la jurisprudencia, por mucho que la doctrina se empeñe en negarle la

⁹⁸ Opus. Cit. Pág. 75.

cualidad de fuente de Derecho.”⁹⁹

En lo relativo a este mismo punto, Don Ezequiel Guerrero dice que: “...por fuentes deben entenderse los procesos de manifestación o modos de expresión de las normas jurídicas o de aquellas normas generales, abstractas y obligatorias que son aplicables a todos los casos y personas que se encuentran comprendidas dentro de las hipótesis en ellas previstas. En otros términos, la jurisprudencia emerge de la fuente viva que implica el análisis reiterado de las disposiciones legales vigentes, en función de su aplicación a los casos concretos sometidos a la consideración del pleno de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, de las salas que la integran y de los Tribunales Colegiados de Circuito, conforme a sus respectivas competencias; y precisamente porque la jurisprudencia es fuente de derecho, de ahí dimana su obligatoriedad en los términos de los preceptos invocados”.¹⁰⁰

Con base en lo anterior, nosotros somos partidarios de la corriente que considera a la jurisprudencia como fuente del Derecho, sin dejar de soslayar, que aun cuando la expresión del mismo, mediante su aplicación se da con posterioridad al acto legislativo que dio origen o nacimiento a una ley, también lo es que la jurisprudencia al jugar un papel de interpretación e integración de ella, produce Derecho, y más si tomamos en consideración con nuestra legislación nacional mediante

⁹⁹ David, Ob. Cit., pág. 105.

¹⁰⁰ Guerrero Lara, Ezequiel. Jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, pág. 368-369.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

determinados requisitos la jurisprudencia es obligatoria para los tribunales, luego entonces, le da origen al Derecho, interpretándolo o integrándolo a consecuencia de las lagunas existentes en la ley u omisiones de la misma.

Por eso discrepamos de la opinión sustentada por aquellos juristas que no le conceden a la jurisprudencia el rango de fuente del Derecho, bajo el pretexto de que la misma opera después de haberse creado determinados preceptos legales, es decir, después del acto legislativo, y debido a ello es una expresión del derecho o un modo de aplicarse, por tanto, aún cuando consideramos acertado el principio de división de poderes, que aplicado al presente estudio, y aun cuando al órgano jurisdiccional le corresponde administrar justicia aplicando la ley, al interpretarla por lagunas existentes en la misma o al integrar el Derecho por omisiones de él, mediante esta actividad está dando origen a nuevas manifestaciones del Derecho, y no por ello, se afirme que está invadiendo una función que no le corresponde (acto legislativo) ya que el juez no puede dejar de pronunciar el Derecho cuando se le plantea una cuestión jurídica en atención al postulado "plenitud hermética del Derecho". Por tanto, la jurisprudencia se nutre y se forma de la legislación, la doctrina y la labor jurisdiccional.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO CUARTO

LAS TESIS DE LA SALA SUPERIOR DEL CONSEJO DE MENORES CONSTITUYEN UNA FUENTE FORMAL DEL DERECHO

En este capítulo nos corresponde ahora, tratar de establecer si las tesis de la sala superior del Consejo de Menores constituyen o no fuente formal del Derecho.

4.1 LOS ÓRGANOS JUDICIALES QUE TIENEN LA POTESTAD DE CREAR O SENTAR JURISPRUDENCIA

El título cuarto de la Ley de Amparo, hace referencia a la jurisprudencia de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito, lo que implica la idea de que sólo a estos órganos colegiados les corresponde la formación y la elaboración de la jurisprudencia.

En capítulos precedentes proporcionamos el concepto de jurisprudencia, y en una de ella dijimos que la jurisprudencia es el conjunto de principios jurídicos contenidos en la decisiones de los tribunales; entonces nos preguntamos ¿Qué tribunales tienen la facultad de elaborar la jurisprudencia? Al respecto, el artículo 192 de la Ley de Amparo señala que:

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

“La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados, del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hallan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de salas y de tribunales colegiados.”¹⁰¹

El artículo 193 del mismo ordenamiento establece que:

“La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los Tribunales Unitarios, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo,

¹⁰¹ Trueba Urbina, Alberto y Jorge Trueba Barrera. *Nueva Legislación de Amparo Reformada, doctrina, textos y jurisprudencia*. 75 edición. México, Editorial Porrúa, 2000, pág. 178.

locales o federales.

Las resoluciones de los tribunales colegiados de circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hallan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado".¹⁰²

De la lectura de dichos preceptos se desprende que los órganos facultados para elaborar jurisprudencia lo son: la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito. Por lo que hace a la terminología empleada por el legislador al referirse a la "interrupción y modificación", nos remitimos a páginas anteriores en donde ya fueron ampliamente explicados.

También en capítulos anteriores hicimos la distinción entre tesis y jurisprudencia, señalamos que la tesis es una decisión aislada por parte de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, por eso, y con base en los preceptos invocados, precisamos que la jurisprudencia se elabora cuando existen cinco decisiones en un mismo sentido sin que se encuentre derogada por otra en contrario.

Los preceptos en cita señalan que la jurisprudencia es

¹⁰² Trueba Urbina, Alberto y Jorge Trueba Barrera. Ob. Cit., pág. 178.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

obligatoria para los tribunales que la misma ley se refiere, en esas condiciones, la jurisprudencia no es obligatoria para aquellas autoridades que tienen la encomienda constitucional de investigar y perseguir los delitos, es decir, para aquellos que tienen como función la procuración de justicia; los preceptos hacen referencia a tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, no hacen referencia a los tribunales para menores por lo que de acuerdo con lo que estatuye la Ley de Amparo en los ordenamientos invocados, la jurisprudencia elaborada por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales Colegiados de Circuito no es obligatoria para los tribunales de menores infractores.

También ya mencionamos en capítulos anteriores, que la elaboración de la jurisprudencia debe de reunir ciertos requisitos, es decir, a través de cinco criterios uniformes que implica la reiteración y los requisitos de votación que la ley de amparo exige, sin embargo, hay una excepción a esta regla, porque el último párrafo del artículo 192 de la Ley de Amparo establece que:

“La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y de trabajo, locales o federales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hallan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de salas y de tribunales colegiados”.

Lo anterior es una excepción, porque se rompe con el principio unificador de cinco ejecutorias en un mismo sentido sin ninguna en contra, sino basta con que se emitan dos resoluciones contradictorias para que la resolución dictada por las salas de la corte y por lo Tribunales Colegiados de Circuito para que se elabore la jurisprudencia.

Proponemos, para que no existan lagunas en la ley, que se modifiquen los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo para que la obligatoriedad de la jurisprudencia se haga extensa a los Consejos o Tribunales para Menores, ya que no hay que olvidar que la Ley que crea el Consejo de Menores infractores en su artículo 6º establece que:

“El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 años y menor de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

18 años tipificadas por las leyes penales señaladas en el artículo primero de esta Ley. Los menores de 11 años, serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, las cuales se constituirán, en este aspecto, como auxiliares del Consejo”.

Del precepto en cita es conveniente resaltar, que es competente para conocer entre otros casos, cuando los menores infrinjan leyes penales, lo que denota que son conductas que están íntimamente ligadas con el Derecho Penal, con la salvedad de que quienes la realizan son menores de 18 años.

A este tipo de infractores se les instaura un procedimiento, en donde inicialmente se les investiga y si a raíz de la investigación se determina que es procedente ponerlo a disposición del Ciudadano Consejero Unitario del Consejo de Menores -que equivalen a un juez-, en donde se le instruirá un proceso especial, el cual podrá culminar con la resolución definitiva que es equivalente a una sentencia en materia penal, en donde se hará el examen exhaustivo del caso y se valorarán las pruebas.

En el presente caso estamos en presencia de infracciones porque son realizadas por menores, pero en realidad se tratan de conductas tipificadas por la ley penal como delitos, entonces, si se les instaura un procedimiento a un menor infractor está sujeto a decisiones de diversa índole, entre las que se encuentra la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

resolución definitiva, la cual, como ya se mencionó, es un examen del caso mediante valoración de pruebas que implica una determinación.

¿Con base en qué criterio deberán resolver los tribunales para menores infractores cuando la ley sea oscura o adolezca de claridad? Aun cuando debe atenderse a los principios consagrados por la ley penal en cuanto a los elementos estructurales del delito, en cuanto a su comprobación, en lo relativo al cuerpo del delito y a la probable responsabilidad, como ya se mencionó: las tesis jurisprudenciales no son obligatorias para los tribunales especiales para menores infractores, luego entonces, aun cuando la ley de Amparo es omisa en este aspecto, con el objeto de cumplir con las finalidades y objetos del procedimiento especial para menores, consideramos que las decisiones del tribunal especial deben obligarse en los términos de otros tribunales para acatar la jurisprudencia obligatoria, porque la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Diciembre de 1991) , establece un procedimiento especial, en donde los órganos encargados de impartir justicia en dicho procedimiento emiten diversas resoluciones, culminando, en su caso, con la resolución final; luego entonces, aplican el derecho a los casos concretos realizados por los menores, en otras palabras, su actividad está encaminada a procurar y administrar justicia a los menores infractores.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo, apreciamos que las tesis sustentadas por la sala Superior del Consejo de Menores, en muchos casos deja de observar los criterios jurisprudenciales, dando lugar con ello, a que sus decisiones constituyan verdaderas apreciaciones subjetivas, alejados de la realidad jurídica, y como no hay ningún órgano jurisdiccional jerárquicamente superior que lo revise, la inseguridad jurídica propagada por este clase de actuaciones prevalecerá y, por ende, sus tesis no constituyen fuente formal.

Cuando a un menor se le juzga mediante Tribunales Especiales, sus lineamientos no pueden estar apartados de los ideales de justicia y equidad, y aun cuando se traten de infracciones, como ya lo dijimos, están estrechamente vinculados a la ley penal por disposición del artículo 6º del ordenamiento especial ya citado.

4.2 OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN LA LEY DE AMPARO

Normalmente se ha aceptado en el mundo jurídico, que una norma no es obligatoria si correlativamente ante su infracción no produce como consecuencia una sanción, por eso, para que una norma adquiera el carácter de obligatoria se requiere que el Estado la sancione ante su inobservancia.

La obligatoriedad de la jurisprudencia que emana de los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, es en apariencia puesto que la Ley de Amparo no establece una sanción efectiva para las autoridades judiciales de trabajo o administrativas que la dejen de observar, mas si consideramos que la jurisprudencia sólo puede interrumpirse de conformidad con lo que dispone el artículo 194 de la Ley de Amparo, referente a que la jurisprudencia se interrumpe, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario si se trata de la sustentada por el pleno, por cuatro si es de una Sala y por unanimidad de votos tratándose la de un Tribunal Colegiado de Circuito, a pesar de ello, la Suprema Corte de Justicia al referirse a esta cuestión emitió el siguiente criterio jurisprudencial:

"JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE, LAS JUNTAS TIENEN LA OBLIGACIÓN DE OBSERVARLA. Existiendo jurisprudencia de esta Suprema Corte, en el sentido de que las Juntas de Conciliación tienen obligación de aplicar de oficio la sanción prevenida por el artículo 479 de la Ley Federal del Trabajo, cuando el actor que promueva en el término de tres meses, siempre que esto sea necesario para la continuación del procedimiento, es claro que la junta responsable debió observarla, de acuerdo con el artículo 194 de la Ley de Amparo, que dice: 'La jurisprudencia de la Suprema Corte en los juicios de Amparo y en los que se susciten sobre aplicación de leyes federales o tratados celebrados con las potencia extranjeras es obligatoria para los magistrados de circuito, jueces de distrito, tribunales de los estados, distrito y territorios federales y Juntas de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Conciliación y Arbitraje'; y como no lo hizo sino que en lugar de tener por desistida de su acción a la parte actora, porque el procedimiento laboral estuvo inactivo más de tres meses, acordó señalar término para alegar, violando dicho artículo 479, debe llamársele la atención sobre su obligación de obedecer la jurisprudencia de este alto Tribunal.

Amparo en revisión en materia de trabajo 3808/47. Gálvez Luis, 14 de julio de 1948, unanimidad de 4 votos."

El criterio jurisprudencial fue sustentado por la cuarta sala de la Suprema Corte de Justicia, aunque aclaramos que la actual redacción del artículo 194 de la Ley de Amparo no corresponde a la de esa época, sin embargo, el espíritu de nuestro más alto tribunal se traduce en que los Tribunales Judiciales Inferiores y aun la propia Corte apliquen obligatoriamente la jurisprudencia.

De la tesis jurisprudencial en cita se observa la tibieza del más alto tribunal para sancionar a las autoridades judiciales que no cumplan con el principio de obligatoriedad al emitir sus resoluciones, posteriormente a esta tesis, la misma sala se pronunció en doce ocasiones más, lo que significa que la obligatoriedad de la jurisprudencia, ante la falta de sanción, las autoridades judiciales del trabajo o administrativas dejaron de observarla; los amparos que dieron origen al mismo criterio jurisprudencial ante la inobservancia de su aplicación son los siguientes:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- 1) Amparo en revisión en materia de trabajo 828/48, Cevallos J. Jesús B. 23 de julio de 1948, mayoría de 3 votos, Quinta Época, Tomo XCVII, P. 765.
- 2) Amparo en revisión en materia de trabajo 4326/47, The Fresnillo Co., 2 de agosto de 1948, mayoría de 3 votos, Quinta Época, Tomo XCVII, p. 1048.
- 3) Amparo en revisión en materia de trabajo 8053/47, Administración de Ferrocarriles Nacionales de México, 9 de agosto de 1948, mayoría de 3 votos, Quinta Época, Tomo XCVII, P. 1146.
- 4) Amparo en revisión en materia de trabajo 6834/47, The Cananea Consolidated Koper Co., S.A., 20 de agosto de 1948, mayoría de 3 votos, Quinta Época, Tomo XCVII, p. 1517.
- 5) Amparo en revisión en materia de trabajo 217/47, Mexican Candelaria, Co. S.A., 10 DE SEPTIEMBRE DE 1948, mayoría de 3 votos, Quinta Época, Tomo XCVII, p. 2150.
- 6) Amparo en revisión en materia de trabajo 5910/47, San Francisco Mines of México Ltd., 6 de octubre de 1948, mayoría de 3 votos, Quinta Época, Tomo XCVIII, p. 222.
- 7) Amparo en revisión en materia de trabajo 6046/47, The Fresnillo, Co., 6 de octubre de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- 1948, mayoría de 3 votos, Quinta Época, Tomo XCVIII, p. 232.
- 8) Amparo en revisión en materia de trabajo 2971/47, Administración de los Ferrocarriles Nacionales de México, 18 de octubre de 1948, mayoría de 3 votos, Quinta Época, Tomo XCVIII, p. 561.
 - 9) Amparo en revisión en materia de trabajo 7772/47, Cía. Minera Asarco, S.A., Unidad de Aurora Xichú, 21 de octubre de 1948, mayoría de 3 votos, Quinta Época, Tomo XCVIII, p. 680.
 - 10) Amparo en revisión en materia de trabajo 3266/47, San Francisco Mines of México, Ltd., 21 de octubre de 1948, mayoría de 3 votos, Quinta época, Tomo XCVIII, p. 688.
 - 11) Amparo en revisión en materia de trabajo 3516/47, Cía. Minera de Peñoles, S.A., Unidad Ávalos, Zacatecas, 29 de noviembre de 1948, mayoría de 3 votos, Quinta Época, Tomo XCVIII, p. 1751."

Posteriormente la Primera Sala de nuestro más alto tribunal sostuvo el siguiente criterio:

"JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE, DESACATO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DE LA. Si un Tribunal de Apelación, del fuero común, dejó de acatar la jurisprudencia establecida por esta Suprema Corte, la cual es obligatoria para dicho tribunal, conforme al artículo 194 de la Ley de Amparo, debe llamarse la atención para que en lo sucesivo se ajuste estrictamente a los términos de la citada jurisprudencia.

Amparo penal directo 806/50, Arellano Camacho Manuel, 21 de abril de 1951, mayoría de 3 votos.”

La postura débil de nuestro más alto tribunal por falta además de un precepto legal que sancione con eficacia a las autoridades judiciales, administrativas o de trabajo, provoca que en realidad la obligatoriedad de la jurisprudencia no sea tan obligatoria como lo establece la Ley de Amparo, por lo que consideramos conveniente se legisle sobre ello, tomando en consideración que la inobservancia por parte de los tribunales antes referidos puede provocar resoluciones que no están inspirados en los ideales de justicia y de equidad, sino de manera caprichosa.

Es conveniente abarcar el tema de la obligatoriedad bajo diversos enfoques.

Desde el punto de vista de su ámbito personal de la obligatoriedad de la jurisprudencia, consiste en que los órganos o personas se encuentran vinculados con la opinión de la Corte o de los Tribunales Colegiados de Circuito, principio que se encuentra

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

consagrado en los artículo 192 y 193 de la Ley de Amparo.

Desde el ámbito temporal de obligatoriedad de la jurisprudencia que se refiere al momento en que la jurisprudencia es obligatoria y no lo relativo a la vigencia de la misma. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aplicado los siguientes criterios:

“JURISPRUDENCIA APLICABLE. Si cuando se dictó la sentencia que constituye el acto reclamado ya era obligatoria, por estar en vigor, una jurisprudencia sobre determinado delito, es absurdo sostener que debe aplicarse la jurisprudencia en vigor en el momento de la realización de los hechos, constitutivos del delito, puesto que no se trata de una nueva ley abrogatoria o derogatoria de otra anterior, sino sólo la unificación y determinación del verdadero sentir de una ley, la cual no se modifica por el hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza.

Amparo directo 7971/60. José G. Romo. 20 de febrero de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.”

“JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA. La jurisprudencia es obligatoria para los juzgadores al aplicar la ley, vale para todos los actos jurisdiccionales verificados durante su vigencia, es decir, rige al momento de sentenciar y no al de la comisión del delito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Amparo directo 4854/61. Santiago Martínez Zavala y Coags., 13 de noviembre de 1961. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva."

De lo que se colige que la obligatoriedad de la jurisprudencia no es en el momento de la realización de los hechos, motivo de la cuestión planteada sino en el tiempo de dictar sentencia, pero no significa que la jurisprudencia, en esas condiciones, se aplique retroactivamente, respecto de este punto, nuestro más alto tribunal ha sostenido el siguiente criterio:

"JURISPRUDENCIA, NO EXISTE RETROACTIVIDAD TRATÁNDOSE DE LA APLICACIÓN DE LA. De conformidad con el artículo 193 de la Ley de Amparo en relación con el 95 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Pleno del Tribunal Fiscal debe aplicar la jurisprudencia que en el momento de dictar su resolución esté en vigor, y que se halla constituido cuando la sala fiscal dictó la sentencia reclamada ante el pleno.

Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito,

Amparo Directo D.A. 2/72. Madererías San José S.A., 17 de abril de 1972, unanimidad de votos. Ponente: Jesús Toral Moreno."

Con lo anterior queda explicado el ámbito temporal de la obligatoriedad de la jurisprudencia. Por último, expondremos el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ámbito material de obligatoriedad de la jurisprudencia, relativo a la cuestión ¿A cuáles casos resulta aplicable la jurisprudencia con fuerza obligatoria?

“JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE. La jurisprudencia de la suprema corte esta formada por la litis de los cinco negocios en que fue formado, y esa litis incluye necesariamente la interpretación que se dio a la ley en esos negocios, y los conceptos de violación y agravios que los mismos hicieron valer. Pero sería una extrapolación lógica y una denegación de justicia, al estimar obligatoria y aplicable dicha jurisprudencia a casos en que la interpretación de la ley, o las cuestiones legales planteadas en los conceptos de violación y en los agravios sean diferentes de los que contemplaron y examinaron en la ejecutorias que formaron la jurisprudencia.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 87/78. Autobuses de Occidente, S.A. de C.V. de agosto de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.”

“JURISPRUDENCIA. EXAMEN DE LAS SENTENCIAS QUE LA CONSTITUYEN ANALOGÍA. APLICACIÓN INOPERANTE DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES POR ESTE CRITERIO. De una manera exacta y rigurosa, una sentencia de la Suprema Corte de Justicia consiste en lo que decide y en las razones

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

inmediatas de decidirlo, en estrecha vinculación con el caso decidido. Por tal motivo, es necesario estudiar las cinco sentencias que formaron la jurisprudencia invocada para conocer sus vinculaciones con los casos concretos a que se refieren y al no existir elementos comunes entre los dos supuestos, los de las ejecutorias que formaron la jurisprudencia mencionada y el caso a estudio, se impone concluir que las razones jurídicas que informan las ejecutorias que constituyen la jurisprudencia no son aplicables al problema planteado.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 1236/82. Sociedad Cooperativa de Trabajadores de Auto Transportes de la Línea México-Morelia-Guadalajara, S.C.L., 1º DE MARZO DE 1983. unanimidad de votos. Ponente: David Góngora Pimentel.”

Los criterios jurisprudenciales antes citados son ilustrativos para aplicar la jurisprudencia técnicamente a los casos aplicables y de acuerdo con los lineamientos consagrados, el problema radica en que el caso sea igual pero en cuanto al supuesto jurídico controvertido, no estamos en presencia de los mismos hechos, porque en caso de tratarse de los mismos hechos no se podría formar el criterio jurisprudencial, más aún, que el artículo 23 constitucional prohíbe que alguien sea juzgado dos veces por el mismo delito, por eso es preciso que la jurisprudencia aplicable debe de contener los detalles, los hechos del caso concreto y no buscar dar notas de generalidad y abstracción que son ajenas a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

esa institución.

No se trata de resolver problemas similares sobre hechos concretos, sino la igualdad es en referencia al supuesto jurídico y tan no hay similitud en cuanto al hecho concreto que la ejecutoria inicialmente pronunciada y que después fuera objeto de reiteración por cuatro más, no prevé ningún caso similar.

4.3 ASPECTO POLÍTICO DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA Y LAS TESIS DEL CONSEJO DE MENORES

ASPECTO POLITICO.

Como lo comentamos anteriormente, aún cuando EL ORGANISMO FACULTADO PARA APLICAR LA LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES infractores para el Distrito Federal, no es un Tribunal Judicial, ni Administrativo ni de Trabajo, las funciones que realiza en la protección de los derechos de las personas mayores de once y menores de dieciocho años, poseen las características de la función jurisdiccional, porque aplican los preceptos legales de esa ley a casos concretos, el procedimiento previsto por la citada ley, es similar a la del procedimiento penal, como ejemplo podemos citar, las garantías individuales de que goza todo menor, al instaurar el procedimiento administrativo, sin embargo, hay diversas opiniones en el sentido, de que si el juicio de amparo directo es procedente contra las tesis o resolución dictada por la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sala Superior del Consejo de Menores.

Consideramos que el juicio de Amparo Directo, debe ser procedente en contra de la resolución dictada por la Sala Superior del Consejo para menores, como un medio de control, para que la aplicación de la justicia a los menores infractores no se haga en forma arbitraria ni caprichosa, sino que por el contrario se supervise su correcta aplicación mediante el juicio de amparo directo, que se ventilare ante los Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito, ya que sino se hiciera permisible el juicio de amparo, la Sala Superior del Consejo Menores, interpretaría y aplicaría el derecho en forma caprichosa o arbitraria, violando con ello el principio de legalidad, sin que ningún órgano de control corrigiera dichas deficiencias.

A pesar de ello, nuestros Tribunales Colegiados en Materia Penal, han sustentado diversos criterios.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito denunciante, al resolver por unanimidad de votos en sesión de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y tres, el amparo directo 13/93 promovido por Raúl Gutiérrez Zavala, sostuvo la tesis siguiente:

"MENORES INFRACTORES, COMPETENCIA PARA CONOCER DEL AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL.- La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Federal vigente, de acuerdo con sus artículos 1 y 6, tiene por objeto reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de las personas mayores de once y menores de dieciocho años, cuya conducta considerada como infracción se asimila a la que se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal como delitos; a quienes sus órganos instruye un procedimiento especial de carácter administrativo par a resolver sobre su situación jurídica a través de actos provisionales y sentencias definitivas de primera y segunda instancias, en las que ordenan la aplicación de medidas que afectan la libertad personal de dichos menores, equiparando dicho procedimiento al proceso penal que se sigue para adultos imputables y en ambos se deben respetar las garantías individuales correspondientes a todo juicio penal. Asimismo, cabe señalar que de acuerdo al artículo 4 de la citada ley, se crea el Consejo de Menores como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, como autoridad que tiene a su cargo la aplicación de las disposiciones contenidas en dicha ley, o sea, que el Consejo de Menores del Distrito Federal, aun cuando no tiene el carácter de tribunal judicial, actúa como tal al aplicar el derecho al caso concreto, es decir, dirime controversias surgidas con motivo de la aplicación de la ley preindicada y, además, la resolución definitiva de segunda instancia, como la que ahora se reclama, se pronunció después de un procedimiento seguido en forma de juicio; y respecto de la cual no procede recurso ordinario por el que pueda ser modificada o revocada, en cuya circunstancias se estima que el único medio de impugnación procedente contra ella es el amparo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

directo o uniinstancial, y que son competentes para conocer del mismo los Tribunales Colegiados de Circuito, al tenor de lo dispuesto por la fracción V, inciso a), del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 44 y 158 de la Ley de Amparo, y 44, fracción I, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la federación; dado que ya no sería necesario ni conveniente la posibilidad de aportar mayores pruebas de las desahogadas durante el procedimiento de instancia”.

Del criterio sustentado, se aprecia, que el único medio de impugnación procedente contra la resolución definitiva de segunda instancia es el amparo directo y que son competentes para conocer los Tribunales Colegiados de Circuito, criterio que consideramos aceptable, porque el juicio de garantías directo, constituye un medio de control para que la Sala del Consejo de Menores ante la posibilidad de que sus resoluciones, sean revisadas por un Tribunal Superior, no interpreten y apliquen el derecho arbitrariamente o caprichosamente sin que se deje de soslayar, que aún cuando los Consejos o Tribunales Tutelares, no constituyan en estricto derecho un Tribunal Jurisdiccional, también lo es, que las funciones realizadas de acuerdo a las facultades que les confiere la ley son las de un Organo Jurisdiccional, independientemente de que de dependan de la Secretaría de Gobernación.

Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primero Circuito, al faltar por unanimidad de votos, en sesiones de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fecha veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres y veintiséis de febrero del mismo año, en los asuntos de amparo directo 91/92 y 14/93, promovidos respectivamente por el quejoso Leonardo Huerta Olivera y por Rafael Lezama Trejo a favor del quejoso su hijo menor de edad Carlos Lezama Trejo, de manera idéntica resolvió lo siguiente:

"SEGUNDO.- Resulta innecesario relatar las constancias que informan el expediente (...), del que deriva el acto que se reclama, así como los conceptos de violación expresados, porque este Segundo Tribunal Colegiado en Materia penal del Primer Circuito se considera incompetente para conocer del juicio de amparo que promueve (...), dado que en éste se reclama la resolución que pronunció la Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal en el toca (...), y ésta no tiene el carácter de Tribunal Judicial o Administrativo.

CUARTO.- El tercer Tribunal Colegiado en Materia penal del Primer Circuito, al fallar por unanimidad de votos, en sesión de fecha veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres, en el asunto de amparo directo número 2358/92, promovido por José Manuel Ruíz Campos en ejercicio de la patria potestad de su hijo menor de edad Roberto Carlos Ruíz García en la parte considerativa de ese fallo literalmente aseveró:

"UNICO.- Aun cuando el acto reclamado de la Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal es cierto, según se

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

advierte del informe de justificación rendido, particularmente con la resolución "definitiva" que aparece en el toca número 144/92, en el presente asunto no se hará transcripción de las constancias que integran el expediente instruido al menor Roberto Carlos Ruíz García por dicha autoridad, por su participación en la comisión de la infracción lesiones que pusieron en peligro la vida; tampoco se hará el análisis de la legalidad del mencionado acto reclamado, ni de los conceptos de violación expresados por José Manuel Ruíz Campos en ejercicio de la patria potestad del menor quejoso; esto en virtud de que este Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal considera que carece de competencia legal para conocer del presente asunto de amparo directo, toda vez que la resolución que constituye el acto reclamado no encuentra en ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 44, fracción I, inciso a), de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que delimita y establece la competencia de los Tribunales colegiados de circuito en Materia penal, pues aun cuando puso fin a un procedimiento seguido en forma de juicio y su naturaleza es eminentemente penal, la misma fue emitida por una autoridad administrativa, pues el artículo 4 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores par el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, establece que: 'se crea el Consejo de Menores como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, el cual contará con autonomía técnica y tendrá a su cargo la aplicación de las disposiciones de la presente ley; o sea, no se trata de una autoridad judicial del orden común o federal quien pronunció la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

resolución reclamada, requisito sine qua non para que la misma sea competencia de este Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal como amparo directo. Por consiguiente, en debido acatamiento a lo establecido en el artículo 47, párrafo tercero, de la Ley de Amparo, se determina que la competencia para conocer del presente juicio de amparo se surte a favor del juez de Distrito en el Distrito Federal en Materia penal en turno, toda vez que la resolución que constituye el acto reclamado en el mismo es un acto emitido por autoridad administrativa que afecta la libertad personal de un menor de edad, toda vez que lo sostiene una medida de tratamiento en externación a largo plazo, imprecisa en su duración, la cual limita su libertad de acción, sosteniéndolo a un régimen conductual determinado por los órganos ejecutores del consejo de Menores del Distrito Federal, y por ende, constituye un ataque a dicha libertad personal fuera de procedimiento judicial, lo que sin duda encuadra en lo previsto en el artículo 117 de la Ley de Amparo para que el conocimiento del mismo corresponda a un juez de Distrito y asimismo, encuadra en lo dispuesto en el artículo 51, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que establece la competencia de los jueces de Distrito en Materia penal, '... contra actos de cualquier autoridad que afecten la libertad personal haciéndose notar que la aludida ley para el tratamiento de menores infractores establece en el artículo 119 que 'El tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno de cinco años', lapso en el cual la libertad personal queda sujeta al tratamiento, con lo cual es indudable que se trata de un acto eminentemente penal, contra la corriente de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

opinión que se ha expresado en el sentido de que por razón de materia, al tratarse la autoridad de un órgano administrativo la competencia deba surtir en favor de un Tribunal en Materia Administrativa, por consiguiente, y toda vez que los acuerdos de presidencia como el que en el presente caso admitió la demanda de amparo promovida por José Manuel Ruíz Campos en ejercicio de la patria potestad de su menor hijo Roberto Carlos Ruíz García, no causa estado y puede ser revocado por el Tribunal en Pleno, así se decide, ordenándose desde luego la remisión de la demanda de amparo y sus anexos al juez de Distrito en el Distrito Federal en Materia penal en turno, a favor de quien se ha determinado la competencia para que conozca del presente juicio de amparo”.

Por su parte, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver por unanimidad de votos los asuntos de amparo directo 922/93-232 y 2078/92, promovidos respectivamente por Rogelio García González a favor de Paula María Barrera Medellín, así como por Anastasia Rivas Martínez a favor de su hijo menor de edad Juan Carlos Ruíz Rivas, de manera idéntica sustentaron el siguiente argumento:

“II.- Resulta innecesaria la relación de constancia existentes en el expediente, como de los conceptos de violación que hace valer el promovente, toda vez que en el caso, hay una causa de improcedencia del presente juicio de amparo, la cual debe analizarse de oficio y preferentemente por el Tribunal, por ser una cuestión de orden público, según la jurisprudencia 940, visible a

fojas 1538, Segunda Parte del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1988, bajo la voz: "IMPROCEDENCIA".

"En efecto, según los artículos 107, fracción V, constitucional, y 158 de la Ley de Amparo, que regulan la competencia de este Tribunal para conocer de actos de autoridad por medio del juicio de amparo directo, se refieren a resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, dentro de los cuales no está comprendido el Consejo de Menores del Distrito Federal dada su naturaleza, pues como lo expresa la Ley para el Tratamiento de Menores en su artículo 4, es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de gobernación, por lo que no puede imponer sanciones penales sino únicamente medidas de orientación, protección y tratamiento, necesarias al caso, y por ende sus fallos no son materia de conocimiento de este Tribunal.

"En cambio, como en la especie se trata de un acto no emanadote los tribunales antes mencionados, a partir de un procedimiento seguido en forma de juicio, con fundamento en el artículo 114, fracción II de la Ley de Amparo, constituye materia de juicio de amparo indirecto, de la que debe conocer un juez de Distrito; sin embargo, como los actos reclamados no afectan la libertad personal del quejoso, pues únicamente se le impusieron medidas de apremio administrativas para la orientación y protección de la menor, tampoco corresponde conocer de ellos a los tribunales en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

materia penal, sino administrativa. En consecuencia, con base en lo dispuesto por el numeral 74, fracción III, de la Ley de Amparo, procede sobreseer en el presente juicio por las causas antes expresadas.

"Sirve como referencia a lo anterior, la tesis emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el conflicto de competencia 279/82, del quince de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, visible a fojas 998, Primera Parte, e la compilación oficial invocada, bajo el rubro: 'MENORES INFRACTORES, CONSEJO TUTELAR PARA, EL DISTRITO FEDERAL. COMPETE A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL CONOCER DE SUS ACTOS CUANDO AFECTEN LA LIBERTAD PERSONAL DEL QUEJOSO".

Como se ve, los criterios son discrepantes, el Segundo Tribunal Penal del Primer Circuito, señala la incompetencia del juicio de amparo directo, en virtud de que la Sala superior del Consejo de Menores, no tiene carácter de Tribunal Judicial Administrativo, ciertamente es así, pero no se debe pasar por alto que las funciones propias de la Sala Superior, poseen todas las características y peculiaridades de la función jurisdiccional, porque aplican el derecho, es decir, las disposiciones establecidas para los menores infractores al caso concreto y estamos de acuerdo en que sea un Tribunal Colegiado en Materia Penal que conozca del Amparo Directo, porque como ya lo mencionamos, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, es similar a la de un

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Procedimiento penal, a la Ley Sustantiva Penal, porque todos los menores que están sujetos a dicho ordenamiento, se debe, a que realizaron una conducta tipificada por al Ley Penal, sin embargo por disposición legal se les denomina "infracciones", por ende, el procedimiento administrativo que se le sigue es similar al del procedimiento penal como ya se mencionó.

El mismo criterio sustenta el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal, sin embargo se agrega otro argumento, hace alusión a que por tratarse de un procedimiento administrativo, el procedimiento tutelar seguido para los menores infractores, es incompetente para conocer un Tribunal Colegiado del primer Circuito en Materia Penal, por tratarse de actos que tiene su origen en una autoridad administrativa, que carece de facultades jurisdiccionales o administrativas, postura que consideramos que es insostenible por las consideraciones que hicimos con anterioridad.

En cuanto al criterio sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado, en Materia Penal del Primer Circuito, siguiendo la misma postura de que es incompetente para conocer del juicio de Amparo Directo, porque la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, prevee un procedimiento administrativo, y por ende las autoridades al emitir sus fallos, carecen de funciones jurisdiccionales, administrativos o de trabajo, merecen el mismo comentario que hicimos con anterioridad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ante la disparidad de criterios, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal, expresó que por acuerdo plenario de ese órgano de control constitucional y con fundamento en el artículo 197-A de la Ley de Amparo, efectuaba la denuncia de contradicción de criterios entre el sustentado por el Tribunal de su adscripción y los emitidos por los diversos Segundo, Tercero y Cuarto Tribunales Colegiados en Materia Penal de Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito, resolviendo la corte lo siguiente:

Como premisa para establecer si existe o no la contradicción de tesis denunciada, y para el caso afirmativo, en qué términos debe enunciarse ésta, se estima necesario detallar los planteamientos sustentados por cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes, a cuyo efecto se destaca que el motivo de ellos emana de la existencia de una resolución dictada por la Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal, lo anterior conforme a las reglas de procedimiento establecidas en la denominada Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal, lo anterior conforme a las reglas de procedimiento establecidas en la denominada Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, razón por la cual es menester enunciar lo siguiente:

1. El Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal, considera que, aun cuando la Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal formalmente

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

constituye un órgano administrativo, desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, y que en este sentido, no tiene el carácter de Tribunal Judicial, materialmente actúa con esa calidad al aplicar el derecho y dirimir controversias mediante el dictado de resoluciones delictivas, a través de un procedimiento seguido en forma de juicio equiparable a un proceso penal, respecto de las cuales no procede en su contra el amparo directo del conocimiento de un Tribunal Colegiado de Circuito.

2. El segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal, sostiene que la Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal, no es un Tribunal Judicial o administrativo, y si bien las resoluciones que pronuncia son definitivas al poner fin a un procedimiento, no impugnables a través de recurso ordinario alguno, debe atenderse que dicha Sala es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, la cual no dirige controversias con motivo de la aplicación de leyes, "sino que sus funciones se encuentran encaminadas a satisfacer las necesidades de la colectividad, respecto de los actos u omisiones desplegados por infantes mayores de 11 y menores de 18 años, que se asimilen a los ordenamientos penales de ambos fueros, mediante la aplicación de la ley para el Tratamiento de Menores y, por ello, se les considera no como un tribunal, sino como un órgano de gobierno que en el desempeño de sus funciones administrativas emite un acto de autoridad".

Por lo anterior, es que para controvertir dicho acto de autoridad es procedente el amparo indirecto del conocimiento de un juez de Distrito en materia penal.

3. El Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito, en Materia Penal, al respecto aduce que la resolución emitida por la Sala Superior del Consejo de Menores, si bien pone fin a un procedimiento seguido en forma de juicio y su naturaleza es eminentemente penal, la misma es emitida por una autoridad administrativa, desconcentrada de la Secretaría de Gobernación, no así por una autoridad judicial del orden común o federal; por otra parte, al afectar dicho acto la libertad personal de un menor de edad, constituye un ataque a la libertad personal fuera del procedimiento judicial a que se refiere el artículo 117 de la Ley de Amparo y, por consecuencia, debe conocer sobre su constitucionalidad un juez de Distrito en materia penal.

4. Finalmente, el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia penal, estima que el Consejo de Menores del Distrito Federal no constituye un Tribunal judicial, administrativo o del trabajo, sino un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, que no puede imponer sanciones penales sino únicamente medidas de orientación protección y tratamiento, de tal manera que los fallos que emite al concluir un procedimiento seguido en forma de juicio, con apoyo en la fracción II del artículo 114

de la Ley de Amparo, deben ser examinados por un juez de Distrito en materia penal.

Ahora bien, del contexto relatado se pone de relieve que todos los Tribunales Colegiados contendientes, parten del supuesto de que la Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal, es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, y por ende no es un Tribunal judicial, administrativo o del trabajo, asimismo señalan que los fallos que emite, culminan un procedimiento seguido en forma de juicio en contra del cual no procede recurso ordinario alguno, por lo que en estos supuestos no se da contradicción alguna, empero, esta Sala advierte que existen las siguientes contradicciones entre los criterios sustentados por los órganos de control constitucional contendientes:

- a) Por lo que atañe al examen de la constitucionalidad de los fallos dictados por la Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal, el Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia penal, aduce que debe conocer de los mismos un Tribunal Colegiado de Circuito, en cambio el Segundo y Tercero Tribunales Colegiados de la misma materia y Circuito, arguyen que deben conocer de los mismos un juez de Distrito en Materia penal y el Cuarto Tribunal Colegiado del propio Circuito y materia aduce que debe conocer de los mismos un juez de Distrito en Materia Administrativa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- b) Por otra parte, el Primer Tribunal colegiado en Materia penal del Primer Circuito estima que la aludida sala Superior aplica el derecho y dirime controversias, actuando por ello materialmente como tribunal judicial, en tanto que los Tribunales Colegiados contendientes genéricamente sostienen que dicha Sala actúa con el carácter de órgano administrativo y de gobierno, adicionalmente, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito expresamente sostiene que ese órgano no dirime controversia con motivo de la aplicación de leyes.
- c) El Primer Tribunal Colegiado del Prior Circuito en Materia Penal, considera que no es aplicable el criterio sustentado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación, bajo el rubro, "CONSEJO TUTELAR PARA MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO FEDERAL COMPETE A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL CONOCER DE SUS ACTOS CUANDO AFECTEN SU LIBERTAD PERSONAL DEL QUEJOSO", mientras que los Segundo y cuarto Tribunales Colegiados contendientes, sostienen lo contrario.

De lo anterior se advierte que los puntos de discusión radican no en la naturaleza formal de la autoridad responsable ordenadora Sala superior del Consejo de Menores del Distrito Federal, sino en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el carácter con el que materialmente actúa al dictar los fallos de segunda instancia, en el procedimiento en el que de manera unánime los Tribunales Colegiados de Circuito refieren que se sigue en forma de juicio, contra los cuales no procede recurso alguno, lo que, en definitiva dará pauta a determinar la especie del juicio de garantías, directo o indirecto, que resulte procedente para controvertir tal resolución.

De manera extensiva a lo anterior, también es materia de discrepancia el tema sobre si la referida Sala Superior, al momento de resolver, dirime o no controversias con motivo de la aplicación de leyes y si al caso, es aplicable el criterio sustentado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que, sobre los temas materia de la contradicción, deben prevalecer los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, atento a las siguientes consideraciones.

En efecto, respecto a la procedencia del juicio de amparo directo del conocimiento de un Tribunal colegiado de Circuito, o bien, del juicio de garantías indirecto de la competencia de un juez de distrito, o en su caso del superior del tribunal responsable en el caso de la denominada jurisdicción concurrente, conviene destacar que el artículo 107, fracciones III, V, VI y VII, de la Constitución General de la República, literalmente establecen lo siguiente:

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

"Art. 107.- todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

"III.- Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

"a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a la defensa del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten el orden y a la estabilidad de la familia;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan; y

"c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio.

"V.- El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia, se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en los casos siguientes:

"a) En materia penal contra resoluciones definitivas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares.

"b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal;

"c) En materia civil, cuando se reclamen definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común.

"En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales; y

"d) En materia laboral, cuando se reclamen laudos dictados por las Juntas Locales o la Federal de Conciliación y Arbitraje, o por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado.

"La Suprema Corte de Justicia de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o el de Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por sus características especiales así lo ameriten.

"VI.- En los casos a que se refiere la fracción anterior, la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución señalará el trámite y los términos a que deberán someterse los Tribunales Colegiados de Circuito y, en su caso, la Suprema Corte de Justicia, para dictar sus respectivas resoluciones.

"VII.- El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

extrañas al juicio, contra leyes o contratos de autoridades administrativas, se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oírán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oírán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia”.

Por otra parte, los artículos 114, fracción II, y 158 de la ley de amparo, disponen lo siguiente:

“Art. 114.- El amparo se pedirá ante el juez de Distrito:

“II.- Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

“En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia”.

Art. 158.- El juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones V y VI del artículo 107 constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a la defensa del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados.

“Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a los principios generales de derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hayan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por comisión o negación expresa.

"Cuando dentro del juicio surjan cuestiones, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio".

Asimismo, los numerales 44, fracción I y 51, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, expresamente disponen lo siguiente:

"Art. 44.- Con las salvedades a que se refieren los artículos 11, 24, 25, 26 y 27 de esta ley, son competentes los Tribunales Colegiados de Circuito para conocer;

"I.- De los juicios de amparo directo contra sentencias definitivas o de laudos, o contra resoluciones dictadas por autoridades del orden común o federal, y de las dictadas en incidente de reparación del daño exigible a personas distintas de los inculcados, o en los de responsabilidad civil pronunciadas por los mismos tribunales que conozcan o hayan conocido de los procesos respectivos o por tribunales diversos, en los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

juicios de responsabilidad civil, cuando la acción se funde en la comisión del delito de que se trate; y de las sentencias o resoluciones dictadas por tribunales militares cualesquiera que sean las penas impuestas;

b).- En materia administrativa, de sentencias o resoluciones dictadas por tribunales administrativos o judiciales, sean locales o federales;

c).- En materia civil o mercantil, de sentencias o resoluciones respecto de las que no proceda el recurso de apelación, de acuerdo a las leyes que les rigen, o de sentencias o resoluciones dictadas en apelación en juicios del orden común o federal; y

"d).- En materia laboral, de laudos o resoluciones dictadas por juntas o tribunales laborales federales o locales".

"Art. 51.- Los jueces de Distrito en materia penal conocerán:

"III.- De los juicios de amparo que se promuevan contra resoluciones judiciales del orden penal; contra actos de cualquier autoridad que afecten la libertad personal, salvo que se trate de correcciones disciplinarias o de medios de apremio impuestos fuera

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de procedimiento penal, y contra los actos que importen peligro de privación de la vida, deportación, destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal.

“Cuando se trate de violación de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20, fracciones I, VIII y X, párrafos primero y segundo de la misma Constitución, el juicio de garantías podrá promoverse ante el juez de Distrito respectivo o ante el superior del Tribunal a quien se impute la violación.

Ahora bien del contenido de los preceptos transcritos, en la parte que interesa, se advierte que, en términos generales, únicamente procede el juicio de amparo directo, cuyo conocimiento corresponde a un Tribunal Colegiado de Circuito, cuando el acto reclamado consista en una sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, dictada por un Tribunal judicial, administrativo o del trabajo, respecto al cual no proceda recurso ordinario alguno, por otra parte, cuando específicamente el acto reclamado no constituya una determinación de las características enunciadas, dictado por una autoridad que no sea Tribunal judicial, administrativo o del trabajo, pero, que emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, ello dará pauta al amparo indirecto o biinstancial del conocimiento de un juez de Distrito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ahora bien, respecto a la naturaleza jurídica formal de la Sala Superior referida, existe consenso entre los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes en el sentido de que, por su estructura constitutiva, no tiene el carácter de Tribunal judicial, ya que así lo indica el artículo 4 de la Ley para Menores Infractores para el Distrito Federal, al definirlo de manera expresa como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, no obstante lo anterior, no debe pasar inadvertido que conforme a la determinación de la función que dicha ley asigna al aludido Consejo de menores, es evidente que éste materialmente actúa como un Tribunal administrativo, como bien lo apreció el Primer Tribunal Colegiado contendiente, al instaurarse en la ley respectiva todo un procedimiento tendiente a la investigación de actos u omisiones, atribuibles a individuos mayores de once y menores de dieciocho años de edad, que se encuentren tipificados en las leyes penales, con la finalidad de aplicar medidas de orientación, protección y tratamiento que juzgue necesarias para su readaptación social, en atención a las disposiciones sobre el particular enunciadas en los artículos 4, 5, 6 y 7 de la citada Ley para Menores Infractores.

En efecto, el planteamiento enunciado conlleva a la necesidad de dilucidar tanto la naturaleza del acto de autoridad que emite la mencionada Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal, como del procedimiento en que se sustenta y que por tal resolución definitiva lo concluye.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De este modo, conforme a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y uno, misma que entró en vigor sesenta días después, el objeto de ella es <<reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal y tendrá aplicación en el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal”, (artículo 1); a través del denominado Consejo de Menores, en tanto órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación (artículo 4), mismo que en términos del artículo 5 de la referida ley tendrá las siguientes atribuciones:

“I.- Aplicar las disposiciones contenidas en la presente ley con total autonomía;

“II.- Desahogar el procedimiento y dictar las resoluciones que contengan las medidas de orientación y protección, que señala esta Ley en materia de menores infractores.

“III.- Vigilar el cumplimiento de la legalidad en el procedimiento y el respeto a los derechos de los menores sujetos a esta ley;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"IV.- Las demás que determinen las leyes y los reglamentos".

En efecto, por lo que atañe al procedimiento a que alude la fracción II del numeral transcrito, <<para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 año de edad, tipificada por las leyes penales" (artículo 6), el mismo comprende de acuerdo a lo previsto en el artículo 7 de la propia ley, en las siguientes etapas:

"I.- Integración de la investigación de infracciones;

"II.- Resolución inicial;

"III.- Instrucción y diagnóstico;

"IV.- Dictamen técnico;

"V.- Resolución definitiva;

VI.- Aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento.

"VII.- Evaluación de la aplicación de las medidas de orientación y tratamiento;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"VIII.- conclusión del tratamiento; y

"IX.- Seguimiento técnico ulterior".

Asimismo, como órganos de decisión del Consejo de menores, conforme al artículo 8, fracciones II y IV, de la propia ley, se encuentran una Sala Superior y los consejeros unitarios, cuyas atribuciones de la primera, radican en <<conocer y resolver los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones inicial y definitiva>>, (artículo 13 fracción II), y la de los consejeros unitarios, conforme al precepto 20, en sus fracciones I, II, III y VI, consisten literalmente en:

I.- Resolver la situación jurídica del menor dentro del plazo de cuarenta y ocho horas o, en su caso, dentro de la ampliación solicitada, la que no podrá exceder de otras cuarenta y ocho horas, y emitir por escrito la resolución inicial que corresponda.

"Si la resolución inicial o la ampliación del plazo de referencia no se notificare a la autoridad responsable de la custodia del menor, dentro de las tres horas siguientes al vencimiento de los plazos antes indicados, ésta lo entregará de inmediato a sus representantes legales o encargados. Cuando ninguna de las personas antes mencionadas reclamare al menor, éste se pondrá a disposición del órgano de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

asistencia social que corresponda. De todo ello se dejará constancia en el expediente.

"II.- Instruir el procedimiento y emitir la resolución definitiva, en la cual hará el examen exhaustivo del caso, valorará las pruebas y determinará si los hechos son o no constitutivos de la infracción atribuida al menor y si quedó o no plenamente comprobada su participación en la comisión de la misma, señalando las medidas que deban aplicarse de conformidad con el dictamen del Comité Técnico Interdisciplinario;

"III.- Entregar al menor a sus representantes legales o encargados, cuando en la resolución inicial se declare que no ha lugar a proceder, o bien si se trata de infracciones imprudenciales o que correspondan a ilícitos que en las leyes penales admitan la libertad provisional bajo caución. En estos últimos casos, se continuará el procedimiento en todas sus etapas, quedando obligados los representantes legales o encargados a presentar al menor, en los términos que lo señale el consejero unitario cuando para ello sean requeridos, así como a otorgar las garantías que al efecto se les señalen; y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"VI.- Recibir y turnar a la Sala Superior los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones que emitan los mismos consejeros unitarios..."

Destaca también que, durante la secuela de ese procedimiento en primera instancia ante el denominado Consejero Unitario, como lo establecen los artículos 30 y 32 de la ley, la salvaguarda de los intereses y derechos del menor de edad sujeto al mismo estará a cargo de la llamada Unidad de Defensa, cuya finalidad consiste en su asistencia en cada una de las etapas procesales, en cuyo trámite, además, conforme al precepto 36, gozará el menor de las siguientes garantías mínimas:

"I.- Mientras no se compruebe su participación en la comisión de la infracción que se le atribuya, gozará de la presunción de ser ajeno a los hechos constitutivos de la misma.

"II.- Se dará aviso inmediato respecto de su situación a sus representantes legales o encargados cuando se conozca el domicilio;

"III.- Tendrá derecho a designar a sus expensas, por sí o por sus representantes legales o encargados, a un licenciado en derecho de su confianza, en el legal ejercicio de su profesión, para que lo asista jurídicamente durante el procedimiento, así como en la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

aplicación de las medidas de orientación, de protección o de tratamiento en externación y en internación.

"IV.- En caso de que no se designe un licenciado en derecho de su confianza en el legal ejercicio de su profesión, de oficio se le asignará un defensor de menores, para que lo asista jurídica y gratuitamente desde que quede a disposición del comisionado y en las diversas etapas del procedimiento ante los órganos del Consejo, así como en la aplicación de las medidas de orientación, de protección o de tratamiento en externación y en internación.

"V.- Una vez que quede a disposición del Consejo y dentro de las veinticuatro horas siguientes se le hará saber en forma clara y sencilla, en presencia de su defensor, el nombre de la persona o personas que hayan declarado en su contra y la naturaleza y causa de la infracción que se le atribuya, así como su derecho a no declarar, rindiendo en este acto, en su caso, su declaración inicial;

VI.- Se recibirán los testimonios y demás pruebas que ofrezca y que tengan relación con el caso, auxiliándose para obtener la comparecencia de los testigos y para recabar todos aquellos elementos de convicción que se estimen necesarios para el cabal esclarecimiento de los hechos;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"VII.- Será careado con la persona o personas que hayan declarado en su contra;

"VIII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite y que tengan relación con los hechos que se le atribuyan, derivados de las constancias del expediente.

IX.- La resolución inicial por la que se determinará su situación jurídica respecto de los hechos con que se le relacionen, deberá dictarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que el menor haya sido puesto a disposición del Consejo, sin perjuicio de que este plazo se amplíe por cuarenta y ocho horas, únicamente si así lo solicitare el menor o los encargados de su defensa. En este último caso la ampliación del plazo se hará de inmediato del conocimiento del funcionario que tenga a su disposición al menor, para los efectos de su custodia; y

"X.- Salvo el caso previsto en la segunda parte de la fracción anterior, ningún menor podrá ser retenido por los órganos del Consejo por más de 48 horas sin que ello se justifique con una resolución inicial, dictada por el consejero competente, la cual deberá estar debidamente fundada y motivada".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De lo antes señalado, se deduce que el procedimiento seguido a un menor e edad y a cargo del llamado Consejero Unitario, reviste formal y materialmente las matices de un proceso de características análogas a las dispuestas en el proceso penal federal, tan es así que el artículo 45 de la ley que le da sustento, dispone que el mismo deberá satisfacer los requisitos establecidos en el Código Federal de Procedimientos Penales; en esta virtud, es también por disposición legal (artículos 51 a 54), en dicho procedimiento se actualiza una relación de partes entre el menor a quien se atribuye la comisión de una infracción, su defensor, el llamado Comisionado y el Consejero Unitario, conforme a la cual existe una delimitación de sus específicas funciones, puesto que la defensa habrá de abocarse a la vigilancia de las garantías del menor infractor en ese procedimiento; el Comisionado desempeña un papel sustancialmente similar al asignado en el procedimiento penal ordinario al Agente del Ministerio Público, es decir, se constituye en la parte persecutora, en tanto que a quien corresponde resolver en definitiva, aplicando el derecho es al referido Consejero Unitario; resolución en la que se exige apego a ciertas normas en la valoración de la prueba (artículos 57 y 58), así como de requisitos de forma y fondo (artículo 59). Contra la resolución de primera instancia denominada definitiva, procede el recurso de apelación (artículo 63), por parte del defensor del menor, los legítimos representantes o encargado de éste, o bien, por el Comisionado (artículo 67); medio ordinario de impugnación cuyo objeto consiste en la eventual modificación o revocación de las resoluciones dictadas por los consejeros unitarios (artículo 64),

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

al que habrá de abocarse en su conocimiento y resolución la denominada Sala Superior (artículo 72), quien, también de manera idéntica al procedimiento del orden penal al que se sujetan la deficiencia de la queja, deberá suplir las deficiencias de agravios expresados cuando el recurrente sea el defensor, los legítimos representantes o los encargados del menor (artículo 68), de lo que además se deduce a contrario sensu que al tratarse de una apelación del Comisionado, el examen de sus motivos de inconformidad habrán de apegarse al principio de estricto derecho.

En las condiciones apuntadas, si bien es evidente la naturaleza administrativa de la autoridad que dicta el acto de autoridad, en cuanto a que la Sala Superior del Consejo de Menores Infractores al fallar en una segunda instancia el recurso de apelación en el procedimiento iniciado a un menor infractor, ciertamente lo hace bajo la investidura de constituir formalmente un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, y no como Tribunal judicial, administrativo o laboral; no obstante lo anterior, de acuerdo a la actuación material de esa Sala Superior como parte integrante y resolutora en segunda instancia del Consejo de Menores, como se ha señalado, es incontrovertible que lo hace justamente con una instancia *ad quem* aplicadora e interpretadora del derecho en aras a dirimir una controversia puesta a su consideración; controversia suscitada en base al conflicto de intereses que da lugar a la *litis* en esa alzada, constituida entre el fallo dictado en primera instancia por el Consejero Unitario y los argumentos que en vía de agravio

formule en su contra la parte apelante, *litis* en la apelación que para resolverse implica otorgar la razón a una de las partes en conflicto, o aun en el supuesto hipotético de suplir la deficiencia de agravios, de resolver oficiosamente en beneficio de una de ellas; resolución que técnicamente entraña la aplicación de interpretación de normas jurídicas de diverso origen, como es el caso de la propia Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de entre otros posibles ordenamientos de carácter sustantivo penal; el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, así como el Código Federal de Procedimientos Penales; interpretación-aplicación que se actualiza precisamente para valorar los diversos elementos de convicción tendientes a establecer si la conducta de los individuos mayores de once y menores de dieciocho años de edad, es constitutiva o no de un tipo penal determinado en leyes con ámbito de validez territorial circunscripto para el Distrito Federal, asimismo para resolver en cuanto a las consecuencias de la eventual demostración típica, a propósito de la medida de orientación, protección y tratamiento que individualmente corresponda imponerle al menor infractor.

De modo que aun cuando técnicamente el origen y la naturaleza del referido Consejo de Menores, acorde al transcrito artículo 4 de la Ley par el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal, es la de un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, cuyo objeto consiste en la aplicación

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de las disposiciones sustantivas y de procedimiento anotadas, justo por tal actividad que materialmente despliega, es que la misma tiene un carácter eminentemente jurisdiccional y, por lo mismo de intérprete y aplicador de normas de derecho tendiente a la resolución de controversias que atañen a la conducta ejecutada por un menor de edad y eventualmente adjetiva como constitutiva de un tipo delictivo. Todo lo anterior, a pesar del origen administrativo de ese organismo, pues de la dilucidación de su función es claro que ésta es de carácter jurisdiccional, que en el caso es distinto al judicial, en tanto que se encarga de resolver en definitiva y como segunda instancia en un recurso de apelación.

La anterior interpretación en forma alguna resulta caprichosa, pues atendiendo al origen de todo acto de autoridad, éste únicamente puede ser legislativo, administrativo o jurisdiccional, donde si bien el primero conserva atributos esenciales de abstracción, generalidad e impersonalidad, los dos restantes entrañan un vínculo hacia actos o situaciones concretas, particulares e individualizadas; de tal manera que, por lo que se refiere a los actos administrativos y jurisdiccionales, vale su distinción formal a partir de su objeto, ya que mientras el del acto administrativo atañe a cuestiones gubernativas y a la implementación de programas de orden social, la del acto jurisdiccional consiste en dirimir controversias, solucionar conflictos o resolver cuestiones contenciosas a través de la expresa aplicación de normas de derecho; tales situaciones en realidad son desbordadas en la material actuación a la división de

poderes prevista en el artículo 49 de la Constitución General de la República, ya que de acuerdo a las respectivas competencias y atribuciones constitucional y legal, asignadas a cada uno de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, es incuestionable que cada uno de ellos se encuentra también formal y materialmente en la aptitud de emitir actos de índole diversa a la naturaleza que le da origen, sin que con ello se trastoque su calidad existencial.

En este sentido, es claro que la disposición constitucional relativa a la división de poderes no constituye un sistema rígido, de tal manera que limite a cada uno de ellos a realizar actos materialmente jurisdiccionales, administrativos o legislativos según sea el caso, tan es así que las mismas normas de la Ley Fundamental otorgan potestad a cada poder, para realizar funciones distintas a la de su naturaleza formal, como es el caso de la función administrativa del Poder Legislativo consistente en el otorgamiento de licencia al Presidente de la República, que le otorgan los preceptos 7, fracción VI, 85 y 88 constitucionales o bien, la función judicial que eventualmente puede desempeñar el propio Poder Legislativo al erigirse como gran jurado para juzgar sobre delitos oficiales cometidos por funcionarios de la Federación, a que se refiere el artículo 111 constitucional; asimismo, el Poder Ejecutivo tiene potestad para realizar actos materialmente legislativos y administrativos, como es el caso de expedir reglamentos, conforme al artículo 89, fracción I, constitucional, así como realizar funciones jurisdiccionales al resolver conflictos mediante procedimientos administrativos y en aplicación e

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

interpretación de leyes diversas. En suma, es claro que conforme a lo expuesto, el sistema constitucional de división de poderes es flexible y no rígido, cuyas limitaciones tienden únicamente a evitar la reunión permanente de dos o más funciones en un solo poder.

De este modo, aun cuando es válido establecer como administrativo todo acto emanado, aún cuando es válido establecer como administrativo todo acto emanado de una autoridad administrativa o de gobierno, no cabe soslayar que al apoyarse ésta en un conjunto de normas que la autorizan a implementar un procedimiento en forma de juicio y de dictar resolución definitiva que pone fin al mismo, es que materialmente se le otorga también la potestad de aplicar y decir el derecho, no obstante su origen formal administrativo que en forma alguna lo inhibe para dictar un acto de contenido jurisdiccional, puesto que legalmente con ello dirime una controversia de orden jurídico y, por excepción, es que sin constituirse como autoridad judicial dicta resoluciones de orden jurisdiccional.

Son aplicables sobre el particular, las tesis emitidas por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la primera en la parte que interesa al tema expresado, consultable a foja novena y seis, del Volumen veintiséis, y la segunda en aplicación analógica, publicada a foja cuarenta y uno, del Volumen 151-156, ambos volúmenes correspondientes a la Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación, las que literalmente establecen lo siguiente:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"PROPIEDAD INDUSTRIAL, CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 208, 232 Y 233 DE LA LEY DE LA, QUE PREVIENEN EL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR NULO O EXTINTO EL REGISTRO DE UNA MARCA NO VIOLAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.- Los artículos mencionados de la Ley de la Propiedad Industrial, no vulneran la garantía contenida en el artículo 14 de la Constitución referida a la previa audiencia que debe respetar todo acto de autoridad. Todo acto que implique privación de alguno de los bienes tutelados en el mismo artículo 14 de la Constitución Federal, debe cumplir con los derechos que integran la garantía de audiencia y que son los siguientes: 1.- Que la privación se realice mediante juicio, esto es, a través de un procedimiento que se efectúe ante un órgano estatal; tal procedimiento significa una serie de etapas que concluyen en una resolución que dirime una controversia. 2.- Que el juicio sea seguido ante los tribunales previamente establecidos; por tribunales no sólo se entiende aquellos órganos que pertenezcan, al Poder Judicial y que normalmente desempeñen la actividad judicial, sino a cualquiera que realice una función materialmente jurisdiccional, es decir, que aplique normas jurídicas generales a casos concretos en controversia. 3.- En el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que se

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

manifiestan principalmente en el derecho de defensa y en la facultad de aportar pruebas y, 4.- Que la privación se realice conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Los artículos 208, 232 y 233 de la Ley de Propiedad Industrial respetan al artículo 14 de la Constitución, pues la cancelación de algún título registrado ante la Secretaría de Industria y Comercio se realiza a través de un procedimiento que concluye en la resolución correspondiente, tal procedimiento se ventila ante la misma Secretaría, es decir, un Órgano del Estado con facultades jurisdiccionales para resolver sobre el registro cuestionado; se otorga al presunto afectado la oportunidad de hacer valer consideraciones y presentar las pruebas que estime pertinentes, dentro de los plazos que la misma Secretaría fije y, evidentemente, el juicio se sigue de acuerdo con las leyes expedidas con anterioridad del hecho de que se trata”.

“COMPETENCIA ENTRE LOS ÓRGANOS AGRARIOS Y TRIBUNALES. CARÁCTER DE LOS PRIMEROS.- Los órganos encargados de resolver los conflictos suscitados en materia agraria, aun cuando no tienen el carácter de órganos jurisdiccionales desde el punto de vista formal, por revestir precisamente el carácter de jurisdiccional la función material que realizan, debe conceptuárseles como auténticos tribunales, al menos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cuando se trate de dirimir en los términos del artículo 106 constitucional ya citado, alguna cuestión de competencia planteada entre dichos órganos encargados de resolver los conflictos en materia agraria, con otros tribunales.”

Por lo anterior, es correcto lo sustentado por el Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia penal, en el sentido de que no es aplicable al caso, el criterio sustentado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen 181-186, Séptima Época, página 129, aprobado por mayoría de once votos, que a la letra dice: “CONSEJO TUTELAR PARA MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO FEDERAL, COMPETE A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL CONOCER DE SUS ACTOS CUANDO AFECTEN LA LIBERTAD PERSONAL DEL QUEJOSO.- Una resolución pronunciada por alguna de las Salas del Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, en la que se ordena la internación de un menor en las instituciones que correspondan, para su readaptación social, no obstante que no puede considerarse como la imposición de una pena, si afecta la libertad personal del menor, por lo que, conforme a lo dispuesto por la Segunda Parte de la fracción III del artículo 41 de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, compete el conocimiento de la demanda de amparo interpuesta en contra de dicho acto al Juez de Distrito en Materia Penal”, lo anterior, en virtud de que efectivamente dicho criterio fue sustentado en la época en que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estaba vigente la anterior ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales, la cual no contenía disposiciones de carácter procesal en los términos que actualmente contiene la nueva Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de mil novecientos noventa y uno, vigente a los sesenta días siguientes a su publicación en el Diario aludido.

Por lo expuesto y fundado, con apoyo además en los artículos 107 fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 192 y 197 A, de la Ley de Amparo, así como 24, fracción XII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se resuelve:

PRIMERO.- Si existe contradicción entre las tesis sustentadas por el primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal con las sustentadas por los Segundo, Tercero y Cuarto Tribunales Colegiados del mismo Circuito y Materia.

SEGUNDO.- Por las razones apuntadas en el considerando que antecede de esta resolución, debe prevalecer con el carácter de jurisprudencia la tesis sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en la fracción III del artículo 195 de la Ley de Amparo, hágase saber la presente

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

resolución al Pleno y a las Salas de este Alto Tribunal, así como a los Tribunales Colegiados de la República, para los efectos legales consiguientes.

CUARTO.- Remítase de inmediato al Semanario Judicial de la Federación, en los términos de la fracción II del artículo 195 de la Ley de Amparo, la tesis que se declara debe prevalecer con eficacia de jurisprudencia, la cual deberá identificarse con el número que le corresponde, de conformidad con lo dispuesto en la fracción I de ese mismo precepto legal.

Estamos de acuerdo con la postura sustentada por nuestro más alto Tribunal, porque aunque parezca repetitivo, aún cuando las resoluciones de la Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal, proviene de un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, y que por ello no tiene carácter de tribunal judicial, es procedente el amparo directo contra dichas resoluciones, con base a que dirimen controversias mediante las resoluciones respectivas, mediante un procedimiento administrativo equiparable al proceso penal, y por eso es procedente dicho juicio para examinar su constitucionalidad y evitar así fallos arbitrarios o caprichosos, en ese orden de ideas, las tesis emitidas por la Sala Superior del Consejo de Menores debe de apegarse a la jurisprudencia emitidas por los Tribunales Colegiados y por nuestro más alto Tribunal, porque al admitirse el juicio de amparo contra los fallos de la referida Sala, implica que sus resoluciones o tesis estén vinculadas a los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

criterios sustentados por dichos tribunales, por tanto las resoluciones o fallos emitidas por la Sala, deben ajustarse a los lineamientos y criterios establecidos por los Tribunales Colegiados de Circuito y por las propias resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la presentación del juicio de amparo directo contra los fallos de dicha sala, implica que sus resoluciones o tesis están vinculadas a los criterios sustentados por dichos tribunales, por similitud, y que de acuerdo con el artículo 192 párrafo tercero de la Ley de Amparo, la resolución emitida por nuestro más alto Tribunal en la contradicción de tesis 14/93, constituye jurisprudencia obligatoria.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO QUINTO

LA PROBLEMÁTICA DE LA EDAD PARA CONSIDERAR A UNA PERSONA COMO SUJETO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES E IMPUTABLE

La literatura jurídica ha sido extensa al tratar de abordar el tema de la edad de una persona para considerarlo como sujeto de derecho y obligaciones desde el ámbito civil, y por cuanto hace al campo del Derecho Penal la problemática aún resulta mayor por la trascendencia que implica el sancionar a una persona como adulto o como un menor, toda vez que la sanción que impregna el Derecho Penal puede en muchos casos privar de la libertad a una persona, inclusive tratándose de menores, claro está que para estos últimos existen instituciones por separado, por eso se dice que la delimitación de la edad para considerar que un sujeto es imputable o no, es a partir de los 18 años de edad basándose en un criterio biológico u orgánico relacionándolo con un fenómeno de inmadurez mental; pero insistimos que la problemática, en cuanto a sus consecuencias, resulta más drástica desde el ámbito del derecho penal, por las razones que expondremos más adelante en el capítulo correspondiente.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

5.1 MINORÍA DE EDAD DE ACUERDO CON EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

De conformidad con el artículo 646 del Código Civil, la mayoría de edad inicia a partir de los 18 años cumplidos, apoyándose en un criterio biológico-orgánico.

Desde hace mucho tiempo se ha dicho que los menores de edad son incapaces de ejercitar sus derechos y, por tanto, de contraer y cumplir obligaciones jurídicas, por la obvia razón de su falta de evolución, lo que significa falta de madurez física y mental, de experiencia, de percepción, de conocimiento, etc., por lo que surgió la necesidad de someterlos a un régimen diferente, para protegerlos, educarlos y determinarles un tutor -en caso de que no lo tuvieran- así también apareció la consecuente necesidad que cuando los menores cometían hechos graves, los internaban aislándolos de los delincuentes adultos, bajo regímenes especiales.

Fue así que la transformación de la justicia penal, en su beneficio se realizó cuando en los tratos civiles se habían reconocido la falta de persistencia y la ineficacia jurídica de contratar con ellos; cuando ya se había establecido la necesidad de que estuvieran respaldados o representados por sus padres, tutores o encargados.

En el Código Civil vigente para el Distrito Federal,

=

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

observamos el lineamiento a seguir para poder establecer la mayoría de edad de una persona, y que de acuerdo con el artículo 646 del ordenamiento invocado, la mayoría de edad comienza a los 18 años de edad cumplidos; así las cosas la minoría de edad queda establecida desde el momento del nacimiento de una persona hasta antes de cumplir los 18 años de edad.

El artículo 647 del mismo ordenamiento establece que el "mayor de edad" dispone libremente de su persona y sus bienes, interpretando a *contrario sensu* el texto legal, concluimos que el menor de edad no puede disponer libremente de su persona ni de sus bienes, careciendo por ello de legitimación en juicio, de carácter civil o de carácter penal de modo que si un menor interviene en alguno de ellos, debe de estar representado por sus padres o tutores por carecer de capacidad jurídica.

Por lo anterior, la legislación civil para determinar la mayoría de edad se basa en el criterio biológico por considerar que el sujeto que no ha cumplido 18 años de edad carece de madurez mental, criterio que en la actualidad es discutible, ya que debido a los medios de comunicación, hoy en día los menores, debido a la información que se les proporciona, maduran precozmente, sin embargo, esta característica no se puede generalizar basándose única y exclusivamente en un criterio biológico, sino la madurez mental de un sujeto deberá de establecerse mediante un examen pericial de psicología.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

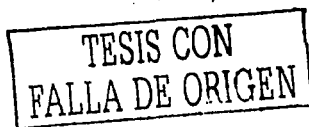
5.2 DEFINICIÓN DE MENOR INFRACTOR

La concepción jurídica positiva fija el límite de la minoría de edad, determinando su capacidad y juzgando su responsabilidad en las diversas ramas del Derecho y que a su vez representan también distintos enfoques en la materia penal, civil, laboral, etc. En virtud de lo anotado, es consecuencia lógica de que los límites que separan la minoría con la mayoría de edad sean distintos en las diferentes legislaciones de los estados jurídicamente organizados. A pesar de ello se observa una tendencia general en la doctrina y en la concentración jurídica positiva a aceptar el límite de los 18 años cumplidos para alcanzar la mayoría de edad y a otorgar al menor a partir de cierta edad determinado ámbito de capacidad y de responsabilidad.

Cuando hacemos alusión "a la capacidad", es con base en el criterio del discernimiento que es el más aceptado para tratar de definir si el sujeto posee la madurez mental suficiente para comprender el hecho y su significación.

Así pues, podemos encontrar diversas definiciones acerca del menor de edad, entre las cuales podemos señalar las siguientes: La Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana define al menor de edad como "El hijo de familia o pupilo que no ha llegado a la mayoría de edad".¹⁰³

¹⁰³ *Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana*. Tomo II. Buenos Aires, 1953. p. 13.



De lo anterior se deduce que el hijo de familia es aquel individuo que depende de sus padres y no a alcanzado la edad adulta. En lo referente al pupilo determinamos que es el menor que está al cuidado de una persona sin que sea necesario alguno de sus padres; la alusión es para aquellos individuos que no han alcanzado un desarrollo pleno para valerse por sí mismos y para hacerse responsables de sus actos.

Osorio y Nieto señala: "Menor de edad es la persona humana que se encuentra en el periodo de vida comprendido entre el nacimiento y antes de llegar a la mayoría de edad".¹⁰⁴

La definición anterior no aporta ningún elemento que nos ayude a establecer claramente la minoría de edad, sin embargo, el maestro Manuel Osorio señala que el menor "Es aquél que no ha cumplido aún la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica, reconocida con la mayoría de edad".¹⁰⁵

Luego entonces, en lo relativo a la minoría de edad, las opiniones anteriores coinciden en señalar que es antes de los 18 años. En el mismo sentido, el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia define que el menor es "Todo Individuo de ambos sexos que no ha cumplido la edad de 18 años".¹⁰⁶

¹⁰⁴ Osorio Nieto, César Augusto. *El niño maltratado*. Ed. Trillas. 2ª edición. México, 1985, pág. 11.

¹⁰⁵ Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Ed. Helenista, Argentina, 1924, pág. 202.

¹⁰⁶ Eseriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo III. México, 1929, pág. 1283.

Con base en lo anterior definimos al menor de edad como aquella persona que no ha alcanzado la edad de 18 años y que por tal razón su desarrollo físico y psíquico no tienen la capacidad de autodeterminación del hombre para comprender el alcance de sus actos.

Una cuestión de interés es el de estimar desde qué momento se considera que se determina la etapa de la minoría de edad, llegándose a la conclusión de que "debe tenerse por mayor de edad a la hora cero del día en que se cumplen los años establecidos por la ley para considerarlo en esa situación jurídica"¹⁰⁷, es decir, que los cómputos se efectúan día con día, pero excluyendo el día en que se vence el plazo, e incluyendo el día inicial.

Existen publicaciones que tratan sobre el tema de infracciones infantiles y juveniles, asimismo, es común encontrar denominaciones como "delincuentes juveniles", "delincuencia juvenil", "delincuencia de menores", entre otras; ante estas posiciones, a la fecha existen penalistas de renombre, así como criminólogos prestigiados, los cuales siguen cayendo en el uso, técnicamente injustificado de las mismas expresiones.

"En el año 1953, al celebrarse por las Naciones Unidas el Seminario Latinoamericano de Prevención del Delito y Tratamiento

¹⁰⁷ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XIX, Mand-Musc, Dris-Kill, S.A. Ed. Libros Científicos. Buenos Aires, Argentina, 1970, pág. 563.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del Delincuente, en Río de Janeiro se discutió dicho tema y como consecuencia se determinó un acuerdo que declara técnicamente inapropiado el término de delincuencia juvenil".¹⁰⁸

Al menor de edad no se le puede llamar delincuente, por el simple hecho de que es un sujeto inimputable aun cuando con su conducta reúna todos los elementos del delito, por eso, el vocablo "delincuente" debe aplicarse para aquellos sujetos con madurez y salud mental, es decir, con capacidad y que realizan una conducta típica, antijurídica y culpable, encasillándose su conducta en una descripción legal del Código Penal.

Por ello consideramos inapropiado el término delincuente juvenil para distinguir a los menores que cometen algunas de las descripciones legales previstas por el Código Penal, y menos aún, cuando cometen faltas administrativas contra los reglamentos de policía y buen gobierno, y los que se manifiestan desobedientes a los mandatos de familia, por eso consideramos que el término correcto para designar a este núcleo de menores es "menores infractores", término que en nuestra opinión, abarca aquellas conductas realizadas por el menor al infringir reglamentos administrativos o de cualquier otra índole.

Independientemente de lo anterior, algunos consideran que a los menores que cometen faltas leves o infracciones a los reglamentos administrativos o desobedezcan la autoridad de padres o tutores, se les denomina menor contraventor; luego

¹⁰⁸ Solís Quiroga, Héctor. Op. Cit. pág. 67.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

entonces, al emplearse diversos términos se marca la diferencia entre menor infractor y menor contraventor, aclarando que el menor contraventor por lo regular no requiere su internamiento para su corrección educativa, lo que sí sucede con frecuencia en el caso del menor infractor.

El artículo 6º de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal señala que: " El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 años y menores de 18 años tipificada por las leyes penales señaladas en el artículo primero de esta Ley".

Del ordenamiento invocado se infiere lo siguiente: Los menores infractores son aquellos que infrinjan las leyes penales, y por tanto, deben de considerarse como infracciones graves.

Por otro lado tenemos a los menores que infrinjan los reglamentos de policía y buen gobierno, violando las disposiciones administrativas. Si estos actos son cometidos por adultos normales, se les clasifica como infractores, no como delincuentes, siendo actos que juzgan las autoridades administrativas, castigándolos con multas o arrestos menores. En el caso de los jóvenes menores de 18 años, toca actuar a los consejeros de menores y la sociedad los clasifica duramente denominándolos delincuentes juveniles.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Generalmente cuando infringen este tipo de reglamentos, primeramente son presentados ante el juez calificador adscrito a cada Agencia Investigadora del Ministerio Público, a diferencia de que se trate al quebrantamiento de una ley penal, ya que en este caso el menor es presentado inicialmente ante el Ministerio Público.

Cabe mencionar que cuando algún menor es presentado ante el Ministerio Público Federal o común, lo debe de poner de inmediato a disposición del Comisionado de Menores, proveyendo el traslado con oficio y la Averiguación Previa que acerca de los hechos se hubiere levantado, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal.

El artículo 37 del citado reglamento de policía y buen gobierno establece que "cuando con motivo de la presunta comisión de faltas de policía o de tránsito atribuidos a un menor de edad, éste sea citado o presentado ante el juez calificador. El propio funcionario hará comparecer, dentro del término de dos horas, a cualquiera de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o a sus tutores, representantes legítimos o personas a cuyo cuidado se encuentre."

Entre tanto se logre su comparecencia, el presunto infractor esperará en la "sección correspondiente a los menores de edad".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De esto, siempre supera la realidad, ya que si bien es cierto que cuando se ocasionan determinadas faltas administrativas al Reglamento de Policía y Buen Gobierno se les manda llamar a sus padres para reparar el daño -circunstancias que regularmente suceden-, pagando una multa o que en su defecto se manda a los menores a los Consejos Auxiliares según lo prevé el artículo SEXTO de los transitorios de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

De lo anterior deducimos que la denominación "menores infractores" se aplicará en aquellos individuos que al realizar una conducta antisocial, y al encontrarse elementos suficientes para ponerlos a disposición del Comisionado de Menores en turno y este a su vez ejercita la acción legal ante el Consejo de Menores y este a su vez emita su determinación que el propio organismo dictamine mediante una resolución final, con base en la valoración de las pruebas aportadas y a los estudios de personalidad. En consecuencia el menor infractor es aquel sujeto menor de 18 años de edad y mayor de 11 que ha quebrantado una disposición penal aplicándoseles una medida que puede ser de orientación, protección y tratamiento de seguridad tratamiento a través de la resolución final dictada por el Consejo de Menores.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

5.3 LOS MENORES COMO SUJETOS IMPUTABLES

Desde épocas remotas al menor se le distinguió del mayor edad al darle un trato más especial respecto a la aplicación de sanciones, por el hecho de realizar conductas ilícitas.

Tales son las referencias que encontramos en el Derecho Romano, el cual reconoció que la infancia constituye una edad en la que no se puede delinquir, distinguiéndose tres periodos con la relación a la edad:

- A) La infancia, que comprendía desde el nacimiento hasta los 7 años de edad. En este caso se estaba exento de toda culpabilidad.
- B) La pubertad, comprendiendo desde los 7 años hasta los 14. En esta etapa, según la naturaleza del delito, correspondía al juez resolver sobre la culpabilidad del sujeto tomando en cuenta el haber obrado o no con dolo, y
- C) La minoridad, de los 14 a los 25 años, que se traducían en atenuación de la pena sólo en delitos culposos, es decir, no intencionales, o en aquellos casos en los que fuera presumible la ignorancia del menor.

Por otro lado los Códigos españoles también hacían alusión a la falta de capacidad legal del menor de edad que quebrantaba alguna de las disposiciones penales.

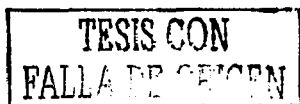
El Código español de 1822, manifestaba que no podía ser considerado delincuente ni culpable el menor de 7 años de edad. Si el mayor de esta edad pero que no tenga los 17, cometiera alguna acción que tuviera el carácter de delito de culpa, en este caso examinaba y declaraba si se había obrado con discernimiento o malicia, tomándose en cuenta el desarrollo de sus facultades intelectuales.

Asimismo, establecidas las circunstancias que disminuían el grado del delito, entre los cuales se encontraba la corta edad del delincuente y su falta de talento o instrucción.

El Código español de 1848, en su artículo 8º, se refería a aquellos menores que estaban exentos de responsabilidad; el mayor de 9 años y menor de 15 que cometiera determinada conducta asocial configurada como delito, se resolvía su situación jurídica a través del tribunal para ver si había obrado con discernimiento o no, imponiéndole una pena o declararlo como irresponsable.

Los Códigos de 1870 y 1928 no fueron sino una repetición del Código de 1848, en lo que se refiere a menores de edad.

Por otro lado, la legislación mexicana en el Código Penal de 1871 señalaba en relación a los menores cuatro periodos diferentes de minoría, con diversas consecuencias, así tenemos



que el menor de 9 años se encontraba excluido de toda incriminación de las leyes penales; los mayores de 9 y menores de 14 años, se determinaba de acuerdo con la presunción de falta, únicamente se le aplicarán medidas tutelares con fines orientadores y educativos.

En su artículo 199 establecía que "Los menores de diez y ocho años que cometan infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa".

Se puede observar que en el presente Código ya no se les llama delincuentes a los menores, además de que ya no se les impone una pena determinada como los Códigos anteriores.

Sin embargo, en 1941 se expide la ley orgánica y normas de procedimientos de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, que retrocede al facultar a los Jueces del Tribunal para Menores el imponer las penas señaladas en el Código Penal en relación a los menores infractores.

Es hasta la década de los setenta, cuando entra en vigor la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, la cual da una orientación al tratamiento del menor con conductas antisociales, con esta legislación tutelar se extrae definitivamente al menor de 18 años de la esfera penal; creándose así una ley para conocer de infracciones cometidas por

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

menores. En esta institución de carácter social desaparece el procedimiento penal, la sentencia punitiva, el nombre del juez – ahora el consejero, entre otras cosas pertenecientes al Derecho Penal.

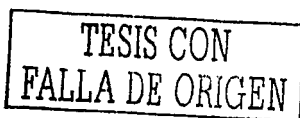
Fernando Castellanos Tena al referirse a la imputabilidad señala que “Es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo”.¹⁰⁹

Jiménez de Asúa dice: “La imputabilidad es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente, lo cual indica que la capacidad es madurez y salud mentales, en tanto la determinación es libre, por cuanto existe la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos”.¹¹⁰

De las definiciones anteriores se desprende que las condiciones mínimas de desarrollo mental están asociadas con la edad, que de acuerdo con nuestra legislación es a partir de los 18 años; y en lo concerniente a la salud mental se representa por un elemento de carácter psíquico, es decir, que el sujeto no presente ninguna perturbación mental de carácter transitorio permanente, lo que nos conlleva a establecer que la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer; Jiménez de Asúa con acierto dice que la capacidad es madurez y salud mentales, en tanto la

¹⁰⁹ Castellano Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*. Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 218.

¹¹⁰ Jiménez de Asúa., Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Ed. Losada, Buenos Aires, 1965, págs 85-86



determinación es libre, por cuanto existe la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos. Compartimos la opinión del jurista en este aspecto, pero ¿a qué se refiere cuando señala que es la capacidad de entender?; por ello se entiende que el sujeto comprenda dos aspectos: el hecho que está realizando y la significación de él, y por la capacidad de querer debe entenderse que no obstante que el sujeto comprende lo que está haciendo y la trascendencia jurídica de ello, es su voluntad hacerlo.

Se dice que la capacidad de entender se adquiere con la mayoría de edad que es a partir de los 18 años, siempre y cuando no exista en el sujeto ninguna perturbación mental transitoria o permanente, en pocas palabras, que tenga salud mental.

Para explicar la "capacidad de entender" los tratadistas se apoyan en el criterio del discernimiento, o sea, aquel proceso psíquico que nos permite distinguir lo bueno de lo malo, sin embargo, tal postura no satisface las exigencias del jurista porque se ha dicho que a partir de los 9 años un niño ya tiene esa capacidad de distinguir lo bueno de lo malo, aun cuando no con toda la amplitud de los mayores de edad, sin embargo, es un principio profundamente arraigado.

La capacidad de "entender" implica por ende, tener conciencia del hecho y su significación, y además, determinarse voluntariamente a realizar el hecho del cual se ha tenido conciencia. Los especialistas han definido la conciencia como el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estado psíquico en el cual el sujeto percibe lo que existe a su alrededor y al mismo tiempo se percibe a sí mismo, y cuando esto sucede, Francisco Pavón Vasconcelos comenta: "En el sujeto existe "claridad", no sólo para percibir los fenómenos, sino la capacidad de disposición de lo percibido de acuerdo con la situación externa que priva en un momento determinado y de mantener la continuidad del fenómeno anterior, así como la de determinarse libremente a virtud de su libertad subjetiva".¹¹¹

Sivela, citado por Francisco Pavón Vasconcelos nos dice que "En los estados normales de su espíritu, el hombre tiene conciencia en primer lugar de sí mismo, pues se distingue del mundo que lo rodea, y se conoce como uno y como idéntico, concibiendo por ello la idea de su responsabilidad... y al sentir y determinarse libremente en pensamiento, sentimiento y acción está penetrado de las operaciones que su espíritu ejecuta, siendo por ello responsable de las mismas... en un estado de desarrollo de su espíritu, completo o que se acerca a ello, tiene también conciencia de la ley jurídica que ha de regir sus acciones... después de precisarlas para él condiciones de imputabilidad expone la idea de que las mismas pueden faltar por un desarrollo incompleto o imperfecto de las facultades del espíritu, o por encontrarse en desorden y perturbadas. Tales funciones, advierte, se desenvuelven con lentitud como el organismo del hombre y por ello se observa que el niño no tiene, en sus primeros años de vida, conciencia de sí, y mucho menos de la ley que ha de regir su

¹¹¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Imputabilidad e inimputabilidad*. Ed. Porrúa, México, 1983, págs. 99-100.

voluntad, sobre la que no tiene dominio, estando determinada por los impulsos externos. Con el desarrollo va adquiriendo poco a poco conciencia de sí... Y ella lo lleva a la reflexión para más tarde obrar conforme a principios, con conocimiento de la ley, comenzando la edad de la razón, de la imputabilidad y de la responsabilidad".¹¹²

Las palabras de Sivela aun cuando desde un punto de vista subjetivo pretenden resolver el problema de la edad respecto a la imputabilidad, confunde la voluntad y la conciencia con el espíritu, cuando son partes diferentes del hombre, sin embargo, lo citamos porque su pensamiento nos presenta una perspectiva diferente.

Enfocados los conceptos anteriores a la problemática que representa establecer en qué momento del desarrollo de un individuo se presenta esta capacidad, sería difícil determinar porque las opiniones son encontradas, en virtud de que no existe un parámetro para dar por sentado que a partir de los 18 años de edad un individuo es capaz, ya que un sujeto menor de 18 años, y mayor de 16 puede tener capacidad de entender y de querer, por eso consideramos que para poder establecer esa capacidad en un individuo cuya edad fluctúa en los rangos precisados, se requiere el auxilio de la prueba pericial de psicología, sin embargo, no olvidemos que las leyes poseen una característica general en cuanto a que están conceptualizadas en lenguaje jurídico y dirigidas en forma general al gobernado, es decir, no pueden

¹¹² Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. pág. 113.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

elaborarse normas que atiendan cada caso en particular, por ello, nuestra ley penal, acogiéndose a la ley civil, establece como el máximo límite de edad los 18 años. Al respecto Francisco Pavón Vasconcelos expone que "El problema del límite de edad depende fundamentalmente de la idiosincrasia, temperamento, cultura, desarrollo educacional, económico y social de la región en que se legisle, aunque ordinariamente se fija en los 16 años la edad límite, cuya superación hace plenamente capaz a la persona."¹¹³

Por eso afirmamos que el problema relativo a la edad para determinar si un sujeto es imputable, deberá atenerse al criterio de discernimiento, de tal suerte, que se puede establecer que el sujeto posea el desarrollo psíquico para distinguir sobre el alcance y consecuencias de sus actos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹¹³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., pág. 116.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La jurisprudencia como ciencia del derecho, es un conjunto de conocimientos jurídicos ordenados y sistematizados con el propósito de cumplir, mediante la creación de normas, con las funciones exigidas en una sociedad, para lo cual se requiere que los lineamientos jurídicos plasmados en todo ordenamiento tengan la capacidad de hacer cumplir esa función.

SEGUNDA.- La jurisprudencia técnica es la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y lugar determinados y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y relación.

TERCERA.- Las tradiciones que soportan el derecho anglosajón y al nuestro que es el romano-germánico provienen de diversas raíces, el primero encuentra su derecho en el derecho consuetudinario, su aplicación se da por medio de los precedentes, no es un derecho codificado como el nuestro, las similitudes son que en ambos ordenamientos legales existe resoluciones, en el anglosajón " precedentes " y en el mexicano " jurisprudencia " que son obligatorias para los tribunales de igual jerarquía o inferiores.



CUARTA.- Las fuentes del derecho son conjunto de causas y procedimientos que dan origen a la creación del ordenamiento objetivo.

QUINTA.- La postura débil de nuestro más alto Tribunal por falta de un precepto legal que se sancione con eficacia a las autoridades judiciales, administrativas o de trabajo, provoca que en realidad la obligatoriedad de la jurisprudencia no sea tan obligatoria como lo establece la Ley de Amparo, por lo que consideramos conveniente se legisle sobre ello, tomando en consideración que la inobservancia por parte de los tribunales antes referidos puede provocar resoluciones que no estén inspirados en los ideales de justicia y de equidad, sino de manera caprichosa.

SÉPTIMA.- Consideramos que es procedente el juicio de amparo directo, cuyo conocimiento corresponde a un Tribunal Colegiado de Circuito cuando el acto reclamado consiste en un sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, comprendiéndose dentro de estos las tesis sustentadas por los Tribunales Especiales para Menores, debido a que dirime

controversias.

OCTAVA.- Consideramos que el Menor Infractor, lo es el menor de 18 años de edad y mayor de 11 que ha quebrantado una disposición penal, aplicándosele una medida orientación, de protección y de tratamiento externo o interno a través de la resolución final dictada por el Consejo de Menores.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA

- Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, 1980, p. 133.135.177.158
- Hadas, Moses. *La Roma imperial*, Ediciones culturales internacionales, 1983, pág. 165.
- Floris Margadant S., Guillermo. *El derecho privado romano*, Editorial Esfinge, 1989, pág. 56- 58-59-62-64.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México, Editorial Porrúa, 1995, pág. 68.
124.126.127.128.129.72.64.51.57.62.75
- Diccionario de la lengua española*, Décimo novena edición, volumen IV, Real Academia Española, Espasa Calpe, S.A., 1981, p. 783.761
- Zertuche García, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. México, Editorial Porrúa, 1992, pág. 4.
- Escrache, Joaquín. *Jurisprudencia*, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Tomo III*, México, Manuel Porrúa, SS.A., 1979, pág. 1174
- Abbagnano, Incola. *Diccionario de filosofía*. México, FCE, 1987, pág. 1128.
- Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen CXXIX, Tercera Parte, pág. 28.
- De Pina, Rafael. *Pedagogía Universitaria*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo XII, Número 46, México, UNAM, Abril-Junio de 1958, pág. 53.
- El Pequeño Larousse Ilustrado*. México, Editorial Larousse, 1996, pág. 960.468.
- Stammler, Rudolf. *La Génesis del Derecho*. (Trad. De Wenceslao Roces). 2ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1936.
- Seminario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XLIVA, Segunda Parte, pág. 86.
- Recansos Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Octava Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1983, pág. 627.
- Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CVI, pág. 1354.
- David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, España, Editorial Aguilar, S. A., 1969, pág. 9.10.11.13.105.
- Merryman, John Henry. *La tradición jurídica Romano-Canónica*. México, FCE, 1979, pág. 15.16.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De Figueredo Teixeira, Salvio. *Consideraciones y Reflexiones sobre el Derecho Norteamericano*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXIX. Número 113, México, UNAM, Dirección General de Publicaciones, Mayo-Agosto, pág. 366.

Couture, Eduardo J. *Interpretación e Integración de las Leyes Procesales*, en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo XI, Número 43, México, UNAM, Julio-Septiembre 1949, pág. 92.95.96

De la Vega Benayas, Carlos. *Introducción al derecho judicial*, Madrid, España, Editorial Montecorvo, 1970, pág. 30.

Puertas Gómez, Gerardo Federico José. *El Precedente Judicial y La Jurisprudencia en los Sistemas Jurídicos Norteamericano y Mexicano*. Tesis en opción al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Monterrey, División de Ciencias Jurídicas, Monterrey, México, Marzo de 1981, pág. 13.48-49.

Tamayo y Salmorán, Rolando. "Ratio Decidendi", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VII, México, instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, pág. 327.54.

Trueba Urbina, Alberto Y Jorge Trueba Barrera. *Nueva Legislación de Amparo Reformada*, Ed. Porrúa, México 2000, págs 178-179.181.

Du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, pág. 36.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Editorial Sista, S. A. De C. V., México, 1989. Pág. 1.82.89.

Ley Federal del Trabajo. Editorial Sista, S. A. de C. V. México. 1989. Pág. 3.

Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Cuarta Edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada, S.A., 1977, pág. 444.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XIV, pág. 1458.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Primera Sala, Tomo XXV, pág. 1126.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Segunda Sala, Tomo CXIII, pág. 494.

Flores García, Fernando. *Todavía sobre las fuentes del derecho*. Jurídica. 5 de julio de 1973, pág. 235.

Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, UNAM, 1988, pág. 155.73

Peniche, Bolio, Francisco J. *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1990 p 57.

Floresgómez González, Fernando, Gustavo Carvajal Moreno. *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1977, pág. 48.

Bonniecasse, Julián. *Introducción al Estudio del Derecho*. (trad. De José Ma. Cabija Jr.) Cajica, Puebla (Méx.), 1944, pág. 131.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- García, Trinidad. *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 71.
- Gény, *Méthode d'interprétation*, 2ème., ed., I, pág. 323.
- Alonso Martín. *Enciclopedia del Idioma*, Tomo I, México, Editorial Aguilar, 1998, pág. 1252.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law an State..* Traducción al inglés de Anders Wedberg Harvard, 1946, pág. 43.73
- Recasens Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 1978, pág. 293.
112.116.33
- Reichel, Hans. *La Ley y la Sentencia*, trad. Miñana y Villagrasa, Madrid, 1921, pág. 40.
- Gény, François, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, París, 1954, t. I, pág. 22s.
30.498.435
- Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. México, Ed. Porrúa, 1995, pág. 212.
- Bonnecase, Julián. *Supplément au Traité Théorique et pratique de Droit Civil de Baudry-Lacantinière*. 6 ts., Sirey, París, 1924 a 1935, en particular el t. I, núms. 321 a 409 y t. III, núms.. 78 a 109.72.
- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes I*, Edit. Sarpe, Barcelona, España, 1984, pág. 68.70.
- Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, págs. 217 y 218.
- Dualde, Joaquín. *Una revolución en la lógica del Derecho*. Edit. Bosch, Barcelona, 1933, 79.
- Lagaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5º edic., Barcelona, España, Casa editorial Bosch, S.A., 1978, pág. 512.
- Palacio Vargas, J. Ramón. *Instituciones de Amparo*, 2º edición, Puebla, México, Edit. José M. Cajica J., S.A., 1969, págs. 191-192.
- De Silva y Nava, Carlos. *La Jurisprudencia en curso de actualización de Amparo*. México, División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho, UNAM, 1965, págs. 111-112.
- Curso Elemental de Derecho Civil.*, trad. De Demófilo De Buen, Inst. Ed. Reus, tomo I, Madrid, 1941, pág. 98.
- "Derecho Consuetudinario y función judicial", en el volumen *Estudios del Derecho Procesal*. Madrid, 1934, pág. 482.
- Guerrero Lara, Ezequiel. *Jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación*, pág. 368-369.
- Trueba Urbina, Alberto y Jorge Trueba Barrera. *Nueva Legislación de Amparo Reformada. doctrina, textos y jurisprudencia*. 75 edición. México, Editorial Porrúa, 2000, pág. 178.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana. Tomo II. Buenos Aires, 1953, p. 13.

Osorio Nieto, César Augusto. *El niño maltratado*. Ed. Trillas. 2ª edición. México, 1985, pág. 11.

Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Ed. Helenista, Argentina, 1924, pág. 202.

Escríche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo III. México, 1929, pág. 1283.

Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XIX. Mand-Musc, Dris-Kill, S.A. Ed. Libros Científicos. Buenos Aires, Argentina, 1970, pág. 563.

Solis Quiroga, Héctor. Op. Cit. pág. 67.

Castellano Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*. Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 218.

Jiménez de Asúa., Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Ed. Losada, Buenos Aires, 1965, págs 85-86

Pavón Vasconcelos, Francisco. *Imputabilidad e inimputabilidad*. Ed, Porrúa, México, 1983, págs. 99-100.113.116.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN