

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO



LA JURISPRUDENCIA, SUS EFECTOS GENERALES Y
PARTICULARES

T E S I S
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

VICTOR ANTONIO CISNEROS CAMACHO

DIRECTOR DE TESIS: DR. ARMANDO SOTO FLORES



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.





UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E

Muy Distinguido Señor Director:

El alumno **CISNEROS CAMACHO VICTOR ANTONIO**, inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "**LA JURISPRUDENCIA, SUS EFECTOS GENERALES Y PARTICULARES**", bajo la dirección del suscrito y del **Dr. Armando G. Soto Flores**, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Dr. Soto Flores, en oficio de fecha 19 de noviembre de 2003 y el Dr. Pedro E. Hernández Gaona, mediante dictamen del 16 de febrero de 2004, me manifiestan haber aprobado y revisado, respectivamente la referida tesis; y personalmente he constatado que la monografía satisface los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales, por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 de dicho reglamento suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., marzo 2 de 2004.


DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO.

**NOTA DE LA SECRETARÍA GENERAL: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.*

*lrm.

México, D. F. a 16 de febrero de 2004

DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DE AMPARO
P R E S E N T E

Muy Distinguido Maestro:

Me permito informar a usted que de acuerdo a sus instrucciones procedí a la revisión de la monografía elaborada por el alumno **CISNEROS CAMACHO VÍCTOR ANTONIO**, sobre "*La Jurisprudencia, sus efectos generales y particulares*", y que pretende sustentar como tesis de licenciatura.

Por lo anterior, me permito informarle que he revisado meticulosamente la tesis en comento y considero que satisface plenamente los requisitos reglamentarios para tesis de licenciatura.

El contenido del trabajo está compuesto de una introducción y de cinco capítulos, al final de los mismos el sustentante presenta sus conclusiones de manera clara y nítida; asimismo el punto final del trabajo está referido a la bibliografía que el joven pasante **CISNEROS CAMACHO** utilizó para la elaboración de su ensayo. Asimismo, las notas de pie de página son correctas.

Por lo que corresponde al capítulo primero el sustentante presenta conceptos generales en torno a la Jurisprudencia, básicos para entender a este instrumento jurídico; de manera relevante se puede apreciar que el sustentante no solo se conforma con hacer referencia a escritores que han abordado el tema de la Jurisprudencia, sino que se aventura de una manera audaz a aportar una definición de Jurisprudencia.

El segundo capítulo de la tesis está dedicado al análisis doctrinal de la Jurisprudencia, aquí el sustentante se refiere a la Jurisprudencia y al problema de la creación del Derecho, tema por demás interesante; asimismo se refiere a la Jurisprudencia de los intereses, la cual está referida a la forma moderna de la antigua Jurisprudencia teleológica.

El tercer capítulo el sustentante lo dedica a la historia de la jurisprudencia en México haciendo alusión al decreto de 8 de diciembre de 1870 en donde se creó el Semanario Judicial de la Federación para publicar las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales Federales, hasta la Reforma de 1987 en donde se faculta a los Tribunales Colegiados de Circuito para interrumpir y modificar la Jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia .

El capítulo cuarto demuestra que el sustentante realizó un gran esfuerzo al hablar de la Jurisprudencia en el Derecho Comparado, ya que toca los sistemas judiciales del Common Law, Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Sistemas Judiciales de Derecho escrito, Argentina y España; este capítulo permite ubicar las raíces del Derecho Jurisprudencial en México.

En el capítulo quinto el sustentante se refiere al interesante tema de la contradicción de tesis y los criterios definitivos; asimismo hace referencia a los defectos de la Jurisprudencia Federal, refiriéndose aquí a la "Fórmula Otero"; también hace referencia al problema de la aplicación retroactiva de la Jurisprudencia, para terminar con los criterios recientes los efectos generales de la jurisprudencia y su aplicación retroactiva.

Por lo anterior, me permito reiterar que la presente tesis que para obtener el grado de licenciado en derecho que presenta el alumno **CISNEROS CAMACHO VÍCTOR ANTONIO** reúne sobradamente los requisitos normativos de nuestra Facultad de Derecho.

Aprovecho la ocasión para enviarle un afectuoso abrazo.

ATENTAMENTE.



DR. PEDRO EMILIANO HERNÁNDEZ GAONA

El tercer capítulo el sustentante lo dedica a la historia de la jurisprudencia en México haciendo alusión al decreto de 8 de diciembre de 1870 en donde se creó el Semanario Judicial de la Federación para publicar las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales Federales, hasta la Reforma de 1987 en donde se faculta a los Tribunales Colegiados de Circuito para interrumpir y modificar la Jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia .

El capítulo cuarto demuestra que el sustentante realizó un gran esfuerzo al hablar de la Jurisprudencia en el Derecho Comparado, ya que toca los sistemas judiciales del Common Law, Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Sistemas Judiciales de Derecho escrito, Argentina y España; este capítulo permite ubicar las raíces del Derecho Jurisprudencial en México.

En el capítulo quinto el sustentante se refiere al interesante tema de la contradicción de tesis y los criterios definitivos; asimismo hace referencia a los defectos de la Jurisprudencia Federal, refiriéndose aquí a la "Fórmula Otero"; también hace referencia al problema de la aplicación retroactiva de la Jurisprudencia, para terminar con los criterios recientes los efectos generales de la jurisprudencia y su aplicación retroactiva.

Por lo anterior, me permito reiterar que la presente tesis que para obtener el grado de licenciado en derecho que presenta el alumno **CISNEROS CAMACHO VÍCTOR ANTONIO** reúne sobradamente los requisitos normativos de nuestra Facultad de Derecho.

Aprovecho la ocasión para enviarle un afectuoso abrazo.

ATENTAMENTE.


DR. PEDRO EMILIANO HERNÁNDEZ GAONA

Ciudad Universitaria, a 19 de noviembre de 2003.

DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO CONSTITUCIONAL
PRESENTE.

Anexo al presente, remito a usted la tesis concluida del pasante C. VICTOR ANTONIO CISNEROS CAMACHO, con el tema "LA JURISPRUDENCIA, SUS EFECTOS GENERALES Y PARTICULARES", mismo que llevó a cabo con el objeto de ostentarse con el título de Licenciado en Derecho.

Lo anterior con el propósito de que sea revisada por el Seminario a su digno cargo, y, en su caso, autorizada su impresión.

ATENTAMENTE,

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRITU"



DR. ARMANDO SOTO FLORES.

C. c. p. Dr. Fernando Serrano Migallón - Director de la Facultad de Derecho

Agradecimientos

Al Dr. Armando Soto Flores, director de la presente investigación, en cuya persona encuentro la mejor definición de maestro.

A Leonel, mi hermano, por su cariño, apoyo y solidaridad, en las buenas y en las malas.

A Lucia. El pretexto más encantador para la realización de este trabajo.

Dedicatorias

A mi papá, el mejor abogado que conozco.
Responsable del tema de esta investigación.
"Lo máspreciado que posee el hombre es la vida...".

A mi mamá, por su amor y paciencia infinitos, gracias a los cuales mi familia es, y será siempre, un punto de equilibrio en mi vida.

CONTENIDO

Introducción.

CAPITULO PRIMERO Concepto e Importancia de la Jurisprudencia

1.1.1. La Jurisprudencia como Ciencia del Derecho.	1
1.1.2. La Jurisprudencia Técnica.	3
1.1.3. Concepto Aplicable.	5
1.2. La Jurisprudencia como Fuente del Derecho.	5
1.2.1. Concepto de Fuente del Derecho.	5
1.2.2. Clasificación de Fuentes del Derecho.	8
1.2.3. La Ley.	12
1.2.4. La Costumbre.	14
1.2.5. La Jurisprudencia.	14
1.2.6. La Doctrina.	17

CAPITULO SEGUNDO Análisis Doctrinal de la Jurisprudencia

2.1. La Jurisprudencia y el Problema de la Creación del Derecho.	19
2.2. Leyes de Derecho Privado y de Derecho Público.	20
2.3. El Problema de la Creación del Derecho.	34
2.4. La Jurisprudencia de Conceptos.	39
2.5. La Jurisprudencia Teleológica.	46
2.6. La Doctrina del Derecho Libre.	49
2.7. La Jurisprudencia de Intereses.	55

CAPITULO TERCERO Historia de la Jurisprudencia en México

3.1. Decreto de 1870.	62
3.2. Ley de 1882.	62
3.3. Ley de 1919.	63
3.4. Ley de 1936.	64
3.5. Reforma de 1950.	65
3.6. Reforma de 1967.	68
3.7. Reforma de 1983.	70
3.8. Reforma de 1986.	71
3.9. Reforma de 1987.	71

CAPITULO CUARTO
La Jurisprudencia en el Derecho Comparado

4.1.1. Sistemas Judiciales de Common Law.	76
4.1.2. Inglaterra.	77
4.1.3. Estados Unidos de Norteamérica.	98
4.2.1. Sistemas Judiciales de Derecho Escrito.	112
4.2.2. Argentina.	112
4.2.3. España.	128

CAPITULO QUINTO
La Jurisprudencia en el México Actual

5.1. La Jurisprudencia como Norma Jurídica. Estudio Comparativo entre la Jurisprudencia y la Ley.	162
5.2. Diversas Modalidades y Funciones de la Tesis Jurisprudencial.	169
5.3. La Contradicción de Tesis y los Criterios Definitivos.	178
5.4. La Jurisprudencia Federal.	181
5.5. Defectos de la Jurisprudencia Federal.	184
5.6. El Problema de la Aplicación Retroactiva de la Jurisprudencia.	193
5.7. Criterios Jurisprudenciales Aplicables.	200

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En el diario quehacer de un abogado, al sustanciar un juicio ante cualquier tribunal de nuestro país, se le orienta a tramitarlo de determinada manera si toma en cuenta el criterio jurisprudencial existente y aplicable en ese momento.

Durante la tramitación del juicio, los Tribunales de amparo pueden modificar parcial o totalmente el criterio establecido, sin que exista disposición alguna que los obligue a considerarlo al llegar el momento en que tengan que conocer del juicio en cuestión, dejando con esto en un notorio estado de indefensión e inseguridad jurídica a la parte que accionó o se excepcionó con base en ese criterio. Es decir, se ha aplicado retroactivamente una jurisprudencia en perjuicio de la persona que la hizo valer. Este efecto y otros, son los que actualmente produce la jurisprudencia "obligatoria" de nuestro sistema judicial.

Lo anterior además de ser la base de la presente tesis, como trabajo de investigación, es el reflejo de una situación real a la que se ven sometidos los gobernados y abogados en razón de las disposiciones vigentes tanto de la Ley de Amparo como de nuestra Constitución federal.

No es absurdo el planteamiento anterior, pues si bien se puede concluir que tan sólo deben ser las normas legales a las que se les aplique el principio de irretroactividad, establecido en el artículo catorce constitucional, en el supuesto comentado estamos en presencia de criterios jurisprudenciales que gozan de las mismas características que una norma jurídica o legal, a saber: generalidad, abstracción, impersonalidad, etcétera; por lo tanto, debe hacerse extensivo dicho principio a las tesis de jurisprudencia "obligatoria", al momento de dictar resolución por parte de los distintos tribunales que conocieron de un juicio donde una de las partes se ciñó al criterio jurisprudencial aplicable al momento de iniciarse el proceso legal respectivo, y no el que haya sido modificado parcial o totalmente con posterioridad.

Así pues, tomando como premisa primordial el razonamiento esgrimido líneas arriba, a lo largo de este trabajo se establecerán la historia, antecedentes y naturaleza jurídica de la jurisprudencia, en especial la conocida como "obligatoria", en nuestro sistema judicial vigente; consecuentemente, replantear su posición dentro de la clasificación de fuentes del derecho que priva actualmente. Hecho lo anterior, se hará un estudio de derecho comparado entre sistemas legales, tanto de países donde prevalece el sistema de derecho escrito o de Justiniano como de los que cuentan con una marcada tradición de derecho consuetudinario o de

precedentes judiciales. Después mencionaremos y analizaremos casos prácticos en los cuales existieron y existen perjuicios notorios al gobernado por la aplicación retroactiva de criterios jurisprudenciales, para enseguida estudiar cuáles son las opiniones de distintos tribunales de alzada respecto del tema. Por último y a manera de conclusión, se plantearán posibles modificaciones tanto a la Ley de Amparo en su parte conducente.

Esto es en esencia un bosquejo de lo que será este trabajo, el cual espera ser un estímulo para reflexionar sobre el particular, ya que la intención de que sea éste el que se presente como el trabajo que culmina un esfuerzo de varios años, es por la preocupación de contar con un sistema legal y judicial más completo, dinámico, que se ajuste a su propia realidad, lo cual considero es en sí una de las ambiciones de la ciencia del Derecho.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA

Definir el vocablo Jurisprudencia (del latín *juris* -Derecho- y *prudencia* -sabiduría-) no es tarea fácil, más aún, si tomamos en cuenta que, éste tiene varias acepciones, y no precisamente unívocas. En efecto, por un lado se puede reconocer a la Jurisprudencia, como la propia ciencia del Derecho, idea que se encuentra alejada de nuestro sistema jurídico actual.

Por otro lado, se entiende a la Jurisprudencia como las resoluciones de los tribunales superiores y bajo hipótesis precisas.

1.1.1.- La Jurisprudencia como Ciencia del Derecho.

Definiciones que comulgan con la primera idea, encontramos, por excelencia, la del jurista romano Ulpiano, que definía a la Jurisprudencia como "el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto" (*jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi et injusti scientia*).

"Papiniano, Ulpiano, Gayo, Paulo y Modestino, se destacaban entre los hombres de derecho romano por su especial aptitud para investigar cuál era la solución justa para cada uno de los casos concretos sobre los que se les consultaba. Ese conocimiento acertado de lo que era derecho en

cada situación singular -llamado *iuris prudentia*- dio posteriormente el nombre, por una derivación lingüística, a la 'ciencia del derecho' y a las normas que tienen su origen en las sentencias de los tribunales." ¹

Es pertinente hacer un alto para reflexionar sobre lo anterior. Destaca el hecho de que la acepción transcrita haya caído en nuestros días en desuso. Así es si tomamos en cuenta que el término prudencia es continuamente confundido sin destacar su verdadera esencia; que es tanto más moral, más ética; y nos sorprendemos al ver que ahora dicho vocablo se entiende en el común de los hombres como que ser prudente es "el que sabe cuidarse de no pasar por el apurado trance de tener que ser valiente y prudencia es el recurso de los que quisieran llegar tarde a los momentos de peligro"². Lo expuesto ha sido incluso considerado por filósofos de nota, tal es el caso de O. F. Bolnow, quien al respecto señala que "es prudente, en general, quien al obrar piensa en las consecuencias posibles, quien previene las dificultades que puedan salirle más tarde al paso (...)"³. Para nosotros el término prudencia debe relacionarse más a la tesis aristotélica que la consideraba "un estado del alma o un hábito de elegir y obrar lo que está en nuestras manos hacer o no; y ello de manera que contribuya a nuestro bien".⁴

¹ MASSINI, CARLOS I., *La prudencia Jurídica, Introducción a la Gnoseología del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1983, pág. 21.

² PIEPER, JOSEF, *Prudencia y templanza*, pág. 42; citado por MASSINI, CARLOS I., *La prudencia jurídica, Introducción a la Gnoseología del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1983, pág. 31.

³ BOLNOW, O. F., *Esencia y cambios de las virtudes*, pág. 163-164; citado por MASSINI, CARLOS I., *La prudencia jurídica, Introducción a la Gnoseología del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1983, pág. 32.

⁴ ARISTOTELES, *Magna Ética*, c. XXXIV, citado por MASSINI, CARLOS I., *La prudencia jurídica, Introducción a la Gnoseología del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1983, pág. 41.

¿Por qué es importante resaltar este punto? Porque de acuerdo a las definiciones que se identifican con la segunda idea, expuesta en un principio, la Jurisprudencia como ese cúmulo de resoluciones, debe ser identificada como una tarea de calidad, en donde debe intervenir la prudencia en ese antiguo sentido y en consecuencia, sea el juzgador no sólo un administrador de justicia, sino que sea participe en la conformación de nuestro sistema de leyes.

1.1.2.- La Jurisprudencia Técnica.

Así encontramos que, el maestro Arellano García en su obra "Juicio de Amparo", define a la Jurisprudencia como "el medio de cubrir las omisiones legislativas en virtud de que sufre la influencia de los cambios políticos, económicos, sociológicos o culturales".

Alfonso Noriega, la define de la siguiente manera, "Jurisprudencia es el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado en las sentencias de un Tribunal Supremo, criterio que es obligatorio reconocer y aplicar por parte de los inferiores jerárquicos de dicho Tribunal".⁵

La Enciclopedia Jurídica Omeba, nos da la siguiente definición, en tratándose del tipo de Jurisprudencia a que estamos haciendo alusión: "conjunto de sentencias dictadas en sentido concordante acerca de una determinada materia. La coincidencia de sentido de ciertos grupos de

⁵ NORIEGA, ALFONSO, *Lecciones de Amparo*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1980, pág. 980.

decisiones jurisdiccionales permite hablar, en estos casos, de *jurisprudencia uniforme*, lo cual, a su vez, traduce la unidad de criterio con que en la práctica son resueltos los casos análogos por los tribunales judiciales o administrativos".⁶

El Diccionario de la Lengua Española, brinda la acepción siguiente: "Norma de juicio que suple las omisiones de la ley y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos".

De las anteriores definiciones, podemos destacar varios puntos, se hace referencia a tribunales de mayor jerarquía, esto es, la labor de conformar la Jurisprudencia está encomendada a jueces que constituyen un cuerpo de calidad dentro del sistema judicial de que se trate.

Se deja sentir el carácter obligatorio de la Jurisprudencia, carácter en el que profundizaremos en las páginas venideras. De igual forma se señala su carácter creador del derecho, punto medular de esta tesis y que reviste, a su vez, el más interesante.

Ahora bien, a la Jurisprudencia en su aspecto técnico se le entiende, como la consecuencia de un número definido de resoluciones que sostienen el mismo criterio sin que se pronuncie una en contra, dictadas por el órgano jurisdiccional competente.

⁶ *ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA*; Buenos Aires, Argentina, 1963, Tomo XVII, pág. 621.

1.1.3.- Concepto Aplicable.

De lo expuesto, nosotros aportamos la siguiente definición de Jurisprudencia, haciendo notar que, ésta va destinada a definir la tarea técnica que llevan a cabo los tribunales superiores de sistemas legales en los que tienen encomendada tan elevada labor.

Jurisprudencia es, el criterio que subsiste en cinco resoluciones emitidas por un órgano jurisdiccional, facultado para el caso, sin que exista una resolución en contrario, y que resulta obligatorio para los órganos inferiores jerárquicos, logrando una uniformidad en la resolución y apreciación de casos análogos.

1.2.- La Jurisprudencia como Fuente del Derecho.

1.2.1.- Concepto de Fuente del Derecho.

Comenzaremos con aportar la definición de la palabra fuente del Derecho, la cual tiene, como anota el jurista argentino Cueto Rúa⁷, un significado multívoco. En efecto, se puede entender como fuente dentro de la terminología jurídica al origen del Derecho, esto es, a sus causas, tomando en cuenta desde luego las implicaciones multidisciplinarias que tiene esta postura, siendo válido por tanto el cuestionamiento si a los jueces, abogados

⁷ CUETO RUA, JULIO, *Fuentes del Derecho*, Reimpresión, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1994, pág. 13.

y juristas, les interesan estas "causas" que originaron al Derecho cuando se preguntan por sus fuentes. Creemos que no.

"También se ha interpretado la misma palabra en el sentido de manifestación del Derecho, es decir, como la expresión visible y concreta del Derecho mismo".⁸ Por último, este jurista nos menciona que también se puede entender como fuente, a la "autoridad" de la que emana el Derecho. Todas las anteriores son acepciones que no dejan de ser interesantes, pero debemos dejar en claro sobre cuál hemos de trabajar.

Incluso. Existen juristas que además de las anteriores aportan otras acepciones, por ejemplo Legaz, también entiende por fuente del Derecho, al acto concreto creador de éste, al fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho, y al fundamento de un derecho subjetivo.⁹ Al respecto sólo podemos apuntar que resulta tal la imbricación de estas definiciones que para su entendimiento resultaría de ayuda emitir una opinión más general.

Esa generalización nos la brinda el doctor Calvo Vidal en su acucioso estudio sobre la jurisprudencia como fuente de Derecho¹⁰ al señalar que, se debe hablar de fuentes de producción, fuentes de conocimiento y fuentes de validez. En las primeras se encuentran tanto los hechos que originan la

⁸ Ibidem, pág. 13.

⁹ CALVO VIDAL, FELIX M., *La Jurisprudencia. ¿Fuente del Derecho?*, Ed. Lex Nova, España, 1992, pág. 44.

¹⁰ Ibidem, pág. 45.

norma abstracta y general como la concreta, es decir, decisiones judiciales y actos administrativos. Por las segundas, el jurista citado, entiende a los documentos y hechos en general jurídicamente capaces de señalar la existencia de una norma jurídica y su contenido. De las últimas se desprenden los actos que producen en el ordenamiento jurídico normas nuevas y bajo qué condiciones.

Ahora bien, Clemente de Diego, sintetizando, nos brinda la siguiente definición de fuente del Derecho, "se refiere especialmente a los orígenes próximos del derecho, a la elaboración o producción de las reglas que contienen la modelación jurídica de las relaciones de la vida social".¹¹

Una definición que nos parece más que afortunada es la dada por el jurista argentino ya mencionado, Cueto Rúa, "las fuentes del Derecho son los criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo".¹² Aunque pudiera parecer un tanto cuanto condensado este concepto de fuente del Derecho, pensamos que en él convergen todas las ideas inherentes a las fuentes del Derecho.

Como vemos, encontrar el concepto unívoco de fuente del Derecho, es una tarea compleja, máxime cuando es perfectamente dable esta

¹¹ Ibidem, pág. 47.

¹² CUETO RUA, op. cit., págs. 24 y 25.

multiplicidad de acepciones, sin embargo, de las anteriores debemos de considerar como resultante, y para efectos de este trabajo, la siguiente: fuente del Derecho, es el criterio objetivo de aplicación de la norma jurídica, buscado por la colectividad dentro de un sistema de leyes, que a su vez se encuentra en diversos dispositivos legales, así como en la propia historia de esos dispositivos, que permiten un actuar uniforme de los órganos encargados de aplicarlos.

Al ser de tan distintas índoles esos criterios de aplicación y con el objeto de determinar el alcance de esta tesis, es necesario aportar una clasificación al respecto.

1.2.2.- Clasificación de Fuentes del Derecho.

Dentro de la doctrina se tiene por clásica la clasificación del jurista español De Castro, la cual expone de la siguiente manera:

"a) Cada fuerza social con facultad normativa creadora:

1. Fuentes reales o primarias, entendidas éstas como los poderes sociales que jurídicamente se les reconoce la posibilidad de producir normas jurídicas con independencia. Es decir, como la potestad de creación de normas jurídicas.

2. Fuentes secundarias, se encuentran dentro de las anteriores, ya sea por razones de división de poder o racionalización de su ejercicio.

b) Fuente jurídica, refiriéndose al medio por el que se crea o manifiesta el Derecho. Es la forma de manifestarse o exteriorizarse las normas, el cómo se establece el Derecho".¹³

De la anterior clasificación se resumen como fuentes del Derecho, por un lado el poder que crea las normas y por el otro las normas creadas por él.

El célebre maestro Eduardo García Maynez, en su obra "Introducción al Estudio del Derecho", nos señala su tan difundida clasificación de fuentes del Derecho, las que clasifica en fuentes formales, reales e históricas.¹⁴

Las formales son los procesos de creación de las normas jurídicas. Las reales, se refieren a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. En cuanto a las históricas, aplicase a los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.

La clasificación proporcionada por García Maynez es en su medida comparable con la de buen número de tratadistas, en cuanto hacen referencia también a las fuentes formales, verbigracia, Albadalejo, O'Callaghan y Ruiz Vadillo, quienes entienden a éstas como los "medios de exteriorización del derecho".¹⁵

¹³ CALVO VIDAL, op. cit., págs. 47 y 48.

¹⁴ GARCIA MAYNEZ, EDUARDO, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48a. ed., Ed. Porrúa, México, 1996, pág. 50.

¹⁵ CALVO VIDAL, op. cit., pág. 48.

Son igualmente coincidentes en relación con las fuentes reales mencionadas por García Maynez, al hablar de fuentes materiales, autores como Demófilo De Buen o Puig Brutau, siendo definidas por el primero como "todo elemento o factor que contribuye a fijar el contenido de la norma", mientras que el segundo al referirse a ellas nos dice que, "se trata de lo que da contenido a las creaciones de las fuentes formales"; por último, cabe hacer mención de la definición del jurista español Ogayar, "las fuentes materiales afectan la fase cognoscitiva del derecho y son los medios utilizados para conocer el derecho ya creado que ayudan a la comprensión de la regla jurídica, a fijar su contenido, pero sin darle existencia por sí mismas" ¹⁶. Sobre la definición de Ogayar, la cual encontramos por demás atinada, cabe el siguiente comentario, al definir a las fuentes materiales señala su campo de acción, el cual no abarca el darle existencia a la regla jurídica por sí mismas, siendo en consecuencia competencia de las fuentes formales esta función. Esto adquiere relevancia bajo la luz de la hipótesis planteada al inicio de este trabajo, pues de ser cierto lo que nos señala Ogayar, la jurisprudencia obligatoria contemplada por nuestro sistema de leyes, no puede ser entendida como una fuente material, o como diría García Maynez, real del Derecho, concluyendo y de acuerdo a las características de la jurisprudencia aludida, que se trata de una fuente formal del Derecho, a la cual le deben ser reconocidas ciertas características que únicamente se prevén para la Ley. Pero no nos adelantemos, esto lo analizaremos a detalle en las páginas subsecuentes.

¹⁶ Ibidem, pág. 48.

El jurista argentino Cueto Rúa, en su interesante obra "Fuentes del Derecho", retoma la división clásica de fuentes del Derecho, esto es, fuentes formales y materiales, resaltando la problemática que esta conlleva. Por principio de cuentas señala que, "el pensamiento rector parece haber sido el de considerar fuentes formales sólo a las normas jurídicas generales mediante las que se establecen obligaciones emanadas de autoridad competente y en las que se pueda subsumir lógicamente a las normas de inferior jerarquía normativa" ¹⁷, y en base a esta concepción se debe de tener primordialmente como fuente formal del Derecho a la Ley, tomando en cuenta que expresa el concepto de una imputación general, elaborado por las personas encargadas al efecto, es decir, los legisladores, a quienes la colectividad les ha encomendado esa tarea.

Cueto Rúa, de acuerdo con el mencionado principio rector, también contempla dentro de este tipo de fuentes a la costumbre, pero de una forma no tan amplia. En efecto, al respecto señala que la costumbre, retomando la definición tan conocida *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*, también sería fuente formal "porque del comportamiento repetido por los integrantes de un determinado grupo social, se extraen por los órganos del grupo, normas generales"¹⁸. Ahora bien, en relación con la Jurisprudencia nos dice que sólo sería fuente formal en el supuesto de que el ordenamiento jurídico vigente en determinada comunidad le otorgará el carácter de

¹⁷ CUETO RUA, op. cit., pág. 25.

¹⁸ Ibidem.

obligatoria, y continúa, en este caso, los jueces pasan a asumir una especie de función legislativa.

En cuanto a las fuentes materiales nos menciona que, "serían todos aquellos factores reales que gravitan sobre el ánimo de los jueces, los legisladores, los funcionarios administrativos, inclinando su voluntad en un sentido determinado en el acto de crear una norma jurídica"¹⁹. Nótese que en el anterior concepto, este jurista incluye a los jueces dentro del ámbito de los creadores del Derecho, es decir, se encuentran en el supuesto de ser fuentes formales del Derecho, si entendemos a estas como los órganos capacitados dentro de un sistema de leyes para crear reglas jurídicas.

Tomando en cuenta lo dicho, debemos de permanecer con la división clásica de fuentes del Derecho, es decir, fuentes materiales y formales, no sólo por considerarla como la más gráfica para efectos de la presente tesis, también por ser la que recoge nuestro sistema legal, y porque será empleada como punto de partida para exponer rasgos que vinculan a las fuentes reconocidas del Derecho: Ley, Costumbre, Jurisprudencia y Doctrina, precisamente con las fuentes materiales o reales y formales del Derecho, indistintamente.

1.2.3.- La Ley.

¹⁹ Ibidem, pág. 26.

La Ley es por antonomasia la fuente del Derecho. Se encuentra en la cúspide jerárquica, sea cual fuere la clasificación empleada de las fuentes del Derecho. Su importancia para nadie es desconocida y a la luz de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, aparece como la única fuente del Derecho posible. Por nuestra parte consideramos de relevancia fundamental dicha teoría, y en consecuencia el sentimiento de que sólo la Ley, como reflejo del orden jurídico positivo debe ser considerada más exactamente como única fuente formal del Derecho, pero también debemos dejar en claro que hay otros elementos que bajo circunstancias ciertas adquieren más que sólo matices de Ley.

Al revisar la calidad de fuente formal del Derecho de la Ley, cabe hacer el comentario de que la Ley en este plano no debe ser siempre vista desde su aspecto lógico - formal. Efectivamente, cuando el juzgador se constriñe a lo contemplado por la Ley, no busca en sí a ésta sino al criterio de objetividad bajo el cual ha de resolver determinado asunto, apreciando las circunstancias que le dieron origen y haciendo un análisis axiológico que fundamente su decisión, es decir, no aplica los preceptos legales automáticamente, antes los aprecia en su contexto, lo cual puede representar un problema incluso de índole sociológico, político o económico, y con base en las consideraciones que al respecto se formule es que emitirá su fallo, apegándose o apartándose de la norma jurídica tanto cuanto le sea posible y el propio dispositivo le permita, teniendo en consecuencia la Ley bajo esta óptica un cariz más de fuente material o real que formal. Esto sin que implique apartarse del tema central de la tesis, y sin embargo haciendo a un

lado rigorismos doctrinales podemos ver el cuadro que se intenta presentar. En síntesis, "la ley perfila una cierta conducta como debida en base a consideraciones axiológicas"²⁰.

1.2.4.- La Costumbre.

La reflexión hecha por lo que hace a la Ley, es aún más notoria en relación a la Costumbre. Dentro de una colectividad son manifiestas ciertas conductas que se tienen como debidas, con un fundamento axiológico, pero es hasta el momento en que se debe de determinar sobre la conducta apropiada a seguir que opera el juicio de valores, dejando de ser relevante la costumbre como una fuente formal del Derecho, pasando a adquirir características más bien de fuente material, poniendo en consideración circunstancias que sólo pueden ser aplicables al caso concreto, esperando que la resolución emitida sea el ejemplo a seguir por la colectividad en el futuro y para situaciones que se ajusten cada vez más al presupuesto resuelto.

1.2.5.- La Jurisprudencia.

En la Jurisprudencia el supuesto planteado respecto de las dos anteriores fuentes opera al revés.

²⁰ Ibidem, pág. 28.

De manera general es reconocida la esencia de fuente material o real del Derecho de la Jurisprudencia por encima de otras características que la puedan acercar a ser considerada como una fuente formal. Ahora bien, al buscar el criterio objetivo de aplicación de una norma, comúnmente se recurre a la Jurisprudencia esperando encontrar en ésta, resoluciones donde se estudiaron y resolvieron casos con antecedentes similares, y por ende el presupuesto a seguir. Pero es de hacer notar que al llevar a cabo el órgano jurisdiccional ese estudio – aplicación, casi simultáneamente, se le están brindando a la Jurisprudencia características eminentemente de fuente formal del Derecho, pues en realidad no se buscan, como nos señala D. De Buén, "los elementos o factores para el conocimiento del derecho o para su más certera aplicación"²¹, sino el Derecho aplicable al caso concreto, situación ineluctable cuando estamos en presencia de un sistema de leyes que contempla la figura de la jurisprudencia obligatoria.

En ese sentido se expresa el jurista Cueto Rúa al señalar que: "El juez ha llegado a dicha conclusión, es decir, ha determinado lo que debe ser, por aplicación de normas jurídicas preexistentes en las que se ha estatuido ese deber, de manera general, si se dan ciertas condiciones de hecho"²². Esto es, ha operado una inclusión de los hechos o antecedentes del caso concreto en la norma jurídica general, léase jurisprudencia, situación que igualmente opera tratándose de la Ley.

²¹ CALVO VIDAL, op. cit., pág. 49.

²² CUETO RUA, op. cit., pág. 29.

Incluso Cueto Rúa va más allá al afirmar que, "No es necesario, para que se le considere fuente formal, el que haya mediado una sanción legislativa otorgando carácter obligatorio a los fallos de ciertos tribunales. Ello resulta del juego normal de los principios de la organización tribunalicia y de la presión de los valores de orden y seguridad jurídica que exigen continuar por un sendero, una vez que él ha sido abierto por una decisión judicial"²³. En efecto, para nadie es desconocido que el fallo emitido por la Suprema Corte de Justicia, integrando jurisprudencia obligatoria, adquiere un carácter abstracto y general, al igual que una norma jurídica sancionada por el poder legislativo, no siendo requisito para su obligatoriedad que se encuentre sancionado ese fallo por el legislativo, pues su obligatoriedad deviene en principio de la propia Ley, y como respuesta a la presión que acertadamente expone Cueto Rúa.

En efecto, como ya se anotó al hablar de la historia de la Jurisprudencia, y de un sistema legal como el nuestro que contemple su obligatoriedad, adquiere características y fuerza de Ley, esto es, generalidad, impersonalidad y abstracción. Al respecto se pronuncia el maestro Burgoa Orihuela al apuntar que en tratándose de este tipo de Jurisprudencia, las tesis relativas son elevadas "por ende, a verdaderas normas legales por reunir respecto de las consideraciones jurídicas en ellas implicadas, referentes a determinadas cuestiones, de Derecho, los atributos esenciales de la Ley como son, la generalidad, la impersonalidad y la abstracción".²⁴

²³ *Ibidem*, pág. 30.

²⁴ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, *El Juicio de Amparo*, 8a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971, pág. 788.

Reflexionando sobre lo anterior, se concluye que una tesis jurisprudencial, con carácter obligatorio, goza de los mismos atributos que la Ley, siendo por tanto fuente formal del Derecho. En efecto, en una tesis jurisprudencial obligatoria encontramos: generalidad, su aplicación está dirigida a todos los supuestos posibles de circunscribir a la hipótesis que la misma contenga; impersonalidad, no está destinada a un sujeto en lo particular sino a todo aquél que con su conducta actualice la hipótesis dada; y, abstracción, a la hipótesis contemplada en determinada tesis le han sido desprendidas las particularidades de los antecedentes propios del caso del cual emana, esto con el objeto de establecer un criterio modelo que sirva para resolver casos futuros cuyos antecedentes se ajusten a esa hipótesis.

Como vemos el problema respecto de la Jurisprudencia como fuente del Derecho es más una cuestión de determinar el alcance propio de la Jurisprudencia obligatoria que la definición que se pueda dar de fuente formal o material del Derecho.

1.2.6.- La Doctrina.

Como en los anteriores casos hay que insistir no sobre el hecho de si la Doctrina es fuente formal del Derecho sino a las particularidades de ésta al poder ser apreciada también como una fuente material del Derecho.

La Doctrina emitida en un momento dado responde a consideraciones de carácter sociológico, político, económico, etcétera, que pueden ser apreciadas en ese momento; así tenemos que por ejemplo la Doctrina en materia de Derecho del Trabajo propuesta a finales de la Revolución Mexicana, no necesariamente responde a las necesidades actuales para resolver cierto caso, aunque se siga considerando como "vigente".

En efecto, esas necesidades responden a diversas estimaciones de carácter general, teniendo lugar de nueva cuenta un juicio de valores en función de las nuevas características que presenta la sociedad, razón por la cual se puede tomar o no en consideración esa Doctrina, anotando las similitudes y discrepancias que presente con la actualidad, pasando a ser más una fuente material del Derecho, pues su aplicación deriva precisamente del ya tan repetido juicio axiológico, que lleve a cabo tanto el juzgador como el jurista en general, resultando una herramienta más para la correcta aplicación de la norma.

De todo lo expuesto se desprende el carácter disímbolo de las fuentes del Derecho reconocidas por la Doctrina acusadamente, y en tal virtud es que consideramos apropiado un análisis más amplio acerca de las características formales de la Jurisprudencia, especialmente la obligatoria, que nos lleven a su reposicionamiento dentro de la clasificación anotada de fuentes del Derecho, para lo cual debemos desentrañar el papel que juega en la creación del Derecho.

CAPITULO SEGUNDO

ANALISIS DOCTRINAL DE LA JURISPRUDENCIA

2.1.- La Jurisprudencia y el problema de la creación del Derecho.

El problema que implica por si sólo, la creación del Derecho, es demasiado como para tratarlo en este trabajo, razón por la cual nos limitaremos a anotar las particularidades de la Jurisprudencia dentro del esclarecido ámbito de fuente formal del Derecho, deteniéndonos con punzante admiración al hablar de la Jurisprudencia obligatoria, para al final poder entender esta figura en el contexto de nuestro sistema legal.

La Jurisprudencia como ya dijimos, desde el punto de vista técnico y utilizando la definición que al efecto brinda el maestro Arellano García, es el medio para cubrir ciertas omisiones legislativas. Esta postura, creemos, se intensifica en tratándose del Derecho Privado, ya que sobre materias de Derecho Público, el poder legislativo cumple su función aportando las bases para el tránsito progresivo de una situación a otra que impactan en la realidad social, o al menos así debiera ser. Verbigracia, la regulación en materia fiscal, la cual es de interés y trascendencia para todos los gobernados que son representados dentro de un órgano legislativo que crea y sanciona dicha regulación.

Esto es. Cuando estamos en presencia de alguna de las ramas del Derecho Privado, encontramos que este "es un derecho jurisprudencial, en el sentido de que en gran medida ha sido inducido de casos concretos por vía de abstracción y generalización. Tanto el Digesto como los *Years Books* se componen de respuestas o soluciones dictadas con motivo de casos litigiosos concretamente planteados".¹ Al respecto creemos que es necesario deslindar en qué casos la Ley posee un enfoque decisionista y en cuáles otros es y debe ser la consecuencia del quehacer cotidiano del legislador coloquialmente entendido.

2.2.- Leyes de Derecho Privado y de Derecho Público.

Al parecer la postura existente sobre qué tipo de leyes deben ser tomadas en cuenta para referirlas a la jurisprudencia, apunta a que sólo sean disposiciones de derecho privado. Sobre el particular valen los siguientes cuestionamientos: ¿Será esta posición a todas luces fundada tomando en cuenta sistemas de leyes en los que se encuentran día con día una derrama de resoluciones jurisprudenciales que impactan en la realidad social? ¿Nuestro sistema de leyes recogerá esta postura o ampliará el espectro de la jurisprudencia obligatoria a disposiciones de derecho público?

Lo anterior debe ser expuesto y resuelto en este trabajo para así poder comprender los alcances de la jurisprudencia obligatoria, ya que de resultar cierta la hipótesis en un inicio planteada y que la jurisprudencia en última

¹ HECK, PHILIPP, *El Problema de la Creación del Derecho*, Ed. Colofón, 1994, México, pág. 13.

instancia termina regulando sobre todas las materias del Derecho, tanto del privado como del público, estaremos frente a un aparato judicial con facultades eminentemente legislativas.

Pero antes de dictar cátedra veamos la concepción doctrinal primigenia que existe sobre este tema.

"En materia de derecho civil la *lex* intervino cuando hubo necesidad de abolir inconvenientes sociales (como en el caso de la *lex Cincia*, *lex Praetoria*, *lex Voconia*), o cuando se trataba de reglas de tal naturaleza... que sólo podía promulgarlas el estado (como en el caso de la *lex Aquilia*, *lex Falcidia*, las dictadas en materia de finanzas); o cuando se trataba de reglas de derecho civil que estaban enlazadas con disposiciones administrativas, como en la *lex Atilia* o en la *lex Cornelia de iniuriis*. Pero las principales y extensas materias del derecho civil, como los contratos, la propiedad, las servidumbres, el *pignus*, el derecho relativo a marido y mujer, padres e hijos, el derecho de sucesiones, permaneció prácticamente ajeno a la legislación, incluso en casos en que su necesidad se deja sentir con carácter apremiante...".²

Como se aprecia, en un inicio y por lo que hace al pensamiento jurídico romano, las materias que actualmente se relacionarían con las normas de derecho privado se encontraban aparte de lo que se entendía en ese entonces por legislación. Ahora bien, esta formación del derecho privado

² SCHULZ, *Principles of Roman Law*, p. 10; citado por HECK, PHILIPP, *El Problema de la Creación del Derecho*, Ed. Colofón, 1994, México, págs. 14 y 15.

que en un inicio se dio, "provoca otro inconveniente que ha de ser atendido con otra medida muy distinta de la anterior a pesar de que también es llamada legislación. El derecho objetivo ha de aparecer ordenado formalmente para que sea fácil o simplemente posible su conocimiento y aplicación. Aparece entonces el *corpus juris*, la recopilación o compilación, el *restatement*".³

Parece ser que es partir de entonces que podemos encontrar el derecho decisionista antes mencionado compilado por necesidad de orden y seguridad para los gobernados, ese derecho que se conceptualiza como "una decisión de poder público proclamada con carácter general para evitar una injusticia en aquel caso y siempre que vuelva a presentarse".⁴

Aparentemente y hasta ese momento, no ocurre ningún trastorno en la impartición y "legislación" del derecho privado, sin embargo, esta atribución dada en un principio por una necesidad de orden, posteriormente se encuentra plenamente en el Estado, que no en los jueces, siendo aquél incapaz de relacionar los hechos de los que emanan las situaciones a regularse con los conceptos que termina materializando en normas jurídicas, es decir, "no sólo se trata de que con el *état-providence*, *el welfare-state*, el derecho se convierte más en legislativo y reglamentario que en jurisdiccional. Realmente ocurre que el Estado no tiene auténtica vocación legislativa,

³ HECK, PHILIPP, op. cit., pág. 15.

⁴ HECK, PHILIPP, op. cit., pág. 14.

creadora, en las materias que corresponden al derecho privado, y, sin embargo, a diario nos inunda de legislación".⁵

"En el siglo pasado la ciencia del derecho privado romano era por antonomasia la escuela de los juristas. Quien había asimilado las Pandectas de Windscheid estaba capacitado para dominar cualquiera de las ramas del derecho. Cincuenta años después, la situación ha cambiado por completo."⁶ Efectivamente, y la situación a cincuenta años de pronunciadas esas palabras, es otra, tal y como se va a evidenciar en el desarrollo de este apartado.

La anterior declaración se refuerza con el hecho de que en la actualidad el Estado debe procurar que el gobernado común y corriente pueda adelantarse a las consecuencias resultantes de encontrarse inmerso en una situación o hecho jurídico. Esto como una correspondencia a la facultad del "poder público para anticiparse a las situaciones litigiosas y disponer, no la manera de resolverlas, sino de evitarlas".⁷ Vale la pena resaltar que esta idea concuerda con la *Prediction Theory* propuesta por el maestro Richard A. Posner en su libro "*The Problems of Jurisprudence*", al mencionar que, esta teoría "concibe la ley como una disposición más que un objeto", y a su vez "esta concepción se refiere a la gente que obedece la ley

⁵ HECK, PHILIPP, *El Problema de la Creación del Derecho*, Ed. Colofón, 1994, México, pags. 16 y 17.

⁶ SEIDL, ERWIN, *War Begriffsjurisprudenz die Methode der Romer?*, en *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie*, 1957, XLIII/3, p. 343; citado por HECK, PHILIPP, *El Problema de la Creación del Derecho*, Ed. Colofón, 1994, México, pág. 9.

⁷ HECK, PHILIPP, *op. cit.*, pág. 19.

porque es la ley".⁸ Sobre esta teoría, que bien vale la pena estudiar, se profundizará más adelante.

Ahora bien, retomemos el tema del problema de la creación del derecho. Hemos visto someramente la transformación que ha sufrido a lo largo de los años esa creación, para aparecer en nuestros días "una legislación radicalmente distinta... El juez será competente... para resolver casos concretos; pero ahora incumbe al Estado, no la simple ordenación del derecho recibido del pasado o derivado de la práctica profesional, sino la directa y consciente ordenación del plan de vida social".⁹ Sobre el particular creemos que la función aludida es una de las que legítimamente le corresponden al Estado, pero al comprender esa función, legislar sobre todas las materias, materias como las relativas al derecho privado sobre las cuales el Estado, como ya se dijo, no tiene una vocación legislativa, se corre el riesgo de obtener una legislación carente de técnica jurídica, debiendo por ende el juzgador llenar los vacíos propios de la norma, realizando una labor legislativa.

Sin embargo, el Estado por conducto del poder legislativo, cuando cuenta con una tradición de derecho escrito o de Justiniano, concibe y emite la legislación de un país, resultando que "no sólo hay derecho en forma de ley, sino que la ley es la única forma que corresponde a este nuevo derecho".

⁸ POSNER, RICHARD A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, pág. 223.

⁹ HECK, PHILIPP, *op. cit.*, pág. 19.

¹⁰ Lo expuesto, que leído en su contexto parece fuera una preocupación constante en el trabajo del jurista español José Puig Brutau, concuerda en *contrario sensu* con la Teoría Pura del Derecho del padre del positivismo, Hans Kelsen, en cuanto éste considera que en relación con la creación del derecho, su única fuente formal es la ley. Pero como hemos de concluir, en la actualidad esta idea se encuentra alejada de la realidad.

En el prólogo del por demás interesante libro "*El problema de la creación del derecho*" de Philipp Heck, Puig Brutau, al señalar la necesidad de deslindar de la función legislativa al Estado, entendido este en un sentido moderno, es decir, como se concibe a partir de la Paz de Westfalia, nos comenta, "podría objetarse que la obra estatal de planificación legislativa dirigida a la solución de problemas sociales y económicos, es obra de uno o de varios hombres, lo mismo que las ideas contenidas en la ley sobre temas de derecho privado. Sin embargo, nos parece que existe una diferencia esencial. En el caso de una ley sobre ordenación de la vida económica del país, el Estado no es sustituible... El derecho privado no requiere la existencia del Estado en sentido moderno y puede concentrarse con un poder público que carezca de órganos de directa percepción de las realidades sociales, aparte de la función de juzgar". ¹¹ En efecto, incluso antes del movimiento codificador y del posterior desarrollo del dirigismo estatal, el poder público actuaba en la vida del derecho privado más como juez y compilador que como auténtico legislador. Ahora tenemos que el

¹⁰ HECK, PHILIPP, op. cit., pág. 20.

¹¹ HECK, PHILIPP, op. cit., págs. 20 y 21.

Estado a través de los órganos públicos encargados de juzgar no sólo resuelven controversias de derecho privado sino también de derecho público, emitiendo criterios que resultan obligatorios tanto para los órganos inferiores como para los gobernados en general, regresando con esto a la *Prediction Theory* de Posner, en relación con la conducta que se predice de dichos órganos al resolver sobre casos con características de otros previamente resueltos y de los cuales ya existe el criterio definido a seguir.

Ahondando sobre las normas de derecho privado, el juez Benjamín Cardozo, en el número de diciembre de 1921 de la *Harvard Law Review*, en su artículo titulado "Un Ministerio de Justicia", se quejaba al igual que Puig Brutau, de que "los tribunales no reciban la ayuda que necesitan en su tarea de lograr que el derecho esté al servicio de la justicia. Los tribunales y la legislatura trabajan por separado, sin auténtica comunicación. La legislación tiene abandonados a los jueces que luchan contra el anacronismo y la injusticia. Sólo con gran esfuerzo se consigue que los legisladores presten atención a la reforma del derecho privado. Es preciso, que un grupo de técnicos se encargue oficialmente de la tarea de vigilar el derecho en acción, observar sus defectos y formular los proyectos que deban evitarlos".¹² Al respecto cabe hacer dos comentarios. Primero, el hecho de que se trate de palabras pronunciadas por un jurista que pertenece a un sistema legal de *case law*, es decir, cuyo derecho privado descansa en precedentes judiciales, podría significar una diferencia mayúscula tratando otros temas, pero tal circunstancia para nosotros carece de importancia. Segundo, llama la

¹² CARDOZO, BEJAMIN, *A Ministry of Justice*, Harvard Law Review, vol. 35, págs. 113 y ss., citado por HECK, PHILIPP, op. cit., págs. 24 y 25.

atención la preocupación que nace ante la necesidad de contar con un legislador con la suficiente técnica jurídica o el órgano público *ex profeso* encargado de legislar sobre cuestiones de derecho privado. Ahora bien, de descansar esa figura en las instancias jurisdiccionales superiores al emitir criterios jurisprudenciales obligatorios, se debe reconocer formalmente su carácter de legisladores *sui generis*, o dicho en otros términos, el carácter de fuente formal de la jurisprudencia obligatoria emitida por esas instancias.

La preocupación referida, es sintetizada por Philipp Heck en las siguientes palabras: "la capacidad de percepción del legislador es insuficiente, que el Estado, tan ágil y diligente en el terreno que hemos reconocido como el suyo propio, sufre la más grave parálisis cuando se trata de enmendar los preceptos de derecho privado que provocan inseguridad en los litigios o los procedimientos judiciales que dilatan y encarecen la justicia".¹³

Como hemos podido observar, el llamamiento generalizado de los anteriores autores es en el sentido de considerar que la función creadora del derecho respecto a normas de derecho privado, no se encuentra en los legisladores como únicos perceptores de la realidad social carentes de una formación jurídica que los provea de la suficiente técnica para evitar sinrazones entre la emisión de las normas y su aplicación. Y más aún; consideramos que el anterior razonamiento a la luz de nuestro sistema legal se extiende a las normas de derecho público una vez que la función del

¹³ HECK, PHILIPP, *op. cit.*, pág. 25.

juzgador se encuentra con la realidad de resolver sobre cuestiones relativas a la cosa pública, y lo dicho no se limita a una situación de *facto*, ya que tomando en cuenta la normatividad aplicable, esa función también le está encomendada al juzgador y en consecuencia sus resoluciones son susceptibles de convertirse en criterios jurisprudenciales obligatorios, llegando a ser la norma aplicable al caso concreto.

Con el objeto de poder utilizar lo expresado como bastión del presente trabajo, debemos precisar qué criterio o teoría es la aplicable al momento de determinar cuándo estamos en presencia de normas de derecho público y cuándo de derecho privado. Veamos algunos conceptos al respecto.

Criterio aplicable.

La cuestión planteada siempre se prestará a debate. Existen autores que como Radbruch estiman que el derecho público y el privado "son categorías apriorísticas de la ciencia del derecho"¹⁴, para otros la distinción no tiene más que tintes de carácter político, y para otros tantos la diferenciación en realidad no existe.

Por ejemplo, Duguit considera que la diferenciación posee únicamente interés práctico. Por su parte, Hans Kelsen en su siempre ilustrativa "Teoría Pura del Derecho" declara que, "todo derecho constituye una formulación de

¹⁴ GARCIA MAYNEZ, EDUARDO, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48a. ed., Ed. Porrúa, México, 1996, pág. 131.

la voluntad del Estado"¹⁵, llevándonos a concluir que siempre estamos ante la presencia de normas de derecho público.

Ahora bien, la distinción de las normas jurídicas en normas de derecho público y de derecho privado, deviene de los juristas romanos. Vale la pena recordar la sentencia que sobre el particular hizo el jurisconsulto Ulpiano, "*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem*"¹⁶, es decir, el derecho público es el que se refiere y atañe a la cosa romana; mientras que el derecho privado es el concerniente a la utilidad de los particulares. Ésta concepción nos lleva a lo que se ha denominado teoría del interés en juego. Efectivamente, serán normas de derecho público o privado, dependiendo del interés que garanticen o protejan. Tenemos entonces, por un lado, que existen normas de derecho público cuando se tutela a la comunidad, a su bienestar, verbigracia, el derecho al voto, el cual a su vez se encuentra al servicio del pueblo. Por otro lado, hablamos de normas de derecho privado, cuando lo que se protege con la norma es un interés particular o individual, generándose el derecho correlativo, mismo que tiene el interesado para sí, al servicio de su voluntad.

La anterior teoría ha sido en gran medida criticada, siendo los puntos torales de dicha crítica: primero, el criterio bajo el cual se han de subsumir las normas a ser clasificadas es por demás vago. Segundo, desconoce que los intereses públicos y privados se hallan vinculados de tal forma que es difícil

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

determinar el límite entre unos y otros. Tercero, la determinación de la índole pública o privada queda en manos del legislador, en detrimento del valor científico que pudiera aportar esta teoría, ya que la clasificación que se haga obedecerá a cuestiones primordialmente políticas. Al parecer del maestro García Maynez, en su obra "Introducción al Estudio del Derecho", "el error más grave de la teoría estriba en proponer como criterio de una clasificación que pretende valor objetivo, una noción esencialmente subjetiva"¹⁷, esto, en base al sentido propio del término interés, que se refiere a la apreciación que una persona hace de determinados fines, y de acuerdo al mismo García Maynez.

A mayor abundamiento, Hans Kelsen comenta la nula diferenciación entre normas de derecho privado y de derecho público, empleando como punto de partida la teoría del interés en juego, apuntando, "desde el momento en que una norma de derecho protege un interés individual, esa protección constituye un interés colectivo"¹⁸. Sin embargo, cabe mencionar que lo dicho por Kelsen de alguna forma implica la aceptación de tal diferenciación. En efecto, si reconocemos que determinada norma jurídica tutela un interés individual y por tal razón es del interés de la colectividad, estamos reconociendo el presupuesto del interés individual, el cual se refleja en un beneficio o perjuicio al individuo en tanto actualice dicha norma, siendo exagerado suponer que la "colectividad" previno los alcances de esa norma concediéndole un servicio, no causando un perjuicio o beneficio directo a la

¹⁷ GARCIA MAYNEZ, EDUARDO, op. cit., págs. 131 y 132.

¹⁸ GARCIA MAYNEZ, EDUARDO, op. cit., pág. 133.

sociedad incluso por haberse aplicado correcta o incorrectamente la misma. El argumento en contrario podría ir en el sentido de sentenciar que, en "algún momento" la "colectividad" puede actualizar la hipótesis contemplada por la norma, lo cual creemos sería otra exageración.

También existe la teoría que hace la distinción entre normas de derecho privado y de derecho público, tomando en cuenta la naturaleza de la relación que se establece con la aplicación de cada uno de esos derechos. Cabe decir, que la teoría en comento es la que cuenta con más adeptos, en detrimento de la teoría del interés en juego. Esa teoría sostiene que, por un lado existen relaciones de coordinación en tratándose de las sostenidas entre dos particulares colocados por la norma en un plano de igualdad, además, cuando son entabladas por un particular y el Estado, y viceversa, siempre y cuando el último actúe en su carácter de particular y no de poder soberano. A este tipo de relaciones se les identifica con las normas de derecho privado. Asimismo, se reconocen como relaciones jurídicas de coordinación, a las sostenidas por dos órganos del poder público o por dos Estados soberanos. Estas relaciones son vinculadas con normas de derecho público. Por otro lado, existen relaciones jurídicas de subordinación, cuando se entablan entre un particular y el Estado, y este último actúa en su carácter de entidad soberana, este tipo de relaciones corresponden también a las normas de derecho público.

Los cuestionamientos a la teoría de la naturaleza de la relación, de acuerdo a García Maynez, y tomando en consideración el carácter con el

cuál participa el Estado en cada una, serían, "¿existe un criterio firme para establecerlo? ¿Cuándo debe el Estado ser considerado como entidad soberana, y cuándo se halla en un plano de igualdad con los particulares?"¹⁹

El propio García Maynez, en su célebre obra ya mencionada, concluye que no existe un criterio definido para establecer una distinción entre normas de derecho privado y normas de derecho público, y de existir esa diferenciación sólo atendería a consideraciones de carácter político, pero sin valor teórico.

Si bien es cierto que todo el derecho atañe al Estado, en virtud de que éste es considerado el ente rector de la vida del individuo en sociedad, procurando así su convivencia con los demás, también lo es que existe una diferencia evidente entre normas de derecho público y de derecho privado, con validez teórica y en atención a la teoría del interés en juego. Lo dicho pretende convalidar la trascendental figura del juzgador al momento de emitir el criterio firme de observancia general que permea en toda la estructura de la sociedad, incluso sobre los gobernados que nunca han de actualizar la hipótesis prevista por la norma en cuestión, pero que por ser del interés colectivo, les termina involucrando, debiendo por tanto de concluir que bajo ese supuesto estamos ante la presencia de verdaderas normas de derecho público. Algo similar sucede con las normas de derecho privado, vinculando éstas con las que no representan un interés directo para el Estado y, que sin embargo, como ya se dijo, le atañen; es decir, el criterio de diferenciación

¹⁹ GARCIA MAYNEZ, EDUARDO, op. cit., págs. 134 y 135.

estriba en que el Estado como entidad soberana reguladora de la vida del individuo en sociedad, debe procurar un cuerpo de leyes tal, que el propio individuo pueda apreciar sus más íntimos intereses tutelados por esas leyes, pero su aplicación no reporta al Estado ningún beneficio o perjuicio, por lo menos en forma directa. Verbigracia, al resolverse una controversia entre dos particulares celebrantes de un contrato de compra venta, el Estado a través del órgano jurisdiccional participa tan sólo como garante de un pretendido orden jurídico, siendo exagerado considerar que la correcta o incorrecta aplicación de la normatividad correspondiente le afecte a la colectividad o sea de su interés.

Sobre el particular nuestra legislación nos brinda sendos ejemplos en donde se considera tanto a un interés individual como a uno colectivo o público. Por citar alguno, el Código Civil aplicable en el D. F., en materia común, en su artículo 6 prescribe, "la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla. Sólo pueden renunciarse los *derechos privados* que no afecten directamente el *interés público*, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros".

Por último, el hecho de que las anteriores consideraciones revistan un relativo carácter político, no implica que no se trate de cuestiones eminentemente jurídicas y con valor teórico, puesto que si partimos del extremo de la unicidad del derecho para intentar explicarnos su realidad, estaríamos restándole la importancia debida a la técnica jurídica.

2.3.- El Problema de la Creación del Derecho.

¿Por qué la insistencia en tratar el aspecto técnico de la creación del Derecho en el presente trabajo? La respuesta nos la brinda en pocas palabras el maestro Philipp Heck, "El problema de la creación del derecho mediante la sentencia judicial se encuentra en el centro de la metodología jurídica." Y continúa, "El derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial. La ley, hoy día, obra sin duda también directamente; pero ello se debe a que todo el mundo espera que la sentencia la seguirá".²⁰

Lo dicho por Heck, bien podría vincularse con la ya mencionada teoría de Richard Posner, es decir, *The Prediction Theory*, especialmente al mencionar en su libro "*The Problems of Jurisprudence*" que, "podemos ... decir que los jueces, al actuar -esto es, al decidir casos- hacen derecho, y de esa forma la ley es lo que los jueces hacen así como las predicciones de lo que ellos van a hacer"²¹; la relación entre lo mencionado por Posner y Heck, así como con la tesis planteada al inicio de este trabajo, es evidente. Si bien es cierto que la formación jurídica de Posner corresponde a un sistema del denominado "*case law*", tal situación no debe ser óbice para establecer una conexión o preocupación afín por los problemas inherentes a la jurisprudencia, entendida ésta como la norma jurídica efectivamente creada

²⁰ HECK, PHILIPP, op. cit., págs. 34 y 35.

²¹ POSNER, RICHARD A., op. cit., pág. 225.

por el juez, y consecuentemente, una preocupación por el problema de la creación del derecho.

En nuestro sistema legal, se atiende al principio de que la ley ata al juez en la medida en que pretende hacerlo, permitiéndole valoraciones ulteriores en determinadas materias, restringiendo su interpretación y posterior aplicación en otras. Tal circunstancia no difiere mucho de la mayoría de los sistemas legales del resto del mundo. En efecto, en muchas ocasiones con expresiones contenidas en la ley como "buena fe", "buenas costumbres", etcétera, se remite a juicios valorativos del juez, pero al respecto no existen preceptos generales, quedando en manos del juzgador el contenido que habrá de dar a esas expresiones al resolver sobre un caso determinado. En consecuencia cabe hacer el siguiente cuestionamiento, ¿en realidad deberá el juez cubrir diversas lagunas legales mediante normas propias, o por el contrario, deberá de subsumir situaciones vitales bajo normas legales ya existentes? Con lo anterior se nos presenta, como diría Philipp Heck, "la tarea de la primera creación jurídica de todas: la creación del derecho de la creación del derecho".²²

Evidentemente que la tarea anotada por Heck, no es ni debe ser una labor sencilla, ya que se trata de delimitar la función normativa del juez al llenar los vacíos que presentan las normas legales. Ahora bien, esa función normativa deviene de una reflexión que se realiza imaginándose el efecto de las decisiones de que se trate en circunstancias vitales, valorando esos

²² HECK, PHILIPP, op. cit., pág. 37.

efectos según ideales también vitales y practicando entonces la elección. Es decir, "el contenido de la norma promovida por el sentimiento jurídico, no es cosa innata, sino depósito de anteriores experiencias y reflexiones en cuya producción y característica desempeñan sin duda un papel (añadiríamos, trascendental) propiedades y cualidades innatas e individuales"²³. Así tenemos que los juicios de dos legos coincidirán en la medida en que coincidan sus experiencias e ideales de vida, pero tendrán que divergir en la medida de sus diferencias o discrepancias individuales.

Ante tal situación se debe pretender alcanzar la plena determinación de esos ideales comunes y la plena adecuación de esas diferencias o discrepancias. Para llevar a cabo lo anterior los legisladores resultan insuficientes en su función. Por un lado tenemos que el legislador en cuanto a su capacidad de percepción es limitado, en principio de cuentas por tener que legislar para el futuro, lo cual es benéfico para la sociedad vista en conjunto, puesto que le brinda seguridad jurídica, pero no para el individuo al que le han de aplicar un criterio aún no contemplado por dispositivo legal alguno, esto es, al momento en que el juez resuelva su caso llenando un vacío legal. Además, no hay que olvidar que el futuro de por sí imprevisible en una forma absoluta, lo es menos en nuestros días, donde la complejidad de la vida es casi infinita. Por otro lado, "si un legislador fuera capaz de percibir todos los casos de la vida, aún seguiría siendo incapaz de reproducir

²³ Ibidem, pág. 38.

o expresar sus ideas de un modo inequívoco y completo"²⁴. La consecuencia es que incluso la mejor ley presenta innumerables lagunas.

Teniendo en consideración las anteriores inquietudes, examinemos cuáles son las posibles posturas que deba adoptar el juez para resolver casos cuya respuesta en forma expresa no se encuentra en determinado precepto legal para ser aplicado, es decir, exista un vacío de la ley. Philipp Heck en su por demás interesante libro "*El Problema de la Creación del Derecho*"²⁵, partiendo de la reflexión teórica, nos aporta tres distintas posturas o procedimientos a elegir: la libre estimación, la limitación a la subsumción y la complementación coherente y dependiente del precepto. Empleando el procedimiento de la libre estimación, el juez puede decidir el caso particular del mismo modo que el lego, o sea, dependiendo de la experiencia y de las concepciones vitales personales. La libre estimación del juez no ofrece por tanto garantías de uniformidad de las decisiones de varios jueces, ni por tanto, de la determinación y alcance del derecho exigida por la vida. Sobre el particular, Geny, citado por Carlos Vidal, comenta, "mientras el legislador no tropieza con ningún obstáculo en la apreciación de una situación general que regula de una manera enteramente abstracta, el juez que estatuye en vista de casos particulares y respecto de problemas absolutamente concretos, debe, siguiendo el espíritu de nuestra organización moderna, y para poder librarse de los riesgos de la arbitrariedad, desprenderse cuanto sea posible de toda influencia personal, o proveniente

²⁴ Ibidem, pág. 40.

²⁵ Ibidem, págs. 40-43.

de la situación particular que se le ofrece, y fundar su decisión jurídica sobre elementos de naturaleza objetiva" ²⁶. Como se puede apreciar del comentario transcrito, la contingencia resultante de aplicar el procedimiento de la libre estimación es precisamente la postura particular que pueda adoptar el juez al resolver la cuestión que se le presente, ya que incluso esos elementos "objetivos" que tome en cuenta para resolver estarán afectados por sus vivencias personales. Continuando con la crítica a este procedimiento, y a manera de corolario, De Page, referido por Carlos Vidal, señaló, "La mejor ley es la que deja la menor libertad al juez, el mejor juez es el que saca el menor número de apreciaciones personales". ²⁷

La limitación del juez a la subsumción, consistiría en que el juez negara toda pretensión no soportada por un precepto legal determinado. Con esto se ignora el problema de las lagunas de la ley, sin embargo, este procedimiento se aconseja en interés de la seguridad jurídica.

La complementación coherente de la norma por su parte, "no limita al juez a la aplicación de la norma reconocida, sino que le permite completar o suplir las normas insuficientes y dar a las imprecisas la determinación de que carecen"²⁸. Ahora bien, el juez al llevar a cabo esa labor "creadora" no debe proceder según sus propias valoraciones, sino que tiene que estar vinculado por las intenciones del legislador, por la valoración de los ideales e intereses vitales que están en el fondo de la norma legal y que fueron considerados en

²⁶ CALVO VIDAL, op. cit., págs. 109 y 110.

²⁷ CALVO VIDAL, op. cit., pág. 113.

²⁸ HECK, PHILIPP, op. cit., pág. 43.

su momento por el legislador en representación de los intereses de la sociedad. Sobre el particular, Calvo Vidal nos aporta, "El juez ha de estar, en principio, ligado a la ley, aplicándola por que así lo requiere la certidumbre del Derecho, el sometimiento del juez no lo es a la letra, sino al contenido finalista de la misma; el juez es servidor de la ley en tanto en cuanto sirve al fin de la misma, y ese fin es el Derecho"²⁹. El efecto de las valoraciones legales en la complementación de lagunas asegura hasta cierto punto la uniformidad del tratamiento. La tendencia moderna reconoce al juez la atribución necesaria para ejercer la complementación dependiente y valorativa. Huelga decir que nuestro sistema legal acoge la mencionada tendencia.

A continuación comentaremos en cuanto al problema que nos ocupa y refiriéndonos a la jurisprudencia como tal, cuáles son las teorías más aceptadas para explicarla.

2.4.- La Jurisprudencia de Conceptos.

La antigua jurisprudencia del derecho común, "había limitado al juez a la subsumción bajo normas legales, a la aplicación de normas jurídicas objetivas, y le había negado toda atribución para complementar la ley".³⁰ Sin embargo, se practicaba la complementación dependiente de la misma, bajo la forma de la analogía legal. Bajo el mismo esquema se manejó también en

²⁹ CALVO VIDAL, op. cit., pág. 113.

³⁰ HECK, PHILIPP, op. cit., pág. 43.

gran medida la complementación valorativa. A la par se encontraba como procedimiento especial, la complementación de lagunas legales mediante la construcción de conceptos jurídicos, llamada también jurisprudencia técnica de conceptos y método de inversión.

Este procedimiento consistía en utilizar como fuente para la creación de normas necesarias y no existentes las nociones generales que la ciencia abstrae de las normas legales particulares. Así, por ejemplo, "a partir de todos los negocios reconocidos como eficaces por el derecho se abstrae el concepto general de negocio jurídico. Estos conceptos se utilizan entonces para suplir lagunas, deduciendo de la definición la decisión del nuevo caso".³¹ Esta es la razón por la cual se puede también llamar al procedimiento en comento "método de inversión", es decir, en la complementación de lagunas legales el procedimiento invierte efectivamente la relación de lo particular a lo general.

La crítica generalizada contra el procedimiento descrito era "que las necesidades de la vida no se tomaban en consideración ni en el momento de construir el concepto ni en la ulterior subsumción. De este modo podía tener lugar un desarrollo del derecho mediante operaciones puramente lógicas y sin ninguna consideración de necesidades o fines".³²

³¹ Ibidem, pág. 44.

³² Ibidem, págs. 44 y 45.

Uno de los más acerbos críticos de la referida Jurisprudencia de Conceptos fue el gran jurista alemán Rudolph von Ihering. Él en contraposición a los postulados básicos de la Jurisprudencia de Conceptos a través de su teleologismo, pugnó por que los contenidos del derecho se encuentren "determinados por el propósito de llevar a realización práctica determinados fines"³³, es decir, la jurisprudencia se debe guiar por los resultados. Ihering, en su libro "*Jurisprudencia en Broma y en Serio*", "contiene sarcásticas críticas contra el método deductivo-silogístico para la aplicación del Derecho, y suministra copiosos ejemplos de los muchos desaguizados, resultados abominables, y fracasos, así como de las muchas perturbaciones e injusticias, a que esta jurisprudencia conceptualista da lugar".³⁴ Transcribamos pues un pasaje por demás significativo de aquél libro:

"- Yo me había muerto. ...

El ángel que lo recibe le dice:

- Como tú eres un romanista, vas destinado al cielo de los conceptos jurídicos. En él encontrarás de nuevo todos aquellos que durante tu existencia terrenal tanto te han preocupado. Pero no en su configuración incompleta, con las deformaciones que el legislador y los prácticos les imprimen, sino en su plena e inmaculada pureza, con toda su ideal hermosura. Aquí son premiados los teóricos de la jurisprudencia, por los servicios que les han prestado a los conceptos en la tierra; aquí ellos que

³³ RECASENS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1956, pág. 35.

³⁴ Idem.

solamente los vieron en una forma velada, los descubren con entera claridad, los contemplan cara a cara, y tratan con ellos como con sus iguales. Las cuestiones para las que en vano buscaron una solución durante su existencia terrenal, son contestadas aquí y resueltas por los propios conceptos. ... Este es el cielo en el cual tú, como teórico, vas ahora a participar.

- ¿De modo que es sólo para teóricos? ¿Dónde van, pues, los prácticos?

- Tienen su más allá especial, pero pertenece todavía al sistema solar".³⁵

Pese a tan acertadas críticas, llenas de valor jurídico y buen humor, al plasmar su teoría Ihering no escapó, como veremos enseguida, de ciertos vicios propios de la teoría que lo había precedido. En efecto, "Ihering el pensador que tanto hizo por conseguir el reconocimiento del concepto de interés y que tan eficazmente combatió la sobreestimación del elemento lógico en la jurisprudencia, no fuera sin embargo capaz de liberarse del lazo del método tradicional".³⁶

Ihering en su teoría distingue dos formas de jurisprudencia, una inferior y otra superior. La jurisprudencia inferior se ocupa "de la interpretación de la norma jurídica, de la aclaración de su contenido, de la supresión de oscuridades e imprecisiones, de la explicitación de principios, la

³⁵ RECASENS SICHES, op. cit., págs. 35 y 36.

³⁶ HECK, PHILIPP, op. cit., pág 46.

derivación de las consecuencias y la sistematización de la materia mediante conceptos ordenadores".³⁷

La jurisprudencia superior, la verdaderamente característica del pensamiento jurídico, empieza, según Ihering, con la independización de los conceptos jurídicos, a los cuales identifica como "cuerpos jurídicos". Por esta independización esos conceptos pasan de ser sumas de proposiciones jurídicas a ser entidades existentes, individualidades lógicas. Las ulteriores tareas consisten en la investigación precisa de la estructura, las propiedades y las relaciones de y entre los cuerpos jurídicos cristalizados a partir de las proposiciones jurídicas. El resultado de tales investigaciones estructurales se expresa finalmente, en forma concentrada, en la determinación conceptual o definición.

Ihering formula reglas especiales para esas operaciones: la regla que ordena recoger el material positivo en la definición, la regla de consistencia (ausencia de contradicción) y la regla de la elegancia jurídica. El objetivo final de esas operaciones consiste, de acuerdo a Ihering, en fijar la fórmula obtenida y colocarla en la base de la aplicación del derecho y, en especial, de la complementación de las lagunas de la ley.

En consecuencia, Ihering no dudó, nunca, de la admisibilidad del principio de la solución del problema de las lagunas de la norma legal mediante una construcción conceptual.

³⁷ Idem.

La corriente de pensadores que siguió a Ihering, contempla más como ciencia a la jurisprudencia inferior, que con cierto desprecio él así denominó, y no esa "corporeización" de los conceptos jurídicos. La principal crítica de que es objeto esta teoría es que las operaciones que conlleva no toman en cuenta las necesidades vitales en el proceso de complementación de la laguna de la norma. En su beneficio se puede anotar que aparentemente se procede con absoluta objetividad.

Hechos los comentarios a la teoría de Ihering, veamos a continuación el origen del método de la Jurisprudencia de Conceptos. Dicho método no puede entenderse ni justificarse por consideraciones meramente racionales. Su génesis debe explicarse históricamente y en ese sentido "es sin duda seguro que la doctrina de la escuela histórica, que pone el origen del derecho en el espíritu del pueblo, ha favorecido notablemente a la jurisprudencia de conceptos".³⁸ Según la escuela, el espíritu del pueblo, entendido éste como nación y no en un sentido sociológico, forma también ideas jurídicas, conceptos jurídicos -como los de propiedad, obligación, negocio jurídico, etc.

Ahora bien, el método de la jurisprudencia de conceptos, tal y como señala Heck, tiene raíces más profundas y es más antiguo que la escuela histórica del derecho. Estas raíces son, por una parte, la general inclinación humana a la aplicación de fórmulas hechas y, por otra, la forma especial asumida por el problema de la creación del derecho a causa de la recepción

³⁸ Ibidem, pág. 50.

del derecho romano. Los juristas romanos habían tomado muy libremente en consideración las necesidades de la vida, pero lo recibido del derecho romano no fue el método de los juristas romanos, sino el cuerpo legal justinianeo. Y Justiniano se había reservado la interpretación de éste para sí. Es decir, nos encontramos con un método que para nosotros adolece de consistencia por ser la transposición del pensar de una persona que atendió a una época y circunstancias determinadas, que en la actualidad no se puede tener por válido.

"El método de la jurisprudencia de conceptos debe, pues, entenderse como una injustificada generalización de un procedimiento justificado en sí para una tarea muy determinada".³⁹

Por último, hagamos un breve comentario a la influencia científica que ha sufrido la jurisprudencia de conceptos. Al parecer de Heck, la jurisprudencia científica de conceptos ha ejercido una perceptible y nociva influencia en el método de la dogmática jurídica científica, destacando los siguientes dos aspectos:

En primer lugar, "en la exposición del derecho vigente se ha concedido atención excesiva a la consideración y exposición del contenido de la norma. En cambio, la investigación de los fines de la ley, de la acción del derecho

³⁹ *Ibidem*, pág. 53.

ante todo, de la faz funcional del derecho ha sido muy descuidada hasta Ihering".⁴⁰

En segundo lugar, la injustificada importancia atribuida por la jurisprudencia superior de Ihering a la formación y formulación de los conceptos para la invención del derecho llevó a una sobreestimación y a un tratamiento incorrecto de la constitución y la determinación de conceptos.

2.5.- La Jurisprudencia Teleológica.

El desarrollo de la Jurisprudencia Teleológica responde en buena medida a la falta de atención dedicada a la función práctica del derecho presentada en algunas épocas en que se le sistematizó partiendo de principios y normas generales cobrando un aspecto de organización lógica alejada de la realidad.

Ihering, citado por el maestro Recasens Siches, comenta que, "acontece frecuentemente que el libre desenvolvimiento lógico de muchas máximas jurídicas tiene que ser suspendido o contrariado, precisamente para satisfacer de modo adecuado las necesidades que la vida social plantea".⁴¹ Es decir, el motivo de la existencia de una institución jurídica y de su forma, se encuentra en el fin que se propone lograr, siempre relacionado a las necesidades de la sociedad de una época determinada en el tiempo y en el

⁴⁰ Ibidem, pág. 56.

⁴¹ RECASENS SICHES, op. cit., pág. 40.

espacio. En tal virtud, la razón por la que cierta institución ha sido creada, y la razón por la cual otra se ha convertido en superflua o contraproducente, descansa en las peculiaridades de determinada situación social y en las necesidades que deriven de la misma.

Ihering en su libro *"Espíritu del Derecho Romano en las diversas etapas de su desarrollo"* ⁴², atiende al problema que se presenta con la individualización de la norma jurídica, esto es, el tránsito de la norma abstracta a la sentencia o resolución particularizada, señalando que para él, el derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por normas generales, sino el que vive de un modo real a través de la gente, siendo en consecuencia el que se aplica en las sentencias y resoluciones. Cabe entonces preguntarnos, ¿hasta qué punto es dable esa supremacía del interés individual sobre el colectivo? ¿Hasta dónde se debe sacrificar la seguridad jurídica antes de considerar una norma carente de todo valor práctico? Para responder las anteriores interrogantes acudimos al propio Ihering en su obra *"El fin en el Derecho"*, en la cual señala que, "el fin es el creador de todo Derecho, que no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico". Incluso Ihering considera que las normas individuales, tales como sentencias y resoluciones, en muchas ocasiones, no son hijas de las normas generales sino al contrario, ya que las últimas devienen del anhelo de brindar seguridad jurídica a los gobernados respecto de un caso concreto, siempre y cuando se les vuelva a presentar, el cual subyace en la propia sentencia. Creemos que la interacción

⁴² Ibidem, págs. 40 y 41.

anotada por Ihering, ha sido evidente a lo largo de la historia del hombre y lo seguirá siendo mientras existan circunstancias, nuevas necesidades sociales que regular y sobre esa regulación, a la vez, se tengan que colmar lagunas involuntarias.

"Hoy puede considerarse ya opinión predominante la de que la ley no contiene sólo delegaciones al juez, sino también numerosas lagunas involuntarias en las que tendrá que complementar la norma deficiente según puntos de vista prácticos, es decir, teleológicos, creando así en esa medida la norma jurídica misma".⁴³

Por su parte, el legislador busca normas adecuadas para satisfacer, tras ajustada consideración, las necesidades vitales históricamente dadas e incluso condicionadas por factores intuitivos. Por desgracia con imperfección alcanza ese fin. El pensamiento legislativo es necesariamente insuficiente, en especial cuando se trata de la nueva codificación de un gran ámbito de relaciones. Esto es evidente, no falta más que preguntarnos cuál sería la definición de justicia que deban emplear los legisladores para la confección de una nueva ley, a sabiendas que el resultado del debate respectivo será en buena medida consecuencia del manejo que se tenga de la técnica jurídica y de la argumentación por parte de algunos representantes del pueblo en detrimento de otros.

⁴³ HECK, PHILIPP, *op. cit.*, pág. 59.

En apoyo de la crítica realizada a la labor legislativa, a continuación citamos a Calvo Vidal, "Podemos resaltar el papel del juez en todas las materias, por un lado como de esencial para aplicar la ley, interpretarla, colmar las lagunas, pero también para rejuvenecerla, vivificarla o difuminarla, incluso ignorarla o cambiarla. Aun cuando tenga por misión someterse a la ley y aplicarla, el juez, que es la parada necesaria entre la edición de la regla de derecho y su efectividad, puede en realidad combatirla, las relaciones entre el legislador y el juez son a veces agitadas y éste no siempre reacciona con pasiva docilidad".

En conclusión y vistas las distintas consideraciones hechas en este apartado, debemos de entender a la Jurisprudencia Teleológica como la expresión contenida en la norma y explicitada por el juez en base a consideraciones finalistas a reflejarse en las necesidades vitales del gobernado en general.

2.6.- La Doctrina del Derecho Libre.

En atención al señalamiento hecho de que en este capítulo contemplaremos las escuelas o teorías que más han influenciado en el entendimiento y desarrollo de la jurisprudencia, no podemos pasar por alto a la relacionada con la expresión "libre creación del derecho", expresión atribuida al maestro Ehrlich.

En efecto, Ehrlich acuñó dicha expresión para nombrar las decisiones judiciales no dirigidas por la ley. Su preocupación constante radica en determinar hasta qué punto la lógica jurídica cumple o no con la función que de ella se espera: la función de suministrar al juez normas jurídicas aplicables a cualquiera que sea el caso que se plantee ante su jurisdicción. La respuesta dada por él es negativa. El maestro Recasens Siches comenta en relación a Ehrlich, que su preocupación lo lleva a considerar que las lecturas de los códigos civiles, por ejemplo, francés, austriaco y alemán, en nada revelan que dichos ordenamientos efectivamente se ocupan de la sociedad francesa, austriaca y alemana, respectivamente. Es decir, cae en cuenta de que las normas, por principio generales, no pueden atender a los intereses particulares de cada uno de los integrantes de la sociedad, que la vida misma es mucho más compleja que las previsiones hechas al plasmar un precepto general. Incluso señala que tales dificultades se trataron de salvar mediante construcciones lógicas, que no constituyen más que meras piruetas inconsistentes.⁴⁴ Ehrlich igualmente lanza su crítica en contra de la jurisprudencia conceptualista, haciendo resaltar que su error consiste en que la construcción de sus conceptos es defectuosa, porque en la formación de cada concepto jurídico no se toma suficientemente en cuenta el interés al que la regulación jurídica se refiere como elemento esencial de aquél. En conclusión, la lógica jurídica tradicional no suministra el medio para producir ideas creadoras, al contrario, se limita la función judicial a la subsumción de determinados hechos bajo los conceptos genéricos establecidos por las leyes.

⁴⁴ RECASENS SICHES, *op. cit.*, págs. 49, 50 y 51.

Para Ehrlich, "el caso particular se decide del mejor modo cuando el juez, libre de atadura de preceptos generales, lo aprecia exclusivamente en sus características".⁴⁵ Y es a esta originaria forma de jurisprudencia que él denomina "creación libre del derecho".

Kantorowicz por su parte, quien es comentado por el maestro Recasens Siches en su obra *"Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho"* ⁴⁶, señala en relación al "movimiento del Derecho libre", o como bien acota el propio Recasens Siches, "movimiento en pro de una libre jurisprudencia", el "prejuicio estatista en materia jurídica de considerar que la ley es la única fuente de Derecho positivo, o, por lo menos, la más importante, acentuando el significado notable y largo alcance de las normas jurídicas que brotan espontáneamente en los grupos sociales, las cuales debieran ser reconocidas y acatadas por el Estado". Según Kantorowicz, el mundo en que vivimos es uno en constante cambio y desenvolvimiento, por tanto el Derecho Libre si bien por un lado es perecedero y cambiante, por otro lado sí es "positivo", porque detrás de él tiene la voluntad y poder de la sociedad, misma que está lejos de conocer el Derecho Estatal depositado en ordenamientos tales como códigos y reglamentos, pero en cambio, conoce el Derecho Libre que afecta a las células que la integran y en relación a los círculos dentro de los que se mueven. Para él los conceptos que integran el Derecho Estatal han existido primero como Derecho Libre y a su vez las

⁴⁵ HECK, PHILIP, op. cit., págs. 63 y 64.

⁴⁶ RECASENS SICHES, op. cit. págs. 52 y 53.

lagunas del primero suelen ser colmadas por el segundo a través de la función de los tribunales.

Kantorowicz, señala que el juez ante una ley dubitable deberá resolver el caso propuesto apartándose de ésta, de igual forma, cuando no sea verosímil que el poder del Estado, de estar presente en el momento de emitirse el fallo, atendiendo a las particularidades del caso, lo hubiera dictado con apego a esa ley. En última instancia, el juez puede emitir su fallo de forma discrecional. Ahora bien, a manera de colofón del pensamiento de Kantorowicz, éste señala que el movimiento del Derecho Libre atiende hacia la meta más alta de toda juridicidad: la justicia. "Sólo si hacemos estallar los angostos cauces de las pocas disposiciones legales, sólo si la plenitud del Derecho Libre hace posible dar a cada caso la reglamentación adecuada, sólo donde hay libertad, existe también justicia. Sólo si eliminamos estériles sutilezas y colocamos en su lugar la voluntad creadora que engendra nuevos pensamientos, sólo donde hay personalidad, existe también justicia. Sólo si apartamos la mirada de los libros y la dirigimos hacia la vida, calculando las consecuencias y las condiciones más lejanas de nuestros actos, sólo donde hay sabiduría, existe también justicia".⁴⁷

Es en este orden de ideas que se antoja transcribir, aunque sin concordancia con nuestra relación de escuelas o doctrinas, lo dicho por el procesalista florentino Francesco Carnelutti, "no os dejéis seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el Juez, que es verdaderamente la figura

⁴⁷ Ibidem, pág., 57.

central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin reglas legislativas pero no sin jueces. El hecho de que en la escuela europea continental la figura del legislador haya sobrepujado en otro tiempo a la del Juez es uno de nuestros más graves errores. Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas reglas legislativas con buenos jueces, que no malos jueces con buenas reglas legislativas. No llegaré al extremo de aconsejaros que repudiéis al derecho legislado, pero tengo la conciencia tranquila al encomendaros que no abuséis como nosotros hoy lo estamos haciendo. Y sobre todo cuidado mucho de la dignidad, del prestigio, de la libertad del Juez y de no atarle demasiado las manos. Es el Juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el hombre del legislador es desgraciadamente una marioneta o un títere. Y sólo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y sufrimientos, con su bien y su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la institución de la justicia".⁴⁸

Respecto de esta escuela y sus seguidores se deben también señalar, entre otros, a Fuchs, Schmolder, Smelin, y se expresa en forma especialmente desmedida en Kulemann. Éste propone "la transformación de los tribunales de meras instancias administrativas del derecho en órganos de creación del mismo, equiparados principalmente al legislador".⁴⁹

⁴⁸ CARNELUTTI, FRANCESCO, *Arte del Derecho*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1956.

⁴⁹ HECK, PHILIP, op. cit., pág. 64.

Con el objeto de concluir el estudio y apuntes sobre esta escuela, veamos las críticas hechas por Heck y Recasens Siches. El primero señala en relación con Ehrlich, que éste pondera demasiado el valor vital de la creación libre del derecho, y demasiado poco el de la regulación legal. Y continua, "pero los preceptos jurídicos no pueden formularse sino para las situaciones normales que constituyen la regla. Y en estos casos la aplicación coherente y complementadora de la ley debe dar lugar a resultados más adecuados que la creación totalmente libre del derecho. El sabio "juez-rey" no es la regla, sino la excepción".⁵⁰ Además el ideal de la adecuación no es el único ni debe ser, del derecho. En muchos casos es más importante la seguridad jurídica que la decisión correcta del caso.

Por su parte, Recasens Siches esgrime como crítica generalizada a los integrantes de esta escuela, el defecto en el tratamiento de su doctrina, la cual si bien es llamada como tal, resulta carente de suficiente fundamentación teórica, considerando como en el caso del "buen juez" Magnaud, que su aportación no constituye una contribución para resolver el problema de la interpretación y de la función judicial, sino más bien resulta testimonio detonante de ese problema.

Por nuestra parte consideramos por demás válidas las críticas realizadas, en especial por Heck, a esta escuela. En efecto, si bien la adecuación de la norma al caso propuesto debe ser objeto de toda resolución judicial, no se debe perder de vista el problema siempre presente de la

⁵⁰ Ibidem, págs. 64 y 65.

seguridad jurídica y en consecuencia del criterio que se espera del juez al momento de resolver determinado caso, esperando que el juez en uso de las facultades conferidas por la propia ley, lleve a cabo su función como un verdadero jurisconsulto, revistiendo su actuación con "prudencia jurídica", entendida ésta desde el más puro significado de la palabra prudencia, es decir, como ese actuar razonado y moderado, lleno de claridad de criterio, siempre atendiendo a las particularidades del caso y a los principios del derecho, tales como la justicia y la equidad.

2.7.- La Jurisprudencia de Intereses.

Con el objeto de concluir el presente estudio es menester ocuparnos ahora de la conocida como Jurisprudencia de Intereses, la cual no es otra cosa que la forma moderna de la antigua jurisprudencia teleológica. El movimiento del cual deriva, fue desenvuelto en Alemania por M. Rumelin, Stampe y por el propio P. Heck, entre otros. "La característica peculiar de esta tendencia consiste en que utiliza como conceptos metódicos auxiliares el concepto de interés y la serie de nociones que están en conexión con él: estimación de intereses, situación de intereses, contenido de intereses, etc."⁵¹

La jurisprudencia de intereses, pretende emplear la palabra interés para designar cualquier disposición reivindicativa en un ámbito de cultura determinado, en consecuencia, entiende la voz "interés" en el amplísimo

⁵¹ Ibidem, pág., 69.

sentido en que se usa hoy y, sólo en este amplísimo sentido, que incluye los intereses ideales, es ese término utilizable para fines metódicos de la ciencia jurídica.

Para Max Rumelin, la justificación de esta corriente estriba en "el hecho de que el fin último y el sentido esencial de toda legislación consiste en regular de modo apropiado las relaciones interhumanas. El legislador trata de llevar a cabo este propósito, por medio de la delimitación de las varias esferas de intereses protegidos. Realiza esta delimitación, valorando los diferentes opuestos, a la luz de la idea del bien común. El juez debe guiarse más que por las palabras del legislador por las estimaciones que inspiraron a éste." ⁵² Sin embargo, hay ocasiones en que las particularidades del caso no fueron previstas por el legislador, ni siquiera de un modo general, es entonces cuando el juez debe basarse en sus propias estimaciones, debiendo tomar en cuenta las "convicciones sociales vigentes en su época".

Philipp Heck, respecto del alcance de la función judicial, acota, "al juez no le compete crear libremente un nuevo orden jurídico, sino tan sólo colaborar, dentro del orden jurídico válido, a la realización de los ideales en que positivamente se inspira éste". ⁵³ Luego entonces, la diferencia esencial entre la presente escuela y las tradicionales del siglo XIX que concedían máxima importancia a los conceptos generales, es que la primera destaca sobre estos conceptos, el análisis de los intereses en juego o en conflicto

⁵² RECASENS SICHES, op. cit., pág. 58.

⁵³ Ibidem, pág. 59.

inherentes al Derecho, que debe llevarnos precisamente a la realización de esos ideales.

En atención a lo expuesto en el párrafo que antecede tenemos que, toda decisión del juez debe ser interpretada como una delimitación de intereses y como una estimación de esos intereses, conseguida, obviamente, mediante juicios e ideas de valor. La anterior idea es criticada por Kantorowicz al señalar que dicha estimación es propia del "ámbito fáctico", a lo cual cabría agregar que resulta evidente que la representación de un hecho es presupuesto de toda decisión. Ahora bien, en la aplicación de la ley y en la complementación dependiente de la norma, el juez está vinculado por los juicios de valor que resultan de la propia ley, es decir, la valoración personal del juez interviene tan sólo de una forma subsidiaria.

Lo anterior no implica que la complementación dependiente de las normas se realice sin la garantía lógica de un razonamiento de subsumción, sólo que éste no será en función de las notas conceptuales que correspondan a las ideas normativas del legislador sino de una comparación de intereses por parte del juez. Lo característico del procedimiento descrito "consiste siempre en el estudio de los intereses, en la concentración de la atención sobre la situación de intereses al concebir el cuadro fáctico concreto y al interpretar el contenido de la ley".⁵⁴ A mayor abundamiento, el juez debe atender al derecho positivo, lo que conlleva a la apreciación de los intereses valorados y tutelados por el legislador en la norma a interpretarse y aplicarse,

⁵⁴ HECK, PHILIPP, *op. cit.*, pág. 76.

y además debe atender al grado y jerarquía que el legislador haya conferido a esos intereses; ante la falta de previsión del caso planteado por parte del legislador, el juez deberá atender al supuesto regulado expresamente por la legislación que sí contemple una solución, siempre y cuando exista el mismo conflicto de intereses, o sea, podrá realizar validamente una interpretación por analogía para emitir su fallo, la cual no deberá descansar en la literalidad de un texto sino en la valoración de intereses en que ese texto se haya inspirado.

En suma, y resumiendo las ideas de Heck, cabe señalar su concepto de finalidad, para él "La consideración de las leyes desde el punto de vista de las estimaciones de intereses que contienen tiene naturalmente como tarea la comprensión de la finalidad de cada ley."⁵⁵ De alguna forma lo dicho por Heck resulta de lo más interesante para nuestro estudio, en efecto, el análisis de intereses lo que intenta explicitar son los elementos particulares cuya activa conexión ha producido la representación teleológica del legislador y la elección de sus medios, es decir, las representaciones normativas, con lo que se logra a la luz de repetidas interpretaciones en el mismo sentido, la creación judicial de nuevas normas jurídicas cada vez más cercanas a las consideraciones últimas del legislador, esto sin entrar al debate sobre la división de poderes o transgredir el tan temido concepto de seguridad jurídica.

⁵⁵ Ibidem.

En apoyo a lo mencionado, citemos al propio Heck, "La diversidad de contenido de las normas legales particulares se debe a la diversidad de los intereses que se trata de estimar y delimitar los unos frente a los otros. En estos casos no es la consideración de los fines, sino sólo la de los intereses la que ofrece juicios de valor utilizables para la complementación y el ulterior desarrollo del derecho." ⁵⁶

Por último, se debe precisar respecto del método empleado por Heck, cuáles son las funciones que atribuye a la jurisprudencia, por un lado la de elaborar normas y, por otro lado, la de ordenarlas u organizarlas. Por lo que hace a la primera de ellas señala que, "debe basarse sobre el estudio de la realidad y las necesidades de la vida práctica, sobre un estudio sociológico de los intereses en juego y de la respectiva protección que éstos merecen o no;" ⁵⁷ dicha función debe traer como consecuencia el entendimiento de las normas positivas en base a una valoración de los intereses concurrentes, y la elaboración de nuevas normas que tengan como antecedente esa valoración. Por lo que hace a la segunda de ellas, debe consistir en un resumen y en una ordenación de las normas jurídicas, con lo cual la jurisprudencia de intereses no niega la necesidad de "conceptos clasificadores", pero únicamente en razón de una necesidad de exposición y ordenación, mas nunca como la herramienta ideal para solucionar todo supuesto no contemplado por el derecho, error con el cual comulgaron las escuelas

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 77.

⁵⁷ RECASENS SICHES, *op. cit.*, pág. 67.

tradicionales europeas del siglo XIX, desconociendo las necesidades vitales de la sociedad y por ende del propio derecho codificado vigente.

Asimismo Heck señala, la necesidad de que la ciencia jurídica aporte al juez las valoraciones de la ley, el fundamento de intereses de las determinaciones legales, previendo lagunas y proponiendo complementaciones, sometiendo a aquél tan sólo las consideraciones decisivas, esto con el objeto de facilitarle su tarea de subsumir material fáctico bajo nociones normativas y, en los casos que así lo ameriten, la de complementar las normas según juicios de valor. Esta sola idea representa un interesantísimo tema que requiere ser tratado aparte y con el debido rigor académico, razón por la cual nos limitamos a señalar que dicha necesidad debiera ser tomada en cuenta por nuestros legisladores a efecto de crear el cuerpo judicial especializado encargado de tales labores.

Con lo anterior consideramos acabada la exposición de las escuelas más representativas en el desarrollo de la jurisprudencia, tal y como puede ser entendida en nuestros días. En efecto, el hecho de no entrar al estudio y exposición de alguna otra no se debe interpretar como un desprecio a éstas sino desprendido de su propio estudio se encuentran similitudes significativas con la jurisprudencia de intereses, por citar algún ejemplo, la "jurisprudencia sociológica" de Cardozo y Pound, e incluso las consideraciones que hace al tema el maestro Recasens Siches. En tal virtud, y en especial por el hecho de que las escuelas subsecuentes plantean a su modo, la necesidad de que la jurisprudencia atienda las necesidades vitales de la sociedad, creemos que

el marco teórico de este trabajo se debe basar en las doctrinas o escuelas presentadas.

CAPITULO TERCERO

HISTORIA DE LA JURISPRUDENCIA EN MEXICO

3.1.- Decreto de 1870.

Mediante decreto de 8 de diciembre de 1870, del Presidente Benito Juárez, se creó el "Semanario Judicial de la Federación", para publicar las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales Federales, los Pedimentos del Procurador General de la Nación, del Ministro Fiscal de la Suprema Corte de Justicia y de los Promotores Fiscales de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito así como las actas de acuerdo pleno de la misma Corte y los informes pronunciados ante ella, cuando se acordara la publicación.¹

Sin embargo, en esa época no se había establecido en nuestro país el concepto de Jurisprudencia obligatoria, tal y como se desprende de la legislación de amparo vigente. En ese entonces lo que prevalecía era el criterio de que las resoluciones de los tribunales era tan sólo la interpretación que a las leyes daban éstos.

3.2.- Ley de 1882.

¹ GUERRERO LARA, EZEQUIEL, *Manual para el Manejo del Semanario Judicial de la Federación*, UNAM, México, 1982, pág. 12.

El artículo 70 de la Ley de Amparo del 14 de diciembre de 1882, señala: "Como criterio de decisión la jurisprudencia establecida por cinco ejecutorias conforme con los principios que consagran".²

De acuerdo al anterior precepto, es que actuó nuestro más alto Tribunal, hasta el 14 de agosto de 1914, en que la Suprema Corte fue disuelta, en concordancia con el Plan de Guadalupe. Concluida la lucha armada así como las labores del Congreso Constituyente de Queretaro, se fijó la pauta a seguir para la conformación de la nueva Suprema Corte de Justicia, tal y como lo dispuso el artículo 5o. transitorio de nuestra Constitución Federal vigente.

"La Suprema Corte inició sus trabajos el 10 de junio de 1917 integrada por once Ministros que actuaban en plenos; el número procede de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, aprobada el 8 de octubre de 1824, la cual en su artículo 123, dispuso que el Poder Judicial de la Federación se depositaba en una Corte Suprema de Justicia, en los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, integrada la primera con once ministros, distribuidos en tres Salas y un Fiscal."³

3.3.- Ley de 1919.

² Ibidem, pág. 17.

³ SOBERANES, JOSE LUIS, *Sobre el origen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ed. Porrúa, México, 1987, pág. 47.

El primer ordenamiento legal en materia de Amparo, derivado de nuestra Carta Magna en vigor, fue la "Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 104 Constitucionales", promulgada el 18 de octubre de 1919, la cual disponía -en su artículo 147- que, " (...) La Jurisprudencia que se estableciera por la Suprema Corte de Justicia en sus ejecutorias de amparo, únicamente podría referirse a la Constitución y demás Leyes Federales; en el artículo 149 prevenía que la Jurisprudencia de la Corte en los juicios de amparo y en los que se suscitaban sobre aplicación de Leyes Federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras, era obligatoria para los Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito y Tribunales de los Estados, Distrito Federal y Territorios".⁴

Es de hacerse notar el hecho de que en este ordenamiento la Jurisprudencia reviste ya un carácter obligatorio, es decir, no es sólo "la interpretación que a las leyes dan las resoluciones de los Tribunales",⁵ sino que el criterio que contemple a través de su aplicación por las autoridades citadas, adquiere verdadera fuerza obligatoria.

3.4.- Ley de 1936.

El ordenamiento vigente, titulado "Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal", publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1936, ratificó el principio de que la

⁴ NORIEGA, ALFONSO, *Lecciones de Amparo*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1980, pág. 991.

⁵ PUIG, CARLOS, *Apuntes sobre la Jurisprudencia en México*, en Revista Jurídica, Cuarta Época, n. 8, Morelos, México, enero de 1992, pág. 28.

Jurisprudencia que estableciera la Corte en sus ejecutorias de amparo sólo podría referirse a la Constitución y demás Leyes Federales.

Del contenido de los artículos 193 a 197, que integran el Título IV de la ley de referencia, podemos derivar como elementos de la Jurisprudencia, sus materias, requisitos para su constitución, posibilidad de cambio y forma de invocar; siendo de especial interés para este tema el que contempla el Art. 194, la posibilidad de cambio:

“La Corte debía respetar sus ejecutorias pero podía contrariar la Jurisprudencia establecida siempre que expresara las razones que hubiere tenido para variarla, las cuales debían referirse a las que motivaron a la que se contrariaba.”⁶

Es de especial interés para este trabajo, la posibilidad de cambio o modificación que contempló este ordenamiento y contempla la Ley de Amparo vigente, ya que se descuida la seguridad jurídica inherente a todo gobernado, lo cual se detalla en los capítulos siguientes.

3.5.- Reforma de 1950.

Por decreto de 30 de diciembre de 1950, se reformaron los artículos 193, 194 y 195, y se crearon los artículos 193 Bis y 195 Bis, de los cuales, en especial, se desprende que, se establecía la denuncia de Tesis

⁶ Ibidem, pág. 30.

contradictorias sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, y de cuyas características destaca:

“(…) Se creó una nueva especie de Jurisprudencia ya que la resolución que pronunciare en estos casos la Sala constituiría tesis jurisprudencial obligatoria, la cual podía modificarse por la misma Sala.”⁷

La anterior modalidad también se incorporó en la denuncia de tesis contradictorias sostenidas por las Salas de la Corte, resaltando que:

Quien decidía que tesis debía observarse era la Corte en Pleno. La resolución pronunciada devenía tesis jurisprudencial obligatoria, que podía modificar el mismo Pleno.⁸

Mediante la enmienda legal que se comenta, se crearon los Tribunales Colegiados de Circuito, el artículo 158 Bis de la Ley de la materia, estableció la procedencia del Juicio de Amparo directo ante estas autoridades. El objetivo de esta reforma fue el de liberar a la Suprema Corte de Justicia del trabajo excesivo derivado de las tareas que tenía encomendadas, de tal suerte se crearon los tribunales en cuestión. Al respecto el maestro Alfonso Noriega, nos aporta:

⁷ Ibidem, pág. 31.

⁸ Ibidem, pág. 32.

"Para lograr esta finalidad se resolvió establecer una nueva distribución de la competencia de los Tribunales Federales en materia de Amparo y dividir la que le correspondía a la Corte, entre ésta y otros organismos jurisdiccionales que se crearon al efecto. Así nacieron los Tribunales Colegiados de Circuito por decreto de 30 de diciembre de 1950." ⁹

Para nuestro estudio, se debe destacar la importancia de esta reforma, misma a que hacen alusión tan distinguidos juristas como Héctor Fix Zamudio e Ignacio Burgoa Orihuela.

Héctor Fix-Zamudio señala al referirse a la jurisprudencia obligatoria, que "esta institución es original del derecho mexicano, puesto que se introdujo en la Ley de Amparo de 1882, (...) posteriormente se elevó a rango constitucional en las reformas de 1951 (artículo 107, fracción XIII de la Constitución Federal)". ¹⁰

Ignacio Burgoa por su parte comenta: "La jurisprudencia fue elevada por el artículo 107 Constitucional según las reformas de 1950, al rango de fuente del Derecho, equiparándose las tesis relativas, por ende, a verdaderas normas legales por reunir respecto de las consideraciones jurídicas en ellas implicadas, referentes a determinadas cuestiones, de Derecho, los atributos

⁹ NORIEGA, ALFONSO, op. cit. pág. 992.

¹⁰ FIX-ZAMUDIO, HECTOR, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, UNAM, México, 1993, pág. 68.

esenciales de la Ley como son, la generalidad, la impersonalidad y la abstracción".¹¹

De la anterior cita, podemos apreciar la trascendencia que le confiere el sobresaliente jurista Ignacio Burgoa, a la reforma en comento, pues implica el reconocimiento a nivel constitucional de la obligatoriedad de la Jurisprudencia, con lo cual, lo que se había contemplado en la doctrina, es plasmado en nuestra Magna Carta. Como se ha comentado, esta circunstancia se resaltarán en los capítulos a seguir.

3.6.- Reforma de 1967.

Son reformados los artículos 192 a 197 de la Ley de Amparo, incluido el 195 Bis. La revisión de la nueva redacción de estos dispositivos, arroja, entre otros, los cambios siguientes:

Se ampliaron las materias sobre las cuales podían establecer Jurisprudencia, tanto la Suprema Corte actuando en Pleno como las propias Salas de este tribunal, llegando a las Leyes Locales y a los Reglamentos del Fuero Común o Federal.

Son incrementados el número de autoridades obligadas a acatar la Jurisprudencia.

¹¹ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, *El Juicio de Amparo*, 8a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971, pág. 788.

Se concedió la facultad a los Tribunales Colegiados de Circuito para establecer Jurisprudencia en materia de su competencia exclusiva, obligatoria para ellos mismos así como para los Juzgados de Distrito, Tribunales Judiciales del Fuero Común y Tribunales Administrativos y del Trabajo que funcionaran dentro de su jurisdicción territorial.

Se ratificó la posibilidad de interrumpir la Jurisprudencia a través del pronunciamiento de una ejecutoria en contrario, y se estableció igual facultad para los Tribunales Colegiados de Circuito, en la inteligencia de que para la modificación de la Jurisprudencia se observarían las reglas establecidas por la ley para su formación. Este último enunciado es de suma importancia para el presente trabajo, ya que implica un proceso de creación, es decir, una sucesión de momentos, los cuales están debidamente señalados en los diversos dispositivos que al respecto contempla la Ley de Amparo.

Se conservó el sistema para la denuncia de tesis contradictorias, con las siguientes diferencias: se facultó también a las partes que intervinieron en los juicios, para llevar a cabo esta denuncia ante las autoridades competentes; se suprimió la nueva especie de Jurisprudencia creada por la "Reforma de 1950" (que sería más tarde restituida).

"Mención especial debe hacerse sobre el contenido del Artículo 9o. transitorio de la Reforma que se comenta, ya que dicho precepto dispuso que la Jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia hasta la fecha en que entraran en vigor las reformas (180 días siguientes al de

su publicación en el 'Diario Oficial de la Federación', que fue el 30 de abril de 1968), obligaría en los términos de los artículos 192 y 193 de la Ley, pero también estableció, a favor de los Tribunales Colegiados de Circuito, la facultad de interrumpir la jurisprudencia establecida por las Salas de la Corte, al resolver amparos que antes eran competencia de éstas, para lo cual se requería que la ejecutoria se pronunciara por unanimidad de votos de los Magistrados y expresara las razones que sirvieron de apoyo a la interrupción las cuales debían referirse a las que se tuvieron en cuenta para establecer la Jurisprudencia respectiva.”¹²

Efectivamente, es de especial mención el texto del artículo 9o. transitorio, ya que le brinda la posibilidad a un órgano jurisdiccional de inferior jerarquía para interrumpir la Jurisprudencia establecida por nuestro más alto tribunal. Evidentemente fue una salida práctica, a la vez que simplista la que se dio en ese entonces, pues se descuidaron principios inherentes a la Jurisprudencia y al Juicio de Amparo, en especial lo referente a la obligatoriedad de la Jurisprudencia que deriva de la observancia de criterios emitidos por órganos superiores hacia los inferiores, y con este artículo se pretende que un órgano inferior interrumpa el criterio establecido por su superior, al conocer de las materias que eran de la competencia de éste.

3.7.- Reforma de 1983.

¹² PUIG, CARLOS, op. cit., pág. 36.

Se reformaron varios artículos de la Ley de Amparo que se relacionan con nuestro estudio (192, 193, 193 bis y 194 bis), los cuales produjeron los siguientes cambios:

Se restableció parcialmente la especie de Jurisprudencia creada por la "Reforma de 1950" (contradicción de tesis), pues se dispuso que también la constituirían las tesis que dilucidaran las contradicciones de sentencias de Salas, pero no se reincorporó con tal carácter las tesis resolutivas de contradicciones entre Tribunales Colegiados de Circuito.

Se suprimió la obligatoriedad de la Jurisprudencia que establecieran los Colegiados, en materia de su competencia exclusiva, para ellos mismos. Al respecto, creemos que el anterior criterio es indebido, ya que por seguridad de las partes recurrentes al juicio de amparo, se debe tener la certeza de cuál es el criterio jurisprudencial que se va a aplicar al momento de resolver sobre determinado juicio, el cual debe ser obligatorio para el Tribunal Colegiado que lo emitió.

3.8.- Reforma de 1986.

Se restableció la nueva especie de jurisprudencia derivada de la resolución de contradicciones de sentencias de Tribunales Colegiados de Circuito, creada originalmente por la "Reforma de 1950".

3.9.- Reforma de 1987.

Esta reforma modificó varios artículos de la Ley que se estudia, entre ellos el 192, 193, 195, 196 y 197; y se crearon los artículos 197-A y 197-B, los cuales tienen relación con el tema de nuestra investigación, por lo que se comenta a continuación:

Se amplió el número de autoridades obligadas por la Jurisprudencia de los Colegiados, ya que se incluyó también a los Tribunales Unitarios y Militares, además de los Juzgados de Distrito, Tribunales Judiciales del Fuero Común y Administrativos y del Trabajo, Locales o Federales.

Respecto a las reglas a observarse cuando una parte invoque una tesis emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito distinto al que conoce del negocio, resalta que, el segundo puede adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en la referida tesis jurisprudencial. Con esto queda en evidencia la inconveniencia de que los Tribunales Colegiados de Circuito puedan emitir Jurisprudencia, ya que por su cantidad y disparidad de criterios se conmina al gobernado a adivinar el criterio que le han de aplicar y ante lo cual no tiene recurso alguno, máxime con dispositivos legales como el que se comenta.

Se facultó a las Salas de la Corte y Ministros que las integran así como a los Tribunales Colegiados de Circuito y Magistrados que los componen, con motivo de un caso concreto, para solicitar al Pleno de la

Suprema Corte o a la Sala correspondiente, que modifiquen la Jurisprudencia que tuviesen establecida. Este dispositivo no reviste mayor inconveniente, siempre y cuando se dé certeza al recurrente del juicio de garantías de cuál criterio y a partir de cuándo, se le ha de aplicar.

Referencia especial merece el contenido del artículo Sexto Transitorio de esta "Reforma de 1987", ya que dicho precepto legal faculta a los Tribunales Colegiados de Circuito para interrumpir y modificar la Jurisprudencia (en las materias cuyo conocimiento corresponde a los propios Colegiados), establecida por la Suprema Corte de Justicia hasta el día 15 de enero de 1988, en que entró en vigor el decreto respectivo. Respecto a esta reforma es válido el comentario que se hizo al artículo 9o. transitorio de la "Reforma de 1967".

CAPITULO CUARTO

LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Si tomamos en cuenta que la jurisprudencia en nuestro sistema legal, se crea con las resoluciones emitidas en los juicios de amparo que se presentan ante los tribunales facultados para resolverlos, y que el Juicio de Amparo es una institución auténticamente mexicana, para determinados tratadistas nacionales un estudio de derecho comparado no es necesario. O por lo menos así se desprende de las palabras del maestro Héctor Fix-Zamudio, en su obra *"Ensayos sobre el Derecho de Amparo"*: "Si el juicio de amparo es una institución genuinamente mexicana..., aparentemente podía considerarse un contrasentido el que se señalara el imperativo de estudiarla desde un punto de vista comparativo".¹

Sin embargo y para los efectos de este trabajo sí es imperativo un estudio de derecho comparado, como dijo Tullio Ascarelli citado por el propio Fix-Zamudio, porque "los que viajan lejos de su patria descubren a través de la observación de países extranjeros las características del propio, en el cual observan en su plenitud aquellos detalles que por naturales han pasado inadvertidos".² En efecto, a partir de la observación y comparación del tratamiento que se da en nuestro país a la jurisprudencia obligatoria con el

¹ FIX-ZAMUDIO, HECTOR, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, UNAM, México, 1993, pág. 131.

² Idem.

que se da en otros países, deberemos apreciar en su plenitud el cuadro a que se refiere esta tesis.

A mayor abundamiento, son doce sistemas legales latinoamericanos los que consagran la institución del amparo con esta denominación, a saber: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela. Asimismo la consagración del amparo en la Constitución española de 1931, fue influencia mexicana.

Finalmente, "el juicio de amparo mexicano se ha consagrado en dos instrumentos de carácter internacional,... en primer término, en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre... y... en el artículo 8o. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre".³ Con estas referencias y para efectos de este capítulo, queremos destacar el carácter internacional de nuestro juicio de amparo, tal y como lo expresa el maestro Ignacio Burgoa.

Hay "un sector ya importante de juristas que han llegado al convencimiento de que no es posible un estudio que penetre hondamente en todos los aspectos del derecho nacional sin acudir al método jurídico comparativo"⁴, y nosotros coincidimos con ellos, máxime si con este trabajo se pretende destacar el carácter de la Jurisprudencia como fuente formal del

³ Ibidem, pág. 133.

⁴ Ibidem, pág. 136.

Derecho; destacado tal carácter, replantear el problema de la creación del Derecho en nuestro sistema legal; finalmente, proscribir la irretroactividad de la jurisprudencia obligatoria en perjuicio de persona alguna. Evidentemente que para lograr esta tarea debemos echar mano de un estudio de Derecho Comparado.

Ahora bien, tomando en cuenta las características de nuestro juicio de amparo, en el cual convergen tanto el *Common Law* como el Derecho Romano, es menester dividir este estudio entre las legislaciones que corresponden a uno y a otro.

4.1.1.- Sistemas Judiciales de *Common Law*.

Para entender la importancia en el presente trabajo de un estudio de derecho comparado con legislaciones de *Common Law*, es necesario ubicar las raíces de nuestro “derecho jurisprudencial mexicano”, las cuales encontramos en la historia y costumbres del Derecho Inglés. En efecto, “nuestra jurisprudencia... no es un invento del Derecho Mexicano, ya que en su nacimiento tomó sus elementos primordiales de otros modelos jurídicos, como son el inglés y el norteamericano...”.⁵

La traducción literal de la expresión *Common Law*, sería “derecho común”, sin embargo no debemos confundirla con nuestro “derecho común”. El maestro Rabasa, citado por Miguel Acosta Romero en su obra “*Derecho*

⁵ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Derecho Jurisprudencial Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 4.

Jurisprudencial Mexicano”, nos dice lo que debemos entender por *Common Law*: “a) El derecho angloamericano en su totalidad, distinto del sistema jurídico romano y sus derivados tanto en Europa como en América, así como de los demás sistemas en el mundo. b) El elemento casuístico del derecho angloamericano constituido por los precedentes judiciales, o sea, la jurisprudencia de los tribunales angloamericanos, a distinción de las leyes promulgadas formalmente por el legislador. c) El derecho formado por las decisiones y precedentes judiciales aplicados por los clásicos tribunales ingleses llamados “*common law courts*” (*King’s Bench, Common Pleas y Exchequer*) y los modernos tribunales de igual categoría tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos...”.⁶

En consecuencia, la jurisprudencia, tal como nuestro derecho la ha recogido, proviene originalmente de Inglaterra y posteriormente de los Estados Unidos de Norteamérica, de quien sin duda recibimos la influencia más directa y determinante.

Las legislaciones consideradas para este trabajo que corresponden a sistemas de leyes del *Common Law*, fueron las de Inglaterra y Estados Unidos de Norte América.

4.1.2.- Inglaterra.

⁶ Idem.

Los antecedentes o fundamentos del sistema jurídico inglés, nos los aporta Miguel Acosta Romero en su obra *"Derecho Jurisprudencial Mexicano"*: "nuestro actual sistema legal comienza, para todos los efectos prácticos, en el reinado de Enrique II (1154-1189). Cuando él llegó al trono la justicia en su mayor parte era administrada en tribunales locales, por los Señores locales para los habitantes de sus tierras en las cortes feudales y por los alguaciles de condado, frecuentemente asentados con el conde y el obispo en las cortes de los "Shires" y "Hundreds". Ellos administraban el derecho en sus respectivas áreas y decidían los casos... sobre las bases de la costumbre local. Muchas de estas reglas consuetudinarias de derecho eran las mismas o similares en todas las regiones del país, empero existían algunas diferencias." Entonces Enrique II centralizó la justicia en la Corona, organizó y tornó racional el sistema judicial, hizo de la instancia real una justicia abierta a todos los hombres libres; dejó subsistir a los tribunales locales, pero reducidos a órganos de primera instancia; estableció jueces de carrera; creó instituciones fundamento del sistema jurídico y político inglés, como el Consejo del Rey y la Real Inquisición, la cual, de origen romano, es el antecedente del juicio por jurados característico del sistema angloamericano.

En ese momento, "los jueces para impartir justicia, contaban con ciertas disposiciones generales de tipo "legislativo" enunciadas por decretos reales, así los magistrados fundaban sus resoluciones en las costumbres generalmente reconocidas y aceptadas por el pueblo, las cuales se comenzaron a reflejar en los fallos, adquiriendo fuerza legal al ser reiteradas

una y otra vez por las sentencias, fue así que se les dio el nombre de “*precedents*”.”⁷ Estos precedentes, así considerados, eran utilizados como referente por los juzgadores para resolver futuros casos análogos, y con el tiempo, llegaron a adquirir el carácter obligatorio que los caracteriza bajo la luz de la doctrina conocida del “*stare decisis*”, que implica el respeto a la autoridad moral de las decisiones de los jueces en juicios anteriores, en especial si esas decisiones provienen de jueces superiores. A estos precedentes en el sistema judicial inglés se les conoce como “*binding precedents*”. Al respecto es interesante, y trascendental para el resultado final de este trabajo de titulación, el comentario de Miguel Acosta Romero en su libro “*Derecho Jurisprudencial Mexicano*”: “‘*Binding Precedents*’ o Precedentes Obligatorios, son las decisiones pasadas que están revestidas de fuerza legal para ser observadas obligatoriamente en lo futuro, en oposición a los ‘*Persuasive Precedents*’ o Precedentes Persuasivos que no presentan tal potestad, del mismo modo que en nuestro actual Derecho Jurisprudencial Mexicano encontramos *Jurisprudencias*, que son obligatorias por disposición constitucional y legal, y por otra parte, *Tesis Aisladas* carente de fuerza jurídica.”⁸

Hasta este momento hemos repasado la historia del sistema judicial inglés, en esa medida hemos identificado los antecedentes de los precedentes obligatorios y relacionado éstos con nuestra jurisprudencia “obligatoria”; ahora es momento de apreciar la fuerza legal que estos tienen:

⁷ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, op. cit., pág. 12.

⁸ Idem.

"Los casos legales (precedentes) proveen la mayor parte del derecho del país. Algunos casos legales enuncian el derecho por sí mismos, algunos otros son concernientes a la interpretación de la ley. ... Los Casos legales constituyen precedentes y un precedente es una decisión previa de un tribunal, que puede, en ciertas circunstancias, ser obligatorio para otro tribunal en la decisión de un caso similar. Esta práctica de seguir las decisiones anteriores se deriva de la costumbre, pero ésta es una práctica que es generalmente observada. ... Los precedentes deben ser considerados como el motivo del desarrollo de la ciencia del derecho." ⁹ En relación con esta transcripción, el maestro Acosta Romero en su obra en cita hace, entre otras, la precisión siguiente: "*Binding*": lit. amarrado / atado / Der. Obligatorio / que compromete. El Derecho Inglés reconoce dos tipos de precedentes: 1. "*Binding precedents*", de naturaleza obligatoria; fuente de creación del derecho, 2. "*persuasive precedents*", sin fuerza obligatoria, sólo persuasiva, como ya se vio." ¹⁰ Si tomamos en consideración que nuestro derecho jurisprudencial tiene sus antecedentes en el sistema inglés; que en el sistema inglés existen dos tipos de precedentes judiciales, los obligatorios y los persuasivos; que los precedentes obligatorios se relacionan con nuestra jurisprudencia "obligatoria" y; que los precedentes obligatorios ingleses son fuente de creación del derecho, esto es, fuente formal del derecho, debemos concluir que nuestra jurisprudencia "obligatoria" debe ser considerada también fuente formal del derecho y consecuentemente aplicarle el principio de irretroactividad.

⁹ Ibidem, pág. 15.

¹⁰ Idem.

Si bien es cierto que heredamos del sistema inglés a la jurisprudencia y que en este sistema existe la llamada "supremacía judicial", también es cierto que por influencia del derecho francés y la teoría de la división de poderes lo que existe en México es una "supremacía legislativa". Para efectos de este trabajo este choque de sistemas jurídicos es importantísimo. Lucio Cabrera, citado por Acosta Romero en su obra en comento, dice: "La reverencia hacia la ley deriva del derecho francés y de la legitimidad otorgada a las asambleas legislativas por el pensamiento de Rousseau. En cambio, en el derecho anglosajón ha habido mayor estima por las sentencias, que en el "*common law*" revisten la fuerza de un precedente en virtud del "*stare decisis*", y así adquieren un carácter quasilegislativo, pues son obligatorias "*erga omnes*". Es por eso interesante el cambio que se operó en México durante la segunda mitad del siglo XIX al seguir el principio de la jurisprudencia obligatoria que adquirió caracteres semejantes a los del "*common law*" y paralelo al de la justicia constitucional aparecida en los países europeos durante el presente siglo." ¹¹

En efecto, en nuestro país existe la "supremacía judicial" que converge con la legislativa a partir de nuestra Constitución de 1857 que estableció que es la Suprema Corte quien tiene la encomienda de tutelar los preceptos constitucionales. Preceptos superiores a cualquier Poder o institución, expresión que incluye al Congreso de la Unión y por lo tanto a sus leyes. En esta medida el Poder Judicial hace una balanza con los Poderes Ejecutivo y

¹¹ Ibidem. Pág. 18.

Legislativo. Sin embargo también es a partir de la Constitución de 1857 que se establece "la vergonzosa "fórmula Otero" para que cualquier declaración de inconstitucionalidad por parte de la Suprema Corte no tuviera nunca efectos generales".¹² Con la aparición en 1861 de la primera legislación de amparo, se suscitó un problema de diversidad de criterios surgidos de la interpretación de las normas constitucionales por parte de los Jueces de Distrito, el cual fue solucionado con la implantación de la fórmula jurisprudencial característica del "*Common Law*", en la que las decisiones de los órganos jurisdiccionales superiores, son obligatorios para los inferiores - *Binding Precedents*-. Con este último comentario queremos destacar los fuertes vínculos que existen entre el derecho jurisprudencial mexicano y el sistema judicial inglés, así como con el desarrollo de nuestro juicio de amparo.

Para seguir con este capítulo y referirnos a la doctrina, legislación inglesa y su "supremacía judicial" nos apoyaremos en la completísima obra del jurista T. R. S. Allan, "*Constitutional Justice*".

Desde el primer capítulo Allan nos indica la importancia del principio "*Rule of Law*", es decir, del Imperio de la Ley. Sobre el tema nos brinda más de un ejemplo donde la justicia salida de los tribunales ha prevenido de la aplicación de una legislación injusta, que termina por ser inválida. En efecto, el "*Common Law*" permite y anima al desarrollo y reinterpretación de la Ley existente, bajo el estímulo de un argumento contrario.

¹² Ibidem, pág. 24.

Para Dicey, citado por Allan, la teoría del Imperio de la Ley podría ser entendida como un modo de gobernar acorde con una determinada concepción del bien común, cuyos requerimientos concretos en casos particulares son finalmente establecidos por jueces en concordancia con precedentes, interpretados como un cuerpo consistente de principios (es evidente que en esta teoría subyace el principio de “supremacía judicial” mencionado por Acosta Romero). Es decir, la fuente formal del Derecho, en este sistema, amén de las Actas o Derecho estatuido, descansa en los precedentes, lo cual es relevante para este trabajo en relación con la jurisprudencia obligatoria y el comentario relativo de Fix-Zamudio contenido en el apartado anterior. Mientras que para Ronald Dworkin y su “Teoría de la Integridad”, también citados por Allan, en un último análisis se obliga al gobierno “a hablar con una sola voz, a actuar de una principal y coherente manera hacia los ciudadanos, a extender los estándares sustantivos de justicia...”¹³

Allan, al comentar la igualdad de justicia y el principio del Imperio de la Ley así como al jurista inglés F. A. Hayek, en relación con el Derecho Privado y Penal, señala que ellos reflejan y sostienen un orden espontáneo basado en el libre mercado, primariamente hecho por el juez. Hayek explica el desarrollo de las “reglas de conducta justa” a través de la resolución judicial de disputas: la tarea del juez es identificar y suministrar las reglas que preserven un orden de acciones existente, protegiendo las expectativas que

¹³ ALLAN, T. R. S., *Constitutional Justice, a liberal theory of the rule of law*, Ed. Oxford University Press, Great Britain, 2001, pág. 20.

altamente generó. Esta explicación, de nueva cuenta, la relacionamos con la "Teoría de la Predicción" del jurista norteamericano Richard Posner, así como con la jurisprudencia obligatoria de nuestro país.

Sobre la importancia del Common Law relacionado con el Derecho Privado y a la función de los jueces al resolver los casos que ante ellos se presentan, transcribimos el comentario de Philip Selznick, citado por Allan: "La protección de los derechos individuales y de grupo, incluyendo modos de conducta reconocidos por la tradición, viene a definir un orden legal independiente de la autoridad política (aparato legislativo). Cuando los jueces invocan la experiencia social y la necesidad, especialmente la seguridad de las transacciones y de los intereses sobre la propiedad, ellos implícitamente postulan derechos en contra del Estado".¹⁴ Es más, para Allan, la legislación, sobre este tema, tradicionalmente ha jugado un rol subsidiario. Sobre esa transcripción vale la pena el comentario hecho en el párrafo anterior.

Para destacar lo importante que es el hecho de que la Ley, incluyendo la jurisprudencia obligatoria emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación así como por los Tribunales Colegiados de Circuito de nuestro país, se encuentre con la sociedad, es decir, contemos con un sistema de leyes que reconozca los atributos de estas figuras y las considere como fuentes formales del Derecho, transcribimos la inquietud del jurista Fuller sobre la "moralidad de la Ley": "Embarcarnos en la empresa de sujetar la conducta del hombre al gobierno de las normas (jurídicas) involucra la necesidad de un

¹⁴ Ibidem, pág. 34.

compromiso en el sentido de que el hombre es, o puede llegar a ser, un agente responsable, capaz de entender y seguir normas, y responder por sus fallas".¹⁵

En relación con el ámbito de la revisión judicial, Allan nos señala que los derechos constitucionales y las libertades, limitando el ejercicio de los poderes legislativo y ejecutivo, no resultan de mucho valor práctico al menos que ellos puedan ser judicialmente impuestos, imposición que sí existe en nuestro derecho jurisprudencial mexicano precisamente por la adopción del sistema de precedentes judiciales anglosajón en el cual se obliga a las autoridades inferiores a respetar el criterio utilizado por las superiores al resolver casos análogos.

Allan comenta en su obra, en relación con la "flexibilidad" en el contexto de un sistema de "*Common Law*", que ésta "es una virtud legal porque la justicia es tan dependiente de las circunstancias de casos diferentes; pero eso no hace que existan casos tan extraordinarios que resistan la aplicación de la justicia. Si un caso particular debe ser tratado como la excepción a una regla general o principio, en virtud de alguna propiedad que lo distinga de otros casos, esa propiedad tendrá una fuerza similar si recurre en el futuro; el caso es distinguido con bases racionales que van a gobernar otras instancias cuando aplique".¹⁶ Esta y las demás expresiones pertenecientes a tratadistas del "*Common Law*", nos permiten

¹⁵ *Ibidem*, pág. 64.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 177.

reconocer las bondades de nuestra jurisprudencia obligatoria, al garantizar con su aplicación la adecuación de la sentencia al caso concreto.

En cuanto a la aplicación del "*Common Law*", al Derecho Público, y por analogía, la aplicabilidad de la jurisprudencia obligatoria en materias del Derecho Público, vale la pena el comentario siguiente: "El procedimiento ... característico del derecho consuetudinario, tiene un especial, intrínseco valor incluso en disputas del Derecho Público".¹⁷ Derecho al que se deben sujetar idealmente las disposiciones de la legislatura, en términos del derecho británico, sin embargo, la realidad rebasa los esfuerzos del Estado. Sobre ese procedimiento Allan destaca su contribución al diálogo moral entre ciudadano y Estado, haciendo que la Ley y su aplicación respondan a la propia concepción de justicia del ciudadano común y corriente.

Adicionalmente, Allan coincide en criticar el positivismo, la "ciencia legal" de Kelsen, con Hayek y Fuller. Para Hayek la consistencia entre las reglas (jurídicas) debe ser resultante de la práctica, de un proceso "decisionista" creativo e inteligente, y no la consecuencia de cualquier orden formal de "normas objetivas". Mientras que para Fuller, la interpretación de la ley estatuida no es simplemente un proceso de extraer del estatuto legal lo que el legislador estableció, sino también es y en variados grados, un proceso de ajustar el estatuto a las demandas implícitas y valores de la sociedad a la cual se va a aplicar. Huelga decir que en esa medida la interpretación también se debe ajustar a los cambios en las demandas y

¹⁷ *Ibidem*, pág. 187.

valores de la sociedad, y en esto resulta insuficiente el aparato legislativo del Estado, ya sea por lo politizado y burocratizado del proceso legislativo, ya sea por aparecer desconectado de las necesidades de la sociedad que representa.

Sobre la trascendencia de las resoluciones de los jueces en un sistema del "*Common Law*", transcribimos el pasaje del Jefe de Justicia Coke en el reporte del caso Dr. Bonham's: "Aparece en nuestros libros, que en muchos casos, el derecho consuetudinario va a controlar las Actas del Parlamento y en algunas ocasiones determinarlas inválidas ulteriormente: cuando un Acta del Parlamento está en contra del derecho común y la razón, repugnante o imposible aplicarla, el derecho consuetudinario la va a controlar, y determinar que esa acta debe ser inválida".¹⁸ Y es más, para Coke, la construcción más segura de la ley estatuida es por el imperio y razón del derecho consuetudinario.

Sobre esta última transcripción vale la pena la siguiente reflexión: como quedó anotado, nuestro Derecho Jurisprudencial Mexicano encuentra sus antecedentes en el sistema judicial inglés, en el cual existen los principios de "supremacía judicial" e "imperio de la ley". Con estos dos principios se llegan a hacer afirmaciones como la de Coke, en la cual la fuente formal del derecho (ley estatuida) más segura es por el imperio y razón del derecho consuetudinario, es decir, de los precedentes judiciales, precedentes que existen en nuestro derecho jurisprudencial en términos de la jurisprudencia

¹⁸ *Ibidem*, pág. 204.

obligatoria; sin embargo, por cuestiones más políticas que de técnica jurídica, nuestra jurisprudencia obligatoria por aplicación de la “fórmula Otero” no es considerada fuente formal del derecho, y pese a que en nuestros días resulta una declaración general, abstracta e impersonal, puede tener efectos retroactivos sobre las personas ocasionándoles un perjuicio.

En el capítulo relativo al Imperio de la Ley y la Soberanía Parlamentaria, Allan al hablar sobre la revisión judicial en materia administrativa nos dice que las reglas de procedimiento esenciales de la revisión judicial descansan en el centro del imperio de la ley; ellas previenen del tratamiento arbitrario a individuos, asegurando que el poder ejecutivo no sea abusivo en la violación de principios de justicia fundamentales. Este comentario debe ser entendido como la posibilidad de someter lo que pretendieron decir los legisladores a lo dicho finalmente por los jueces al resolver el caso concreto por la vía de la revisión judicial, creando así el derecho. Respecto de la noción del “conflicto irreconciliable” entre la soberanía parlamentaria y el imperio de la ley salida de los tribunales, al parecer de Allan, debe ser rechazada por artificial. En efecto, desde que el significado de una provisión estatutaria (derecho estatuido) y consecuentemente su efecto preciso en el contexto de cualquier caso particular, es necesariamente materia de determinación de los tribunales, casi siempre existen amplios recursos para evitar un conflicto constitucional. En el caso mexicano, la anterior afirmación se reproduce, sobre todo en el caso de la jurisprudencia que interpreta el alcance de una norma legal. Allan continúa, como se ha enfatizado: la intención legislativa es siempre un

significado construido; es en este sentido que los jueces deben buscar no lo que el Parlamento "significó" (en la norma legal), sino el significado verdadero del texto promulgado; ante la ausencia de una más estricta y menos ambigua intención legislativa, las decisiones de la corte deben ser una legítima defensa del imperio de la ley, consistente o congruente con la supremacía legislativa. Cabe mencionar que a la luz del actual sistema judicial inglés, Allan menciona que el imperio de la ley (salida de los tribunales) debe ser congruente con la supremacía legislativa, es decir, se reconoce la existencia de una supremacía legislativa en razón del concepto de soberanía parlamentaria; sobra mencionar que esta congruencia se surte en nuestro derecho jurisprudencial mexicano, con lo cual se matiza el comentario de Acosta Romero en el sentido de la existencia de la supremacía judicial sobre la legislativa en el sistema judicial inglés, acercándose éste con el mexicano y, tal vez vale la pena decir, encontrándose, máxime si tomamos en cuenta los orígenes de ambos. Como resultado, para Allan, la supremacía legislativa debe ser aceptada con ecuanimidad en el entendido de que el derecho estatuido debe ser siempre interpretado de acuerdo con el imperio de la ley.

Al encontrar una serie de lugares comunes entre el derecho jurisprudencial mexicano y el sistema judicial inglés, bien vale la pena transcribir la siguiente reflexión de Dicey, mencionada por Allan: "los más arbitrarios poderes del ejecutivo Inglés deben ser sujeto de control legal, donde los objetivos de gobierno se reconcilien con los principios del *"Common Law"*: Los Poderes, como siempre extraordinarios, los cuales son

conferidos o sancionados por el estatuto, no son realmente ilimitados, ellos están sujetos al texto del propio estatuto, y, lo que es más, están sujetos a la interpretación del estatuto realizada por los jueces.”¹⁹

Ahora nos referiremos, en términos de la obra en cita de Allan, a los límites constitucionales de la soberanía parlamentaria o supremacía legislativa en el sistema judicial inglés. Para comenzar, Allan cita a Jeffrey Goldsworthy, quien nos brinda su concepto de soberanía parlamentaria: “la doctrina de la soberanía parlamentaria debe ser aceptada porque sus consecuencias son benéficas: la toma de decisiones democrática se facilita, y estatutos razonablemente justos son establecidos. Los derechos individuales deben ser siempre valorados contra derechos e intereses con los cuales estén en conflicto; y el Parlamento es generalmente más capaz que los tribunales para reunir los hechos relevantes, consultar ampliamente a las partes interesadas, y llegar a un balance aceptable de asuntos en conflicto. Injusticia ocasional es el precio que se debe pagar por la democracia; y así la supremacía legislativa debe ser mantenida, aún cuando reconozcamos que los jueces estarían en lo correcto moralmente al desobedecer estatutos que sean escandalosamente injustos. Debe ser mejor tolerar la imposición de leyes injustas por una mayoría electa que incurrir en el peligro de una interferencia judicial excesiva en el proceso de toma de decisiones democrática: los jueces son muy vulnerables a la constante tentación de extender su autoridad para remediar lo que perciben como injusto. Los estatutos son raramente claros y notoriamente injustos. Si una ley infringe o

¹⁹ *Ibidem*, pág. 215.

no un derecho básico, es usualmente un tema abierto a debate. El punto de tener una democracia es que en estos debatidos casos la opinión de la mayoría en lugar de la de una elite no elegida se supone debe prevalecer.”²⁰

El concepto de Goldsworthy es comentado por Allan en el sentido de que el significado de un estatuto es siempre decidido por la Corte, en ejercicio de su rol constitucional de interpretador la ley promulgada; consecuentemente, el status secundario que asigna al poder judicial es insostenible. Nosotros no sólo consideramos insostenible la posición de Goldsworthy sino alejada de la realidad del propio sistema judicial inglés. Allan, adicionalmente, comenta que las consideraciones que son usualmente presentadas como razones para la adopción de una supremacía legislativa no calificada, deben ser consecuentemente reinterpretadas como razones a favor de un control judicial; nosotros compartimos este comentario que acerca otra vez al sistema judicial inglés con nuestro derecho jurisprudencial mexicano, sobre todo con la jurisprudencia obligatoria.

Pese a que el principio del imperio de la ley requiere de una aplicación consistente de reglas que expresen una concepción coherente del bien común, permite que la concepción sea producto de una deliberación colectiva, así el análisis legal refleja en casos específicos las aspiraciones e ideales dirigidos a lograr un mayor compromiso público y político (con el bien común).

²⁰ Ibidem, pág. 231.

En relación con la soberanía legislativa, el precedente histórico, de cualquier forma, puede perder su poder persuasivo cuando del análisis se concluye que es incompatible con la teoría constitucional. La Corte Superior representa un compromiso con la integridad en el proceso judicial, como una separación concomitante del poder judicial, compromiso que sólo tiene sentido en el contexto de una constitución que protege los intereses principales de los ciudadanos de un poder legislativo abusivo o de la interferencia del ejecutivo. La racionalidad de la separación del poder judicial y lo fundamental del proceso ordinario judicial, como preceptos intrínsecos al principio del imperio de la ley, son incongruentes con el poder liberado por acciones arbitrarias de la legislatura, capaz de delegar en el poder ejecutivo; así como la aceptación de la soberanía ilimitada (dentro de su jurisdicción) del Parlamento de Estado, deben consecuentemente ser tratados como un error. Para Dawson, citado por Allan, la doctrina de la soberanía parlamentaria es una doctrina cimentada fuertemente como cualquiera en el "*common law*"; sin embargo, pasa por alto que el alcance y efecto de la doctrina depende de un análisis "persuasivo" del "*common law*", sensible a su rol constitucional de reflejar y preservar el imperio de la ley. Si existen límites inherentes a lo que puede propiamente contar como "ley", de acuerdo con un entendimiento apropiado del imperio de la ley, también existen límites a la supremacía legislativa. Es más, ningún texto constitucional puede "claramente" determinar cualquier cuestión legal sin estar sujeto a interpretación y argumentos.

Para Allan sería erróneo retirar importantes cuestiones de principios políticos del debate público vigoroso y de la decisión legislativa ordinaria, pero también sería erróneo dejar a la esfera política cuestiones concernientes al trato justo de individuos en lo específico. Cuestiones de equidad en el proceso, tal como aplican en casos particulares, pueden finalmente sucumbir ante el gobierno, sujeto de la influencia de la opinión pública, pero sólo a costa de abandonar el imperio de la ley. En este sentido, el juez no debe sustituir su propia opinión por la de los representantes electos cuando existe un estatuto que, aunque injusto y opresivo, sea "claro", pese a no poder seguir el criterio de dejar a los ciudadanos sin protección de una mayoría opresiva en el Parlamento, esta hipótesis por supuesto se surte en nuestro sistema judicial. El peligro de una auto contradicción puede ser prevenido solo si reconocemos que el proceso de interpretación (de la ley) legítimo impone que hay, sustancialmente y agregaríamos, constitucionalmente, limitantes al poder legislativo. Citando la observación de Lord Diplock, el Parlamento es soberano sólo respecto de lo que expresa en las palabras o texto utilizado en una legislación pasada ante él, en ese sentido, la soberanía del Parlamento es sujeto del imperio de la ley.

Si estamos de acuerdo en que los representantes electos (de una legislatura) cuentan con una visión más amplia para llevar a cabo el proceso de toma de decisión democrática, esta supremacía legislativa debe armonizar con su contraparte judicial (interpretativa). En la preservación de los principios de igualdad y justicia en el proceso, el imperio de la ley asegura los valores de la autonomía individual y dignidad intrínsecos en el bien

común. Los límites a la soberanía parlamentaria derivan del reconocimiento general -o "consenso" establecido- de que el poder judicial es el brazo del gobierno con la responsabilidad de interpretar y aplicar la ley entre litigantes en casos individuales.

Ahora comentemos, en términos de la obra en cita de Allan, el tema de los derechos fundamentales del "*Common Law*" y la Equidad. Si bien la legitimidad y alcance del papel que juega el poder judicial en garantizar la separación de éste de los poderes legislativo y ejecutivo son altamente controversiales, la Jurisprudencia de la Corte Superior ha ayudado a iluminar la dependencia del análisis legal de la teoría constitucional, revelando la profunda estructura del derecho constitucional.

La separación del poder judicial, inferida de la estructura general de la Constitución del *Commonwealth*, confirma el estatus del imperio de la ley como una constante que subyace y "gobierna" apropiadamente la interpretación del texto (legal). Cuando sus implicaciones son exploradas, se demuestra que provee la misma protección a los principios de equidad y justicia en el proceso que la que deriva de la aceptación del imperio de la ley como fundamento conceptual del gobierno constitucional. Atendiendo a que el principal objetivo de la separación de los poderes era la protección de la vida, libertad y propiedad del individuo, de la interferencia arbitraria, este objetivo solo podría ser alcanzado si el poder judicial fuera debidamente ejercido por los tribunales, en concordancia con los atributos esenciales del proceso curial. A mayor abundamiento, "no era suficiente que el depositario

del poder judicial fuera llamado una “corte” (o tribunal), es claro que la constitución intentó y significó que el ejercicio del poder judicial debería conformar procedimientos judiciales tradicionales, remedios y metodologías.”²¹

Es, por supuesto, el compromiso y sumisión de los tribunales con los principios de justicia en el proceso, junto con la imposición de similares requerimientos a las autoridades administrativas, que aseguran que los individuos son justamente tratados de conformidad con la ley.

Para Allan, la capacidad de desarrollo del *Common Law*, en respuesta a las percepciones alteradas de justicia que se presentan en la comunidad, es dependiente de la salud moral y del debate político, asistiendo a jueces y litigantes para identificar y resolver cuestiones de justicia implícitas en las disputas legales. En esa medida el principio de equidad convierte potencialmente a los tribunales en un censor de toda la legislación federal, incluyendo a las legislaciones en materia fiscal, de propiedad, penal y regulatoria, requiriendo a los jueces para determinar si un diferente tratamiento a distintas personas, en todos estos casos, resulta justo o relevante para la sociedad.

En relación con el tema de los derechos implícitos, soberanía popular y revisión judicial, último tema a comentar de la obra de Allan, éste nos dice que, “cuando nosotros percibimos que el significado de una constitución

²¹ *Ibidem*, pág. 244.

codificada no puede ser divorciado de consideraciones de teoría general del derecho, nosotros estamos obligados a confrontar cuestiones complejas de legítima autoridad para las cuales el texto escrito por sí mismo no provee respuesta.”²² Cuando el *Common Law* es invocado como una fuente de valores constitucionales, existen cuestiones dudosas de teoría general acerca de la relación apropiada entre el texto (la ley) y la ley “ordinaria”. Es evidente que un tribunal de *Common Law* no puede fácilmente dividir la ley constitucional de la ordinaria, poniéndolas en compartimentos intelectuales separados, como si el texto fuera independiente del sistema legal supuesto a autorizar. El verdadero significado del texto -incluyendo los derechos fundamentales que contiene- refleja finalmente nuestro entendimiento de los requerimientos del principio del imperio de la ley, articulados en casos particulares por el análisis y desarrollo del derecho consuetudinario. La Constitución debe ser integrada a la ley en general, tal como el derecho ordinario deber ser adaptado a las demandas de un texto (legal) soberano. Este último comentario se reproduce notablemente en nuestro derecho jurisprudencial mexicano, en el cual debe existir una adecuación entre el texto constitucional, las garantías individuales y las leyes reglamentarias.

Para Allan, se debe entender que la Constitución prohíbe al Parlamento de la *Commonwealth* invadir libertades o garantías del *Common Law* en la ausencia de una autorización explícita: “tal como el Parlamento debe hacer la expresión de su voluntad legislativa, sin ambigüedades; antes de que el ejecutivo infrinja determinadas libertades fundamentales o

²² *Ibidem*, pág. 259.

garantías y la Corte sostenga que así lo ha hecho, se debe considerar que el pueblo debe hacer la expresión de su voluntad constitucional, sin ambigüedades, para permitir que el Parlamento promulgue leyes que los tribunales sostengan que son válidas".²³ En relación con esta afirmación, más que deseable, en nuestro sistema legislativo aparece como un ideal, puesto que supone el uso de una técnica legislativa por parte de los legisladores que no siempre existe y se refleja en las leyes que finalmente son aprobadas, de ahí la existencia y necesidad de nuestro derecho jurisprudencial. Toohey, citado por Allan, dice que existe consecuentemente para los países integrantes de la *Commonwealth* un reforzamiento judicial de una "declaración implícita de derechos o garantías", y en paralelo en el "sistema de dos-caminos de creación del derecho" establecido por la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

En ese orden de ideas, Allan hace el cuestionamiento siguiente: ¿la Constitución podría ser enmendada para eliminar la libertad de expresión política, o el derecho a un juicio "justo"; para autorizar la detención de un ciudadano a discreción del ejecutivo, o para destruir la independencia del poder judicial? Modificaciones de este tipo no podrían constituir auténticas enmiendas (agregaríamos, desde el punto de vista del *Common Law*), sino la destrucción de esenciales constitucionales. En el mismo sentido, John Rawls, citado por Allan, ha cuestionado la percepción común de que enmiendas constitucionales formalmente válidas, deben invariablemente ser aceptadas. Cuando los principios relevantes son suficientemente fundamentales, y

²³ *Ibidem*, pág. 260.

confirmados por una larga práctica histórica, su repudio equivale a una descomposición constitucional, o revolución, en lugar de una enmienda constitucional.

Con este último comentario a la obra de Allan, concluimos nuestro estudio de derecho comparado con el modelo jurídico inglés, adelantando que se extendió a los “países conquistados por Inglaterra a partir de la era de las grandes exploraciones, iniciada en el siglo XVI, cuando las potencias europeas -España, Inglaterra, Francia y Portugal, principalmente- se repartieron el mundo, implantando en sus colonias lenguas, costumbres, religiones y por supuesto también sus respectivas ciencias jurídicas.”²⁴ En el caso del Derecho Inglés, éste fue instaurado en las trece colonias británicas situadas al noroeste del continente Americano, donde pasado el tiempo se desarrolló con notas propias, si bien, sin apartarse de los lineamientos peculiares del *common law* en lo relativo a su “derecho común”, también alcanzando grados más evolucionados en lo que hace a su derecho constitucional y organización política. “Así, y por influencia del Derecho norteamericano, la jurisprudencia pasó finalmente a México durante el S. XIX como”²⁵ se verá en el apartado siguiente.

4.1.3.- Estados Unidos de Norteamérica.

²⁴ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, op. cit., pág. 16.

²⁵ Idem.

La característica más significativa que encontramos en el modelo del *Common Law* es la preponderancia de la costumbre y la jurisprudencia como principales generadores del mismo. Los anglosajones, al igual que nosotros conocen y utilizan el derecho escrito, sin embargo, mientras que en nuestro derecho se ha dado un papel prominente a la legislación, por influencia del derecho francés; en el suyo, lo ha tenido la costumbre y la jurisprudencia, o lo que ellos han denominado “el precedente”. “Así, debemos reconocer en primer lugar, que nuestro derecho ha sido fruto, al igual que nuestra cultura toda, de un “mestizaje” madurado por muchos siglos; inciden en él, el derecho romano, el hebreo y el canónico, el español, el árabe, el francés, el norteamericano (y a través suyo, por supuesto, también el inglés).”²⁶ En lo tocante a este trabajo, el Derecho Francés nos dio nuestra estructura constitucional, sobre todo en lo dogmático, pero en mucho influenciado por el Derecho Constitucional Norteamericano; y, el Derecho Inglés nos heredó a través del Norteamericano la jurisprudencia.

Consecuentemente, los creadores del juicio de amparo, “Manuel Crescencio Rejón en la Constitución Yucateca de 1841 y Mariano Otero en el documento intitulado Acta de Reformas, expedido en 1847,... se inspiraron en el modelo de revisión judicial de los Estados Unidos (al igual que algunos legisladores como Don Ignacio Mariscal)”.²⁷ La Constitución Yucateca de 1841, incorpora el Juicio de amparo o juicio constitucional, un método sumamente eficaz para defender las garantías individuales de los

²⁶ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, op. cit., pág. 17.

²⁷ FIX-ZAMUDIO, HECTOR, op. cit., pág. 356.

gobernados. Este nuevo juicio, tenía la gran virtud de defender toda garantía individual de los gobernados y no sólo las relativas a la libertad, como el "*Habeas Corpus*" del derecho anglosajón.

La revisión judicial estadounidense, en términos del distinguido tratadista J. A. C. Grant mencionado por Fix-Zamudio en su obra de referencia, se aplica a través de numerosos instrumentos procesales, y por ende constituye un principio y no una vía particular. En este sistema, los jueces más altos tienen la facultad de revisar la constitucionalidad de sus leyes; la diferencia sustancial entre el modelo norteamericano y el mexicano, es que aquél fue una creación de la misma Corte Suprema, ideado por Hamilton y el juez Marshall, y "ha sido efectivo incluso teniendo efectos *erga omnes* pese a carecer de sustento constitucional; el nuestro, en cambio, había sido establecido en la Constitución lo que, teóricamente, debió darle una fuerza jurídica superior, que finalmente no tuvo en forma cabal, por la intromisión de la fórmula mencionada (fórmula Otero)." ²⁸

Alexis de Tocqueville, en su obra "La democracia en América del Norte" nos comenta el alcance de la aplicación particular de una ley y su relación con la jurisprudencia, "Pero cuando el juez ataca una ley en un debate oscuro y sobre una aplicación particular, oculta en parte a las miradas del público la importancia del ataque. Su fallo sólo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por casualidad. Por otra parte, la ley así censurada está destruida: su fuerza moral ha

²⁸ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *op. cit.*, pág. 26.

disminuido, pero su efecto material no se suspende. Sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, llega a sucumbir". Para efectos de este trabajo debemos destacar dos aspectos de esta transcripción: primero, cuando el juez ataca una ley, con su fallo la vulnera por casualidad, la censura y la destruye, esto es, pierde su imperio. En otras palabras, consecuencia de la actuación del juez, la ley abatida deja de ser el camino a seguir por parte de jueces, abogados y gobernados, pese a su "obligatoriedad". Segundo, a pesar de esta embestida judicial, "sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, (la ley) llega a sucumbir", o sea, a través del juez, de la jurisprudencia, en un sistema de *stare decisis*, la ley de existir.

Esta idea de Tocqueville es recogida por Mariano Otero en los términos siguientes: "... el juez,... sin hacerse superior a la ley ni ponerse en oposición contra el poder legislativo, en cada caso particular en que ella debe herir, la hace impotente..."²⁹

Así, Mariano Otero elaboró el texto del artículo que fue aprobado con el número 25 del Acta de Reformas promulgada el 21 de mayo de 1847 en México, mejor conocida con el nombre de "fórmula Otero" y que a la letra dice, "limitándose dichos tribunales, a impartir su protección en el caso particular sobre el cual verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general de la ley o del acto que la motivare".³⁰

²⁹ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, op. cit., pág. 25.

³⁰ *Ibidem*, pág. 357.

Sin embargo, con posterioridad existieron en nuestro país congresistas como Don Ignacio Mariscal que dieron “a conocer el sistema jurisprudencial del *common law*, y la fuerza cuasilegislativa o legislativa que ella puede llegar a tener, en virtud del “*stare decisis*”, esto es, la costumbre de que los criterios vertidos en las sentencias, se convierten en obligatorios para otros órganos jurisdiccionales en la resolución de posteriores casos semejantes... “Mariscal sostuvo que las sentencias pueden tener la misma fuerza que una ley, tal como sucede en Estados Unidos... Es decir, se hizo una referencia histórica a la posibilidad de que las sentencias constituyan precedentes obligatorios,... Este principio fue comentado con interés, y comenzó a ser conocido por los juristas mexicanos de la época.”³¹ A partir de la Ley de Amparo de 1861 se suscitó el problema de diversidad de criterios surgidos en la interpretación de las normas constitucionales por parte de los Jueces de Distrito. Para evitar el extravío “tuvo que implementarse, más tarde, la fórmula característica del “*Common Law*”; en la que las decisiones de los órganos jurisdiccionales superiores, son obligatorias para los inferiores -*Binding precedents*-.”³² Con esta transcripción pretendemos destacar la íntima relación que guarda la figura de la jurisprudencia obligatoria de nuestro sistema judicial con el de los precedentes judiciales obligatorios del derecho norteamericano.

Ahora bien, el proyecto de Ley de Amparo de 1868, realizado por Ignacio Mariscal, establecía: “el juicio de amparo sólo era admisible contra la

³¹ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, op. cit., pág. 27.

³² ACOSTA ROMERO, MIGUEL, op. cit., pág. 27.

sentencia definitiva de última instancia y siempre que se alegara una violación directa de la Constitución Federal." Este texto pretendió copiar la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, en especial la sección 25 de la ley de 24 de septiembre de 1789, que consagraba, "contra la decisión última que pronunciara en un negocio un tribunal de un estado, si ella afectaba la inteligencia de la Constitución Federal o contrariaba alguna disposición federal, existía un recurso extraordinario denominado *writ of error*, que se seguía ante la Suprema Corte Federal".³³

En efecto, "...Mariscal,...presentó la iniciativa de ley de amparo de 30 de octubre de 1868 y sostuvo que al aplicar la ley de 30 de noviembre de 1861 los jueces emitieron 'interpretaciones contradictorias... han hecho multitud de consultas y hay aún algunos conflictos sin salida'. Después agregó que la idea central de los juicios de amparo 'fue tomada de los Estados Unidos... pero la hemos puesto en práctica con muy notables diferencias...'. Hizo alusión expresa al sistema norteamericano y después añadió 'aún cuando las sentencias de amparo deban tener para otros juicios toda la fuerza de ejecutorias, no hay duda que servirán para ir fijando la inteligencia de la Constitución... toda vez que el objeto principal, aunque indirecto de esos recursos, es comprometer al legislador a reformar su ley, o a las autoridades a abstenerse de ciertas providencias, por la repetición de las sentencias que las nulifiquen en determinados casos.'" ³⁴

³³ *Ibidem*, pág. 362.

³⁴ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *op. cit.*, pág. 28.

En apoyo de Mariscal, "...el diputado Dondé, en sesión de 18 de diciembre de 1868,... sostuvo: "El proyecto que se discute ha procurado que la corte de justicia en lo relativo a garantías sea la depositaria de la interpretación constitucional, con lo que se conseguirá que tenga siempre una misma aplicación, y que tanto el ciudadano de California, como el de Yucatán sepan que van a ser regidos en sus casos prácticos por una propia resolución. Esto estrecha el lazo federal, unifica los intereses de todos los mexicanos y mantiene siempre iguales los preceptos de nuestra constitución. ¿No sería ésta una gran conquista que redundaría en provecho del mantenimiento de la Unión? Es tan rigurosamente aplicado este principio en Estados Unidos que cuando los tribunales locales, al decidir alguna controversia, necesitan aplicar la constitución a las leyes generales, tiene que ir al proceso de apelación ante la corte suprema, porque sólo la justicia federal puede fijar el sentido de esas disposiciones en las controversias judiciales..."³⁵

Finalmente y, tal y como lo hemos advertido, para destacar la influencia del derecho norteamericano sobre nuestra institución de la jurisprudencia citamos al maestro Acosta Romero: "Así, por influjo de Mariscal, quien estaba inspirado en el modelo norteamericano, fueron introduciéndose paulatinamente en nuestro país las fórmulas jurídicas de aquella cultura extraña, que a la postre contribuyeron a enriquecer nuestro derecho dando cohesión y uniformidad a la interpretación de nuestros preceptos constitucionales. "Me parece conveniente ahondar en las ideas de

³⁵ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, op. cit., pág. 29.

Ignacio Mariscal, al que creo fundador de la "jurisprudencia" en México y quien influyó decisivamente en Vallarta. En su opúsculo "Algunas reflexiones sobre el juicio de amparo", escrito en octubre de 1878, Mariscal, con un estilo muy conciso, sentó las bases de la jurisprudencia. Configura genéricamente la institución al afirmar que toda sentencia de la Suprema Corte debe servir de precedente obligatorio para el propio órgano y, desde luego, para los tribunales federales inferiores."³⁶

En relación con el principio de declaración general de inconstitucionalidad es preciso señalar que en el derecho norteamericano implica la desaplicación de la disposición legal combatida, con lo cual supera a la mencionada "formula Otero": "por lo que se refiere a las resoluciones de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos ... debido al principio de *stare decisis* y del prestigio moral de la propia Corte, ninguna autoridad judicial o administrativa se atreve a aplicar el ordenamiento que dicha Corte ha declarado inconstitucional."³⁷ Este enunciado del maestro Fix-Zamudio lo podemos relacionar con la "Teoría de la Predicción" del jurista norteamericano Richard Posner, "podemos ... decir que los jueces, al actuar - esto es, al decidir casos- hacen derecho, y de esa forma la ley es lo que los jueces hacen así como las predicciones de lo que ellos van a hacer", y en la medida que el juzgador, en este caso el tribunal superior, cuenta con el reconocimiento de sus inferiores, la declaración de inconstitucionalidad de una ley se transforma en ley.

³⁶ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, op. cit., pág. 31.

³⁷ *Ibidem*, pág. 378.

Aún en un sistema de *Common Law*, "Existen ... problemas que dificultan la implantación de la declaración general de inconstitucionalidad, tales como los efectos retroactivos o sólo para el futuro (*ex tunc* o *ex nunc*) de la sentencia respectiva, tomando en consideración que en teoría, el sistema americano ha adoptado el primero y el austriaco el segundo, pero como lo ha puesto de relieve un reciente estudio del notable jurista norteamericano J. A. C. Grant, en las dos categorías mencionadas se ha llegado a soluciones intermedias que los aproximan de manera considerable." ³⁸ En consecuencia se han encontrado soluciones a esta problemática recurrente de sistemas legales, que podríamos describir como una cuestión de temporalidad de la declaración de inconstitucionalidad realizada por el aparato judicial de un Estado. Y es precisamente esta cuestión la que nos ocupó desde el principio de este trabajo, con lo cual encontramos una relación directa entre el sistema norteamericano y el mexicano, en tratándose de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, declaración que en nuestro sistema judicial corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se convierte en obligatoria al sentar jurisprudencia. De ser el caso, ¿por qué no reconocer los atributos de ley a la jurisprudencia obligatoria emitida por la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, así como la irretroactividad de la misma en perjuicio de persona alguna?

Al parecer, el maestro Fix-Zamudio comparte nuestro punto de vista. Para él se le deben dar "efectos generales sólo al criterio de los tribunales

³⁸ *Ibidem*, pág. 379.

federales que se hubiese reiterado en cinco ocasiones, con el voto favorable de catorce magistrados en pleno, cuatro en las salas de la Suprema Corte, y de los tres magistrados de los tribunales colegiados, de acuerdo con los requisitos que se exigen para la formación de la *jurisprudencia obligatoria*, que es un sistema peculiar del derecho mexicano, paralelo al *stare decisis*.” Hay que mencionar que la afirmación de Fix-Zamudio corresponde a la anterior organización de la Suprema Corte de Justicia mexicana; sin embargo con su comentario nos resuelve la cuestión de en qué casos se deben dar efectos generales a los criterios jurisprudenciales, además de comparar a la jurisprudencia obligatoria con el *stare decisis*, es decir, a la creación del Derecho por precedentes judiciales. Huelga decir que tal comparación apoya nuestra opinión sobre el carácter de fuente formal del Derecho de nuestra jurisprudencia obligatoria

Ahora bien, hemos estudiado y comparado los antecedentes históricos y legislativos de la jurisprudencia o del precedente judicial en Estados Unidos de Norteamérica, encontrando una relación directa con nuestra jurisprudencia obligatoria, desde su origen y posterior desarrollo. A partir de este momento, analizaremos una resolución de la Corte Suprema de éste país, relacionada con uno de los efectos de la jurisprudencia, el de la retroactividad.

El asunto en estudio y análisis será: No. 91-794, *HENRY HARPER, et al., PETITIONERS v. VIRGINIA DEPARTMENT OF TAXATION*, cuya resolución fue dictada el 18 de junio de 1993 por el Juez Scalia. En esta

resolución el Juez Scalia advierte que el concepto de retroactividad se ha relacionado como un problema general de la jurisprudencia, citando dos obras cuyos títulos nos demuestran el interés que este tema tiene en el derecho norteamericano, a saber, *Beytagh, Ten Years of Non Retroactivity: A Critique and a Proposal*; y, *Fallon & Meltzer, New Law, Non Retroactivity, and Constitutional Remedies* (Beytagh, Diez años de Irretroactividad: Una crítica y una propuesta; y, Fallon & Meltzer, Nuevo Derecho, Irretroactividad, y Remedios Constitucionales).

El Juez Scalia, comentando el caso denominado *Teague*, nos dice, "Finalmente, la opinión general en *Teague*,... descansó implícitamente en la bien establecida proposición de que el *stare decisis* tiene menos fuerza donde interviniendo decisiones "ha removido o debilitado los apuntalamientos conceptuales de previas decisiones." Sobre este caso se debe mencionar que, "En las cortes federales, la retroactividad de la aplicación de una nueva regla de jurisprudencia federal es gobernada por la decisión de la Corte Suprema en *Teague v. Lane*."

"Lo que más provoca comentario en la disidencia, como sea, no es su insistencia en que hoy, una doctrina rígida de *stare decisis* prohíbe su arreglo con la retroactividad, lo cual hace cuatro Términos no; sino la ironía de invocar al *stare decisis* en defensa de la resolución prospectiva. La resolución prospectiva es el "hecho a mano" del activismo judicial, y enemigo del *stare decisis*. Fue formulada en el auge del realismo legal y promovida como una "técnica de creación judicial del derecho" en general, y más

específicamente como un medio para hacer más fácil anular el precedente previo. De esta manera, la disidencia está diciendo que el *stare decisis* demanda la preservación de métodos de destrucción del *stare decisis* recientemente inventado en violación del *stare decisis*." La verdadera opinión ("tradicional") es que la resolución prospectiva es incompatible con el poder judicial, y que las Cortes no tienen autoridad para comprometerse en la práctica.

Scalia, al comentar el caso *Linkletter* nos dice que, en éste se reconoce que "en el *common law* no había autoridad para la proposición de que las decisiones judiciales hagan derecho sólo para el futuro." Y antes de este caso, los proponentes académicos de la resolución judicial prospectiva reconocieron que su propuesta contradijo la práctica tradicional. Efectivamente, las raíces de la tradición contraria son tan profundas que el Juez Colmes estaba preparado para poner en peligro la opinión de que "las decisiones judiciales han tenido aplicación retrospectiva por cerca de mil años." Este último comentario es por demás interesante, el Juez Colmes comenta la resolución retrospectiva, práctica con la cual estamos de acuerdo, y no debemos confundirla con la aplicación retroactiva de la ley, la cual genera un perjuicio para los gobernados, y en nuestro derecho jurisprudencial con la aplicación retroactiva de la "jurisprudencia obligatoria".

Por su parte, el Juez O'Connor, citado por Scalia, asevera que "cuando la Corte cambia su parecer, la ley cambia con él." Ese concepto es extraño para la tradición legal y constitucional norteamericana y pudo haber

golpeado a John Marshall como una extraordinaria declaración de poder. La concepción del papel que posee el poder judicial, y que fue compartida por subsecuentes generaciones de jueces norteamericanos hasta muy recientes tiempos, resultó ser “el campo y el deber del departamento judicial para decir lo que la ley es,” no lo que la ley debe ser. Esa percepción norteamericana del papel del poder judicial apareció no de la filosofía de Nietzsche sino de la jurisprudencia de Blackstone, la cual vio a la retroactividad como una característica inherente del poder judicial, un poder “no delegado para pronunciar una nueva ley, sino para mantener y explicar la anterior.” Aún cuando una “determinación previa sea evidentemente contraria a la razón... o contraria al derecho divino,” el juez nulificando esa decisión “no pretendería hacer una nueva ley, sino reivindicar la anterior de una apreciación equivocada.” Sobra decir que en este caso estamos de acuerdo con el alcance que tiene la decisión judicial. Asimismo Scalia dice que la resolución retroactiva fue considerada una distinción principal entre el poder judicial y el legislativo. En relación con ésta distinción, T. Cooley citado por Scalia, comenta, “se dice que lo que distingue un acto legislativo de uno judicial es, que el primero es una determinación de lo que la ley existente es en relación con alguna cuestión ya hecha o sucedida, mientras que el otro es una predeterminación de lo que la ley debe ser para la regulación de casos futuros.” Sobre esta transcripción vale la pena comentar que en determinados casos la decisión judicial sí implica “una predeterminación de lo que la ley debe ser (precisamente) para la regulación de casos futuros”, tal como sucede con los precedentes judiciales obligatorios norteamericanos y la “jurisprudencia obligatoria” de nuestro país. Los críticos de la regla tradicional

de la retroactividad eran concientes de que estaba fundamentada en lo que uno de ellos desdeñosamente llamaba “otra ficción conocida como la Separación de Poderes”.

El proceso de resolución prospectiva fue conocido como una herramienta práctica del activismo judicial. A los ojos de sus enemigos, ésta doctrina “que huele a proceso legislativo,” “invadiendo las prerrogativas del departamento legislativo del gobierno”, removió “una de las grandes restricciones inherentes a la Corte partiendo del campo de la interpretación al de la creación del derecho,” causando que la actuación de la Corte fuera asimilada a la de la legislatura. Los “amigos” de esta doctrina la vieron como una forma de “aumentar el poder de las cortes para contribuir con el desarrollo de la ley en razón de las demandas de la sociedad”, como una técnica deliberada y conciente de creación judicial del derecho, y como un medio para facilitar un proceso de creación judicial del derecho más eficiente y defendible. Estos comentarios de Scallia no dejan de llamar la atención en relación con la hipótesis planteada al inicio de este trabajo de investigación; debemos tomar en cuenta que estos comentarios se relacionan con la doctrina de la resolución prospectiva y no de la aplicación retroactiva de los precedentes judiciales, situación que es similar a la aplicación retroactiva de la “jurisprudencia obligatoria” de nuestro Derecho Jurisprudencial.

En conclusión el Juez Scallia establece, “En suma, yo comparto la opinión de la Corte porque la doctrina de la resolución prospectiva no es protegida por nuestro principio flexible de *stare decisis*; y porque ningún

“amigo” del *stare decisis* querría que así fuera.” Por supuesto que nosotros tampoco querríamos que la resolución prospectiva se aplicara en nuestro país en detrimento de la “jurisprudencia obligatoria”, a través de la cual se establece el criterio a seguir, lo que debe ser la ley, no lo que es, y es precisamente este criterio el que no debe ser aplicado en forma retroactiva en perjuicio de persona alguna.

Al contener la anterior resolución el pensamiento o criterio que sostiene actualmente la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica sobre la aplicación retroactiva de los precedentes judiciales o jurisprudencia, consideramos agotado el estudio y análisis de este país.

4.2.1.- Sistemas Judiciales de Derecho Escrito.

4.2.2.- Argentina.

Para comentar los efectos generales y particulares de la Jurisprudencia en Argentina, tanto en lo teórico como en lo práctico, nos apoyaremos en la ya citada obra del jurista argentino Julio Cueto Rúa, “Fuentes del Derecho”.

En su introducción al capítulo relativo a la Jurisprudencia, Cueto Rúa establece: “Ahora veremos también cómo las palabras que pronuncian los jueces, y las acciones que ellos ejecutan en la solución de los conflictos, representan un valioso criterio de objetividad, de una importancia mucho

mayor de la que habitualmente se le asigna.”³⁹ En esa medida, los jueces, al igual que los legisladores se ven en la necesidad de encontrar fundamento para su decisión, en ciertos hechos sociales perceptibles que les guíen en la adopción de la medida, por lo que el análisis de las fuentes del Derecho pone de manifiesto una interacción recíproca entre los órganos y el núcleo o grupo social. Las acciones de los jueces, al igual que las palabras y acciones de los legisladores, “presentan la solidez y consistencia necesarias para funcionar adecuadamente como fuente del Derecho tanto respecto de los funcionarios como de los integrantes del grupo social.”⁴⁰

Para Cueto Rúa, “al referirnos en la actualidad a la jurisprudencia como fuente, aludimos a las decisiones de conflictos por órganos del grupo social, exteriorizadas mediante expresiones conceptuales, ya orales, ya escritas. ... Y aunque esto es la expresión conceptual de aquello, y por ello se encuentran íntimamente relacionados, no cabe duda que suministra una base distinta para la interpretación que la que podría lograrse mediante la intuición directa de la conducta viviente del Juez y de las partes.”⁴¹ Esta referencia a la sentencia por parte de Cueto Rúa, es atinada en relación con la documentación que hace el Juez de la interpretación de dispositivos legales y aplicación al caso concreto, ya que este proceso de interpretación y aplicación son la base de la Jurisprudencia, tanto en Argentina como en nuestro país.

³⁹ CUETO RUA, JULIO, *Fuentes del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, pág. 123.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 125.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 127.

Para entrar en materia, Cueto Rúa dice que las sentencias "de los jueces son fuente del Derecho porque ellas inspiran a otros jueces, a los funcionarios administrativos, a los legisladores, y a los integrantes del grupo social, llevándoles a actuar de una manera similar en el futuro."⁴² Sobra decir que esta afirmación la debemos relacionar con la tantas veces comentada por nosotros, Teoría de la Predicción del jurista norteamericano Richard Posner, así como con los efectos de nuestra jurisprudencia obligatoria. Cueto Rúa continúa afirmando que el criterio seguido por el tribunal superior, es adoptado comúnmente en subsiguientes decisiones por órganos inferiores, ya sea por disposición expresa de la ley, ya sea por la autoridad moral de los tribunales superiores. Pero para efectos prácticos, "desde el punto de la experiencia humana ese sistema sólo tendrá valor como Derecho en la medida en que sea aplicado a los negocios habituales de los integrantes del grupo social, a su vida familiar y a su organización". "En esta tendencia debe verse una expresión del valor orden. En el juez, como órgano social, gravita la inclinación a consolidar el orden de cosas establecido, y evitar los motivos de conflicto, desajuste, o desorientación. El propio juez es una expresión de ese orden y desde su aventajada posición influye para articularlo, y perfeccionarlo. Sabe que por el solo hecho de adoptar el mismo criterio seguido por sus colegas en casos anteriores similares contribuye a afianzar el orden existente, el orden que respecto del tipo de conflicto en consideración, comenzó a establecerse la primer decisión jurisprudencial en

⁴² Ibidem, pág. 128.

la materia.”⁴³ Consideramos que a esta bella expresión de Cueto Rúa sobre la actividad gregaria de los jueces al sentar jurisprudencia, no es necesario hacer comentarios, así que pasemos al apartado “de la individualidad de la sentencia a su generalidad como fuente”.

Cueto Rúa comienza con una pregunta, ¿De qué manera la decisión de un caso que es, por necesidad, único, puede transformarse en fuente del Derecho? “Ello es posible porque la decisión anterior es sometida a un proceso de generalización y categorización por virtud del cual se eliminan del caso una serie de notas irrelevantes, y se conservan sus datos significativos.”

⁴⁴ Una vez seleccionados los hechos relevantes del caso, se los subsume en un género o categoría dotado de extensión lógica, de tal manera que el hecho concreto juzgado resulta ser sólo un ejemplo dentro de una categoría genérica de casos, así surge la posibilidad de que la sentencia dictada pueda guiar la decisión de casos siguientes similares, es decir, “susceptibles de ser considerados también como ejemplos o especies de la misma categoría o género.”⁴⁵ Para Cueto Rúa, en esas circunstancias, tanto el primer caso como el segundo son ejemplos de la misma categoría de problemas jurídicos. Las diferencias serán consideradas irrelevantes, y las similitudes esenciales.

Sobre el párrafo anterior, la conclusión que aporta Cueto Rúa es relevante para este trabajo de tesis, “Los integrantes del núcleo ya han

⁴³ Ibidem, pág. 130.

⁴⁴ Ibidem, pág. 131.

⁴⁵ Ibidem, pág. 132.

experimentado un conflicto similar y saben cómo ha sido resuelto. Ahora observan la reaparición del mismo tipo de conflicto, y comprueban la reiteración de la solución.”⁴⁶ Es precisamente este alcance que tienen las resoluciones de los más altos tribunales de un país con un sistema judicial de precedentes obligatorios o jurisprudencia obligatoria, que llevan a sus gobernados a actuar de determinada manera, a los abogados a excepcionarse y defenderse con base en determinado precedente o jurisprudencia, y a los órganos jurisdiccionales a fallar en determinado sentido. En consecuencia, es por este alcance que no se debe dar efectos retroactivos al precedente judicial o a la jurisprudencia obligatoria en perjuicio de los gobernados, sobre todo cuando ésta colma una laguna que presenta la ley que interpretó. Finalmente, “con ello se gana certidumbre en la predicción de las consecuencias probables de las acciones que se acometen en el seno del grupo social.”⁴⁷

En cuanto a la determinación de la analogía o similitud de los casos, “Si sólo los hechos mencionados en las normas jurídicas generales tuvieran relevancia jurídica, la jurisprudencia, caracterizada precisamente por atribuir relevancia a hechos no mencionados en la norma general, no desempeñaría función de fuente. Esta conclusión, desde luego, está desmentida por los hechos, además de ser teóricamente insostenible.” Consecuentemente, “Los hechos cuya relevancia surge del tratamiento que han recibido de parte de

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

los órganos jurisdiccionales, delimitan el ámbito en que la sentencia operará como fuente.”⁴⁸

Cueto Rúa, comenta el problema consistente en el “manipuleo lógico” de diversos conceptos empleados en una fórmula normativa general que permite aumentar o disminuir su extensión lógica (sobra decir que esta situación se reproduce en nuestro sistema legal). Y continúa, “Su propia “elasticidad” lógica facilita su conflicto con otras dotadas de no menor generalidad.”⁴⁹ Después de este comentario, Cueto Rúa menciona diversos principios de suma generalidad que existen en la legislación argentina, y podemos pensar que en toda legislación influenciada por el Derecho Canónico, tales como, “buen padre de familia”, “buenas costumbres”, etcétera.

Ahora bien, coincidimos con Cueto Rúa en que estos principios desempeñan una función de máxima importancia en la experiencia jurídica y la determinación de su alcance una “norma” protectora del núcleo social. “Sin embargo, las normas generales no suministran, ni pueden suministrar, criterios claros y objetivos para guiar a los jueces en la determinación de los hechos por ellos mencionados. Esta tarea recae en los propios jueces y para ello utilizan la experiencia de sus colegas en el pasado, quienes han debido

⁴⁸ Ibidem, pág. 134.

⁴⁹ Ibidem, pág. 135.

enfrentar problemas humanos concretos, y definir su sentido jurídico dando un contenido cada vez más específico a estos vagos términos legales.”⁵⁰

En relación al valor de la jurisprudencia Cueto Rúa afirma que, “En los países cuyos tribunales se encuentran organizados jerárquicamente, el más alto valor como jurisprudencia, lo adquieren los fallos de los Tribunales Superiores.”⁵¹ Esta situación es la que priva tanto en Argentina como en nuestro país con la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Identificada esta valoración, Cueto Rúa dice que una norma admite y debe admitir, ante su generalidad, diversas interpretaciones en razón de las cambiantes modalidades relevantes de los casos sometidos a consideración judicial, y por modalidades debemos entender cuestiones de hecho. Por tanto, la jurisprudencia, “Extiende o restringe el alcance de las normas jurídicas, para permitir la conceptualización de los conflictos humanos de modo tal que las sentencias sean justas, y contribuyan al afianzamiento de los valores jurídicos.”⁵²

Sobre el papel que juega la jurisprudencia como fuente del derecho en el núcleo social, Cueto Rúa afirma que, “La gravitación de la jurisprudencia como fuente se basa en el hecho de que los órganos comunitarios, al dirimir una disputa, atribuyen sentido jurídico específico a conductas determinadas. De esta manera, se sienta un precedente, se establece un cierto orden, se suministra seguridad, se afianza la paz, se consolida el poder de las

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Ibidem*, pág. 137.

⁵² *Ibidem*, pág. 139.

autoridades del grupo, y, se facilita la acción cooperativa y solidaria de los integrantes del núcleo social.”⁵³ Sin embargo, es necesaria la reiteración de ese sentido jurídico específico, una sola sentencia no puede ser suficiente para establecer orden, se debe comprobar su objetividad, en palabras de Cueto Rúa, “conocer si ese criterio recibe la aceptación comunitaria... tal aceptación se expresa, en primer término, por los demás órganos de la comunidad a quienes compete decidir conflictos.”⁵⁴ Al compartir tal solución, los demás órganos resolverán los casos similares de la misma manera, entonces, el precedente se consolida.

Como se ha mencionado, “No juegan aquí solamente los factores jerárquicos a que ya hemos aludido, sino también el prestigio social de que gozan los más altos órganos de justicia de la comunidad... Sus decisiones imponen respeto, y se presentan dotadas de una autoridad que las hace susceptibles de más fácil aceptación por los demás.”⁵⁵

En relación con las variaciones jurisprudenciales, sobre las cuales descansa una de las más importantes críticas al carácter de fuente formal de derecho de la jurisprudencia, Cueto Rúa afirma que, ocurren comúnmente “cuando se ha operado tal modificación de las circunstancias sociales, que el primitivo criterio, ajustado a las condiciones de hecho vigentes en el momento en que se dictó dicho fallo, ya no constituye más la expresión conceptual adecuada del nuevo sentido adquirido por la conducta de los

⁵³ Ibidem, pág. 141.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibidem, pág. 142.

integrantes del núcleo social.”⁵⁶ No podemos más que estar de acuerdo con esta afirmación y resaltar que la variación jurisprudencial coincide normalmente con una modificación de las circunstancias sociales, en otras palabras, el criterio deja de corresponder a la realidad social; consecuentemente, el aplicar un criterio “nuevo” a un caso planteado antes de su “entrada en vigencia”, tampoco puede corresponder a los hechos del caso.

Ahora bien, se dice que en las anteriores circunstancias, corresponde a la legislatura poner el remedio, “ajustando la legislación a las nuevas modalidades de hecho.” “Este procedimiento es predicado sobre la base de que la ley es la única fuente del Derecho, siendo los legisladores los únicos dotados de potestad para modificar el Derecho vigente: La tesis de que sólo los legisladores crean el Derecho es una ideología diariamente desmentida por la realidad. Y... no se ve qué razón de esencia pueda existir para negar a los jueces que sentaron una jurisprudencia cuando los hechos sociales presentaban ciertas características, la facultad de modificarla cuando esos hechos cambian.”⁵⁷ Sobra decir que estamos totalmente de acuerdo con lo expresado por Cueto Rúa en estas líneas, y lo consideramos parte de los elementos de convicción que deben servir de base para demostrar la hipótesis de este trabajo de tesis.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Ibidem, pág. 143.

Cueto Rúa al comentar las modalidades de la jurisprudencia en la aplicación de las leyes, hace varias reflexiones por demás interesantes, incluso de Derecho Comparado. Comienza por decir que los jueces no proceden arbitrariamente en su tarea de resolver conflictos, aplican el Derecho, esto es, una norma general preexistente. Estas normas se expresan de distintas formas.

Por ejemplo, en comunidades como en la de Estados Unidos de Norteamérica, mucho se confía a los jueces para que experimenten nuevas formas de convivencia y “de sus decisiones se infieren las normas generales que han de regir la conducta de los miembros del grupo social.”⁵⁸ Cueto Rúa comenta en relación con el Derecho Comparado que distintas formas de normación general son utilizadas actualmente sin llegar al extremo que unas excluyan a las otras, al contrario, se combinan. En consecuencia, “El Derecho consuetudinario predomina en las comunidades primitivas. El derecho de origen judicial en Inglaterra, la mayor parte de las Naciones que integran la Comunidad Británica, y los Estados Unidos. El Derecho legislado en los países de inspiración romanista, como lo son la mayoría de los países europeo-continentales y latinoamericanos.”⁵⁹ Casualmente este comentario nos aporta un marco de referencia para este trabajo de investigación, el cual resaltamos en el sentido de que para el jurista argentino estas formas de normación general no existen en forma aislada, sino que se combinan en razón del país de que se trate, tal y como sucede en nuestro país cuando

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 146.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 147.

nuestra "jurisprudencia obligatoria" termina siendo la norma general aplicable al caso concreto.

En especial, "en los países romanista, la jurisprudencia gira principalmente alrededor de la integración y aplicación de las leyes. La ley es, en estos países, la principal fuente del Derecho. A ella se acude en primer término para encontrar los sentidos de conducta de los miembros de la comunidad." ⁶⁰ Consecuentemente y a favor de los que desconocen "carácter creador a la actividad de los jueces, y para negar valor de fuente del Derecho a la jurisprudencia... los fallos presentarían un carácter derivado y secundario como fuente totalmente dependiente de la ley." Evidentemente este criterio es el que desgraciadamente existe y aplica nuestro poder judicial.

Sin embargo, todo concepto legislativo puede devenir equivoco al cambiar la contextura de la realidad a la que se refiere. Además, "los legisladores suelen utilizar conceptos o procedimientos que dejan un ámbito deliberadamente abierto a la discreción jurisprudencial, especialmente cuando es obvia la necesidad de permitir una efectiva individualización de la norma a las peculiaridades del caso." ⁶¹ Por ejemplo, en el Derecho Penal en materia de sentencias criminales.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Ibidem, pág. 150.

Cueto Rúa para finalizar este tema nos señala las tres funciones que desempeñan las sentencias: “Primero: suministran un contenido más específico a los conceptos generales de la norma legislativa; Segundo: definen el ámbito recíproco de aplicación de las diversas normas vigentes; Tercero: adecuan la norma legislativa general a las peculiaridades de los casos concretos.”⁶²

Para Cueto Rúa, en relación con el tema de las modalidades de la jurisprudencia en el Derecho Jurisprudencial, “el problema del juez es... que la norma a la que recurre como fuente para aplicar al caso concreto, carece de generalidad.” En esta afirmación diferimos del jurista argentino porque es precisamente el precedente judicial obligatorio que se invoca y aplica, el que ha sido desprendido de las particularidades del caso concreto, gozando de generalidad. Sin embargo, más adelante Cueto Rúa comenta en relación con los países con sistemas jurídicos de *Common Law*, el proceso a través del cual se determinan los hechos relevantes de una sentencia, así como qué generalidad se debe atribuir a las categorías en las que se incluirán los hechos relevantes, etcétera. Finalmente Cueto Rúa nos comenta que los precedentes demandan acatamiento. “*Stare decisis et quieta non movere*”. Aceptar lo decidido en el pasado y no alterar lo ya resuelto.

Por lo que hace al problema de la unificación de la jurisprudencia y las técnicas para lograrlo, Cueto Rúa sostiene que: “la forma más sencilla consiste en designar un órgano de jerarquía superior al que se pueda

⁶² *Ibidem*, pág. 151.

someter en última instancia el problema que ha suscitado la divergencia, para que pronuncie su última palabra.”⁶³ En el caso del *Common Law*, esto se resuelve con bastante sencillez mediante el recurso de apelación.

En Argentina, país de organización federal, se plantea el problema de asegurar la supremacía de la legislación de carácter federal sobre la de carácter local, y más aún, de los preceptos de la Constitución federal. Para estos fines se utiliza la técnica del recurso extraordinario. “La unificación se logra mediante la potestad reconocida a un Tribunal superior para decidir casos en que se ha alegado un conflicto entre la Constitución federal y normas inferiores, o entre normas federales y locales.”⁶⁴ Y para asegurar la supremacía de las normas nacionales, en Argentina, por ejemplo, la Suprema Corte está autorizada a intervenir, entre otras hipótesis, cuando el tribunal inferior se pronuncia en contra de la validez de la ley nacional, título, derecho o privilegio fundado en alguna norma federal. Y al igual que en México, la declaración de inconstitucionalidad que haga la Suprema Corte de Argentina, se limita al caso que ha motivado la sentencia, es decir, no invalida la ley de un modo general para el futuro. “Pero su decisión en contra de la norma inferior, declarándola inconstitucional, generalmente la hiere de muerte, pues los órganos estatales, por obvias razones de economía procesal, ajustan su criterio al de la Suprema Corte, prescindiendo de su

⁶³ Ibidem, pág. 162.

⁶⁴ Ibidem, pág. 164.

aplicación en lo sucesivo.”⁶⁵ No deja de llamar la atención esta referencia por parte de Cueto Rúa a Alexis de Tocqueville.

Cueto Rúa adicionalmente comenta el problema consecuencia de la “existencia de diversos tribunales finales de la misma jerarquía, en la misma jurisdicción, con competencia sobre la misma materia. La multiplicidad de órganos crea la posibilidad de la jurisprudencia contradictoria. La suerte de un litigio puede depender de un factor tan aleatorio, como el sorteo de la Cámara o Sala que ha de decidir el caso apelado.”⁶⁶ Problema que es resuelto mediante el fallo plenario.

Asimismo Cueto Rúa nos señala en relación a la “jurisprudencia obligatoria”, la peculiaridad técnica de determinados sistemas jurídicos en los que se va más allá de la organización jerárquica de los tribunales, y se sostiene el carácter obligatorio de la jurisprudencia, cuando los jueces inferiores deben ajustar sus fallos al criterio señalado por jueces superiores, tal y como sucede en nuestro país. Este ha sido en Argentina el criterio contenido en “la reforma introducida al sistema de los acuerdos plenarios mediante el artículo 28 de la ley 13.998, como así también de la derogada reforma constitucional de 1949 con referencia al alcance de los fallos de la Suprema Corte sobre materia constitucional.”⁶⁷

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 165.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 166.

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 167.

Sobre lo anterior, la conclusión a la que llega Cueto Rúa es ilustrativa para este trabajo de tesis, “En estos casos puede hablarse de que los legisladores han llevado a cabo una delegación de funciones, al otorgar a los más altos tribunales de dichas jurisdicciones, la facultad de interpretar con carácter obligatorio para los Tribunales inferiores, el Derecho aplicable en los casos.” De esta conclusión debemos comentar dos aspectos, el primero la delegación de funciones hacia los más altos tribunales, funciones que implican una actividad “cuasi legislativa”; y el segundo, la facultad de interpretación con carácter obligatorio del Derecho aplicable en los casos, es decir, la facultad de creación de una norma general. “En síntesis: la llamada obligatoriedad de la jurisprudencia dispuesta por sanciones legislativas no atribuye carácter de fuente a algo que ya lo tenía, pero le atribuye obligatoriedad formalmente y la coloca en el mismo nivel de la ley en países en los que ésta había ocupado hasta ahora una posición de preeminencia.”⁶⁸

Para concluir con el estudio y análisis de esta interesantísima obra, comentaremos el tema de la interpretación de la jurisprudencia. Según Cueto Rúa, “En los países de tradición romanista no es común plantearse el problema de la interpretación de la jurisprudencia. Ha gravitado, en este sentido, la tradición doctrinaria que ha visto en la ley la fuente principal del Derecho. En última instancia, todo revertía a la ley. La jurisprudencia era, después de todo, el resultado de la interpretación de la ley, y, según la teoría dominante, su validez e influencia era derivada. ... La ley era un conjunto de conceptos en los que había adquirido forma definitiva la voluntad del

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 169.

legislador, o bien, un juicio lógico que abarcaba en su generalidad, un número indefinido de casos, prescribiendo una determinada obligación para todos aquellos casos susceptibles de ser subsumidos en sus términos.”⁶⁹ Sin embargo en la opinión de Cueto Rúa, y de nosotros, esta situación ha adquirido, un significado muy distinto.

“Si hubiéramos de analizar los problemas jurídicos desde el punto de vista del habitante que sufre las consecuencias de una determinada interpretación jurisprudencial, o del abogado a quien le interesa ganar un litigio, o del comerciante que debe decidir el curso futuro de su conducta en las operaciones mercantiles, o del funcionario administrativo que debe expedirse acerca de una petición efectuada por un ciudadano, es evidente que lo que interesa, al punto de ocupar el primer plano de la atención del interesado, es predecir la conducta probable de los órganos del Estado, si se ejecutan ciertos actos. ... Si se trata de adelantar un juicio sobre la probabilidad de definidas consecuencias jurídicas imputadas a cierta conducta, no es aconsejable fundarse en la pura especulación de lo que autoriza determinada norma jurídica dentro del amplio campo de su extensión lógica sino, más vale, indagar humildemente qué han dispuesto sobre el punto los órganos de la comunidad que han aplicado con anterioridad la ley a casos similares.” Más de acuerdo no podemos estar con Cueto Rúa. El inconveniente que deviene en un perjuicio al habitante, al abogado, al comerciante, al funcionario, etcétera, es la variación

⁶⁹ Idem.

jurisprudencial y aplicación de la misma, que lo deja en un estado de indefensión jurídica y por supuesto, impide predecir el futuro.

“El análisis minucioso de la conducta judicial en el pasado, o, para utilizar términos más afines con nuestra tradición doctrinaria, el estudio de la jurisprudencia, sobre todo si se la sigue en su evolución histórica, pone de manifiesto un invisible ligamen entre las sentencias dictadas por los jueces y la evolución de las costumbres, el cambio de los datos materiales de la vida social, las variaciones en las valoraciones vigentes, y las exigencias de la vida comunitaria.”⁷⁰ Para Cueto Rúa, el abogado al sacar adelante la consulta de su cliente, adelanta un juicio sobre el resultado probable que ha de tener la conducta a seguir al momento de ser presentada como caso ante el órgano jurisdiccional. “Y en esta tarea, nada hay más seguro que efectuar un juicio de comparación entre el curso de acción a seguir en el futuro y la jurisprudencia vigente sobre problemas similares. Nótese que Cueto Rúa habla de “jurisprudencia vigente”, es decir, tal y como sucede con cualquier norma general, su aplicación se encuentra sujeta a una vigencia. En consecuencia, al referirnos a la jurisprudencia como el criterio vigente sobre el cual se deba resolver el caso planteado al órgano jurisprudencial, a favor del gobernado, no se le debe dar efectos retroactivos cuando ha dejado de estar vigente, cuando ha operado la variación jurisprudencial de la que habla el propio Cueto Rúa.

4.2.3.- España.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 171.

Ante la extensa bibliografía a nuestro alcance, hemos decidido limitar el estudio y análisis de los efectos de la Jurisprudencia en ese país a la completísima obra, "*La Jurisprudencia, ¿Fuente del Derecho?*", de Félix M. Calvo Vidal.

En relación con este tema, Calvo Vidal nos comenta al principio de su obra sobre la división de poderes y las fuentes del derecho, tema que ya ha sido comentado por nuestra parte en el capítulo primero de esta tesis, razón por la cual, comenzaremos por analizar el tema de la jurisprudencia en sentido estricto, antes de la Constitución española de 1978.

Antes de la entrada en España del recurso de casación, se aceptaba que todos los órganos judiciales creaban jurisprudencia. Sin embargo, el concepto se restringía al criterio constante y uniforme mantenido por el Tribunal Supremo: "Se concentra la jurisprudencia en este alto Tribunal y se desecha como jurisprudencia, la doctrina del resto de los poderes jurisdiccionales del Estado."⁷¹

En este sentido Clemente de Diego señala el criterio y definición de la jurisprudencia: "en el uso común no se da el nombre de jurisprudencia a una cualquier aplicación aislada del Derecho, sino a la repetida, coherente y uniforme, por tal modo que revele un criterio y una pauta general de decisión y de obrar, un hábito y modo constante de aplicarla"; y la define como: "el

⁷¹ CALVO VIDAL, FELIX M., *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, Ed. Lex Nova, Valladolid, España, 1992, pág. 77.

criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo, en sentido formal; y en sentido material, el conjunto de sentencias del Tribunal Supremo por las que se revela el modo uniforme de aplicar el Derecho".⁷² A partir de esta idea de jurisprudencia presentan sus definiciones los autores modernos, con el común denominador "de reducir su concepto a las sentencias que de modo reiterado y constante establezca el Tribunal Supremo al resolver los casos sometidos a su alcance, pues así lo establece el Código Civil y lo viene exigiendo dicho Tribunal."⁷³

"La generalidad de la doctrina admite, pues, este concepto de jurisprudencia en sentido estricto, al menos con anterioridad a la Constitución de 1978, aunque también hay alguna opinión aislada que se aparta de esta acepción sostenida por la mayoría de los autores como ocurría con el profesor De Buen para quien la jurisprudencia es "la doctrina sentada por los tribunales en cuanto adquiere fuerza normativa, y se impone así como obligatoria para lo sucesivo". Esa acepción implica el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del Derecho."⁷⁴ Antes de hacer comentarios a la acepción del maestro De Buen, establezcamos cuál es la situación del concepto después de la Constitución Española de 1978.

A partir de la entrada en vigor de la Carta Magna española de 1978, la situación se complica. Por principio de cuentas la actividad jurisprudencial se desenvolverá en planos y órganos distintos a los propios del Tribunal

⁷² Ibidem, pág. 78.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Ibidem, pág. 80.

Supremo."Nos estamos refiriendo al Tribunal Constitucional y a los tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (artículos 159 y ss. de la Constitución y 152.1, & 2.o del mismo texto, respectivamente)." ⁷⁵ De tal suerte que será jurisprudencia en sentido técnico y estricto únicamente la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al resolver las cuestiones que se le planteen conforme al sistema de fuentes establecido en el Código Civil. Otra jurisprudencia será la doctrina que sienta el Tribunal Constitucional al abordar las cuestiones ante él suscitadas. Cabe mencionar que la aplicación de esta última es obligatoria por los órganos del poder judicial.

Finalmente el profesor De La Morena, citado por Calvo Vidal, nos señala que cabe hablar de una verdadera superposición de jurisprudencias a tres niveles, a la vista de lo cual no habrá más remedio que retocar el artículo 1.6 del Código Civil. Estos tres niveles son:

- "a) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, cuyos fallos, en aplicación del Derecho Comunitario..., con primacía sobre cualesquiera normas del Derecho interno o sentencias de los tribunales nacionales en contrario.
- b) El Tribunal Constitucional.
- c) El Tribunal Supremo." ⁷⁶

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 81.

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 83.

En cuanto a la cuestión de la jurisprudencia, aplicación e interpretación del Derecho, Calvo Vidal cita a Casals: "el que interpreta, no crea, sino que recrea en su actividad, algo preexistente en abstracto, al que se da actualización vivencial. Interpretar no es realizar un análisis lógico de algo, ni desarrollar un teorema, ni completar una obra de arte, sino algo más sutil y profundo, interpretar es vivenciar la norma, hacerla vital para un ser humano y para la sociedad".⁷⁷ Si bien estamos de acuerdo para efectos prácticos con el anterior señalamiento, no hay que pasar por alto que los jueces que tienen encomendada la tarea de establecer el alcance de la norma general y en su caso, colmar la laguna que presenta, crean el derecho, tal y como ha quedado demostrado a lo largo de este trabajo de investigación.

"Según una terminología que habitualmente se viene utilizando se dice que el "acto normativo", como expresión final de un poder normativo, se concreta en "disposiciones" en las que el legislador pretende "imprimir" cierto significado utilizando determinadas fórmulas. Sin embargo, dichas disposiciones, a su vez, deben "expresar" un significado para aquellos a quienes van dirigidas las disposiciones. A tal fin serviría la interpretación, medio de expresión de los contenidos normativos de las disposiciones."⁷⁸ En consecuencia, volvemos a nuestra cuestión inicial. Cuál es el alcance de ese significado general para todos aquellos a quienes van dirigidas las disposiciones normativas y actualizan sus hipótesis, en casos similares.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 84.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 85.

En conclusión, el juez "Realiza siempre una labor de creación, sin que ello suponga que no venga vinculado a la norma. Unos tratadistas destacan tan solo la labor de aplicación de la norma. Otros, la labor de la creación. Pero lo cierto es que el juez debe aplicar la norma abstracta y convertirla en otra norma concreta, distinta de la anterior. Sólo así pueden explicarse las discrepancias de la jurisprudencia permaneciendo estable la ley. Si los jueces se limitaran a declarar la voluntad de la ley, permanecerían inexplicables los contrastes de la jurisprudencia. Como advierte Lalaguna: lo que explica el sentido creador de la interpretación jurisprudencial es precisamente la imperfección de la obra legislativa ante una situación jurídica singular: el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley." ⁷⁹ Pues es precisamente a esta interpretación que, ante sus características, no se debe dar efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna.

Calvo Vidal para establecer las diferencias entre los sistemas sobre el valor de la jurisprudencia, a saber, el sistema continental o normativista y el sistema judicialista, y destacar el valor que tiene la jurisprudencia en España, comenta ambos sistemas, y en el caso del sistema judicialista lo hace en referencia a los sistemas inglés y norteamericano, los cuales omitiremos por haber sido previamente estudiados y establecidas sus características.

Respecto del sistema continental o normativista, Díez-Picazo, citado por Calvo Vidal, señala que: "en los sistemas de derecho continental, la primacía jurídica que se concede a la ley ha impedido que se reconozcan a

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 87.

los precedentes judiciales y a las decisiones de los tribunales un valor vinculante y que por consiguiente sean consideradas como genuinas fuentes de Derecho".⁸⁰ Por aplicación del principio de división de poderes, "la creación del Derecho corresponde al poder legislativo y al poder judicial únicamente la aplicación de la ley." Incluso "para que se reconozca formalmente la autoridad de los jueces para formular reglas que obliguen objetivamente, hace falta una disposición legislativa expresa, y aún entonces tal delegación es objeto de dudas muy serias."⁸¹ De ser el caso estamos seguros que en nuestro país tal disposición también sería puesta en tela de juicio.

"Este sistema normativista parte del razonamiento deductivo, es decir, que de lo abstracto y general va a lo concreto y particular. El juez, al plantearse un supuesto concreto, lo que hace es, desde la norma general que le ha proporcionado previamente el legislador, tratar de encajar el caso sometido a examen en aquella norma. 'El juez, nos diría el profesor Clemente de Diego, al juzgar, aplicaba normas de derecho existentes, no las producía o creaba... El derecho jurisprudencial no produce derecho *'ex novo'*, porque lo encuentra creado o formado. La obra del juez ha de mantenerse dentro del ámbito de la ley'."⁸² Este comentario es perfectamente dable en tratándose de este tipo de sistema, sin embargo la realidad lo supera con mucho, ya que día con día los jueces llevan a cabo un función "cuasi legislativa", al interpretar y colmar las lagunas que presenta, en su caso, la ley, máxime en

⁸⁰ Ibidem, pág. 91.

⁸¹ Ibidem, pág. 92.

⁸² Idem.

un sistema como el español o el mexicano que cuentan con la figura de la jurisprudencia. En consecuencia, tal y como sostiene De Los Mozos: "en el sistema del '*Common Law*', el Derecho es propiamente una ciencia práctica, mientras que en los países del sistema de Derecho codificado, esto no pasa de ser una meta que difícilmente se logra, pues el jurista, pertrechado de un conjunto de conocimientos dogmáticos-exegéticos, no sabe muchas veces qué hacer... Con las mismas exigencias sociales que surgen en el mundo de los hechos".⁸³

En los sistemas de derecho codificado, el juez aplica la norma al caso concreto sin que de ello surja una vinculación para el propio juez o para otros; en los de "*Common Law*" o judicialista, el juez crea Derecho cuando juzga ("*judge made law*"), vinculando al juez en virtud de la institución del precedente, tal y como sucede en nuestro país con la jurisprudencia obligatoria. Para el profesor De Los Mozos, citado por Calvo Vidal: "La autoridad de las sentencias judiciales, descansa en el carácter de precedente de las mismas que condiciona toda la actividad posterior, dentro del mismo tribunal, o sólo respecto de los tribunales inferiores, como sucede en los Estados Unidos, aumentando aquella autoridad con el prestigio de los jueces y con la determinación y creciente valor del '*Common Law*' que ellos mismos formulan, solo cuando la sentencia es considerada 'absurda o injusta', pierde valor de precedente. 'La función de la jurisprudencia en estos sistemas es doble: por un lado realiza el Derecho, pero además en cuanto en esta

⁸³ *Ibidem*, pág. 95.

realización del Derecho se traduce o prueba la existencia del Derecho vigente, se puede decir que la jurisprudencia crea el Derecho.’”⁸⁴

Finalmente, “Sólo constituye precedente obligatorio la ‘*ratio decidendi*’ de la resolución judicial (la motivación de la sentencia); es decir, las resoluciones que ponen fin al asunto, entrando a fondo en él, y que constituyen la justificación racional de la sentencia judicial. No constituyen precedente obligatorio, aunque no dejen de ser interesantes por el Derecho que contienen, los ‘*obiter dicta*’, aquellos pronunciamientos accesorios al margen de la cuestión principal, y que constituyen un regla innecesaria para la resolución del caso planteado.”⁸⁵

Dicho lo anterior, bien vale la pena comentar el acercamiento que han sufrido los sistemas normativista y judicialista, “Si bien es cierto que en el derecho anglosajón el eje central lo constituye el precedente y en el continental las normas, o lo que es lo mismo, en aquél hay un protagonismo del juez y en éste del legislador, ello no autoriza a establecer una distinción radical de ambos sistemas. Hay, pues, un acercamiento entre los sistemas de derecho codificado y los del *Case Law*. René David ha puesto de relieve dicha aproximación: aproximación que si, por un lado, procede de que la jurisprudencia tiene hoy un papel más activo en la Europa continental, por otro, procede también del hecho de que “en los países de *Common law* la

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Ibidem, pág. 98.

regla del precedente no tiene ya el rigor que antaño se suponía”.⁸⁶ En ese sentido, Cossio, citado por Calvo Vidal, señala que “se reconoce a los tribunales facultades que rebasan el campo de la mera aplicación del derecho, y ello, no de manera incidental, sino conscientemente, de modo deliberado, da como resultado una progresiva asimilación de ambos sistemas.”

Pero por si existiera duda de este acercamiento es el propio De Los Mozos quien señala que en el Derecho español da la jurisprudencia en los siguientes supuestos, entre otros, “V. gr.: requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria, la autonomía de la acción publiciana, condiciones para exigir el cumplimiento o la resolución de las obligaciones recíprocas, concepto de arrendamiento de industria, de precario, de enriquecimiento injusto, responsabilidad civil, extracontractual, doctrina del abuso del Derecho... que vienen esclarecidos por la jurisprudencia y posteriormente por el ordenamiento jurídico.”⁸⁷ Con esto, queda de manifiesto el carácter creador de Derecho de la jurisprudencia en España.

Ahora bien, al comenzar su primer capítulo sobre Derecho Español, Calvo Vidal comienza con cita exquisita de Esmein: “el saber si la jurisprudencia es una fuente del Derecho es una discusión jamás cerrada”.⁸⁸

⁸⁶ Ibidem, pág. 101.

⁸⁷ Ibidem, pág. 102.

⁸⁸ Ibidem, pág. 177.

La discusión y análisis de las fuentes, por lo que se refiere a España, se centraba en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil, actualmente se hace extensivo a otras normas como la Constitución de 1978 y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. Calvo Vidal en su obra en comento, presta especial atención al Código Civil, tanto antes como después de la reforma de 1973.

Con la entrada en vigor de la Carta Magna española, se produce un cambio, tanto en lo político como en lo jurídico que repercute en el valor de la jurisprudencia. El principio de legalidad de la Constitución, añade el autor citado: "lejos de imponer un legalismo entendido en un sentido de positivismo normativo apela en realidad a un Estado material de Derecho y a una jurisprudencia de valoración o de valores, la cual sin mengua de su debida fidelidad a la ley, puede crear y encontrar las soluciones jurídicas más propias para hacer pasar por el sistema de valores materiales de la Constitución y los institucionales de toda materia jurídica".⁸⁹ Ahora establezcamos cuál es este Estado material de Derecho y jurisprudencia de valoración.

Comencemos por establecer la relación que existe entre el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales. "Es incuestionable que cuando en un país se introduce un órgano específico encargado de enjuiciar la Justicia Constitucional se tienen que producir incidencias en la tarea del poder judicial. Incidencias que tiene su medida en las relaciones que el

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 178.

constituyente haya querido establecer entre ese poder y aquel Tribunal Constitucional.”⁹⁰ Calvo Vidal, a estas alturas de su obra, ha establecido que jurisprudencia, en sentido técnico y estricto, es únicamente la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo, sin embargo la relación que existe entre éste y el Tribunal Constitucional es de suma importancia a partir del recurso de amparo. “En un plano práctico, hay que admitir que las causas judiciales ya no se acaban, en el Tribunal Supremo. Es necesario reconocer que, funcional y materialmente el Tribunal Constitucional constituye una instancia de fiscalización de la actividad jurisdiccional, incluso sobre el Tribunal Supremo, con enorme trascendencia práctica sobre ésta.”⁹¹

Calvo Vidal determina que el Tribunal Supremo está vinculado a los criterios que marque el Tribunal Constitucional, en razón del artículo 123.1 de la Constitución española, al declarar que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, con excepción de lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. “Si el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución y ésta, en cuanto ley suprema, vincula a todos los órdenes del Estado, también, por supuesto, ha de vincularles la interpretación que de la misma verifique el Tribunal Constitucional.”⁹² Establecido lo anterior, cabe destacar el alcance del artículo 163 de la Constitución del país en estudio, que alude a la cuestión de inconstitucionalidad (vía incidental) que es planteada ante el Tribunal Constitucional. “En todo caso, cree Santos Briz, que la resolución del

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 187.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 188.

⁹² *Ibidem*, pág. 189.

Tribunal Constitucional es vinculante, no sólo para el proceso en que surgió la vía incidental, sino con carácter general y, por tanto, para otros procesos en que se invoque la misma norma, que no podrá ser ya objeto de nueva vía incidental.”⁹³ Es decir, estamos en presencia de una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, la cual, como vemos, es perfectamente dable en un país con un sistema continental, normativista o codificado, que guarda en un estado de seguridad jurídica a sus gobernados.

Uno de los supuestos más interesantes de la actividad del Tribunal Constitucional es el de que exista una interpretación jurisprudencial que pueda estimarse anticonstitucional, consecuentemente; las decisiones de éste tribunal pueden suponer una revisión también de la jurisprudencia que mantenga el Tribunal Supremo en materia de derechos y libertades en la medida que la “*ratio decidendi*” del órgano de la jurisdicción constitucional se aparte de la doctrina mantenida por aquél.

En consecuencia, los jueces y tribunales son los únicos encargados de administrar la justicia. Pero si se produce una vulneración de garantías constitucionales puede intervenir el Tribunal Constitucional, pero sólo para constatar si se produjo tal vulneración; ordenar que se subsane y tras ello ordenar que prosiga el proceso como el juez o el tribunal lo considere.

Hay que precisar que los artículos 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que a la letra dice: “En todo caso, la jurisprudencia de los

⁹³ Idem.

tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.”, y el 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, extienden fuerza vinculante a todas las sentencias del Tribunal Constitucional, no sólo a las recaídas en los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

En cuanto al valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, el problema viene del hecho de que así como las resoluciones de un tribunal ordinario sólo despliegan sus efectos respecto del caso concreto, de las partes que litigan, las de los órganos de justicia constitucional los extienden hacia todos los órganos públicos, al menos tratándose de recursos de inconstitucionalidad. Así se expresa el artículo 164.1 de la Constitución española que dispone: “las sentencias del Tribunal Constitucional... que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos contra todos”.⁹⁴ En este sentido se manifiesta el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Esta representa una de las diferencias más sensibles entre el sistema español y el mexicano, ya que desgraciadamente por aplicación de la conocida “Fórmula Otero” o principio de la relatividad de la sentencia, ésta sólo tiene efectos sobre el quejoso en el juicio de amparo.

⁹⁴ *Ibidem*, pág. 202.

Cuando una ley o diverso dispositivo normativo con fuerza de ley viola algún precepto constitucional, el Tribunal Constitucional lo declara inconstitucional y en este sentido las sentencias del Tribunal están dotadas de "fuerza de ley", en palabras de Bocanegra: "ejerce en el control de las normas, no de función jurisdiccional sino de actividad legislativa".⁹⁵ De ahí que Kelsen haya dicho en relación con este organismo que, en el sentido de que sus fallos pueden derogar disposiciones aprobadas por el poder legislativo, es un "legislador negativo". Para García De Enterría, "el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular, sino solo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica entre el pronunciamiento, también abstracto, de una ley y la norma de la Constitución."⁹⁶ No hay una auténtica aplicación de la ley al caso concreto. La declaración de inconstitucionalidad tiene eficacia "*erga omnes*", lo que es propio del acto legislativo -"fuerza de ley"- aunque aquí sea abrogación. No se da un vicio de nulidad de la ley constitucional, sino de mera anulabilidad. El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional es "*ex nunc*" y no retroactiva sólo pro futuro y desde ahora.

Este último comentario resulta de un valor definitorio para este trabajo de investigación. Si consideramos que lo dicho en el anterior párrafo debe ser aplicable desde el punto de vista técnico jurídico para nuestra figura de la "jurisprudencia obligatoria", en virtud de la cual se declara inconstitucional una ley, debemos considerar también que se actualiza la hipótesis prevista al

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Idem.

principio de esta tesis. Adicionalmente, con claridad, se señala que los efectos de la sentencia de declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional español, tiene un valor, una aplicación, no retroactiva, sólo pro futuro y desde ahora, es decir, los demás asuntos en los cuales se invocaron criterios anteriores a la vigencia de esta sentencia, deben ser resueltos con base en ellos, con lo cual se garantiza a los gobernados una certidumbre y seguridad jurídica para predecir el criterio que se les ha de aplicar.

Asimismo, de conformidad con los artículos 38.1 y 87.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, “Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos, y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”; o que “Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva”.⁹⁷ Sobra decir que a la luz de estos preceptos legales los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional son “*erga omnes*” y vinculan a todos los poderes públicos.

Continuando con el tema, para Kelsen, “el poder legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el “legislador positivo”; otro, el Tribunal Constitucional, que elimina, para mantener la coherencia del sistema, las leyes que no respetan el marco constitucional”.⁹⁸ Incluso se ha dicho que cuando el Tribunal Constitucional

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 203.

⁹⁸ *Ibidem*, pág. 202.

anula un precepto y produce un vacío normativo, su actuación no es únicamente la del legislador negativo sino también la del legislador positivo, en tanto que esa anulación le dará entrada a otra norma. Aunque el legislador negativo y el positivo están sujetos de distinto modo a la Constitución, su función es sin lugar a dudas legislativa, "pues, según Rubio Llorente, la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de una ley. La anulación es sólo una promulgación precedida de un signo de negación".

Vázquez Bote, citado por Calvo Vidal, distingue en la labor del Tribunal Constitucional entre fijación del sentido de un principio constitucional, que lo hace normativo, e interpretación de una norma constitucional, que cumple la ordinaria formación jurisprudencial. De tal suerte que el juez del caso concreto debe usar de esa interpretación constitucional del modo con que usa de esa ley.

En conclusión las decisiones del Tribunal Constitucional:

- 1º Producen efecto "*erga omnes*".
- 2º Tienen valor interpretativo de la Constitución presentándose con la fuerza normativa de la misma.
- 3º No conllevan efectos retroactivos de revisión de las sentencias anteriores basadas en autoridad de cosa juzgada, si bien sí corrige la jurisprudencia sentada, salvo el principio "in dubio pro reo" extensible a todo procedimiento sancionador. A pesar de lo cual, sí cabría un ulterior proceso o vía de obtención de satisfacción jurídica efectiva si hay un interés legítimo.

4º “A los efectos de delimitar el alcance interpretativo, con efectos “*erga omnes*” y vinculatorio de los poderes públicos, debe tenerse muy en cuenta la motivación de la sentencia y la fundamentación de los votos particulares si los hubiere, que de otro lado constituirá la nota más destacable de este tipo de sentencia, pues al ejercer una suerte de poder constituyente, sin “potestas” residirá en la medida que la motivación de su sentencia propicie la aceptación de la norma emanada y, en consecuencia, la vigencia y legitimación de la misma, es la justificación del sentido interpretativo. Sin embargo, y precisamente por ello, tal motivación se erigirá en criterio que debe ser mantenido salvo que prime (sic) otro distinto del que puede persuadirse al interesado acerca de su bondad constituyente.”⁹⁹

Los artículos 38.1 y 87.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional antes citados, han hecho considerar a un sector doctrinal “a las sentencias que resuelven recursos de inconstitucionalidad como auténticas normas de producción normativa negativa”. Con esta opinión se atribuye al Tribunal en comento la función de crear derecho y en consecuencia se consideran sus sentencias o su jurisprudencia como fuentes del Derecho. “Con ello la función interpretativa de la jurisprudencia de los tribunales se verá corregida, si no sustituida, lisa y llanamente, por la función interpretativa de la ley ordinaria, desempeñada por el Tribunal Constitucional y, en consecuencia, si admite la posibilidad de este tipo de sentencias y su fuerza vinculante, cabría afirmar la introducción del principio “*stare decisis*” al convertirse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vinculante no solo en

⁹⁹ Ibidem, pág. 204.

cuanto a la adecuación de una disposición a la Constitución, sino también en cuanto a cómo ha de aplicarse tal disposición. Con esta técnica del "*stare decisis*",..., las resoluciones del Tribunal Supremo vinculan a todos los jueces y en virtud del sistema del "*case law*", constituyen en la práctica fuente directa del Derecho.

En cuanto al problema que se crea en torno a las denominadas "sentencias interpretativas" del Tribunal Constitucional, Rubio Llorente ha dicho, "el problema se plantea sobre todo, cuando la decisión no se reduce a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto, de un enunciado legal, sino la de una o varias interpretaciones distintas del mismo, pues es entonces cuando la doctrina del tribunal se incorpora al fallo, sea cuál fuere la norma que éste adopte y se convierte en vinculante para los propios tribunales ordinarios, cuya libertad de interpretación desaparece".¹⁰⁰ Estas sentencias son definidas por el propio Tribunal Constitucional en los términos siguientes: "... aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en un sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados...".¹⁰¹ Para Vives, citado por Calvo Vidal, estas sentencias tienen "fuerza de ley".

¹⁰⁰ Ibidem, pág. 206.

¹⁰¹ Ibidem, pág. 207.

En relación con el lugar que ocupan las sentencias del Tribunal Constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, tal parece que Calvo Vidal reconoce sus efectos de norma general pero no se atreve a dar un paso más allá. Al citar a Bocanegra, coincide con él en que hay que reconocer a estas sentencias una extensión mayor que la correspondiente a los tribunales ordinarios, "pero de esto a ser considerados sus efectos exactamente iguales a los de las leyes hay un gran abismo. ...a lo sumo "serían semejantes a aquéllos, porque una sentencia del Tribunal Constitucional no puede considerarse ni como una ley en sentido formal -no es un acto legislativo- ni en un sentido material -no crea normas jurídicas limitándose, por el contrario, a enjuiciarlas-. Su característica esencial sería la de 'semejanza de ley'." ¹⁰² Para nosotros, Calvo Vidal con sus comentarios y transcripciones, por un lado reconoce los efectos de norma general de este tipo de sentencias del Tribunal Constitucional, pero por otro lado insiste en destacar que no se trata de ley y que "su característica esencial sería la de 'semejanza de ley'". Ante esta aparente contradicción, preferimos precisar que se estaría en presencia de una sentencia (el producto del juez) no de una ley (el producto del legislador) que tiene los efectos de norma general. Esta precisión la hacemos extensiva a la jurisprudencia obligatoria de nuestro país, y es ante esta condición, que no se le debiera dar efectos retroactivos.

En el mismo tenor, al comentar el valor de fuente de este tipo de sentencias, Calvo Vidal señala que hay autores que consideran al Tribunal Constitucional como un auténtico creador del Derecho, consecuentemente,

¹⁰² Ibidem, pág. 209.

“como una genuina fuente de creación del Derecho”. Martínez Sospedra, citado por Calvo Vidal, argumenta a favor: “En las Constituciones con fórmulas vagas y ambiguas, es al intérprete, es al Tribunal Constitucional al que corresponde definir el contenido de una disposición constitucional con lo cual es el tribunal quien establece de facto la consiguiente norma constitucional.”¹⁰³

Después, el problema que queda es, ¿cuál es el lugar que ocupan las sentencias del Tribunal Constitucional dentro del sistema de fuentes? Para algunos el lugar es junto a las sentencias del Tribunal Supremo y para otros es tras la Constitución, esto por la posición y funciones que le atribuye la Constitución y el artículo 1º del Código Civil, aplicable a todo el ordenamiento jurídico español.

Por ejemplo, De Esteban “coloca a las sentencias del Tribunal Constitucional inmediatamente después de la Constitución, y por encima de todas las demás fuentes del Derecho y considera al Tribunal Constitucional como agente jurídico que puede ser considerado fuente (material) de creación del Derecho, junto al Pueblo, las Cortes y el Gobierno.”¹⁰⁴ Al respecto Pérez Royo hace un interesante comentario: “El legislador... lo que no puede es decir cuál es la voluntad del constituyente en tal precepto e

¹⁰³ Ibidem, pág. 210.

¹⁰⁴ Ibidem, pág. 211.

imponer esa definición de la voluntad del constituyente a los demás. Esto es tarea que compete en exclusiva al Tribunal Constitucional.”¹⁰⁵

Sin embargo, el principal argumento en contrario, que no compartimos, es de lo más interesante: “consiste en señalar que dicha idea (la de vinculación que deben tener los tribunales ordinarios respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional) supone una violación del artículo 117 de la Constitución que establece en su apartado primero que los jueces y magistrados están ‘..., sometidos únicamente al imperio de la ley’”.¹⁰⁶ Por supuesto que los jueces, magistrados y poderes públicos están sometidos al imperio de la ley, pero precisamente por aplicación de este principio, se debieran considerar a estas sentencias como fuente de Derecho, finalmente, sí tiene y se reconocen sus efectos de norma general. En el mismo sentido O. Callaghan señala: “La interpretación que el Tribunal Constitucional hace de las normas legales, vincula al jurista en general y al órgano jurisdiccional en concreto, ya que por su específica función, es el órgano al que la Constitución impone la misión específica de aplicarla e interpretarla (artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)... La norma jurídica debe ser siempre interpretada bajo el imperio de la Constitución, como una norma suprema. Lo cual no significa que al Tribunal Constitucional deba considerársele legislador: sus sentencias no pueden ser tratadas por los

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Ibidem, pág. 212.

jueces como si fueran ley misma, porque éstas están sometidas sólo al imperio de la Ley. Es intérprete supremo, pero no legislador”.¹⁰⁷

A manera de conclusión, sobre este tema, Calvo Vidal señala categóricamente que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, pero insiste en “no olvidar la labor esencial del Tribunal Constitucional” en la creación del Derecho. En este sentido hace una referencia abierta al principio de división de poderes, dar valor de fuente del Derecho a la labor del Tribunal Constitucional; reconocerle “capacidad normativa creadora”, sería atribuirle funciones que invaden las competencias de otros órganos. En nuestra opinión la norma general que es creada por el legislador, cuando es interpretada por el juez y hace una declaración de lo que se debe entender en el caso concreto, también crea una norma general, distinta, con un valor y características propios, y esto no debiera ser sujeto de debate, por la razón de que el debate que existe en la actualidad, tanto en España como en México, ha propiciado que al amparo de conceptos tales como la supremacía legislativa y el imperio de la ley, la ley sea interpretada caprichosamente por los jueces, y en esta medida se genera un desconcierto sobre el criterio que estará “vigente”, el que finalmente se va a aplicar al caso concreto, en detrimento del gobernado.

En relación con la jurisprudencia y la Ley Orgánica del Poder Judicial española, Calvo Vidal transcribe el artículo 5.1., “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales

¹⁰⁷ Ibidem, pág. 214.

quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". Sobre el alcance de este artículo, en opinión de Xiol Ríos, "consagra el precedente constitucional, proclama el valor vinculante del mismo, así como la necesidad de su respeto judicial. Este precepto nos viene a decir: los tribunales respetarán las interpretaciones del Tribunal Constitucional por encima de todo formalismo derivado del carácter de la resolución o del tipo de proceso, porque no se trata de establecer una vinculación de orden jerárquico ni de crear una nueva fuente del Derecho que complete la Constitución: se trata, simplemente, de reconocer el valor como precedente de las resoluciones del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución como el propio tribunal hace para si mismo, ...".¹⁰⁸ Consideramos que esta precisión determina la naturaleza y alcance de las sentencias del Tribunal Constitucional y coincidimos en que la vinculación de los tribunales inferiores a las sentencias de este tribunal es a partir de que éstas sean consideradas como precedentes judiciales, sin rigorismos sobre si se trata de un sistema continental o normativista y no de uno judicialista, porque como ya hemos dicho, esta visión impide el desarrollo de los sistemas jurídicos, siempre en detrimento del gobernado.

Hay autores que "avanzan más en la interpretación del artículo 5.1. considerando que la novedad del mismo estriba en erigir a la jurisprudencia

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 219.

en fuente formal de Derecho, junto con la ley, la costumbre y los principios generales. Pero no a toda jurisprudencia, sino exclusivamente a la jurisprudencia constitucional: porque la Constitución vincula a los jueces y tribunales, éstos la interpretarán y aplicarán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.”¹⁰⁹ Tal y como sucede en nuestro país con la jurisprudencia sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya aplicación es obligatoria para todos y cada uno de los tribunales del país.

En relación con la jurisprudencia y la legislación ordinaria haremos comentarios generales y breves, ya que la jurisprudencia, por sus efectos, que resulta de nuestro interés para este trabajo de investigación, es la relativa al Tribunal Constitucional, cuyo estudio y análisis, con el párrafo anterior, hemos concluido.

En este orden de ideas hay que comenzar por decir que “el estudio de la jurisprudencia en España conlleva el necesario, cuando no obligado, del Tribunal Supremo y, con él, el del recurso de casación. Casación y jurisprudencia, jurisprudencia y casación son conceptos e instituciones íntimamente unidas.”¹¹⁰

En cuanto al Tribunal Supremo, sus antecedentes los debemos encontrar en las Cortes de Cádiz, cuya misión es controlar la actividad

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 226.

jurisdiccional de los tribunales inferiores. Al pasar de los años y “con el fortalecimiento legal del Tribunal Supremo se persigue impedir la invasión por poder legislativo del área judicial y con la interpretación jurisprudencial imponer a los tribunales inferiores el respeto a la ley uniformando criterios.”

¹¹¹ Por su parte, los términos “casar” y “casación”, para Calvo Vidal, deben reputarse de origen castizo y purísimo y que han sido usados por muchos siglos tanto en las leyes como en el foro. Para Lasso Gaité, los antecedentes del término casación serían las “fazañas” -sentencias dadas- por los tribunales de Castilla, Aragón o Navarra según sus fueros; el Título 26 de la Partida Tercera, y; la Novísima Recopilación: Ley 2ª, título 18, libro XI que regula los recursos extraordinarios de segunda suplicación e injusticia notoria, contra los fallos de las Audiencias, y ante el Consejo de Castilla, con examen de hechos y pruebas como una tercera instancia extraordinaria. Este sistema de recursos de segunda suplicación e injusticia notoria se mantuvo en España hasta 1812.

“El primer precedente auténtico lo encontramos en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, que regula el recurso de nulidad en dos modalidades contra las sentencias contrarias a ley clara y terminante (artículo 3º) y contra la infracción de “las leyes de enjuiciamiento”...” ¹¹² Pero el primer ordenamiento que establece el recurso de casación, con ese nombre, es el Real Decreto de 20 de junio de 1852 sobre “Jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación”. Una

¹¹¹ Ibidem, pág. 228.

¹¹² Ibidem, pág. 230.

importante y novedosa peculiaridad de la casación española, la supresión del juicio de reenvío, se crea con la Real Cédula de 23 de enero de 1855 sobre Justicia de Ultramar y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 4 de octubre de 1855. Después de esto y ante la cantidad de recursos de casación interpuestos, se publican dos leyes destinadas a regular la casación civil, la ley provisional sobre reforma de la casación civil de 18 de junio de 1870, y la ley de 22 de abril de 1878. Ambas leyes se incorporan en lo sustancial a la vigente ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, texto con una importante reforma de 6 de agosto de 1984.

El fin primordial de este recurso de casación es "evitar que puedan ofrecer divergencias y contradicciones los fallos de los diversos tribunales sobre una misma cuestión, según la diversidad de lugares, tiempos y circunstancias, falseando así el principio de la uniformidad de la jurisprudencia que debe dominar, en especial en un país regido por unos mismos códigos"¹¹³; esto es, el objeto constante de este recurso es el de uniformar jurisprudencia.

Para Calvo Vidal, "se reitera esta idea y labor de unificación interpretativa de uniformación de la jurisprudencia en la Exposición de motivos de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984 cuando habla de "conjugar la defensa de la ley y la uniformidad interpretativa".¹¹⁴ Esta uniformidad posibilita a los ciudadanos predecir con cierta seguridad la regla

¹¹³ Ibidem, pág. 231.

¹¹⁴ Ibidem, pág. 232.

que les será aplicada en una eventual controversia y puedan ajustar sus conductas a la "previsible resolución jurisprudencial".

En relación con esto último bien vale la pena saber la opinión del Tribunal Constitucional, "en sentencia 17/1985, de 9 de febrero, Sala 1ª (recurso de amparo), después de decirnos que la casación no constituye una segunda o tercera instancia, advierte que cumple una función política y asegura la vinculación del juez a la ley y al Derecho. Añade además en su fundamento jurídico primero que "...aún siendo cierto que el recurso de casación responde en su origen a la finalidad de asegurar el sometimiento del juez a la ley, como postulado del Estado de Derecho, hoy cumple además la función objetiva de fijar y unificar la interpretación jurisprudencial..."¹¹⁵

Ahora bien, ¿cuáles son las notas características de la casación? Teniendo presente la reforma de 1984 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Calvo Vidal señala las siguientes: 1º El recurso de casación español constituye un verdadero y último recurso jurisdiccional; 2º No se reduce y limita a la ley escrita, sino que se extiende igualmente a la infracción de la jurisprudencia; 3º Sólo se admite contra las sentencias dictadas por las Audiencias Territoriales en los asuntos de mayor importancia; 4º El acceso a la casación del error de hecho; 5º Subsistema del depósito como requisito formal previo para formular recurso de casación; 6º La supresión del juicio de reenvío y la emisión de segunda sentencia por el propio Tribunal Supremo; 7º Rigor formal, que desaparece tras la reforma de 1984; y 8º Diversificación

¹¹⁵ Ibidem, pág. 233.

procedimental de los recursos de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma. Esta diversificación se suprime igualmente con la reforma de 1984.

De la reforma de 1984 a la Ley de Enjuiciamiento Civil, vale la pena transcribir la siguiente parte de su exposición de motivos: "El ordinal 5º de este artículo (se refiere al 1692) continúa siendo el de más amplio espectro; pero, para serlo efectivamente, se configura de manera coherente con el régimen, hoy más claramente establecido, de las fuentes del Derecho y se libera de restricciones injustificadas. La infracción puede ser referida a las normas del ordenamiento jurídico, concepto éste recogido y formulado por la Constitución como expresión del derecho en su conjunto y en sus valores, de manera que no comprende sólo a la Ley, sino también la costumbre y los principios generales del Derecho para alcanzar, además, a la jurisprudencia, que aun no introduciéndose por sí sola en el ordenamiento, es considerada apta por sí misma como posible fundamento del recurso, en lugar de la híbrida e imprecisa figura de la doctrina legal".¹¹⁶ Sobre esta transcripción a su vez valen la pena los siguientes comentarios: primero, la infracción relativa a este recurso se refiere a un régimen de fuentes del Derecho liberado de restricciones injustificadas, esto es, el espectro de este régimen se debe entender comprende a la jurisprudencia; segundo, la infracción al poder ser referida al ordenamiento jurídico, comprende a la jurisprudencia.

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 246.

Ahora bien, entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil españoles, tal parece que existe una contradicción, ya que por un lado el primero sí considera a la jurisprudencia como fuente del derecho mientras que el segundo no. Por lo que Calvo Vidal concluye que “la aparente disparidad entre el antiguo artículo 6º del Código Civil y los artículos 1691 y 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una explicación relativamente fácil y convincente: no se quiso convertir a la jurisprudencia en fuente de Derecho objetivo y por ello, pese al enfoque “justicia-materia civil” del artículo 6º, no se mencionó ni a la jurisprudencia ni a la “doctrina” en este precepto. Ello no impedía, sin embargo, conceder cierta “carta de naturaleza jurídica” a la doctrina jurisprudencial y éste es precisamente el significado actual de los citados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.¹¹⁷ Nosotros consideramos incorrecta esta conclusión, ya que no podemos pensar que existe un significado preciso cuando, según Calvo Vidal, lo que concede la ley es “cierta ‘carta de naturaleza jurídica’” a la jurisprudencia; al contrario, estamos en presencia de una imprecisión, laguna legal, que deberá ser colmada a partir de una opinión judicial y en esta medida, el tema sobre si la jurisprudencia en España es o no fuente del derecho aparece como un tema inacabable.

A partir de la reforma del Título Preliminar de los años 1973/1974 del artículo 1.6 del Código Civil español, se establece: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 252.

costumbre y los principios generales del derecho", y en el número 7: "Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".¹¹⁸ Si tomamos en cuenta el término "complementará" del artículo 6 del ordenamiento legal en comento, debemos concluir que la jurisprudencia integrará la norma general, la colmará. En este sentido la relacionamos con nuestra jurisprudencia integradora de derecho, la que colma lagunas legales.

Consecuentemente, Calvo Vidal, a manera de conclusión sobre el tema, hace las afirmaciones siguientes, entre otras: "1.o) Que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, ni antes ni después de la reforma...; 2.o) Que se la aproxima, sin embargo, a las fuentes del Derecho en cuanto que se la menciona en el mismo artículo y Capítulo que se refieren a éstas; 3.o) Que la función o misión que se le asigna es de complemento o de integración del ordenamiento jurídico. No crea las fuentes de éste, pero le sirve de complemento; 4.o) Esa función la cumple -exclusivamente el Tribunal Supremo-...; 5.o) Esos criterios reiterados no entrañan elaboración de normas en sentido propio y pleno; 6.o) Sin embargo, al ser desarrollados singularmente autorizados de las normas formales, aplicables en el conflicto judicial, donde aflora la realidad de la vida y sus intereses, adquieren, esos reiterados criterios, según la Exposición de Motivos de la reforma del título Preliminar, cierta trascendencia normativa, es decir, alguna especie de fuerza vinculante."¹¹⁹ No podemos coincidir con estas conclusiones por las

¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 268.

¹¹⁹ *Ibidem*, pág. 298.

siguientes razones: por un lado, Calvo Vidal, es contundente al señalar que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, pero por otro lado la aproxima a éstas; por un lado le reconoce la función de complemento o de integración del ordenamiento jurídico, pero por otro lado esta función no entraña elaboración de normas en sentido propio y pleno (por supuesto, se trata de un complemento, pero de un complemento que antes no existía); finalmente, es contradictorio al afirmar que “al ser desarrollados singularmente autorizados de las normas formales” y por su aplicación, adquieren “cierta trascendencia normativa”, “alguna especie de fuerza vinculante”. Por fin, ¿se trata o no de fuentes del Derecho? Si la primera afirmación de Calvo Vidal fuera cierta, ¿Qué sentido tiene reconocerle a la jurisprudencia “cierta trascendencia normativa”? Cualquiera que fuera la respuesta es en detrimento de la seguridad jurídica de los gobernados.

Para finalizar nuestro estudio comparado de España, citemos a Calvo Vidal, al referir el “acopio interesante (que hacen Castan y De Los Mozos) de materias regidas por orientaciones y criterios jurisprudenciales, clasificadores y colmadores de los posibles vacíos legislativos. Así, podemos citar, entre otras las siguientes: templar el rigor de las exigencias de forma de los testamentos (sentencias de 27 de mayo de 1914, 12 de junio de 1926); corregir algunos errores de expresión del Código (por ejemplo, sentencia de 6 de mayo de 1911, que enseña el verdadero sentido de la frase “daños e intereses” del artículo 1124, mal traducido del 1184 del francés); determinación de los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria, y su distinción de la acción declarativa de dominio (sentencia de 22 de

septiembre de 1944), así como la autonomía de la acción publiciana; la admisión de la procedencia de la indemnización del daño moral (sentencia de 6 de diciembre de 1912), configuración de la acción de petición de herencia; mantenimiento del principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa, o dando entrada a la doctrina prohibitiva del abuso del derecho que hoy recoge el artículo 7.2 de nuestro título preliminar; formulando la diferenciación de las varias especies de ineficacia de los contratos; construyendo específicamente el llamado negocio fiduciario (sentencia de 25 de mayo de 1944); dando el concepto de la obligación facultativa (sentencias de 23 de enero de 1957 y de 28 de febrero de 1961); deslindando los conceptos de mandato y apoderamiento o representación (sentencias de 18 de mayo de 1933, 1 de febrero de 1941, 17 de diciembre de 1959)".¹²⁰

Por su parte, Peces Barba proporciona una agrupación sistemática de estas instituciones, en un triple plano, quien recoge como ejemplos de creación judicial de derecho: "a) En el Derecho Público: la extensión de la garantía judicial de los derechos fundamentales de seguridad jurídica, de derecho de defensa, la extensión del principio de igualdad, del principio de libertad, en la lucha contra las inmunidades del poder, la construcción de la doctrina de la desviación de poder, de la legalidad de la Administración, la doctrina de la inderogabilidad singular de los reglamentos. b) En el Derecho Privado: limitación del derecho de propiedad, las limitaciones de la libertad contractual, la doctrina del abuso del Derecho, el principio de buena fe, la teoría del enriquecimiento sin causa y la doctrina de la responsabilidad

¹²⁰ Ibidem, pág. 318.

objetiva. c) En el ámbito de la Teoría General del Derecho: construcción de una noción autónoma del concepto de persona jurídica para las sociedades y asociaciones, que el primitivo Derecho liberal consideraba sólo desde la perspectiva contractual." ¹²¹

Ante este caudal de casos en los cuales la Jurisprudencia resulta ser la norma general aplicable al caso concreto; el señalamiento y valor o alcance que de ella hacen y dan los distintos ordenamientos jurídicos españoles que hemos citado y comentado; y las opiniones doctrinales vertidas por diversos tratadistas, a favor y en contra, debemos concluir que en el caso español, la jurisprudencia es fuente de derecho, especialmente la establecida por el Tribunal Constitucional que por ministerio de ley es vinculante para todos y cada uno de los órganos públicos que deben observarla y aplicarla.

¹²¹ Idem.

CAPITULO QUINTO

LA JURISPRUDENCIA EN EL MEXICO ACTUAL

A lo largo de este trabajo de investigación hemos desarrollado algunos de los temas de este capítulo, razón por la cual en esos casos nos limitaremos a puntualizarlos.

5.1.- La Jurisprudencia como Norma Jurídica. Estudio Comparativo entre la Jurisprudencia y la Ley.

Para desarrollar y puntualizar este tema nos apoyaremos principalmente en la obra del maestro Acosta Romero "*Derecho Jurisprudencial Mexicano*".

El maestro comienza con el planteamiento constante de si la jurisprudencia es o no una verdadera norma jurídica, y para dar respuesta al mismo realiza un análisis sobre las fuentes del derecho, clasificándolas en históricas, materiales o reales y formales. En atención a que en la presente tesis se dedicó un capítulo entero a este planteamiento, nos remitimos a dicho capítulo para pasar a la conclusión sobre el particular del maestro Acosta Romero.

En cuanto a esta clasificación clásica de fuentes del derecho y al comentar las fuentes formales, Acosta Romero señala que "no es posible

afirmar que la Ley, la Jurisprudencia o los Reglamentos son Fuentes del Derecho al mismo tiempo que reconocerlas como Normas Jurídicas. Esto es: o son Fuentes o son Derecho.”¹ Creemos que la diferenciación es establecida por García Maynez al mencionar que “las formales son procesos de manifestación de normas jurídicas.”²

Para Acosta Romero, con quien compartimos su opinión, “la gran mayoría de los autores, coinciden al catalogarla como una “fuente formal”; sin embargo, es pertinente señalar que esto sólo sería válido en modelos jurídicos donde la jurisprudencia tenga cierta relevancia, ya porque la ley le otorgue obligatoriedad, o porque tenga la facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidad o legalidad de preceptos de derecho o de actos de la autoridad; circunstancias que confluyen en la génesis de la jurisprudencia federal de nuestro país,...”.³ En este orden de ideas, no bastaría para considerar a la jurisprudencia como fuente del derecho que forme parte de un proceso específico, ya que es indispensable que esté revestida de cierto grado de obligatoriedad.

En cuanto al estudio comparativo entre la jurisprudencia y la ley, por su origen, basta precisar que “en atención a las características de los procesos por las que surgen,... (ambas) son procesos revestidos de forma,... nacen por la acción de órganos del estado,... se encuentran reguladas por la

¹ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Derecho Jurisprudencial Mexicano*, Ed. Porrúa, 1998, México, pág. 80.

² *Ibidem*, pág. 79.

³ *Ibidem*, pág. 80.

ley y ... (comparten) la posibilidad de desembocar en el derecho positivo como fuentes." ⁴ En consecuencia, "los diferentes procesos originadores que se han señalado tienen, en el fondo, una diversa justificación. La legislación se fundamenta en la representatividad que el pueblo tiene ante el estado por ser el titular de la soberanía nacional,... por otro lado, la jurisprudencia se origina en un proceso con notas sustancialmente distintas; se fundamenta en la actividad de los jueces." ⁵

Sobre este mismo tema, Acosta Romero, afirma que por sus características materiales, la ley posee tres características principales: la obligatoriedad, la generalidad y la abstracción. Al referirnos a la jurisprudencia que se crea por virtud de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, "nos topamos con una norma de derecho que reúne todas las características materiales que distinguen a la ley, empero con diferentes alcances." Mientras que la ley tiene aparejada la idea de la obligatoriedad *erga omnes*, la jurisprudencia sólo obligará a ciertas autoridades, específicamente autoridades de naturaleza jurisdiccional. Es decir, el elemento obligatoriedad es común a ambas pero con diferentes sujetos pasivos. Este elemento en el caso de la jurisprudencia encuentra su fundamento en los artículos 94, párrafo séptimo, de la Constitución Federal, artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la misma Constitución.

⁴ *Ibidem*, pág. 82.

⁵ *Idem*.

“Ya desde la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de 23 de octubre de 1950, se decía, al respecto: ‘La fracción XIII del artículo 107 de esta Iniciativa considera que la ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación. Estimamos pertinente la inclusión de esta norma en la Constitución, por ser fuente de derecho la jurisprudencia lo cual explica el carácter de obligatoriedad que le corresponde igualmente que a los mandatos legales, debiendo ser por ello acatada tanto por la Suprema Corte de Justicia, como por las Salas de ésta y los otros Tribunales de aquel Poder...’.”⁶ Esta transcripción no deja lugar a dudas sobre la fuerza creadora de derecho de la jurisprudencia en nuestro país así como su jerarquía en el sistema de leyes, igual que los mandatos legales.

Asimismo, ambas instituciones “coinciden en que sus supuestos jurídicos, no nacen para ser aplicados a un solo caso concreto, sino a todos aquellos casos que actualicen la hipótesis contenida en la norma.”⁷

Si bien la ley debe ser abstracta, también la jurisprudencia. Uno de los requisitos para la redacción de una tesis (aislada o jurisprudencial) es precisamente el relativo a su abstracción. El Acuerdo del Tribunal Pleno 5/96 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del

⁶ GONGORA PIMENTEL, GENARO, *Introducción al Estudio del Juicio de Amparo*, Ed. Porrúa, 1990, México, pág. 415.

⁷ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *op. cit.*, pág. 84.

Poder Judicial de la Federación", establece en su parte relativa: "[La tesis, en su texto] No contendrá datos concretos (nombres de personas, cantidades, objetos, etc.) de carácter eventual, particular o contingente, sino exclusivamente los de naturaleza general y abstracta." ⁸

Finalmente, por su interrelación y jerarquías, los tratadistas sostienen que la fuente primaria del derecho, en sistemas de derecho escrito, es la legislación al lado de la cual se encuentra la jurisprudencia, ya sea interpretándola, ya subsanando sus lagunas. Sin embargo, tal y como señala el maestro Acosta Romero, "si hablamos de la jurisprudencia que el Poder Judicial de la Federación sustenta, con motivo de sus facultades para tutelar e interpretar a la Constitución, es fácil advertir que, frecuentemente, dichas tesis tiene la particularidad de situarse por encima de las leyes ordinarias, contraviniendo incluso su sentido y quedando únicamente subordinadas a la norma constitucional que interpretan." ⁹ En este caso estamos en presencia de la jurisprudencia usualmente llamada "Constitucional", que ha sido objeto de debates legislativos y doctrinales desde mediados del siglo antepasado, "pues se advirtió que tal jurisprudencia podía derogar y hasta abrogar leyes emitidas por el legislativo, con lo que -dijeron- se creaba un grave conflicto entre poderes, razón por la que se decidió restringir su alcance de modo que la protección constitucional resguardara exclusivamente a quienes la solicitaran en forma expresa, mediante el juicio de amparo (principio de la relatividad de la sentencia) y evitando con ello que una declaración de

⁸ Ibidem, pág. 85.

⁹ Ibidem, pág. 86.

inconstitucionalidad tuviera nunca efectos generales. A esta 'solución' que durante un siglo ha mermado la actuación del Poder Judicial Federal, impidiéndole una verdadera defensa de la Ley Fundamental, se le conoce como 'fórmula Otero'." ¹⁰

Con lo anterior se destaca el radio de acción de la jurisprudencia que rebasa la simple interpretación de la ley, en especial de la jurisprudencia "constitucional". Sin embargo, este desarrollo no ha sido reconocido por los tratadistas, o mejor dicho "no se han atrevido a reconocer" (tal y como concluimos de la obra de Calvo Vidal), salvo contadas excepciones como la del maestro Burgoa Orihuela señalada por Acosta Romero, quien dijo: "...los tribunales tienen el deber inexcusable de interpretar la ley, o sea, de extraer su sentido mediante la utilización de una metodología determinada, para proyectar el sentido que se establezca al caso concreto. Pero puede suceder, y esto acontece con cierta frecuencia en la realidad, que la ley sea omisa en el tratamiento normativo de cuestiones que el legislador no previó pero que plantea la vida del derecho que es esencialmente dinámica y está en perenne evolución o transformación. Ante cualquier omisión o imprevisión de la ley, los tribunales deben integrarlo, integración que implica la creación o construcción del derecho." ¹¹

Ahora bien, para poder entender a la jurisprudencia como una norma jurídica, es necesario referimos a la Teleología Jurisprudencial. Por

¹⁰ Ibidem, pág. 87.

¹¹ Idem.

teleología se entiende la razón última de las cosas; su "porqué", su "para qué". Nominalmente significa "razón remota" o "razón última". En consecuencia veamos cuándo el juez debe o no debe redactar una tesis jurisprudencial.

Para Acosta Romero, se redacta una tesis, cuando el juzgador se enfrenta al resolver sus asuntos, ante la necesidad de:

"a) Interpretar una norma jurídica.

Esto ocurre cuando la norma, existiendo, es sin embargo oscura, por lo que el juzgador debe desentrañar su sentido y objeto, de conformidad con el espíritu y la letra de la ley.

b) Precisar el alcance de una norma jurídica.

Este supuesto se da, cuando existiendo una disposición expresa,... no define el límite de sus supuestos normativos, dejando sin establecer el alcance de alguna de sus premisas. ...

c) Integrar el precepto normativo.

La integración tiene lugar, cuando el legislador, omite prever la hipótesis aplicable al caso que se presenta al órgano jurisdiccional, estando éste obligado a resolver aun ante la ausencia total de disposición expresa, por lo que al emitir su resolución, establece la norma que en la legislación falta.

d) Interrelacionar preceptos legales.

La presente variante es en realidad, una forma más de interpretación de la norma de derecho; pero no se refiere a la interpretación de un determinado artículo o precepto, sino que interpreta la ley, buscando establecer y unificar

el sentido armónico y coherente de un conjunto de disposiciones que se interrelacionan al emitir una resolución.

e) Fijar la inteligencia de las normas Constitucionales o pronunciarse sobre la constitucionalidad de preceptos ordinarios.

...es de advertirse la existencia de dos tipos diferentes de "Jurisprudencia Constitucional": 1. la propiamente dicha "Jurisprudencia Constitucional" (que versa sobre la Constitución, fijando su inteligencia a través principalmente de su interpretación); y 2. la "Jurisprudencia de Constitucionalidad" (que versa sobre las leyes ordinarias declarando su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

... La segunda modalidad que aquí hemos descrito -Jurisprudencia de Constitucionalidad- se redactará al estudiar los jueces constitucionales si un texto normativo ordinario respeta o excede los parámetros establecidos por la Carta Política Nacional. " ¹²

5.2.- Diversas Modalidades y Funciones de la Tesis Jurisprudencial.

Por sus razones teleológicas, Acosta Romero establece seis supuestos de jurisprudencia.

Jurisprudencia de interpretación. "Ya sea que se prefieran los argumentos de la Escuela Hermenéutica o los de la Exegética que es como se les denomina, o bien, se adopte una postura ecléctica, lo cierto es que la jurisprudencia al interpretar la ley sólo puede hacerlo tomando como

¹² Ibidem, pág. 92.

referencia la norma escrita, y por lo tanto siempre -en este caso- observará una relación de subordinación hacia ella; sin embargo, nosotros no descartamos la validez de que el juzgador escrute y pondere las fuentes históricas, reales y formales que dieron vida a la norma que se interpreta." ¹³

Ante la cantidad de referencias que se han hecho a lo largo de este trabajo a la jurisprudencia de interpretación, y por considerar que existe consenso en su concepto, limitamos su estudio y análisis en este capítulo al anterior comentario.

Jurisprudencia de precisión. Ésta es similar en muchos aspectos a la de interpretación, sin embargo no se trata pues, de interpretar sino de precisar; de establecer el radio máximo de la hipótesis, cerrando la puerta que estaba abierta en palabras de Acosta Romero.

El ejemplo clásico de dicho problema, según Acosta Romero, lo apreciamos en el artículo 8º Constitucional, que establece el "Derecho de Petición". En la parte relativa de este artículo se establece: "A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario." El problema surge al tratar de definir en qué consiste dicho "breve término". Ante la imprecisión, cabe el cuestionamiento, en qué momento, o en qué término se encuentra legitimado el gobernado para acudir al juicio de amparo reclamando el cumplimiento de su derecho constitucional.

¹³ Ibidem, pág. 94.

Después de diversas interpretaciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que por breve término se deben considerar cuatro meses. "Si se observa con detenimiento, se verá que no existe nada en la redacción del artículo 8º Constitucional, que interpretado, nos haga llegar a la conclusión de que el referido "breve término" tenga un límite máximo posible de cuatro meses. No criticamos a la Suprema Corte por haber establecido dicho margen, al contrario, nos parece laudable; pero, queremos destacar que para arribar a tal conclusión no fue posible hacerlo merced a los procedimientos de interpretación, sino por uno substancialmente distinto: la precisión." ¹⁴

A diferencia de la precisión, la integración, en su justa inteligencia parte de un supuesto *sine qua non*: la inexistencia de la norma; no su insuficiencia. En relación con la interpretativa, "un factor más, revela las diferencias entre el procedimiento interpretativo y el de precisión: En aquél, el sentido del precepto aparece siempre oculto, esto es, no se entiende la voluntad del legislador, o se puede entender de diversas maneras al mismo tiempo, mientras que en éste la voluntad del legislador puede incluso resultar clarísima, y sin embargo no sabemos hasta dónde quiso llegar." ¹⁵ En este caso, la precisión se enfrenta a una hipótesis abierta.

¹⁴ Ibidem, pág. 100.

¹⁵ Ibidem, pág. 104.

Jurisprudencia de integración. En este supuesto, el legislador omitió prever a su vez un supuesto normativo, formándose lo que comúnmente se ha denominado como una "laguna de la ley". Consecuentemente encontramos que, por ejemplo, el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, establece: "El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia." Ante esa situación los jueces deben atender al artículo 14 de la Constitución Federal, que en sus párrafos tercero y cuarto dicen: Párrafo tercero: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata"; Párrafo cuarto: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

Consecuentemente, el juez desde la perspectiva del derecho positivo, estará creando una auténtica norma de derecho, primero como norma individualizada -en la sentencia-, y después como una norma jurisprudencial, al reunirse los requisitos legales para que tal criterio adquiera obligatoriedad por la reiteración de sus precedentes." ¹⁶

En relación con el derecho adjetivo y la posibilidad de que la jurisprudencia de integración sea una auténtica norma de derecho, Acosta

¹⁶ *Ibidem*, pág. 106.

Romero advierte "que para la integración de esta clase de normas, debe estarse a lo dispuesto por el primer párrafo del citado artículo constitucional, y tener la certeza de que esto no constituya una norma 'retroactiva' que pudiera perjudicar a 'persona alguna'." ¹⁷ En esta medida coincidimos con el maestro Acosta Romero. La garantía individual consistente en el principio de la irretroactividad de la ley, se debe hacer extensivo a la jurisprudencia, sobre todo a la de integración, por sus características y teleología.

El caso de la materia penal es diametralmente distinto: "si el párrafo primero del artículo 14 Constitucional dice: 'A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.', cabe entenderse que lo contrario, debe resultar procedente, o sea, que es posible dar efecto retroactivo a las normas cuando esto no sea en perjuicio de persona alguna. Por lo tanto, si el juez integrara un precepto de naturaleza procesal penal, dándole un evidente efecto retroactivo, puesto que no existía el precepto al momento de iniciar el juicio, ni al ocurrir los hechos, pero dicha integración resulta ser a favor del procesado entonces el actuar del juzgador resulta constitucional y no irroga agravio alguno al justiciable." ¹⁸ Concluyendo, Acosta Romero dice que es legítima la procedencia de la integración en materia procesal penal, siempre que ésta sea a favor del procesado; pero nunca en derecho sustantivo penal.

¹⁷ Ibidem, pág. 111.

¹⁸ Ibidem, pág. 112.

Para concluir el supuesto en estudio, Acosta Romero considera que el juez al colmar una laguna legislativa, integra el derecho, o lo que es lo mismo: lo crea. "Lo interesante radica en que tal integración no se encuentra, como en el caso de la interpretación, supeditada a un precepto legal, entendido esto como una ley ordinaria, sino a un precepto constitucional; de ahí que cataloguemos a la integración desde el punto de vista de su jerarquía con respecto a la ley, como una relación de igualdad relativa ("relativa", porque observa la restricción impuesta por la fórmula Otero y no obliga más que a autoridades jurisdiccionales, como ya se vio)." ¹⁹

Jurisprudencia de interrelación. Para el propio Acosta Romero esta jurisprudencia podría conceptualizarse como una forma más de interpretación. Sin embargo presenta una teleología propia. En este caso el juez "debe adminicular una diversidad de preceptos jurídicos para resolver un caso concreto; preceptos, que pueden pertenecer a un mismo cuerpo legal, o a varios. En esta circunstancia, la labor del juez no siempre será simplemente la de interpretar, sino la de armonizar o conciliar los supuestos normativos que hay en una misma ley, o con frecuencia, entre leyes diferentes... evitando así que los distintos preceptos vigentes choquen o aparezcan contradictorios." ²⁰

Jurisprudencia constitucional. Ésta tiene por objeto directo de su estudio un precepto constitucional. Emanada directa y exclusivamente del

¹⁹ Ibidem, pág. 113.

²⁰ Ibidem, pág. 114.

Poder Judicial Federal, específicamente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en virtud de sus facultades para interpretar nuestra Constitución Federal. Recordemos que Acosta Romero estableció dos tipos diferentes de "Jurisprudencia Constitucional": "1. Jurisprudencia que interpreta, fija o precisa las disposiciones de la Constitución y; 2. Jurisprudencia que declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de preceptos ordinarios federales o estatales. Una versará sobre la Constitución, mientras la otra versará sobre una ley ordinaria, apoyándose en la Constitución."²¹ Entonces tenemos a la Jurisprudencia Constitucional y la Jurisprudencia de Constitucionalidad.

La Jurisprudencia Constitucional, vista superficialmente, se ajusta a los mismos parámetros de la interpretación, precisión e interrelación; no así a los de la integración, pues tal y como dice Acosta Romero, "tal actuación implicaría por parte de la Suprema Corte asumir la expresión de la voluntad de la soberanía nacional, que sólo corresponde al Constituyente Permanente." Su metodología de interpretación, "no se limita a las reglas de la hermenéutica o la exégesis jurídica; el intérprete constitucional debe tener entre sus herramientas, ante todo, la conciencia histórica, social, económica, política, y jurídica de una nación." "Entonces, tenemos que la función teleológica de una jurisprudencia de interpretación ordinaria es desentrañar el sentido de una norma oscura; en tanto que la función teleológica de una jurisprudencia de interpretación de la Ley Suprema es desentrañar el alma del pueblo inserto en la letra constitucional para fijar la inteligencia del derecho público, pero también para dar coherencia, firmeza y autenticidad al

²¹ *Ibidem*, pág. 119.

cimiento de todo nuestro sistema jurídico... '...la Constitución dice, lo que la jurisprudencia dice que dice.'" ²²

Jurisprudencia de Constitucionalidad. La mal llamada jurisprudencia constitucional, tiene como función no la de definir el texto del Código Fundamental, sino tutelarlos. En consecuencia versa sobre las leyes ordinarias, declarando si se mantienen dentro de los límites normativos constitucionales. Su fundamento lo encontramos, por una parte, del ámbito competencial de la Suprema Corte para velar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, previsto en los artículos 103 y 105 de la Carta Política Nacional; y por otra parte, de las facultades de la Suprema Corte para sentar jurisprudencia dentro de sus respectivas esferas competenciales de acuerdo con el artículo 94, párrafo séptimo, de dicha Carta.

Sin embargo esta jurisprudencia presenta la restricción de la "fórmula Otero", en "el sentido de que no tiene el poder de echar abajo preceptos declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia," salvo en los casos previstos por el párrafo segundo del inciso k) en la fracción I del artículo 105 Constitucional, y el párrafo segundo del inciso e) en la fracción II del mismo artículo; o sea, en tratándose de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, "pero estas reglas de excepción no son aplicables al amparo contra leyes".

²² Ibidem, pág. 124.

Para Acosta Romero, en este caso, la Jurisprudencia de Constitucionalidad no observará una relación de subordinación respecto de las leyes ordinarias, sino una de superioridad, "toda vez que puede pronunciarse por encima de ellas declarando su constitucionalidad o inconstitucionalidad, subordinándose tan sólo a la Ley Suprema."

Ahora bien, en el diverso caso de la Jurisprudencia de Legalidad "ésta también surge de un supuesto 'encargo constitucional' consistente en la vigilancia de que los Actos Judiciales se apeguen a las disposiciones legales, pues sin ello serán ilegales; pero esta 'ilegalidad' es, en sí misma, también una inconstitucionalidad, por cuanto que se le considera violatoria de la denominada 'garantía de legalidad'; tan es así, que la legalidad se ve tutelada por el amparo, que es precisamente un juicio constitucional o de constitucionalidad. La Jurisprudencia de Legalidad surge entonces, como es sabido, de los juicios de amparo entablados por virtud de las violaciones a lo preceptuado en los artículos 14 y 16 Constitucionales."²³

Para establecer la diferencia entre la Jurisprudencia de Constitucionalidad y la de Legalidad, es necesario mencionar que la segunda "versará sobre una interpretación de la ley ordinaria, vigilando si el acto judicial en que se aplicó tal norma se ha ajustado debidamente al texto de la misma... Por otra parte, siendo el amparo de legalidad el ámbito competencial que le da origen, ésta es una jurisprudencia básicamente elaborada por los tribunales colegiados de circuito, pues pertenece a su

²³ Ibidem, pág. 135.

esfera propia de atribuciones de acuerdo con las reformas constitucionales de 1987 que delegó en ellos todo el control de la garantía de legalidad.”²⁴

5.3.- La Contradicción de Tesis y los Criterios Definitivos.

En la década de 1860 cuando se empezó a aplicar el amparo mexicano, ante el fenómeno generado por las atribuciones de los jueces de distrito para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, se otorgó a la Suprema Corte de Justicia desde 1869, la facultad exclusiva de interpretar la Constitución y las leyes federales; “en ese entonces, por vía de revisión forzosa de cada sentencia de amparo que se dictaba en el país, retirando así dicha facultad de las manos de los jueces de distrito.”²⁵

En ese sentido y para evitar el absurdo de aceptar interpretaciones disímbricas o contradictorias de la Constitución Federal, tuvo que implantarse más tarde y por influencia de Don Ignacio Mariscal, la fórmula jurisprudencial característica del “*Common Law*”; “en la que las decisiones anteriores -*Stare Decis*- de los órganos jurisdiccionales superiores son obligatorias para los inferiores”. Huelga decir que esta fórmula sirvió para lograr la unificación de criterios y significó el paso decisivo para la aparición de la jurisprudencia en México.

²⁴ Ibidem, pág. 136.

²⁵ Ibidem, pág. 148.

“Así, la Ley de Amparo de 1882, al establecer por vez primera la figura de la jurisprudencia, ordena fundar las sentencias en el texto constitucional o en las ejecutorias de la Corte que la interpreten, por lo menos, en cinco ocasiones consecutivas; fórmula que fuera introducida por Don Ignacio Vallarta y que continúa operante hasta la fecha.”²⁶

Es a partir del siglo pasado y del nuevo orden constitucional, que nace el amparo judicial y también el amparo directo judicial, “al que se pretende homologar al amparo casación, porque significaba en forma indirecta un tercer reexamen de legalidad”. Así evolucionó nuestra legislación de amparo hasta llegar en 1987 “a redistribuir el ámbito competencial de los Tribunales de la Federación, que en síntesis, puede decirse que consistió en haber dejado el control de la legalidad a los tribunales colegiados y el control de constitucionalidad a la Suprema Corte”.

“Aquí cabe destacar el artículo 6º transitorio de tales reformas constitucionales, porque implícitamente deja sin efecto la fuerza de la jurisprudencia establecida por la Corte en aquellas esferas, ahora del dominio exclusivo de los colegiados, a fin de que sean los propios tribunales colegiados quienes la establezcan conforme a su arbitrio judicial; lo cual sin embargo, fue relativo, pues la Corte conservó la facultad de sentar los criterios definitivos a través de la resolución de contradicciones de tesis entre dichos tribunales.”²⁷ Cabe señalar que esta reforma a la Ley de Amparo y las

²⁶ Ibidem, pág. 149.

²⁷ Ibidem, pág. 151.

demás que tienen importancia para ese trabajo de investigación fueron estudiadas y analizadas en el capítulo correspondiente, razón por la cual sólo serán mencionadas, en su caso.

En razón de lo expuesto, surgió en 1951, “aun antes de delegar a los tribunales colegiados facultad jurisprudencial alguna, un mecanismo nuevo para dirimir las contradicciones de criterios,... consistente en otorgar facultades a la Suprema Corte para conocer y resolver un procedimiento *sui generis*... destinado a detectar los criterios discordantes; estudiando y resolviendo, entre dos o más de ellos, cuál deberá prevalecer en el futuro.”²⁸ Siempre sin afectar lo ya resuelto en los juicios de origen. En consecuencia, al parecer de Acosta Romero, “tal mecanismo se ha convertido en una verdadera excepción a la regla estructural de la jurisprudencia formulada por Vallarta”. Así, el nuevo procedimiento contemplaba que las contradicciones de tesis en que incurrieran los colegiados, serían resueltas por la Sala correspondiente de la Suprema Corte; y las de las Salas, por el Pleno de la Corte. Sin embargo, “cuando la contradicción entre colegiados, devenga en el análisis de cuestiones de constitucionalidad exclusivas del Pleno, entonces será éste quien resolverá”.

Coincidimos con el maestro Acosta Romero al señalar que “aun cuando tal precepto rompe con la definición usualmente aceptada de lo que es ‘jurisprudencia’ y como se forma, debe reconocérsele en justicia, que es

²⁸ Ibidem, pág. 154.

una excepción prudente y bien pensada.”²⁹ Incluso, “puede decirse que nos encontramos frente a un nuevo tipo de jurisprudencia que, en forma sucinta, podríamos aventurarnos a definir como “Jurisprudencia de Excepción, por Unificación”.

5.4.- La Jurisprudencia Federal.

Comenzaremos a la par de la obra del maestro Acosta Romero por definir el justo ámbito de la Jurisprudencia Federal. En primer término debemos tener presente que el Poder Judicial de la Federación por virtud de las funciones que realiza, es sumamente complejo. En el ámbito federal es el encargado de la aplicación de las leyes ordinarias de tal esfera, actuando como lo hace un poder judicial estatal con sus jueces de primera instancia y sus tribunales de apelación. “Por otra parte, el Poder Judicial de la Federación ha ido asumiendo cada vez más facultades para abarcar competencias que originalmente le eran ajenas, como en su momento lo fue el convertirse en órgano de apelación para procedimientos administrativos de jurisdicción delegada”³⁰; por ejemplo, la fusión del Tribunal Federal Electoral dentro del seno del Poder Judicial de la Federación, entre otros.

“Revisando nuevamente la historia, tenemos que el juicio de amparo al momento de su creación en el Acta de Reformas Constitucionales de 1847, sólo podía ocuparse de actos y leyes surgidos de los poderes ejecutivos y

²⁹ Ibidem, pág. 154.

³⁰ Ibidem, pág. 160.

legislativos, tanto estatales, como federales, y de éstos se puede inferir que el campo de la jurisprudencia creada poco después en la Ley de Amparo de 1882, era exactamente el mismo.”³¹ Más no se ocupaba, como ahora ocurre, de fijar el sentido de tales normas.

A partir de las reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo de 1967, se revela un problema al momento en que la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados “fueron clasificados como aptos para convertirse en materia de la jurisprudencia federal, tanto las normas federales, como las estatales, con el único fin de que su jurisprudencia ‘pudiera versar sobre el amplísimo abanico competencial para el que estaban facultados’. Pues bien, creemos que las consideraciones aplicables a ese universo de leyes y competencias, no son de ninguna manera las mismas en tratándose de la interpretación de leyes pertenecientes a diferentes fueros y soberanías...”³²

Al igual que Acosta Romero “creemos que tal facultad jurisprudencial federal es válida, cuando hablamos estrictamente de la interpretación a las leyes federales, así como a la Carta Fundamental, o bien sobre las normas locales ante su eventual inconstitucionalidad; o sea, siempre que la jurisprudencia de la Federación no toque aspectos de la competencia exclusiva de los Estados reconocidos por la misma Constitución Federal, como lo es la potestad de establecer sus normas, según lo dispuesto por el artículo 40 constitucional... dicha potestad no sólo implica la redacción de la

³¹ Ibidem, pág. 163.

³² Ibidem, pág. 167.

norma, sino el establecer su sentido, pues es éste, en sí, la esencia de la norma; más aún, es la norma misma, y no sólo su redacción.”³³

Al parecer de Acosta Romero, tomando en cuenta lo anterior así como el texto del artículo 94 de nuestra Constitución Federal, resulta una contradicción constitucional. Dicho artículo en su párrafo séptimo establece: “La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.” Consecuente e irónicamente, cada Estado de la República es “Libre y Soberano” para autodeterminarse en todo lo referente a su ámbito interno, entendiéndolo por ello, principalmente la facultad de dictar sus propias leyes; y no obstante esto, es libre de hacer sus leyes (Art. 40) ¡pero no, de establecer qué es lo que sus propias leyes quieren decir! (Art. 94, párrafo séptimo).

“Es legítimo que la jurisprudencia federal verse sobre la ley local, con efectos obligatorios para el propio Estado, cuando ésta incurre en la violación de un precepto constitucional, esto es, cuando se trata de un problema de inconstitucionalidad de leyes, pues para eso está el Poder Judicial Federal; pero es absurdo creer que esto sea lo correcto, al fijar ‘simplemente’ el

³³ Ibidem, pág. 169.

sentido de una norma local en la que no existan problemas relativos a su constitucionalidad".³⁴

5.5.- Defectos de la Jurisprudencia Federal.

Para el desarrollo de este tema debemos referirnos, obviamente, a la conocida "fórmula Otero". "En efecto, hay que decir que así como la Jurisprudencia del Poder Judicial Federal ha incurrido en excesos, otro tanto lo ha hecho en defectos; pues de igual forma que ésta no debería tener facultades para definir el sentido último de la ley estatal cuando no se está frente a un problema de inconstitucionalidad de leyes, sí debería tenerlas para derogar aquellas disposiciones que hayan sido declaradas contrarias a la Constitución; si es que se pretende hacer una auténtica defensa de ésta, y si es que realmente existe la citada 'Supremacía Constitucional'. Esto debe ser así, porque defender a la Constitución sólo en el caso concreto, no es defender la Constitución; sino sólo a unos cuantos."³⁵

Por lo anterior, la postura perpetuada por la fórmula Otero atenta contra la auténtica observancia de nuestra Constitución Federal y ha sido causa de una grave injusticia social e inseguridad jurídica. "Al margen de lo aseverado, tal fórmula ha convertido frecuentemente a la jurisprudencia de nuestra respetable y querida Suprema Corte de Justicia, así como el principio

³⁴ Ibidem, pág. 172.

³⁵ Ibidem, pág. 187.

de Supremacía Constitucional, en la burla de los demás poderes federales y locales." ³⁶

La "fórmula Otero" en su creación, significó un punto medio entre la naturaleza del juicio de amparo y el supuesto desequilibrio entre los Poderes de la Unión, en consecuencia, "la Corte no derogaría leyes merced a dichas facultades, sino que se limitaría a amparar y proteger sólo en el caso concreto y únicamente sobre las partes litigiosas." ³⁷

El año de 1882 vio nacer la Jurisprudencia Mexicana en una nueva Ley de Amparo, redactada por Ignacio Vallarta e inspirada en las ideas de Ignacio Mariscal. Empero, pese al nacimiento e implantación de esta notable institución jurídica, siguió operando el principio formulado por Otero.

Al respecto Vallarta y Mariscal opinaban: "Si las ejecutorias de amparo deben servir de doctrina, de autoridad para fijar el derecho público, no se comprende en verdad cómo ni aun nuestros tribunales las consideran con el doble fin que tienen; el uno directo, dirimir las controversias que el actor promueve; el otro indirecto, determinar el sentido, la inteligencia de un texto constitucional dado, fijando así el derecho público de la Nación... confiemos que mejor conocidos los fines del amparo, no se siga creyendo que él se limita a proteger a un individuo, sino que se comprenda que se

³⁶ Idem.

³⁷ Ibidem, pág. 187.

extiende a fijar el derecho público por medio de la interpretación que hace de la ley fundamental".³⁸

Por el contrario, los simpatizantes de la "fórmula Otero" consideraban "que dicho proyecto colocaba al poder judicial 'sobre los otros poderes federales y sobre los de los estados...'" Por ejemplo, el Diputado Couto en la discusión de la nueva legislación de amparo, en sesión de 20 de noviembre de 1861, expresó: "Desde el momento en que pueda ponerse en duda la validez de una ley; desde que haya una autoridad que pueda declarar que los ciudadanos no la deben cumplir, quedará enteramente desvirtuada, y resultará que un juez de distrito tenga más respetabilidad que toda la representación nacional, y que el voto de uno sólo tenga más valor que ciento y tantos diputados que hayan podido expedir la ley. No solamente habrá, pues, conflictos, sino que las leyes no tendrán valor alguno desde el momento en que un juez cualquiera las pueda tachar de inconstitucionalidad... No nos cansemos: aprobar el presente proyecto sería establecer un principio completamente antidemocrático; sería sujetar la opinión de la mayoría a una minoría insignificante".³⁹ Es evidente que estas expresiones encierran un desconocimiento de la actividad del juzgador en relación con la del legislador. Asimismo es lamentable reconocer que la perpetuidad de la "fórmula Otero" se debe a un debate político y no a una razón jurídica.

³⁸ Ibidem, pág. 189.

³⁹ Ibidem, pág. 190.

Consecuentemente "se ha permitido y solapado la existencia simultánea de leyes antagónicas que rigen al mismo tiempo y en el mismo lugar; unas para los ricos, y otras para los pobres, pues cuando la Corte declara inconstitucional un precepto, tal declaración rige para quienes oportuna y privilegiadamente se hayan amparado; mientras que el dispositivo inconstitucional se sigue aplicando indefinida y desvergonzadamente, para todos aquellos que no supieron o no pudieron defender sus derechos constitucionales: que siempre son la mayoría." ⁴⁰

En cuanto a los argumentos en contra y a favor de la eliminación del principio de relatividad de las sentencias de amparo, Miguel Carbonell en su obra "*La Constitución pendiente, Agenda mínima de reformas constitucionales*", señala que de acuerdo con la fracción II del artículo 107 constitucional, "la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica general que realicen los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación dentro de un juicio de amparo no tendrá efectos generales, beneficiando por tanto solamente a la parte que promovió e juicio de garantías pero dejando subsistente el acto para los demás gobernados a los que les sea aplicable." ⁴¹

Para Miguel Carbonell en contra de la eliminación de la "fórmula Otero" se esgrimen los argumentos siguientes: Al dotar de efectos *erga omnes* a las resoluciones de amparo el Poder Legislativo quedaría

⁴⁰ Ibidem, pág. 191.

⁴¹ CARBONELL, MIGUEL, *La Constitución Pendiente, Agenda Mínima de Reformas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad Universitaria, 2002, pág. 138.

supeditado al Judicial, lo que provocaría el desequilibrio entre los poderes del Estado. Sin embargo, Fix-Zamudio señala, "...la intervención de los tribunales en la delicada función de proteger las disposiciones constitucionales contra extralimitaciones de cualquier autoridad, incluyendo las legislativas, no ha producido los conflictos políticos que se vaticinaban, sino todo lo contrario: se ha establecido una corriente de comprensión entre los órganos legislativos y los judiciales, debido a la labor eminentemente técnica y delicadamente equilibradora de los segundos."⁴² En este sentido se afianza día a día la legitimidad y la necesidad de los órganos de la justicia constitucional.

El segundo de los argumentos en contra es: "La declaración general de inconstitucionalidad, en caso de instaurarse, podría privar de su vigencia a alguna norma jurídica "cuyos resultados aplicativos en la realidad económica, social, política o cultural de México puedan ser benéficos o convenientes para la colectividad".⁴³ A su vez el argumento en contra es contundente, "¿puede alguien legítimamente beneficiarse de actos que sean contrarios a la Constitución y además esgrimir tales beneficios para mantener la 'fórmula Otero'?" Por supuesto que no.

El tercer y último argumento en contra que menciona Carbonell es: Ésta fórmula representa una tradición histórica muy importante que hay que preservar. Si esto fuera cierto debemos consentir que por preservación de

⁴² Ibidem, pág. 139.

⁴³ Ibidem, pág. 140.

leyes y figuras anacrónicas se viole sistemáticamente y “*ad infinitum*” nuestra garantía individual de igualdad consagrada en la Carta Magna. “El valor histórico de una determinada forma de regular la convivencia no puede suponer un obstáculo a la necesidad de cambio, por el contrario, la permanencia de una norma solamente se justifica si persisten las razones que llevaron a su creación y que sirven para justificarla.”⁴⁴

Por lo que hace a los argumentos a favor de la eliminación de la “fórmula Otero”, Miguel Carbonell señala: “Al limitarse la eficacia protectora del amparo al sujeto que actúo dentro de un procedimiento se provoca una importante desigualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional sigue aplicándose a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías. Esto supone la consagración jurídica de la desigualdad, pues desde el propio texto constitucional se impone un tratamiento desigualitario a sujetos que se encuentran en los mismos supuestos normativos.”⁴⁵ Aunado a este argumento, Carbonell menciona uno que nos parece de los más interesante, “Sumado a la discriminación jurídica que suponen, a los efectos relativos de las sentencias de amparo también se le achaca el detener el flujo de inversión privada hacia diversos sectores de la economía nacional, pues con tales efectos se mantienen varias facultades del gobierno y la burocracia que son inconstitucionales.”⁴⁶

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 141.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 142.

El segundo de los argumentos a favor de la eliminación de la "fórmula Otero" que señala Carbonell es el siguiente: "Al no permitirse la declaración general de inconstitucionalidad se va en contra del principio de economía procesal, pues se obliga a los ciudadanos afectados a tener que seguir promoviendo juicios de amparo contra leyes que han sido declaradas inconstitucionales un sinnúmero de veces." Esto con el consecuente detrimento de una pronta y expedita administración de justicia y desgaste del aparato judicial.

El tercer y último argumento a favor de la eliminación de la "Fórmula Otero" es que con ésta "se burla de forma ostensible el principio de supremacía constitucional, pues se condiciona la superioridad de la carta magna al hecho de promover y ganar un amparo", con los consiguientes efectos que menciona Acosta Romero.

A manera de conclusión sobre los argumentos comentados de Miguel Carbonell, citemos a Hans Kelsen en relación con su teoría del control de constitucionalidad, que lo justificaba con las siguientes palabras: "Una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos -sin poder anular su inconstitucionalidad- equivale más o menos, a un deseo sin fuerza obligatoria".⁴⁷

⁴⁷ Ibidem, pág. 143.

Por lo que hace a esta supresión del principio de relatividad de la sentencia, se debe acompañar de los ordenamientos tendientes a regular de manera adecuada los efectos generales de las sentencias de amparo. Esto nos lo propone Fix-Zamudio en los términos siguientes: "La declaración general la pueda realizar exclusivamente el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que se requiera para ello que el criterio de inconstitucionalidad de la norma general en cuestión se constituya como jurisprudencia firme en los términos de la Ley de Amparo y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Una vez que se reúnan los requisitos para integrar jurisprudencia, el criterio de la Suprema Corte se publicaría en el Diario Oficial de la Federación y la norma general declarada inconstitucional quedaría sin efecto alguno para el futuro".⁴⁸

En contraste con los simpatizantes de la "fórmula Otero", la moderna Doctrina Europea ha encontrado un argumento que justifica la actividad de la jurisprudencia dentro de un sistema democrático, Don Lucio Cabrera citado por Acosta Romero, dice, "Ha sido menester realizar nuevos estudios sobre por qué las sentencias de los jueces pueden tener tanta legitimidad como las leyes emitidas por los parlamentos y congresos... juristas de la Europa contemporánea sostienen que los tribunales 'pueden acrecentar la representatividad global del sistema jurídico-político y su carácter democrático', pues entre sus atribuciones está la de dar protección a grupos minoritarios y a sectores débiles de la población que no pueden encontrarla a través de las otras ramas del poder; además, tal vez la función judicial llegue

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 144.

a ser más sensible a las necesidades de la sociedad, en virtud de que conoce de los problemas específicos y reales de personas y grupos.”⁴⁹ Esperemos que este pensamiento eventualmente lo encontremos en los legisladores de nuestro país, y se comprenda que la interpretación e integración de la ley por parte de los jueces, así como el alcance de sus fallos, es requisito de un sistema legal y de impartición de justicia democrático y actual.

Sin embargo, y en cuanto al principio en comento, sentencia y jurisprudencia no son lo mismo. El texto del artículo 107, en su fracción II, de la Constitución, limita los efectos de toda “sentencia” de amparo en la inteligencia de dicha fórmula. “Empero, no existe en la Constitución análoga restricción a los efectos de la jurisprudencia, que nació para ser una norma obligatoria, general y abstracta y más aún, nació para definir y tutelar la Ley de Leyes.”⁵⁰ En su caso, la restricción impuesta a la jurisprudencia la encontramos en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, que vinculan su obligatoriedad tan sólo a autoridades jurisdiccionales, “pero al tener, como hemos visto, tan nefastos efectos sobre la justicia social y la Garantía Constitucional de Igualdad, deben ser tachados de inconstitucionales (como ya lo propone,... el Sr. Ministro de la S.C.J.N. Don José de Jesús Gaudiño Pelayo).”⁵¹ En consecuencia, “la Jurisprudencia Constitucional y la de Constitucionalidad que se establezcan por virtud de esas sentencias, en sus cinco precedentes consecutivos resueltos por la Suprema Corte de Justicia

⁴⁹ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, op. cit., pág. 196.

⁵⁰ Ibidem, pág. 200.

⁵¹ Idem.

de la Nación, o bien la que surja en única resolución al dirimir una contradicción de tesis, esa sí debe ser obligatoria, general y abstracta".⁵²

Así las cosas, para el maestro Acosta Romero, "la fórmula Otero debe ser superada, no mediante la "Irrelatividad" de la sentencia, sino por la lógica y natural generalidad de la Jurisprudencia."

Con lo anterior han quedado expuestos los efectos generales de la Jurisprudencia, en sus distintas modalidades; a saber, su obligatoriedad, generalidad, abstracción e impersonalidad. En consecuencia esta debe ser considerada en México como una norma general, como fuente formal del derecho.

5.6.- El Problema de la Aplicación Retroactiva de la Jurisprudencia.

El maestro y ministro Genaro Góngora Pimentel, en su obra "Introducción al Estudio del Juicio de Amparo", establece dos problemas de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito. El segundo, que es el que nos interesa, se refiere "a la situación de los actos realizados durante el tiempo en que se encuentre vigente una jurisprudencia, al ser interrumpida o al cambiar ésta."⁵³

⁵² Ibidem, pág. 201.

⁵³ GONGORA PIMENTEL, GENARO, op. cit., pág. 422.

Al ser este problema el que nos motivó originalmente el desarrollo de este trabajo de investigación, vale la pena transcribir íntegramente la motivación del maestro Góngora Pimentel:

“Esta situación es de las más desconcertantes en la vida de los jueces y de los abogados litigantes: al iniciar un juicio, su demanda la apoyan en un criterio de jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal; invocan claramente la misma; informan a su cliente que ese asunto, como otros diez ya ganados con anterioridad, será un triunfo seguro; y, ¡oh, sorpresa!, al dictarse sentencia el juzgador aplica una nueva tesis, que sostiene el criterio contrario. Cuando el asunto en litigio tiene por consecuencia la pérdida de una instancia procesal, la negativa de una suspensión para mantener abierto a un restaurante con venta de vinos y licores, que el juez se niegue a decretar la caducidad por falta de promoción, etc., puede ser que la injusticia se tome por los protagonistas con cierta resignación filosófica. Pero, cuando el problema es de carácter penal y pudiera dar lugar a una responsabilidad criminal, entonces debemos preguntarnos sobre la conveniencia de proseguir, en este aspecto, con el sistema acostumbrado.”⁵⁴

Por supuesto, para cualquier abogado litigante que haya actualizado la hipótesis prevista por Góngora Pimentel, lo menos es quedar desconcertado ante el sistema acostumbrado en nuestro país.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 422.

Desarrollemos el estudio de este problema a la par de la obra en cita de Góngora Pimentel. Para él, por principio de cuentas no hay que olvidar que la jurisprudencia sólo constituye la interpretación de la ley adoptada judicialmente por los tribunales para el efecto, al aplicarla.

Entonces, al cambiar la jurisprudencia, no puede válidamente sostenerse que las autoridades deban aplicar la jurisprudencia vigente en la época en que se llevó a cabo el acto cuya constitucionalidad se debate, "pues la Suprema Corte tiene, dentro de sus altas funciones, la de interpretar la ley y dar a conocer dicha interpretación a fin de que sea observada por las autoridades judiciales; luego entonces la jurisprudencia constituye un medio de desentrañar el sentido de la ley, para el efecto de que los juzgadores puedan aplicar ésta última en forma debida y con criterio uniforme, precisamente cuando pronuncien el fallo correspondiente, lo cual quiere decir que no se encuentran en obligación de aplicar jurisprudencia en desuso, a pesar de que el acto haya tenido lugar cuando aquélla sí se aplicaba, pues la obligatoriedad de su observancia es tan determinante, que impele al órgano jurisdiccional a su acatamiento inmediato y exige su aplicación actual por encima de consideraciones de tiempo en la realización del acto; sobre todo, si no ha sufrido modificación alguna el artículo que lo describe." ⁵⁵

Al anterior criterio se suman los siguientes: "La jurisprudencia es sólo interpretación, sin que pueda derogar, modificar o adicionar en forma alguna a determinada ley, toda vez que ésta o sus disposiciones interpretadas

⁵⁵ Ibidem, pág. 423.

subsisten en sus términos... y al aplicarse una jurisprudencia que modifique o contrarie a otra, a casos acaecidos durante el tiempo de validez de la primera, no puede hablarse de aplicación retroactiva de la jurisprudencia, ya que únicamente constituye un criterio de interpretación judicialmente adoptado, susceptible de modificación por superación.”⁵⁶

Para el maestro Góngora Pimentel, al igual que para nosotros, la jurisprudencia es fuente del derecho, equiparándose a la misma ley en su fuerza obligatoria, agregaríamos vinculante, sin llegar a constituir formalmente una norma jurídica, pero sí con los atributos esenciales de la ley, como son, la generalidad, la impersonalidad y la abstracción, entonces necesario es concluir que al igual que la ley, según los términos en que se haya sentado la jurisprudencia, autoriza determinado tipo de conducta, ordena en cierto sentido o prohíbe la realización de determinados actos.

Para ejemplificar la injusticia, Góngora Pimentel comenta el criterio sobre la entrega de un cheque sin fondos, no por vía de pago, sino como mera garantía, que inicialmente en el segundo supuesto no constituía delito. Posteriormente la Suprema Corte de Justicia sentó un criterio contrario. El último criterio, para el ministro, es el correcto y la interpretación del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito fue apegada a derecho. Sin embargo, al amparo de este criterio, todas aquellas personas que, por autorizarlo el anterior, habían expedido y entregado cheques sin fondos como mera garantía y no por vía de pago, incurrieron en el delito

⁵⁶ Idem.

previsto por el mencionado artículo 193, es decir, "que al haber realizado actos autorizados por una norma general, abstracta, impersonal y de observancia obligatoria, como lo era la jurisprudencia invocada en primer término, incurrieron en un delito, lo que, como quiera que se examine constituye una injusticia."⁵⁷

Si en el caso se tratara de la reforma de un dispositivo legal, la nueva se aplicaría en perjuicio de persona alguna a los casos acaecidos con antelación a la fecha de inició de su vigencia.

"Sin embargo, dentro de lo previsto por las disposiciones legales vigentes, cuando se trata del cambio de jurisprudencia no sucede lo mismo, toda vez que ésta sólo constituye un criterio de interpretación de la ley, sin tener eficacia para revocarla o modificarla, toda vez que conserva íntegro su texto, y por otra parte, nuestra Constitución sólo prohíbe la aplicación retroactiva de la ley, no de la jurisprudencia, en perjuicio de persona alguna."⁵⁸

"Si las normas contenidas en la jurisprudencia tienen el carácter de generales, abstractas, impersonales y obligatorias, mismas que comparte con la ley, resulta que aun cuando estas normas no pueden constituir formalmente una ley por no emanar del Poder Legislativo, sino del Poder Judicial de la Federación, en realidad se encuentra dotada de los mismos

⁵⁷ Ibidem, pág. 425.

⁵⁸ Idem.

atributos que ella y, por tal razón, resulta lógico considerarla como una ley en sentido material, sobre todo si se toma en cuenta la obligatoriedad de la jurisprudencia y de las normas en ella contenida ha sido reconocida expresamente por el legislador en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo. Las tesis de jurisprudencia, hemos dicho, son creadoras de derecho.”⁵⁹

Consecuentemente, se debe dar “a la jurisprudencia la firmeza necesaria para estimar que los actos realizados durante su vigencia, por estar autorizados o no estar prohibidos por ella, lo han sido bajo su amparo; esto es, regidos únicamente por ella, con exclusión de cualquier otra jurisprudencia que llegue a contradecirla.”⁶⁰

Efectivamente las conductas de los gobernados se realizan bajo el amparo de la norma general vigente, en este caso, la jurisprudencia, y en cualquier caso su aplicación retroactiva produce efectos en perjuicio de los gobernados.

Por tanto, pensamos al igual que el maestro Góngora Pimentel, “que es necesario cambiar los términos en que se encuentra redactada nuestra legislación sobre jurisprudencia, porque es injusta.”

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Ibidem, pág. 426.

En cuanto a estos cambios coincidimos con Góngora Pimentel en que "sólo deberá reformarse la Ley de Amparo, sin que sea necesario afectar a la Constitución, en atención a que el artículo 94, párrafo séptimo de ésta determina, con toda precisión, que:

"La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación,..., así como los requisitos para su interrupción y modificación."

"Es decir, la propia Carta Magna remite a la Ley de Amparo para fijar la forma y términos de la obligatoriedad, interrupción y modificación de la jurisprudencia." ⁶¹

Para Góngora Pimentel, con el cual coincidimos, "posiblemente pudieran adicionarse a los párrafos iniciales de los artículos 192 y 193, lo siguiente: "...debiendo aplicarse a los casos comprendidos en ella que se realicen durante el tiempo en que se encuentre vigente."

Por lo que hace al precepto número 194 de la Ley en cita, podría modificarse en los siguientes términos: "La jurisprudencia se interrumpe, dejando de tener carácter obligatorio en relación con los casos a que se refiere acaecidos con posterioridad, siempre que así se declare en ejecutoria en contrario..." ⁶²

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

Con estos razonamientos y propuestas de modificación legal, consideramos agotado el tema que motivó el desarrollo de este trabajo de investigación.

5.7.- Criterios Jurisprudenciales Aplicables.

A continuación señalamos los criterios recientes que sobre los efectos generales de la jurisprudencia y su aplicación retroactiva encontramos:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Abril de 1999

Tesis: P./J. 9/99

Página: 281

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LOS EFECTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE NORMAS GENERALES, DEPENDEN DE LA CATEGORÍA DE LAS PARTES ACTORA Y DEMANDADA. De conformidad con el artículo 105, fracción I, penúltimo y último párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 42 de su ley reglamentaria, en la invalidez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación llegue a declarar, al menos por mayoría de ocho votos, respecto de normas generales impugnadas en una controversia constitucional, el alcance de sus efectos variarán según la relación de categorías que haya entre el ente actor y el demandado, que es el creador de la norma general impugnada. Así, los efectos serán generales hasta el punto de invalidar en forma total el ordenamiento normativo o la norma correspondiente, si la

Federación demanda y obtiene la declaración de inconstitucionalidad de normas generales expedidas por un Estado, por el Distrito Federal o por un Municipio; asimismo, si un Estado demanda y obtiene la declaración de inconstitucionalidad de normas generales expedidas por un Municipio. De no darse alguno de los presupuestos antes señalados, dichos efectos, aunque generales, se limitarán a la esfera competencial de la parte actora, con obligación de la demandada de respetar esa situación; esto sucede cuando un Municipio obtiene la declaración de invalidez de disposiciones expedidas por la Federación o por un Estado; o cuando un Estado o el Distrito Federal obtienen la invalidez de una norma federal.

Recurso de reclamación 85/98-PL, relativo a la controversia constitucional 4/98. Ayuntamiento del Municipio de Puebla y otros Municipios de la misma entidad. 19 de enero de 1999. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Impedimento legal: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticinco de marzo en curso, aprobó, con el número 9/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Novena Época

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Marzo de 1996

Tesis: VI.4o.1 K

Página: 964

JURISPRUDENCIA. ES LA CREACION DE UNA NORMA GENERAL, PUEDE APLICARSE RETROACTIVAMENTE EN BENEFICIO DE ALGUNA PERSONA EN TERMINOS DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL. Las entonces Primera y

Cuarta Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecieron las tesis jurisprudenciales números 1062 y 1063, consultables en las páginas 1695, 1696 y 1698, Segunda Parte, Salas y Tesis del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, ambas con el rubro: "JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA, SU APLICACION NO ES RETROACTIVA", en cuyo texto se sostiene que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación de la ley, es decir, que la jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma positiva y que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio del que emana el acto reclamado y que es inexacto que al aplicarse la jurisprudencia formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de garantías, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, se viole en perjuicio del quejoso el principio contenido en el artículo 14 constitucional en el sentido de prohibir la aplicación retroactiva de la ley. Sin embargo, el entonces tribunal en pleno del más alto tribunal de la Nación al resolver el amparo en revisión número 1711/88, fallado el veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, por unanimidad de veinte votos, sostuvo el criterio en torno a la naturaleza de la jurisprudencia que se opone al que informan las aludidas tesis jurisprudenciales de la Primera y Cuarta Salas, al sostener que el establecimiento de una jurisprudencia es la creación de una norma general y que esta norma general es la que determina el carácter obligatorio del criterio sustentado, pues se trata de una norma positiva, ya que ha cumplido con los requisitos formales que la Ley de Amparo establece como proceso de creación de la norma jurisprudencial. En consecuencia *si la jurisprudencia que establecen los órganos facultados del Poder Judicial de la Federación, es la creación de una norma general, es decir, una norma positiva, resulta ineludible el que deba equipararse a una ley y, por ende es lógico sostener que se encuentra condicionada por la garantía prevista en el primer párrafo del artículo 14 constitucional.* En este sentido, si se aplica la jurisprudencia formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de amparo, época en la que existía distinta jurisprudencia, y que interpreta la ley

que rige a dicho acto, tal aplicación sería retroactiva; empero, si por lo que hace a la ley, la doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia han admitido su aplicación retroactiva, cuando ésta se hace en beneficio de persona alguna, así también la jurisprudencia puede aplicarse retroactivamente si se hace dicha aplicación en beneficio y no en perjuicio de una persona, al tenor de lo que establece el invocado artículo 14 constitucional.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 346/95. Raúl Tecuapetla Tecuatl. 8 de diciembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Martínez Martínez. Secretaria: Leticia Mena Cardeña.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, diciembre de 2000, página 16, tesis por contradicción P./J. 145/2000 de rubro "JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY."

Nota: Por ejecutoria de fecha 24 de enero de 2001, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 3/2001 en que había participado el presente criterio.

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Marzo de 2000

Tesis: IV.1o.P. C.9 K

Página: 1002

JURISPRUDENCIA. CASO EN QUE SU APLICACIÓN ESTÁ SUJETA AL PRINCIPIO DE NO RETROACTIVIDAD. La jurisprudencia puede ser de distintos tipos: confirmatoria, o sea, aquella que simplemente corrobora el sentido claro y preciso de una ley; interpretativa, cuando determina el alcance de una norma legal definiendo su contenido; y supletoria, la que llena una laguna de la ley, por no haber previsto el legislador todas las hipótesis que pudieran presentarse sobre un problema jurídico determinado, caso en el que, *ante el vacío de la ley, la jurisprudencia viene a constituir una verdadera fuente formal del derecho, al integrar al orden jurídico una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria.* Esta jurisprudencia supletoria tiene su fundamento en el artículo 14 constitucional, que establece que en los juicios del orden civil la sentencia debe ser conforme a la letra o interpretación de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho; así como en el artículo 18 del Código Civil Federal, que prescribe que el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los Jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia. Así, el Juez o tribunal que a falta de una ley aplicable resuelve conforme a los principios generales del derecho, excede la función de mera interpretación, pues crea nuevas normas jurídicas y de esa forma los casos no previstos por las leyes son resueltos por la jurisprudencia, que adquiere obligatoriedad para ser aplicada por los tribunales. Ahora bien, *en esa hipótesis la aplicación de la jurisprudencia está sujeta al principio de no retroactividad consignado en el artículo 14, primer párrafo, de la Constitución Federal, porque, al igual que la ley, su ámbito temporal de validez se inicia en el momento de su emisión y publicación, que es cuando queda integrada al orden jurídico que antes de la labor jurisprudencial era incompleto, por lo que no puede regir hacia el pasado sin contrariar la garantía de seguridad jurídica que consigna el referido precepto constitucional.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 655/98. Fianzas México Bital, S.A., Grupo Financiero Bital. 9 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: María Isabel González Rodríguez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, diciembre de 2000, página 16, tesis por contradicción P./J. 145/2000 de rubro "JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY."

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, Marzo de 2002

Tesis: 2a. XIV/2002

Página: 428

JURISPRUDENCIA. LOS NUEVOS CRITERIOS SON APLICABLES A LOS CASOS AÚN NO DECIDIDOS POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE. El artículo 197, cuarto párrafo, de la Ley de Amparo, sustancialmente contiene una regla general de aplicación de la jurisprudencia para casos en que existan modificaciones a los criterios judiciales, al establecer que: "... El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada. ...". Lo anterior significa que si el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifican una jurisprudencia, los cambios de criterio serán válidos para resolver exclusivamente casos aún no fallados, sin que puedan afectarse las situaciones concretas decididas en los precedentes, pues por seguridad jurídica de la cosa juzgada el nuevo criterio no puede cambiar los casos ya resueltos; *sin embargo, los asuntos que aún no han*

sido fallados por el órgano jurisdiccional competente, si deben ser ajustados al nuevo criterio jurisprudencial, independientemente de que en la época en que surgió la problemática a resolver y de que en la fecha en que se valora un hecho hubiera estado vigente otro criterio que ha sido superado. Así, conforme al criterio del Tribunal Pleno contenido en la jurisprudencia P./J. 145/2000 que se publica en la página 16 del Tomo XII, correspondiente al mes de diciembre de dos mil, de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, la jurisprudencia no está sujeta a los principios de retroactividad típicos en las leyes; además, *si no se hiciera la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial, se contravendría la regla de obligatoriedad que deriva de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, la cual vincula a todas las autoridades que desarrollan actividades jurisdiccionales.*


Inconformidad 555/2001. Excursiones El Dorado, S.A. de C.V. y otras. 25 de enero de 2002. Cinco votos. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretario: Emmanuel Rosales Guerrero.

Nota: La tesis P./J. 145/2000 citada, aparece publicada con el rubro: "JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY."

Como podemos advertir, el criterio de la Suprema Corte es a favor de aplicar retroactivamente la jurisprudencia, lo cual como hemos sostenido a lo largo de este trabajo de tesis, es en detrimento directo de los derechos de los gobernados, pues se genera un estado de incertidumbre jurídica sobre el criterio jurisprudencial que finalmente nos van a aplicar.

Sin embargo encontramos y hemos transcrito precedentes de los Tribunales Colegiados de Circuito de nuestro país que sí se ajustan a las diversas hipótesis previstas en este trabajo de investigación, como lo son que la jurisprudencia es fuente formal del derecho; tiene efectos generales y al igual que la ley cuenta con los atributos de abstracción, generalidad, impersonalidad y obligatoriedad; y consecuentemente no se debe dar efectos retroactivos a la misma en aplicación del artículo 14 constitucional. Hipótesis que al haber sido estudiadas y analizadas suficientemente al amparo de los antecedentes legislativos, la doctrina y el derecho comparado, las consideramos como tema concluido.

CONCLUSIONES



PRIMERA.- El concepto de Jurisprudencia que se utiliza actualmente y, en consecuencia, el utilizado y desarrollado en esta investigación, es el relativo a la Jurisprudencia Técnica; entendiéndose por tal, el criterio que subsiste en determinado número de resoluciones de los tribunales autorizados para hacerlo, y que resulta obligatorio para los tribunales inferiores y demás órganos públicos señalados por la ley, a través del cual se logra la uniformidad en la apreciación y resolución de casos análogos.

SEGUNDA.- A partir de la clasificación tradicional de las fuentes del Derecho, la Jurisprudencia debe ser considerada fuente formal, porque la Jurisprudencia al igual que la ley cuenta con un proceso de creación.


La Jurisprudencia no se limita a interpretar la ley, integra Derecho y colma las lagunas del legislador.

La Jurisprudencia goza de los mismos atributos que la ley, a saber, generalidad, abstracción, impersonalidad y obligatoriedad.

La Jurisprudencia es vinculante para los tribunales inferiores y demás órganos públicos señalados por la ley.

TERCERA.- La Jurisprudencia resulta ser, tanto para cuestiones de Derecho Público como de Derecho Privado, Norma General aplicable al caso concreto.

CUARTA.- La labor del legislador debe estar dirigida principalmente a cuestiones de Derecho Público, y de Derecho Privado, con la participación del juez, mediante la Jurisprudencia.



QUINTA.- El problema de la creación del Derecho judicial se presenta como un problema sin solución, hasta en tanto se reconozca la fuerza creadora del Derecho que tiene la Jurisprudencia.

SEXTA.- La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la de los Tribunales Colegiados de Circuito de nuestro país, devienen Norma General y son vinculatorias para los tribunales inferiores y demás órganos públicos señalados por la ley.

SEPTIMA.- De nuestro estudio de Derecho Comparado, resulta evidente que la figura de la Jurisprudencia en México tiene sus antecedentes en el sistema de impartición de justicia inglés, e inmediatos en los precedentes judiciales norteamericanos. Su desarrollo fue consecuencia de un debate político y no jurídico, y corrió a la par de la figura del Amparo.

OCTAVA.- Con la adopción de la "fórmula Otero" se privilegió un "equilibrio" entre poderes, en detrimento de las garantías individuales, en especial la de igualdad.

NOVENA.- Del estudio y análisis de la Jurisprudencia y sus efectos en Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Argentina y España, se desprende que existe un acercamiento constante entre los sistemas judicialistas y normativistas o continentales, y en todos los casos se privilegia el principio del Imperio de la Ley.

DECIMA.- En el caso de España, la Jurisprudencia Constitucional es vinculatoria para todos los órganos públicos. Para Hans Kelsen, el Tribunal Constitucional, al sentar jurisprudencia, se convierte en legislador negativo.

DECIMA PRIMERA.- La Jurisprudencia en el México actual es fuente formal del Derecho. Su proceso de creación está establecido en la Constitución Federal, la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el acuerdo 5/1996 del Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación.

DECIMA SEGUNDA.- La Jurisprudencia en México deviene Norma General, con los mismos atributos de la Ley, a saber: abstracción, generalidad, impersonalidad y obligatoriedad. En consecuencia, es vinculante para todos los órganos públicos señalados por la ley.


DECIMA TERCERA.- A la Jurisprudencia, como Norma General, no se le deben dar efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna. En consecuencia, y en atención a que el artículo 94, párrafo octavo, de nuestra Carta Magna establece: "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la

jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.”, sólo se deberán reformar los artículos 192, 193 y 194 de la Ley de Amparo, en los términos siguientes:


A los párrafos iniciales de los artículos 192 y 193, adicionar lo siguiente:

“Artículo 192. La Jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para estas 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 del Trabajo, locales o federales, **debiendo aplicarse a los casos comprendidos en ella que se realicen durante el tiempo en que se encuentre vigente.**”

“Artículo 193. 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, locales o federales, **debiendo aplicarse a los casos comprendidos en ella que se realicen durante el tiempo en que se encuentre vigente.**”



Para el artículo 194, se propone la redacción siguiente: “La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, **en relación con los casos a que se refiere acaecidos con posterioridad**, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito.”



BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ACOSTA ROMERO, MIGUEL y PEREZ FONSECA, ALFONSO, *Derecho Jurisprudencial Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1998.

ALLAN, T. R. S., *Constitutional Justice, a liberal theory of the rule of law*, Ed. Oxford University Press, Great Britain, 2001.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, *El Juicio de Amparo*, 8a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971.

CALVO VIDAL, FELIX M., *La Jurisprudencia. ¿Fuente del Derecho?*, Ed. Lex Nova, España, 1992.

CARBONELL, MIGUEL, *La Constitución Pendiente, Agenda Mínima de Reformas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.

CARNELUTTI, FRANCESCO, *Arte del Derecho*, Ed. Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1956.

CASTRO LOZANO, JUAN DE DIOS, *La Justicia Constitucional y la Interpretación de la Constitución en México*, UNAM, México, 2002.

CUETO RUA, JULIO, *Fuentes del Derecho*, Reimpresión, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1994.

ECHANOVE TRUJILLO, CARLOS A., *Cómo presentó Rejón sus Ideas sobre "Amparo" a la Nación*, UNAM, México, 2002.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, *La Acción Constitucional de Amparo en México y España*, Estudio de Derecho Comparado, Ed. Porrúa, México, 2000.

FIX-ZAMUDIO, HECTOR, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, UNAM, México, 1993.

FRISCH PHILIPP, WALTER, *Metodología Jurídica en Jurisprudencia y Legislación*, Ed. Porrúa, México, 1997.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48a. ed., Ed. Porrúa, México, 1996.

GONGORA PIMENTEL, GENARO, *Introducción al Estudio del Juicio de Amparo*, Ed. Porrúa, México, 1990.

GUERRERO LARA, EZEQUIEL, *Manual para el Manejo del Semanario Judicial de la Federación*, UNAM, México, 1982.



HECK, PHILIPP, *El Problema de la Creación del Derecho*, Ed. Colofón, México, 1994.

KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1991.

MASSINI, CARLOS I., *La prudencia Jurídica, Introducción a la Gnoseología del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1983.

NORIEGA CANTU, ALFONSO, *Lecciones de Amparo*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1980.

POSNER, RICHARD A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, USA, 1990.

RECASENS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1956.

SANTAMARIA IBEAS J. JAVIER, *Los Valores Superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Libertad, Justicia, Igualdad y Pluralismo Político*, Ed. Dykinson, Universidad de Burgos, Madrid, España, 1997.

SILVA MEZA, JUAN, *La Interpretación Constitucional en el Marco de la Justicia Constitucional y la Nueva Relación entre Poderes*, UNAM, México, 2002.

SOBERANES, JOSE LUIS, *Sobre el origen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ed. Porrúa, México, 1987.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

BLÁNQUEZ, AGUSTIN, *Diccionario Manual Latino-Español y Español-Latino*; Ed. Ramón Sopena, Barcelona, España, 1965.

GIFIS, STEVEN H., *Law Dictionary*; Ed. Barron's, USA, 1996.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, *Diccionario para Juristas*; MAYO Ediciones, México, 1981.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA; Buenos Aires, Argentina, 1963.


LEGISLACION

LEGISLACIÓN DE AMPARO; Ed. Sista, México, 2003.

JURISPRUDENCIA

IUS 2003, JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS; Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

HEMEROGRAFIA



GUADARRAMA LOPEZ, ENRIQUE, *La Jurisprudencia como Sentencia Judicial, Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus Treinta Años como Investigador de las Ciencias Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1988.

PUIG, CARLOS, *Apuntes sobre la Jurisprudencia en México*, en *Revista Jurídica*, Cuarta Época, n. 8, Morelos, México, enero de 1992.

INTERNET

www.cornell.edu

www.supremecourtus.gov